T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA ANALIK

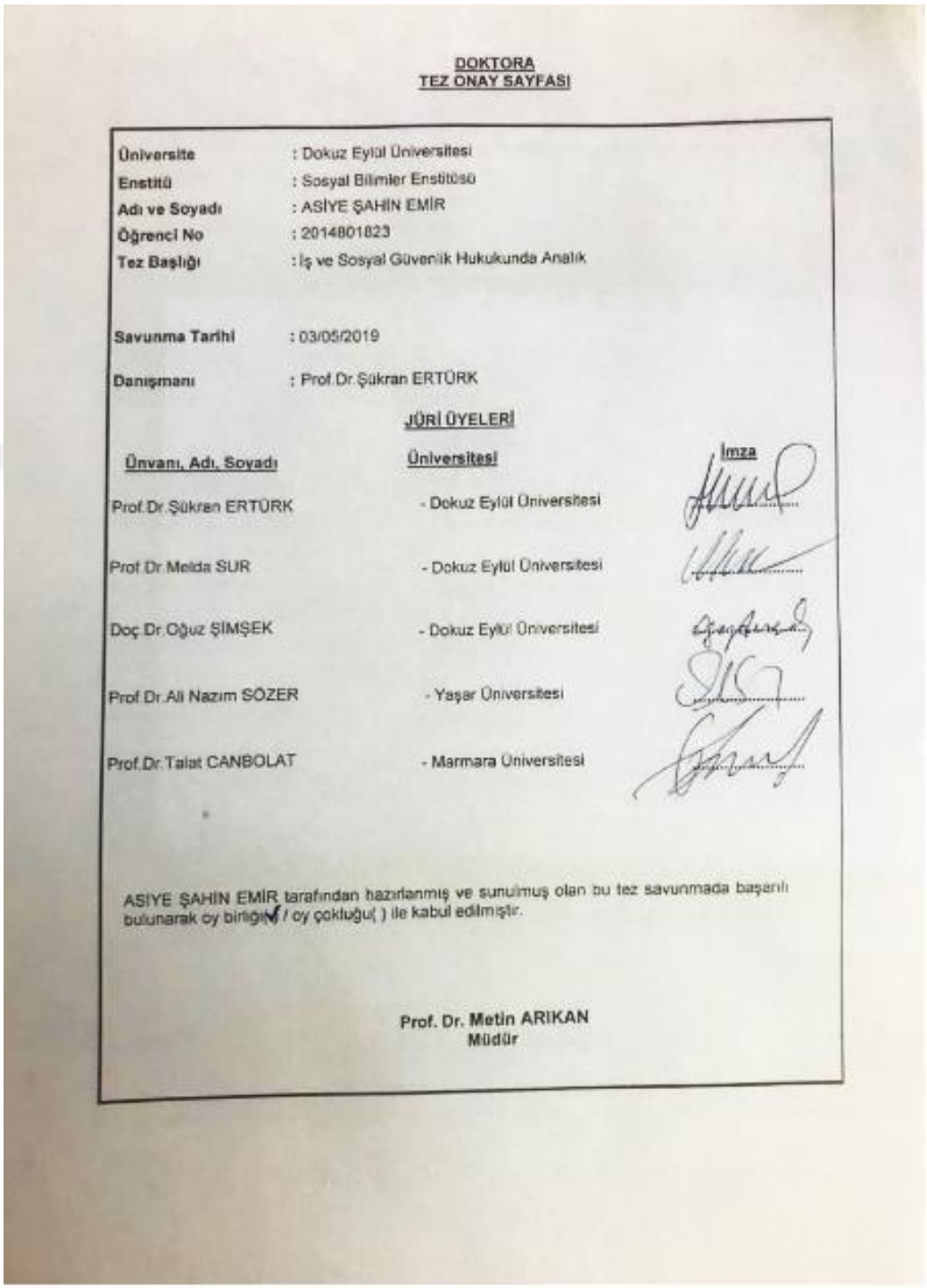
Asiye ŞAHİN EMİR

Danışman

Prof.Dr. Şükran ERTÜRK

İZMİR - 2019

TEZ ONAY SAYFASI



DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	: Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı	: ASİYE ŞAHİN EMİR
Öğrenci No	: 2014801823
Tez Başlığı	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık
Savunma Tarihi	: 03/05/2019
Danışmanı	: Prof.Dr.Şükran ERTÜRK

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	Üniversitesi	İmza
Prof.Dr.Şükran ERTÜRK	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof.Dr.Melda SUR	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	- Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof.Dr.Ali Nazım SÖZER	- Yaşar Üniversitesi	
Prof.Dr.Talat CANBOLAT	- Marmara Üniversitesi	

ASİYE ŞAHİN EMİR tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği(✓) / oy çokluğu( ) ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık" adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

…./…./……

Asiye ŞAHİN EMİR

İmza

ÖZET

Doktora Tezi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık

Asiye ŞAHİN EMİR

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuku Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Çocuk sahibi olmak her kadının en doğal hakkıdır. Analık kadının bünyesinde meydana gelen fizyolojik bir risktir. Gebelik, doğum ve çocuğun bakımı kadın işçiler için çok özel, önemli ve zor bir süreçtir. Bu süreçte, kadın işçinin performansında geçici olarak azalmalar meydana gelebilir veya işveren bazı mali ve hukuki yükümlülüklere katlanmak zorunda kalabilir.

Erkek ve kadın arasında objektif ve biyolojik farklılıklar sonucunda gebelik, doğum ve emzirme gibi sadece kadın tarafından gerçekleştirilebilen yaşam olgularının bulunması; iş güvencesi, iş güvenliği, sosyal güvenlik hakları ve çalışma koşulları bakımından annelerin korunmasına ilişkin kuralların düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Annenin korunması ile birlikte toplumun temelini oluşturan aile ve çocuğun sağlığı da korunmaktadır.

Birçok uluslararası belge ve yabancı hukuk sistemlerinde kadın işçinin analık hâlinde korunmasına ilişkin özel düzenlemelerin yanı sıra çocuğun bakımının sadece annenin sorumluluğunda olmadığı dikkate alınarak babanın da çocuğun bakımı ile ilgilenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Türk hukukunda da bu düzenlemeler dikkate alınarak önemli değişiklikler yapılmıştır. Amacımız, Türk hukukunda konu ile ilgili düzenlemeleri, yabancı hukuktaki düzenlemeler ile karşılaştırarak inceleyip yeterli olup olmadıklarını ortaya koymaktır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, analık kavramına ve analığın iş sözleşmesinin kurulmasına ve izinlere etkisi ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, analığın kadın işçinin çalışma koşullarına ve iş sözleşmesinin sona

ermesine etkileri açıklanmıştır. Son bölümde, sosyal güvenlik hukuku alanında analığın etkileri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Analık Hâli, Analık İzni, Yarım Çalışma İzni, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı, Analık Sigortası, Doğum Borçlanması.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy(PhD)

Maternity in Labour and Social Security Law

Asiye ŞAHİN EMİR

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

Having children is the most natural right of every woman. Maternity is a physiological risk in women. Pregnancy, childbirth and care of the child is a very special, important and difficult process for female workers. Temporary reductions in the performance of female workers may occur during this process, or the employer may have to face some financial and legal obligations.

The presence of life phenomena which can only be realized by women such as pregnancy, birth and breastfeeding, as a result of objective and biological differences between man and woman, necessitates the regulation of mothers' protection in terms of job security, occupational safety, social security rights and working conditions. With the protection of the mother, the health of the family and the child, which forms the basis of the society, is also protected.

In many international documents and foreign legal systems, there are special regulations for the protection of female workers regarding the maternity, as well as regulations for the father to take care of the child, taking into account that the care of the child is not only the mother's responsibility. In Turkish law, significant changes have been made considering these regulations. Our purpose is to examine the regulations related to the subject in Turkish law by comparing with the regulations in foreign law and to determine whether they are sufficient.

Our study consists of three parts. The first part addresses the concept of maternity and the effect of maternity on the establishment of the employment contract and the leaves of absence. In the second part, the effects of maternity

on working conditions and termination of employment contract are explained. In the last part, the effects of maternity in social security law are examined.

Keywords: Maternity, Maternity Leave, Part-Time Work Permit, Right to Part-Time Work, Maternity Insurance, Birth Borrowing.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI ii
YEMİN METNİ iii
ÖZET iv
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR xx
EKLER LİSTESİ xxiv
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
ANALIK KAVRAMI, ANALIĞIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA ETKİSİ VE ANALIĞA BAĞLI İZİNLER

I. ANALIK KAVRAMI 5
II. ANALIĞIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA ETKİSİ 11
A. İş Sözleşmesi Yapılırken Gebe ve Anne Olan Kadın İşçinin Korunması 11
1. Genel Olarak 11
2. İşverenin İş Sözleşmesi Yapılırken Soru Sorma Hakkı 13
3. İşverenin Kadın İşçi Adayına Gebeliğine İlişkin Soru Sorma Hakkı ve Kapsamı 14
4. İş Sözleşmesi Yapılırken Gebe ve Anne Olan Kadın İşçi Adayının Yükümlülükleri 22
a. Bilgi Verme Yükümlülüğü 22
b. Gerçeği Açıklama Yükümlülüğü 26
5. Gebe ve Anne Olan Kadın İşçi Adayının Yükümlülüklerini İhlal Etmesinin Sonuçları 28
a. İş Sözleşmesinin Geçersizliği ya da İşveren Tarafından Derhal Feshi 28

b. Kadın İşçi Adayının Sözleşme Öncesi Kusurlu Davranış Nedeniyle İşverenin Tazminat Talebi 31
6. İşverenin İş Sözleşmesi Yapılırken Kadın İşçi Adayına Gebeliği ve Anneliği Nedeniyle Ayrımcılık Yapmasının Sonuçları 33
B. İş Sözleşmesinin İçeriği Belirlenirken Gebe ve Anne Olan Kadın İşçinin Korunması 36
1. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestîsi ve Sınırları 36
2. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestîsinin Sınırlarına Aykırılığın Hukuki Sonuçları 37
III. GEBE VE YENİ DOĞUM YAPMIŞ KADIN İŞÇİNİN İZİNLERİ 38
A. Kadın İşçinin Doğum Öncesi Muayene İzni 38
B. Analık İzni 39
1. Analık İzni Kavramı 40
2. Uluslararası Belgelerde Analık İznine İlişkin Düzenlemeler 41
a. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı 41
b. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 183 Sayılı Analığın Korunması Hakkında Sözleşmesi 42
c. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri 45
3. Mukayeseli Hukukta Analık İznine İlişkin Düzenlemeler 46
a. Alman Hukukunda Kadın İşçinin Analık İznine İlişkin Düzenlemeler 46
b. Diğer Bazı Avrupa Ülkelerinde Analık İznine İlişkin Düzenlemeler 48
c. Büyük Britanya Hukuk Sisteminde Analık İznine İlişkin Düzenlemeler 50
4. Türk Hukukunda Analık İznine İlişkin Düzenlemeler 52
a. İş Kanunu'nda Analık İzni 52
b. Analık İznine İlişkin 6663 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemelere Genel Bakış 59
5. Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılması 60

a. Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin 156 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi 60
b. Türk Hukukunda Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılması 62
(1) Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılmasının Şartları 62
(2) Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılma Şekli ve Sonuçları 66
c. Bazı Ülkelerde Baba Tarafından Kullanılan İzinlere İlişkin Düzenlemeler 67
6. Evlat Edinme Hâlinde Analık İzninin Kullanılması 69
7. Diğer Kanunlarda Analık İzni 72
C. Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma İznine Hak Kazanma 76
1. Genel Olarak 76
2. Yarım Çalışma İzninin Hukuki Niteliği 78
3. Yarım Çalışma İzninden Yararlanabilecek Kişiler 79
a. Doğum Yapan Kadın İşçi 79
b. Üç Yaşından Küçük Çocuğu Evlat Edinen Kadın veya Erkek İşçiler 79
4. Yarım Çalışma İznine Hak Kazanmanın Koşulları 81
a. Doğum Yapma ya da Üç Yaşından Küçük Bir Çocuğu Evlat Edinme 81
b. Talepte Bulunma 82
c. Doğum Sonrası Analık İzin Sürelerinin Kullanılmış Olması ve Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Hakkı Kullanacak Olan Kişi Tarafından Yapılıyor Olması 86
d. Çocuğun ve İşçinin Hayatta Olması 86
5. Yarım Çalışma İzninin Süresi 87
6. İşçinin Haftalık Çalışma Süresinin Yarısı Kadar Çalışması 91
7. Yarım Çalışma İzninin Kullanımı 93
8. Yarım Çalışma İzninin İşçinin Asıl Ücretine ve Eklerine Etkisi 96
9. Yarım Çalışma İzninin Sona Erme Hâlleri 98
10. Yarım Çalışma İznine İlişkin Hükümlere Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım 99

D. Ücretsiz İzin 100
1. Genel Olarak 100
2. Ücretsiz İznin Diğer İzinlerle İlişkisi 102
E. Süt İzni 105
1. Genel Olarak 105
2. Süt İzni Hakkına Sahip Kişiler 109
3. Süt İzninin Kullanılma Usulü 111
4. Süt İzninin Toplu Olarak Kullanılması Sorunu 112
5. Çoğul Gebelik Hâlinde Süt İzninin Kullanımı 114
6. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışmada Süt İzninin Kullanımı 115
7. Süt İzninde Kadın İşçinin Çalıştırılması ve Sonuçları 117

İKİNCİ BÖLÜM
ÇALIŞMA KOŞULLARINDA VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE ANALIK

I. GEBE VE ANNE OLAN KADIN İŞÇİNİN ÇALIŞMA KOŞULLARI 124
A. Uluslararası Belgelerde Yer Alan Düzenlemeler 124
1. 92/85/EEC Sayılı Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkında Direktif 124
2. Gece Çalışması Hakkında 89 ve 171 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi 126
B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler 127
1. Kadın İşçinin Gebeliği Hakkında İşvereni Bilgilendirme Yükümlülüğü 127
2. Gebe ve Anne Olan Kadın İşçilerin Çalıştırılma Koşulları 130
a. Genel Olarak 130
b. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadın İşçilerin Çalıştırılma Koşulları 132
3. İşverenin Emzirme Odası ve Yurt Açma Yükümlülüğü 135
4. Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı 138

a. Gece Kavramı 138
b. Gebe ve Emziren Kadın İşçilerin Gece Döneminde Çalıştırılması 139
5. Kadın İşçiyi Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı 141
a. Genel Olarak 141
b. Gebe Kadın İşçinin Hafif İşlerde Çalıştırılması 143
6. Yeraltı ve Su Altında Kadın İşçi Çalıştırma Yasağı 144
7. Gebe veya Emziren Kadın İşçiyi Fazla Çalıştırma Yasağı 144
II. DOĞUM VEYA EVLAT EDİNME NEDENİYLE KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇİŞ HAKKI 146
A. BUSINESSEUROPE, UEAPME CEEP ve ETUC Tarafından Karara Bağlanmış Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Anlaşmayı Yürürlüğe Koyan ve 96/34/EC Sayılı Direktif'in İlga Edilmesine İlişkin 2010/18 Sayılı Avrupa Direktifi 146
B. Genel Olarak Kısmi Süreli Çalışma 150
C. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına Genel Bir Bakış 152
D. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına İlişkin Düzenlemenin Uygulama Alanı 159
E. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçme Talebinde Bulunacak Kişiler 161
1. Ebeveynlerden Biri 161
2. Evlat Edinenler 163
F. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkından Yararlanma Koşulları 165
1. İlköğretim Çağını Doldurmamış Çocuğa Sahip Olma 165
2. İş Kanunu'nun 74. Maddesinde Düzenlenen İzin Haklarını Kullanmış Olma 166
3. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Yapacak Olan İşçinin Eşin Çalışması 170
a. Eşin Çalışıyor Olması Koşulunun İstisnaları 173
b. Eşin Çalışıyor Olması Koşulunun Sadece Başvuru Anında Aranması 177
4. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkının Talep Edilmesi 178
a. Kısmi Süreli Talepte Bulunulabilecek Zaman Aralığı 178
b. Kısmi Süreli Çalışmaya Başlamadan Önce Talepte Bulunma Süresi 181

c. Talebin Yazılı Olması 184
d. Kısmi Süreli Çalışma Talebinde Yer Alması Gereken Hususlar 185
G. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Talebinin İşverence Karşılanması 187
H. İşverenin Onayı Olmaksızın Kısmi Süreli Çalışma Yapılamayacak İşler 192
İ. Kısmi Süreli Çalışma Zamanının Belirlenmesi 197
J. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçen İşçinin Ücret ve Eklerinde Meydana Gelen Değişiklikler 201
K. Kısmi Süreli Çalışmadan Vazgeçme ve Tam Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı 202
L. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçen İşçinin Yerine Alınan İşçinin (İkame İşçinin) Hukuki Durumu 206
1. İkame İşçinin İşçilik Hakları 211
2. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçen İşçinin İş Sözleşmesini Feshetmesi Durumunda İkame İşçinin İş Sözleşmesinin Durumu 213
3. İkame İşçinin Özel İstihdam Bürosu Aracılığı İle Karşılanması 216
M. Kısmi Süreli Çalışmanın Sona Ermesi 217
III. ANALIK İZNİNİN KULLANILMASINDAN SONRA KADIN İŞÇİNİN İŞE GERİ DÖNMESİ 219
A. Uluslararası Belgelerdeki Düzenlemeler 219
B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler 221
IV. ANALIĞIN KADIN İŞÇİNİN ÜCRETİNE ETKİSİ 226
A. İş Kanunu 226
B. Basın İş Kanunu 234
C. Deniz İş Kanunu 235
V. ANALIĞIN KADIN İŞÇİNİN KIDEMİNE BAĞLI HAKLARINA ETKİSİ 236
A. Genel Olarak 236
B. Analık İzninin Kıdem ve İhbar Tazminatına Etkisi 237
C. Analık İzninin Yıllık İzne Etkisi 241
VI. ANALIĞIN KADIN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE ETKİSİ 245
A. Uluslararası Belgelerde Analığın İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi 245

1. Hizmet (İş) İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi 245
2. Avrupa Konseyi Belgelerinde 246
3. Avrupa Birliği Belgelerinde 247
B. Türk Hukukunda Analığın İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi 249
1. Analığın İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Ermesine Etkisi 249
2. Analığın İş Sözleşmesinin Fesih ile Sona Ermesine Etkisi 253
a. Genel Olarak 253
b. İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Analığın Etkisi 258
(1) Genel Olarak 258
(2) İş Kanunu Bakımından 260
(i) İşveren Tarafından İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçilerin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi 260
(ii) İşveren Tarafından İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçilerin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi 264
(3) Diğer Kanunlar Bakımından 265
c. İşverenin Bildirimli Fesih Hakkının Gebelik ve Annelik Nedeniyle Feshe Karşı Korunması Açısından Değerlendirme 266
d. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshinde Analığın Etkisi 267
(1) İş Kanunu Bakımından 267
(i) Doğum ve Gebelik Nedeniyle Yapılan Devamsızlığın İş Kanunu'nun 25. Maddesinde Belirtilen Süreyi Aşması 268
(ii) Kadın İşçinin Analık İzni Kullandığı Sırasında Hastalanması 271
(2) Diğer Kanunlar Bakımından 273
C. Bazı Ülkelerde Analığın İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi 274

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN ANALIK

I. ULUSLARARASI NORMLARDA SOSYAL GÜVENLİK HAKKI 282
A. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde 282
B. Avrupa Birliği Belgelerinde 284
1. Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkekler Arasında İşlem Eşitliği İlkesinin Aşamalı Olarak Uygulamaya Konulmasına İlişkin 79/7/EEC Sayılı Konsey Direktifi 284
2. 86/378/EEC sayılı Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi ile Bu Direktifi Değiştiren 96/97/EC Sayılı Direktif 285
C. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu 286
II. TÜRK HUKUKUNDA ANALIĞIN SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA ETKİLERİ 288
A. Kısa Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Gebe ve Anne Olan Kadın İşçilerin Korunması 289
1. İş Kazası Sigortası 289
a. Analık Hâlinde İş Kazasına Uğrayan Kadın İşçinin Korunması 289
b. Süt İzni Esnasında Kadın İşçinin İş Kazasına Uğraması 290
c. İş Kazasına Uğrayan Sigortalıya Yapılan Yardımlar 293
(1) Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Sağlanan Sağlık Yardımları 293
(2) Parasal Yardımlar 294
(i) Geçici İş Göremezlik Ödeneği 294
(ii) Sürekli İş Göremezlik Geliri 295
2. Hastalık Sigortası 296
a. Genel Olarak 296
b. Hastalık Sigortası ve Analık Sigortası İlişkisi 297
3. Analık Sigortası 299
a. Genel Olarak 299
b. Analık Sigortasının Kapsamı 301

c. Analık Durumunun Ortaya Çıkması 302
d. Analık Sigortası Kapsamında Sunulan Edimler 303
(1) Sağlık Yardımları 303
(2) Geçici İş Göremezlik Ödeneği 304
(i) Kapsamı 305
(ii) Süresi 308
(iii) Geçici İş Göremezlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları 315
(iv) Geçici İş Göremezlik Ödeneği Miktarı ve Ödenmesi 319
(v) Geçici İş Göremezlik Ödeneğinin Azaltılması, Ödenmemesi ve Geri Alınması 321
(3) Emzirme Ödeneği 322
(i) Emzirme Ödeneğinden Yararlanacaklar Kişiler 322
(ii) Emzirme Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları ve Miktarı 323
e. Analık Sigortası Kapsamında Kurumun Rücu Hakkı 326
B. Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından 326
1. Başkasının Sürekli Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalının Erken Emeklilik İmkânı 326
a. Erken Emeklilik İmkânından Yararlanma 327
(1) Sigortalı Kadın Olma 327
(2) Başkasının Sürekli Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğa Sahip Olma 330
(3) Kuruma Başvuruda Bulunma 332
b. Toplam Prim Ödeme Eklenecek ve Emeklilik Yaş Haddinden Düşülecek Sürenin Tespiti 333
c. Erken Emeklilik Hakkında Yararlanmanın Sona Ermesi 334
2. Doğum Borçlanması 335
a. Genel Olarak 335
b. Doğum Borçlanması Yapabilecek Kişiler 338
c. Doğum Borçlanmasına İlişkin Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulanması 344
(1) Yargıtay'ın Görüşü 344

(2) Öğretinin Görüşü 346
d. Doğum Borçlanmasının Şartları 348
(1) Sigortalı Olarak Tescil Edilmiş Olma 348
(2) Doğum Sırasında Aktif Sigortalı Olma Şartının Aranmaması 353
(3) Doğum Borçlanması Talep Tarihinde Aktif Sigortalı Olma Şartının Aranmaması 355
(4) Çocuğun Yaşaması 357
e. Borçlanılabilecek Süreler 358
(1) Kanun Gereği Verilen Ücretsiz Doğum ya da Analık İzni Süreleri 359
(i) 5510 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) ve (b) Bendi Kapsamında Sigortalı Olanlar 359
(ii) 5510 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin 1. Fıkrasının c Bendi Kapsamında Sigortalı Olanlar 363
(2) Doğumdan Sonraki İki Yıllık Sürenin Borçlanılması ve Bu Borçlanmaya İlişkin Şartlar 364
(i) Borçlanmanın İki Yıllık Süreyi Aşmaması 366
(ii) Borçlanmanın En Fazla Üç Defa Yapılabilmesi 368
(iii) Kadın Sigortalının Borçlanma Yapacağı Sürede Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Sigortalı Sayılmaması 369
(3) Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzninin Borçlanılabilirliği 372
(4) Doğum veya Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkının Kullanılması Durumunda Doğum Borçlanmasının Yapılabilirliği 373
f. Borçlanmanın Usul ve Esasları 376
(1) Borçlanma Talebi 377
(2) Borçlanma Tutarının Tahakkuku ve Borçlanılan Süreye İlişkin Primlerin Ödenmesi 379
g. Doğum Borçlanmasının Sonuçları 382
3. Annelere Ölen Çocuklarından Ölüm Aylığı Bağlanmasına İlişkin Düzenlemeler 385

a. Annelere Ölen Çocuklarından Ölüm Aylığı Bağlanması ve Şartları 385
(1) Ölen Sigortalı Açısından Yerine Getirilmiş Olması Gereken Şartlar 385
(i) Sigortalının Ölmüş Olması 385
(ii) Sigortalı ile Kurum Arasında İlişki Kurulmuş Olması 386
(2) Hak Sahibi Anne Açısından Aranan Şartlar 388
(i) Altmış Beş Yaş Altı Hak Sahibi Anneler İçin Aranan Koşullar 388
(ii) Altmış Beş Yaş Üstü Hak Sahibi Anneler İçin Aranan Koşullar 389
(3) Hak Sahibi Annenin Kuruma Başvurması 389
b. Ölüm Sigortası Kapsamında Hak Sahibi Anneye Sağlanan Edimler 390
(1) Ölüm Aylığı 390
(2) Toptan Ödeme 391
(3) Cenaze Ödeneği 391
4. Anne veya Babaları Ölen Kız Çocuklarına Ölüm Aylığı Bağlanması (Yetim Aylığı) 392
C. İşsizlik Sigortası 393
1. Doğum veya Evlat Edinme Sonrasında Yarım Çalışma Ödeneği 393
2. Yarım Çalışma Ödeneğinden Yararlanma Şartları 394
a. Talepte Bulunan İşçinin Tam Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışması 395
b. İşçi Adına İşsizlik Sigortası Primi Bildirimi Yapılmış Olması 395
c. İşçinin Geçici İş Göremezlik Ödeneği Almaması 397
d. Haftalık Çalışma Süresinin Yarısı Kadar Fiilen Çalışmış Olmak 397
e. Kuruma Başvuruda Bulunmak 399
3. Yarım Çalışma Ödeneğinin Ödenme Zamanı ve Miktarı 400
4. Yarım Çalışma Ödeneğinin Sona Ermesi 402
5. Yarım Çalışma İzni Kullanan İşçinin Bazı Sigorta Kollarına Ait Primlerinin Ödenmesi 403
D. Genel Sağlık Sigortası 404

1. Genel Olarak 404
2. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında İş Kazası İçin Öngörülen Sağlık Edimleri 405
3. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Analık Hâli İçin Öngörülen Sağlık Edimleri 405
4. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Yardımcı Üreme Tekniklerine Ait Masrafların Karşılanması 408
a. Genel Olarak 408
b. Şartları 409
c. Kapsamı 416
d. Uygulanması 417
e. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Bakılmakla Yükümlü Olunan Annenin Durumu 418
E. Annelerin Sosyal Yardımlar ve Sosyal Hizmetler Aracılığı ile Korunması 419
1. Sosyal Yardımlar 419
a. Yaşlı ve Muhtaç Annelere Yapılacak Yardımlar 419
b. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarından Annelere Yapılan Yardımlar 420
c. Eşi Vefat Etmiş Kadınlara Yapılan Düzenli Nakdi Yardım 421
2. Annelere Sağlanan Diğer Sosyal Yardımlar 422
a. Doğum Yardımı 423
b. Çocuk Bakım Desteği 425
c. Bakıma Muhtaç Çocuğu Olan Annelere Evde Bakım Aylığı 428
d. Çalışan Annelere Kreş ve Gündüz Bakımevi Desteği 431
e. Şartlı Sağlık Yardımı 432

SONUÇ 434
KAYNAKÇA 441
EKLER

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
Abs.	Absatz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Genel Eşit Davranma Kanunu)
ArbSchG	İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Uygulanması ve Çalışanların Sağlığının Korunması Kanunu
ArbZG	Arbeitszeitgesetz (Çalışma Süreleri Kanunu)
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AY.	Anayasa
BAG	Bundesarbeitsgericht (Alman Federal İş Mahkemesi)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BİK	5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu)
Bkz./bkz.	Bakınız
Bl.	Bölüm
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu)
CEDAW	Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi)
CEEP	European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services (Avrupa Kamu Teşebbüsleri Birliği)
CJEU (ABAD)	Court of Justice of the European Union (Avrupa Birliği Adalet Divanı)
Çimento İşv. D.	Çimento İşveren Dergisi
ÇSY	Çalışma Süreleri Yönetmeliği
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)

değ.	Değişik
der.	Derleyen
DEÜ	Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜ İBBFD	Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
DMK	657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
DYY	Doğum Yardımı Yönetmeliği
E.	Esas
EC	European Commission (Avrupa Konseyi)
ECC	European Economic Community (Avrupa Ekonomik Topluluğu)
ECR	European Commission Representation (Avrupa Komisyonu Temsilciliği)
Ed.	Editör
ERA	Employment Rights Act (İstihdam Sürecindeki Haklar Kanunu)
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EU	European Union (Avrupa Birliği)
ETUC	European Trade Unions Confederation (Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu)
ET	Erişim Tarihi
GEKÇY	Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik
GSSİY	Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği
HD.	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HİBT	Hizmet Borçlanmalarına İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ
Hrsg	Herausgeber (Yayınlayan)
IJCEAS	Internatıonal Journal of Contemporary Economics and Administrative Sciences
İBBFD	İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
İBD	İstanbul Barosu Dergisi

İHU	İş Hukuku Uygulaması
İLO	International Labor Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İSGHD	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İSGK	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İSK	İşsizlik Sigortası Kanunu
İş K.	4857 sayılı İş Kanunu
İŞKUR	Türkiye İş Kurumu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İ.T.Ü.	İstanbul Teknik Üniversitesi
K.	Karar
Kamu İş	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
KÇGPÇKHY	Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik
KSchG	Kündigungsschutzgesetz (Feshe Karşı Koruma Kanunu)
KSÇY	Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik
LAG	Landesarbeitsgericht (Eyalet İş Mahkemesi)
md.	Madde
MESS	Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
MPRL	The Maternity and Parental Leave Regulations (Analık ve Ebeveyn İznine Dair Düzenleme)
MuSchG	Mutterschutzgesetz (Analığın Korunması Kanunu)
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi
mülga İş K.	1475 sayılı İş Kanunu
nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Fachzeitschrift)
No	Numara
PALR	The Paternity and Adoption Leave Regulations
prg.	Paragraf
RG.	Resmi Gazete

s.	Sayfa
SSGSSK	5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSİY	Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
SUT	Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği
Rn.	Randnummer
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TİSK	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TEKK	6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeitund Befristungsgesetz) (Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli süreli İş Sözleşmesi Kanunu)
UEAPME	European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises (Avrupa Esnaf ve Küçük ve Orta ölçekli İşletmeler Birliği)
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (Avrupa Sanayi ve İşveren Konfederasyonları Birliği)
V.	Volume
vd.	Ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
§	Paragraf

EKLER LİSTESİ

Ek 1: Doğum Ve Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma Belgesi ek s.1
Ek 2: Yarım Çalışma Ödeneği Talep Dilekçesi ek s.4

GİRİŞ

Ülkenin ve toplumun geleceği açısından insan neslinin devamı çok önemlidir. İnsan neslinin devamı çocuk sahibi olmaya bağlıdır. Toplumun gelecek kuşaklarının sağlıklı olarak yetişebilmesi için hem annenin hem de çocuğun sağlığının korunması toplumsal bir görevdir. Küreselleşmenin etkisiyle birlikte kadınların çalışma hayatına katkıları her geçen gün artmaktadır. Kadınların ve erkeklerin her ne kadar çalışma hayatında karşılaştıkları sorunlar kısmen benzerlik gösterse de kadınlar, gebe olma ve anne olma özelliklerinden dolayı fiziksel ve biyolojik yapıları ve toplumsal anlayış nedeniyle erkek işçilere kıyasla çalışma hayatında daha fazla sorun ile karşı karşıya kalmaktadırlar.

Kadın işçiler özellikle de anne olarak çalışan kadın işçiler dezavantajlı gruplar arasında yer almaktadır. Gebelik, doğum ve çocuğun bakımı kadın işçiler için çok özel, önemli ve zor bir süreçtir. Çalışan annelerin gebelikle başlayan, doğum, bebek bakımı, çocuğun okul öncesi ve sonrası dönemlerinde karşılanması gereken ihtiyaçlarıyla devam eden sorumlulukları iş hayatının gerekliliklerıyle birlikte çoğu zaman çatışan bir süreci beraberinde getirmektedir. Bu süreç, çalışan annelerin stres ve depresyona girmelerine neden olduğu gibi işte devamsızlıklarına ve iş performanslarının düşmesine yol açmaktadır. Analık hâlinin çalışma hayatındaki etkileri nedeniyle işverenler kadın işçiler yerine erkek işçilerle çalışmayı tercih etmektedir.

İş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatı kapsamında kadınların özel olarak korunması gerektiği gibi kadınlara özgü hâller için de özel koruma hükümlerinin getirilmesi bir zorunluluktur. İşin düzenlenmesi, ücret ve kıdem tazminatına ilişkin yasal düzenlemelerden genel olarak bütün kadın işçiler yararlanabilir. Ancak, gebelik ve analık hâllerinin söz konusu olduğu durumlarda uygulanan koruyucu hükümler özel niteliktedir. Bu tür hükümlerden de sadece gebe ve doğum yapmış kadın işçiler yararlanabilir.

Analık hâlinde kadın işçinin korunmasına ilişkin düzenlemelerin iki temel amacı vardır. Hükümlerin öncelikli amacı, doğum öncesi ve sonrası kadının ve çocuğun sağlığını korumak, gebelik ve doğum sonrası kadın ile çocuk arasındaki özel ilişkinin sağlıklı bir şekilde kurulmasını ve devamını sağlamaktır.

Düzenlemelerin diğer bir amacı ise, gebe kadının iş güvenliğinin ve işe erişimin sağlanması, analık hâline ilişkin olarak kadın işçilere yapılan ayrımcılığın önüne geçilmesi, analık izni esnasında ekonomik olarak anneye güvence sağlanmasıdır. Ayrıca analık hâline ilişkin düzenlemeler aile bütünlüğü ve toplumu da korumaktadır. Toplumun en küçük temel yapı taşı olan ailenin huzuru ve çocukların sağlıklı bir ortamda yetişmesi ülkenin geleceği açısından önemlidir. Bu sebeple de kadınların analık hâlinde özel olarak korunması gerekmektedir.

Kadınların doğurganlığı çalışmalarını kesintiye uğratan başlıca etkenlerden biridir. Kadın işçiye, gebelik ve doğum sonrası verilen zorunlu izin, doğal olarak işin kesintiye uğramasına neden olmaktadır. Bu durum işe alımlarda kadın işçilerin tercih edilmeme sebeplerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında işverenler gebelik, doğum izni, çocuk bakımı nedeniyle ortaya çıkabilecek maliyetlerden kaçınmak amacıyla kadın işçi istihdam etmekten kaçınmaktadırlar. Kadınların ve gebelerin iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar geçen süreçte karşılaştıkları sorunları ortadan kaldırmak ve özellikle de ayrımcı muamelelere karşı korunmalarını sağlamak amacıyla hem uluslararası hukukta hem de Türk hukukunda önemli düzenlemeler kabul edilmiştir.

Devlet, bütün vatandaşlarının olduğu gibi annelerin de anayasal bir hak olan sosyal güvenliğini sağlamak için gerekli tedbiri almakla yükümlüdür. Kadının iş ilişkisi esnasında işverene karşı korunmasının yanı sıra kadının sosyal güvenliğinin sağlanması da önemlidir. Zira anne olmanın sonucunda kadın işçinin gelirlerinin azalması veya kesilmesinin yanı sıra giderlerinde artış meydana gelmektedir. Annenin sosyal güvenliği, annenin ve bebeğin sağlığını korumakla birlikte anneye gelir güvencesi sağlamaktadır. Türk sosyal güvenlik sisteminde annelerin sosyal güvenliği, hem sosyal sigorta hem de sosyal yardım ve sosyal hizmetlerle sağlanmaktadır.

Mevzuatımızda kadın işçiyi koruyucu düzenlemeler dağınıktır. Kadın işçinin gebelik ve doğuma bağlı hakları başta iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukunu ilgilendirmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tazmini Hakkında Kanunu'nda (Basın İş Kanunu), 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda ve devlet memuru olan

kadınlara ilişkin düzenlemeler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer almaktadır. Bu kanunların yanı sıra birçok yönetmelikte ve genelgede de konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Çalışmamızın temel amacını kadın işçilerin gebelik sürecinde, doğumda ve doğum sonrasında iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından korunması oluşturmakla birlikte, belirli durumlarda babaların da çocuk bakımını üstlenmesine ilişkin hususlar ele alınmıştır. Biz çalışmamızda, başta İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu olmak üzere Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Anayasada doğrudan ve dolaylı olarak analık hâline ilişkin yer alan düzenlemeleri, yargı kararlarını ve öğreti görüşlerini göz önünde bulundurarak yabancı ülkelerdeki düzenlemeleri de dikkate alarak değerlendirmeye çalıştık.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk iki bölümde iş hukuku kapsamında analığın korunması, üçüncü bölümde ise sosyal güvenlik hukuku bakımından analığın etkileri ele alınmıştır.

İlk bölümde, analık kavramını tanımladıktan sonra analığın iş sözleşmesinin kurulmasına etkisi ele alınmıştır. Daha sonra 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla İş Kanunu'nda yapılan değişiklikler de göz önünde bulundurularak kadın işçilerin sahip olduğu izinlere yer verilmiştir.

İkinci bölümünde, kadın işçinin analığının çalışma koşullarına, ücrete, kıdeme ve iş sözleşmesinin sona ermesine etkileri uluslararası ve yabancı hukuktaki düzenlemeler ile yargı kararları göz önünde bulundurularak incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde gebe olan, doğum yapan ve anne olan hatta bazı durumlarda anne olmak isteyen kadınlara yönelik sosyal güvenlik haklarına ilişkin düzenlemeler açıklanmıştır. Bu nedenle de çalışmada genel olarak kadınların yararlandığı tüm sosyal güvenlik haklarına yer verilmemiştir. Çalışma konumuz ile bağlantılı olduğu durumlarda bu hususlara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Sadece Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında yani iş sözleşmesi ile çalışan kadınların değil, yeri geldikçe ve özellik arz ettikçe Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b ve c bendi kapsamında sigortalı olan kadınların da analık hâline özgü olmak şartıyla sosyal

güvenlik haklarına çalışmada yer verilmiştir. Çalışmamız sonuç bölümü ile tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
ANALIK KAVRAMI, ANALIĞIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA ETKİSİ VE ANALIĞA BAĞLI İZİNLER

I. ANALIK KAVRAMI

Çocuk sahibi olmak her kadının en doğal hakkıdır. Analık, kadın cinsiyetine özgü bir durumdur. Anne olan kadın, toplumun gelecek nesilleri olan çocukların korunması, bedensel ve ruhsal yönden sağlıklı gelişmelerinin ve büyümelerinin sağlanması açısından son derece önemli görevler üstlenmektedir[1]. Bununla birlikte analık çalışma hayatında bazı sorunları da beraberinde getirmektedir[2].

Analık kadının bünyesinde meydana gelen fizyolojik bir risk olarak nitelendirilebilir[3]. 4857 sayılı İş Kanunu'nda[4] (İş K.) kadın işçileri, gebelik ve analık dönemlerinde koruyan birçok düzenleme bulunmasına karşılık, *"analık"* kavramına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla[5] 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda[6] (SSGSSK) değişiklik yapılmış ve *"analık hâli"* kavramına yer verilmiştir. 5510 sayılı Kanunun 15. maddesinin 2. fıkrasında, kadın sigortalının hangi sürelerde analık hâlinde olduğu belirtilmiştir. Maddeye göre, gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik hâlinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve doğum ile ilgili rahatsızlık ve engellilik durumu analık hâli kabul edilir.

---

[1] Recep Makas, **Hizmet Borçlanması**, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 71.

[2] Kadınların çalışma hayatındaki yer almalarının tarihi gelişimi hakkında bkz., Fevzi Demir, "Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 4, Mayıs 2008, ss. 8- 24.

[3] A. Can Tuncay, ve Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, (Sosyal Güvenlik Hukuku), s. 433; Kadir Arıcı, "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017 Özel Sayı, (Annelerin Korunması), s. 270-271; Teoman Ozanoğlu, "Analık Sigortası ve Analık Sigortasına İlişkin Davalar", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 6, Kasım 1988, (Analık Sigortası), s. 3; Binnur Tulukçu, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, **Haber İş Sendikası Yayınları**, Ankara, 2000 (Gebe ve Anne İşçi), s. 188.

[4] Kabul Tarihi: 22.05.2003; RG.: 10.06.2003, S.: 25134.

[5] Kabul Tarihi: 17.04.2008; RG.: 08.05.2008, S.: 26870.

[6] Kabul Tarihi: 31.05.2005; RG.: 16.06.2006, S.: 26200.

Bir kadın doğum ile biyolojik anne vasfını kazanmaktadır. Ancak 5510 sayılı Kanundaki düzenleme dikkate alındığında analık hâlinin üç dönemden oluştuğunu söyleyebiliriz. Analık hâli gebelik, doğum ve lohusalık süreçlerini kapsamaktadır[7]. Öğretide *Senyen Kaplan*, kadın işçinin gebelik döneminin, gebelik durumunun tespit edildiği andan başlayarak çocuğun doğum anına kadar geçen süre olduğunu; analık döneminin ise, çocuğun doğumundan başlayarak, kadının lohusalık ve emzirme dönemleriyle, çocuğun büyütülmesi ve bakımı için geçen süreleri kapsayan dönem olduğunu ve söz konusu tanımlara Avrupa Birliği Meclisi'nin 19 Ekim 1992 tarih ve 85 sayılı Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkındaki Direktifte[8] yer verildiğini, bu nedenle de gebeliğin analık dönemi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir[9].

6663 sayılı *"Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[10]"* ile mevzuatta yapılan son düzenlemeler sonucunda analık döneminin daha geniş bir kapsamda ele alındığını söylemek mümkündür.

---

[7] Ömer Zühtü Altan, **Kadın İşçiler ve Türkiye'de Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu İle Korunması**, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Eskişehir 1979, s. 135-136; A. Can Tuncay, "Çalışan Kadının Analık Durumunda İzin ve Ücret Güvencesi", **Mercek Dergisi**, Sayı: 39, Temmuz 2005, (İzin ve Ücret), s. 37; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 449; Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, Denizciler Sendikası Yayınları, İstanbul 1988, (Ücret), s. 246; Ali Nazım Sözer, "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sayı: 6, Kasım - Aralık 1982, (Hamilelik), s. 1049; Ali Nazım Sözer, **İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellemiş 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, (Sosyal Sigortalar Hukuku), s. 244; Ufuk Aydın ve Seher Demirkaya, "Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları", **İş ve Hayat Dergisi**, S. 6, 2017, s. 79; Coşkun Saraç, "Analık Halinde Çalıştırma Yasağı", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, (Çalıştırma Yasağı), s. 1882; Makas, s. 71.

[8] Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/ 391/EEC), OJ L 348/1, Yürürlüğe giriş tarihi: 28.11.1992, content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085&from=EN; (ET. 20.02.2017); 92/85/EEC sayılı Hamile Çalışanlar Direktifi (Pregnant Workers Directive–PWD) Direktifinin *"Tanımlar"* başlığını taşıyan 2. maddesine göre; *"hamile çalışan"*, kendi durumunu ulusal yasa ve/ veya uygulamalara göre işverenine haber veren bir hamile çalışanı (md.2/a); *"lohusa çalışan"*, ulusal yasa ve/veya uygulamalara göre lohusa sayılan ve bu yasa ve/veya uygulamalara göre içinde bulunduğu durumdan işverenini haberdar eden çalışanı (md.2/b); *"emzikli çalışan"* ise, ulusal yasa ve/ veya uygulamalara göre emzikli kadın sayılan ve bu yasa ve/ veya uygulamalara göre içinde bulunduğu durumdan işvereni haberdar eden çalışanı ifade eder (md.2/c).

[9] E. Tuncay Senyen-Kaplan, "İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, (Hamilelik ve Analık), s. 713, dn. 13; Aynı yönde bkz., İştar Cengiz (Urhanoğlu), "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 4, 2009, s. 24.

[10] Kabul Tarihi: 29.01.2016, RG.: 10.02.2016, S.: 29620.

Kanaatimizce analık dönemi gebeliği, doğumu, kadının lohusalık ve emzirme dönemlerini, çocuğun bakımı ve büyütülmesini kapsar[11].

Önemle belirtmek gerekir ki, gebeliğin ve doğumun evlilik içi ya da evlilik dışı bir ilişkiden veya kadın işçinin rızası dışında meydana gelmiş olmasının iş ve sosyal güvenlik mevzuatında analık hâlinde kadın işçilere yönelik olarak yer alan düzenlemelerin uygulanması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır[12]. Zira kadının analığı, Anayasa[13] ile güvence altına alınmıştır (AY. md. 41/2).

Gebelik, dişi gamet (yumurta) ile erkek gametin (spermatozoit) ilk embriyo hücresi olan döllenmiş yumurtayı (zigot) meydana getirmek üzere birleşip kaynaşması ile başlamakta ve doğum olayının gerçekleşmesine kadar devam etmektedir[14]. Diğer bir ifadeyle; gebelik, çocuğun ana rahmine düştüğü andan, doğumun gerçekleşmesine kadar geçen süreçtir. Doğum ise, çocuğun vücudunun ana rahmini terk etmesidir[15]. Gebelik süreci açısından çocuğun sağ veya ölü doğması, kendiliğinden veya tıbbi müdahale sonucunda doğması fark yaratmayacaktır. Fakat çocuğun belli bir tarihten önce ölü doğması doğum olarak değil, düşük kabul edilmektedir. Ana rahmindeki ceninin yüz seksen günden kısa bir gebelikten sonra ana rahmini cansız terk etmesi düşük olarak nitelendirilir[16]. Düşüğün kendiliğinden veya dışarıdan bir tıbbi müdahale ile olması arasında fark bulunmamaktadır[17]. Yüz seksen günden sonra gerçekleşen doğum, ölü doğumla sonuçlansa bile hukuken

---

[11] Kadir Arıcı, "5510 Sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortalılar (4a) da Doğum Borçlanması Yapabilirler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 19, Eylül 2010, (Doğum Borçlanması), s. 164; Saraç, Çalıştırma Yasağı, s. 1882; Aydın ve Demirkaya, s. 79; Pelin Tuaç, "Analık Hâlinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar -6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler-", **DEU İBBFD**, Cilt: 32, Sayı: 1, 2017, (6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler), s. 204.

[12] Sözer, Hamilelik, s. 1061; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 37; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 244; Saraç, Çalıştırma Yasağı, s. 1182; Herbert Buchner ve Ulrich Becker, **Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeld- und Elternzeitgesetz**, 8. neu bearbeitete Aufl., C.H.Beck, München 2008, ss. 77, 943.

[13] Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG.: 09.11.1982, S.:17863 (Mükerrer).

[14] Sözer, Hamilelik, s. 1049; Thomas Hey ve Gerrrit Forst, (Hrsg.), **Kommentar AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**, 2. neu bearbeitete Aufl., Fachmedien Recht und Wirtschaft in Deutscher Fachverlag GmbH Frankfurt am Main 2015, Hey/Forst- Weimann, s. 725

[15]Tuncay, İzin ve Ücret, s. 37; Christoph Tillmanns ve Bernd Mutschler, (Hrsg.), Mutterschutzgesetz **Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz**, 2. Aufl., Haufe, Freiburg 2018, Tillmanns/Mutschler-Felder, s. 144.

[16] Sözer, Hamilelik, s. 1049; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 37; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 97; Binnur Tulukçu, "Türk Hukukunda ve Milletlerarası Alanda İşverenin Doğum Öncesi ve Doğum Sonrası İzin Verme Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001 (Doğum İzni), s. 1350.

[17] Sözer, Hamilelik, s. 1049; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 37.

doğum olarak kabul edilir[18]. Kanunda doğum ve düşük olaylarına bağlanan hukuki sonuçlar farklılık arz etmektedir. Örneğin, doğum yapan kadın işçi analık izni kullanabilirken, düşük yapan kadın işçi analık izni kullanamamaktadır.

Lohusalık, doğumdan sonraki belirli bir dönemi kapsamaktadır. Doğum yapan kadının organizmasında gebelik nedeniyle meydana gelen değişmelerin gebelikten önceki hâline dönmesine kadar geçen, kadının çocuğunu bakması ve onu emzirmesi sürecidir. Kanunda bu süre sekiz hafta olarak öngörülmektedir[19] (İş K. md. 74).

Tüp bebek uygulaması [20] (In vitro fertilizasyon) gibi yapay döllenme yöntemleriyle gebe kalınması durumunda, yapay döllenmiş yumurtanın kadın işçinin rahmine yerleştirilmediği sürece analık hâlinden söz edilemeyecektir[21]. Döllenmiş yumurtanın embriyo transfer yoluyla kadının rahmine yerleştirilmesiyle birlikte suni döllenme gerçekleşir. Bu yumurtanın kadının rahmine tıbbi olarak yerleştirildiği andan itibaren kadının analık hâlinde olduğu söylenebilir [22]. Oysa, doğal yolla meydana gelen gebelik yumurtanın tutunması ile değil, döllenmesiyle başlamaktadır. Tüp bebek yöntemiyle meydana gelen gebeliklerde, gebeliğin embriyo transferinden önce başlaması mümkün değildir. Bu sebeple, bu yöntemle gebelik en erken embriyo transferi ile başlamaktadır[23].

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, analık hâli genel olarak her ne kadar biyolojik annelere ilişkin olarak kabul edilse de, analık kavramı genel itibariyle hukuken kadın ile alt soyu arasındaki bağı ifade etmektedir. Bu nedenle de analık sıfatı her durumda doğum ile kazanılmaz. Kişinin evlat edinme yoluyla da anne olması mümkündür[24]. Ancak, iş ve sosyal güvenlik hukukunda analığın korunmasına

[18]Sözer, Hamilelik, s. 1049; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 37; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 97; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1351-1352.

[19] Sözer, Hamilelik, s. 1050; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 37; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, ss. 97-98; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1352.

[20] In vitro fertilizasyon, kadından alınan yumurtaların sperm tarafından vücut dışında suni olarak döllendirilerek kadının rahmine transfer edilmesi ile gerçekleştirilen suni döllenme metodudur.

[21] Tillmanns/Mutschler-Felder, s. 140; Franzen, Martin, Inken Gallner ve Hartmut Oetker, **Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht**, 2. Aufl., C.H.Beck, München 2018, (EUArbR/Risak), s. 1069.

[22] Tillmanns/Mutschler-Felder, s. 140; Ayrıca bkz., CJEU, Sabine Mayr v Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, 27.11.2007, C-506/06, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CC0506 (ET. 02.06.2017).

[23] BAG 26. 3. 2015 – 2 AZR 237/14, lexetius.com/2015,1153, (ET. 10.03.2018).

[24] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 244; Çağlar Çopuroğlu, "Süt İzni Üzerine Düşünceler", **Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2016, s. 103.

ilişkin her düzenlemeden evlat edinen annelerin yararlanması mümkün değildir. Kanundaki düzenlemelerin önemli bir kısmı biyolojik annelere yöneliktir[25].

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in [26] (GEKÇY) tanımlar başlıklı 4. maddesinde; gebe çalışan, emziren çalışan ve yeni doğum yapmış çalışan kavramlarına yer verilmiştir. Yönetmelikte yer alan düzenlemeye göre, gebe çalışan, herhangi bir sağlık kuruluşundan alınan belge ile gebeliği hakkında işverenini bilgilendiren; emziren çalışan, tabi olduğu mevzuat hükümleri uyarınca süt izni kullanmakta olan ve işverenini durum hakkında bilgilendiren; yeni doğum yapmış çalışan ise, yeni doğum yapmış ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren kişidir (GEKÇY md. 4).

Alman hukukunda[27] anne olan kadın işçilerin özel olarak korunması gerektiği düşüncesi ile kadınların çalışma hayatındaki yasal eşitliğine ilişkin düzenlemelerin yanında ayrı bir kanun ile kadının analık hâlinde korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır[28]. Konuya ilişkin olarak Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit,

---

[25] Taşıyıcı annelik, bir üreme yöntemidir. Bu yöntem ile bir kadın bir çifte ait bebeği dünyaya getirir. Bunun için labaratuarda çifte ait döllenmiş yumurta taşıyıcı anneye yerleştirilir. İki çeşit taşıyıcı annelik modeli mevcuttur. İlki ve daha genel olarak uygulananı taşıyıcı annenin ebeveyn olmak isteyen çiftteki kadının veya bir başka yumurta donörünün yumurtası ile hamile olduğu model, ikinci ise taşıyıcı annenin kendi yumurtasının kullanıldığı ve taşıyıcı annenin aynı zamanda biyolojik anne olduğu modeldir. Taşıyıcı annelik yöntemi Türkiye'de kanunen yasak olduğu için uygulanamıyor. Türk yasalarına göre doğan çocuğun soy bağı tartışmasız bir şekilde doğumu gerçekleştiren kadına bağlıdır. Yani hukuken doğuran kişi her zaman için çocuğun yasal annesi olarak kabul edilir. Türk hukuku bu noktada Roma Hukuku'nu benimsemiş bulunuyor ve buradaki *"mater semper carta es"* yani *"anne her zaman bellidir"* prensibi geçerlidir.. Doğumu yapan kadın ile çocuğun arasında genetik bir bağın olmaması ve taşıyıcı annelik konusu Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. https://tr.euronews.com, (ET. 06.08.2018); Ayrıca, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliği'n 1. maddesine göre, Yönetmelikte çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esasları düzenlemektedir. Belirtilen hükümde üremeye yardımcı tedavi metotlarının evli çiftler arasında uygulanacağının belirtilmiş olduğu için mevzuatımızda taşıyıcı anneliğin yasal olmadığı sonucuna ulaşmamız gerekir. Taşıyıcı annelik kanunen yasak olmasaydı, taşıyıcı anne olan kişilerin analık hâlinde olduğunun kabulü gerekirdi. Her ne kadar bu kişiler biyolojik anlamda anne olmasalar da gebelik süreci geçirmekteler ve bu dönemde hem bebeğin hem de taşıyıcı annenin sağlığının korunması gerekir. Ancak doğumdan sonra taşıyıcı anne ile çocuk arasında herhangi bir kişisel ilişki kurulmamışsa doğum sonrasına analık hâline ilişkin düzenlemelerden yararlanmaması gerekir. Türk hukuku bakımından taşıyıcı annelik mümkün değildir.

[26] RG.: 16.08.2013, S.: 28737.

[27] Almanya, çıkarmış olduğu kanun ve yönetmeliklerle, aileleri ve ailelerin işle uyumluluğunu sağlamaya yönelik düzenlemiş olduğu aile yardım porgramları ile önde gelen, ailenin ve toplumun korunmasında büyük yardımlar ve harcamalar yapan bir devlettir. İhsan Erkul, **Almanya'da İşçinin Ebeveyn Parası-Ebeveyn İzni-Babalık İzni ve Türkiye'deki Durum**, Özdemir Ofset, Eskişehir 2012, s. 2.

[28] Raimund Waltermann, **Arbeitsrecht**, 16. Aufl.,Verlag Franz Vahlen München 2012, s. 187.

in der Ausbildung und im Studium (Mutterschutzgesetz – MuSchG (Analığın Korunması Kanunu)) [29] düzenlenmiştir. Analığın Korunması Kanunu'nun ana amacı, çalışan annelerin ve gebe kadınların ve dolayısıyla çocuklarının işyerindeki tehlikelerden korunmanın yanı sıra kadınların gebelik ve annelikleri nedeniyle olası ekonomik kayıplara ve iş kaybına maruz kalmalarını önlemektir[30]. Bu Kanunda analık kavramına ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Tüm anneler bu Kanun hükümlerinden yararlanamamaktadır. Her ne kadar Almanya'da taşıyıcı annelik yasak olsa da öğretide taşıyıcı annelerin de Analığın Korunması Kanunu kapsamındaki düzenlemelerden yararlanması gerektiği belirtilmiştir[31]. Buna karşılık, Kanun evlat edinen anneleri kapsamamaktadır[32]. Bu durumun gerekçesi olarak, evlat edinen annelerin gebelik ve doğum gibi nedenlerden dolayı herhangi bir sağlık riskine ya da tehlikesine maruz kalmaması gösterilmektedir[33]. Evlat edinen anneler her ne kadar Analığın Korunması Kanunu kapsamında sunulan haklardan yararlanamasa da Gesezt zum Elterngeld und zur Elternzeit (Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG))'deki [34] düzenlemelerden yararlanmak için talepte bulunabilir [35]. Sözleşme türüne bakılmaksızın analık hâlinde olan tüm kadın işçiler Analığın Korunması Kanunu'ndaki düzenlemelerden yararlanırlar[36].

---

[29]Kabul Tarihi: 23.05.2017, RG: 29.05.2017, S.: 30.

[30] Waltermann, s. 187; Wolfgang Däubler, **Das Arbeitsrecht 2, Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz, Leitfaden für Arbeitnehmer**, 12. vollständig überarbeitete Aufl., Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek 2009, s. 844; Friedbert Rancke, (Hrsg.), **Mutterschutz Betreuungsgelg/Elterngeld/Elternzeit, Handkommentar**, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2015, HK-MuSchG/BEEG/Pepping, s. 3; MuSchG § 1/1 *"Bu kanun, kadının ve çocuğunun gebelik sırasında, doğumdan sonra ve emzirme döneminde işyerinde, eğitim ve çalışma yerlerinde korur. Kanun, kadınların sağlıklarını veya çocuğun sağlığını tehlikeye atmadan bu süre boyunca kadınların istihdamlarını veya diğer faaliyetlerini sürdürmelerini ve gebelik sırasında, koruma dönemi sonrası ve emzirirken dezavantajları önlemelerine izin verir. Diğer sağlık ve güvenlik kanunlarında yer alan düzenlemeler bu kanundaki hükümlerden etkilenmez."*

[31] Buchner ve Becker, s. 270-271; Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis ve Ingrid Schmidt, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 18. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck, München 2018, ErfK/Schlachter, s. 2454; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 33.

[32] Büyük Britanya hukuk sisteminde anneliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler evlat edinen anneler için de gerçerlidir. Bkz., Tröger, Beatrix ve Nadja Kirsch Roβ, **Arbeitsrecht in Großbritannien Praxisrelevante Regelungen und Unterschiede zur deutschen Rechtslage**, 2. Aufl., Springer Gabler Wiesbaden 2017, s. 95.

[33] HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 33.

[34] https://www.gesetze-im-internet.de/beeg/BJNR274810006.html, (ET. 10.10.2017).

[35] Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung: **Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht**, 6. Aufl., Bildung und Wissen, Nürnberg 2012, s. 633.

[36] Waltermann, s. 188; Büyük Britanya hukuk sisteminde de sözleşme türüne ve sözleşmenin süresine göre ayrım yapılmaksızın tüm kadın işçiler, analık izninden yararlanmaktadırlar. Bkz., Tröger ve Kirsch Roβ, s. 96.

II. ANALIĞIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA ETKİSİ

A. İş Sözleşmesi Yapılırken Gebe ve Anne Olan Kadın İşçinin Korunması

1. Genel Olarak

Ülkemizde işverenler, özellikle evli ve çocuk sahibi olan kadınların işe devamsızlıklarının fazla, mesleki verimlilik ve hareketliliklerinin az olacağını, gebelik ve doğum sonrasında sahip olduğu yasal izin hakları nedeniyle iş ilişkilerinin kesintiye uğrayacağını düşünmektedirler. Bu düşünce de kadınların çalışma hayatında istihdam edilmede tercih edilmemelerine ve mağdur olmalarına neden olmaktadır. Bu nedenle mevzuatımızda ve uluslararası düzenlemelerde iş sözleşmesi yapılırken kadının sırf kadın veya anne olması nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaması gerektiği belirtilmektedir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Dekker kararında, gebe olmaması hâlinde işe alınabilecek durumda olan bir kadının sadece gebe olması gerekçesiyle işe alınmamasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir[37].

Ekonomik Sosyal Haklara İlişkin Komite, toplumsal cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele etmek ve eşit işe eşit ücret verilmesini güvence altına alarak çalışma hakları bağlamında kadınlar ve erkekler arasında fırsat ve muamele eşitliğini sağlamak amacıyla kapsamlı bir koruma sistemine ihtiyaç duyulduğunun altını

[37] Ayrıca, kararda mali sonuçları nedeniyle kadın işçi ile iş sözleşmesi yapılmamasının haklı bir neden olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. CJEU, Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus 08. 11. 1990 Case C-177/88, https://eur-lex.europa.eu/-resource.html?uri=cellar:61a79cb07c8e4507977cbbbc20cf4c47.0002.03/DOC_1&format=PDF, (ET. 05.12.2017); Landau, C. Eve/Beigbeder, Yves: From ILO Standars to EU Law, The Case of Equality between Men and Women at Work, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Boston 2008, s. 143-145; Rust, Ursula/Falke, Josef (Hrsg.): **AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschrıften Kommentar**, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2007, Rust, in: Rust/Falke AGG, s. 186; Foubert, Petra ve Šejla Imamović, "The pregnant workers directive: must do beter: lessons to be learned from Strasbourg?", Lournal of Social Welfare and Family Law, 2015, C. 37, S. 3, s. 311; Susanne Burri, "Parents who want to reconcile work and care: which equality under EU law?", **http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/2015/04/Burri_-Parents-who-want-to-reconcile -work-and-care.pdf**, (ET. 17.05.2018), s. 263.

çizmektedir[38]. Komite özellikle de gebeliğin istihdamın önünde bir engel teşkil etmemesi gerektiğini belirtmektedir[39].

Çalışma hakkı, her ne kadar Anayasa'da kadın erkek ayrımı yapılmaksızın herkese tanınmış olsa da, çalışma yaşamına girmede kadınların anne olmaları ve işverenler tarafından fiziksel açıdan erkek çalışanlara oranla daha zayıf görülmeleri nedeniyle, erkeklere işçilere kıyasla dezavantajlı durumda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak kanun koyucu tarafından kadın işçinin çalışma hayatında yaşayabileceği sorunları önlemeye yönelik mevzuatımızda bir takım düzenlemelere yer verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Maddede, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu amaçla alınacak olan tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı belirtilmiştir (AY. md. 10/2). Bu düzenleme esas alınarak, İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Anayasa'da güvence altına alınmış olan eşitlik ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin[40], işe alım aşamasında bazı durumlarda birbirleriyle çatışma hâlinde olduğu görülmektedir. Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesi, işverene sözleşme serbestîsi tanımış olsa da, işverenin bu hakkı sınırsız olarak kabul edilmemelidir. Bu nedenle de işveren, iş ilanlarında işin niteliği gerektirmedikçe, cinsiyet ayrımına yönelik şartlara yer vermemelidir. Aksi takdirde, bu durum Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Bu bakımdan ayrımcı iş ilanları vermek, kişilere tanınmış olan ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan çalışma hakkının engellenmesi anlamı taşımaktadır[41].

---

[38] Bkz., 16 No'lu Genel Yorum (2005), Madde 3: Kadın ve Erkeklerin Tüm Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklardan Eşit Yararlanma Hakkı; § 23-25, http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/, (ET. 17.06.2018)

[39] Bkz., 18 No'lu Genel Yorum (2005), Madde 5: Çalışma Hakkı; § 13, http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/, (ET. 17.06.2018).

[40] AY. md. 48, *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."*

[41] Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, 1. Baskı, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2008, (Kadın Erkek Eşitliği), s. 148.

Mevzuatımızda çalışma hayatında kadın işçilerin fiziksel özellikleri göz özünde bulundurularak, onları fiziksel açıdan da koruyan düzenlemelere yer verilmiştir[42]. Anayasa'nın 50. maddesi yer alan "*….kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan bir işte çalıştırılamayacağına…"* hükmü doğrultusunda sınırlı sayıda da olsa, İş Kanunu'nda iş ilişkisinin kurulmasına yönelik olarak kadınların bir takım bedensel özelliklerini dikkate alan tedbir niteliğinde hükümlere yer verilmiştir[43]. Bu bağlamda, kadın işçinin belirli yer ve işlerde çalışması kanun koyucu tarafından yasaklanmış; böylece kadın işçinin daha iş sözleşmesinin yapılması sırasında korunması sağlanmıştır[44].

2. İşverenin İş Sözleşmesi Yapılırken Soru Sorma Hakkı

İşverenin iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin olarak işçi adayı ile yapmış olduğu görüşmelerde, hem işyerinin ve işin gerektirdiği niteliklere hem de diğer işçilerle çalışma ortamı açısından uygun bir işçiyi seçebilmesi için iş sözleşmesi yapacağı kişiye yönelik olarak soru sorma hakkı bulunmaktadır[45]. Ancak işverenin bu hakkı, adayın kişilik haklarıyla ve ayrımcılık yasağıyla sınırlıdır[46]. Bu nedenle de

[42] Kanunlarda kadınların fiziksel ve biyolojik özellikleri gereği korunmasını öngören hükümler, eşitlik ilkesini zedelemez. Bkz., A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası**, İstanbul 1982, (İş Hukukunda Eşit Davranma), s. 125.

[43] Savaş Taşkent, ve Dilek Kurt: "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 40, 2014/1, s. 35; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, (İş Hukuku), s. 314; Örneğin, İş Kanunu'nun 72. maddesine göre, her yaştaki kadının maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışması yasaktır.

[44] Taşkent ve Kurt, s. 36.

[45] Sözer, Hamilelik, s. 1050; Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar**", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, (Personel Seçimi), s. 239; E. Tuncay Senyen-Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017 Özel Sayı, (Eşitlik İlkesi), s. 245; Rust, in: Rust/Falke AGG, s. 405; Ulrich Preis, **Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis**, 3. Aufl., Verlag Dr. Otto Schimdt, Köln 2009, s. 240; Sabahattin Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo), **İÜHFM**, Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, s. 541; Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 145; Sezgi Öktem Songu, "İşçinin İfade Özgürlüğü", **İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı**, **2016 Yılı Toplantıları**, İstanbul Barosu Yayınlar, İstanbul 2018, (İfade Özgürlüğü), s. 145.

[46]Manfred Rehbinder, "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", **İÜHFM**, Cilt: 45-47, (Çev: Öner Eyrenci), s. 753; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 239; Senyen-Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 245; Jörg Podehl, **Arbeitsrecht Praxtischer Leitfaden für den betrieblichen Einsatz**, Springer Gabler, Wiesbaden 2017, s. 38; Heinrich Kiel, Stefan Lunk ve Hartmut Oetker, (Hrsg.): **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band. 1**, 4. Aufl., C.H.Beck, München 2018, MHdB ArbR/Benecke, s. 679, 681; Rust, in: Rust/Falke AGG, s. 405.

işveren tarafından sorulan soru ayrımcılık yasağını ihlal eder nitelikteyse, aday soruya yanlış cevap verebilir[47]. Hatta, aday bu tarz bir soruyu cevaplamakla yükümlü değildir.

İşverenin, kadın işçi adayını işe alım esnasında bilgi toplama hakkı çerçevesinde sorabileceği sorular, işyeri ve kadın işçi adayı tarafından ifa edilecek olan işin niteliği ile sınırlıdır[48]. İşveren tarafından sorulan sorular, iş ilişkisinin kurulması açısından haklı, kabul edilebilir ve korunmaya muhtaç bir menfaate ilişkin olduğu ölçüde geçerlidir[49]. İşverenler, işe almak istedikleri adayın gerek kişisel kimliğinin gerek işin gerektirdiği şartlara uygun olup olmadığını anlamak amacıyla adaya doğum yerine, medeni hâline, daha önce çalışılan işler ve işyerlerine, sağlık durumuna, malvarlığına, eğitim durumuna, gebe[50] veya çocuk sahibi olup olmadığına ilişkin sorular yöneltmektedirler. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, önemli olan bu soruların hangi amaçla adaya yöneltilmiş olduğudur. Bu durum özellikle, medeni hâl veya gebelik ile ilgili olarak sorulan sorularda ortaya çıkmaktadır. Bu tarz sorular, kadın işçi adaylarını mağdur edici nitelik taşıyabilmektedir.

3. İşverenin Kadın İşçi Adayına Gebeliğine İlişkin Soru Sorma Hakkı ve Kapsamı

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, *"İşveren biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde,*

[47] BAG 05.10.1995, 2 AZR 923/94, NZA 1996, 371; BAG 18.10.200, 2 AZR 380/99, DB 2001, 707-708; Rust, in: Rust/Falke AGG, s. 405; Hey/Forst-Lindemann, s. 295.

[48] Gaye Burcu Yıldız, "Ayrımcılık Yasağı", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 14. Yıl Toplantıları**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2011, (Ayrımcılık Yasağı), s. 220; Ertuğrul Yuvalı, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçilerle İlgili Hükümlerine Genel Bakış", **TBB Dergisi**, Sayı: 106, 2013, s. 98; Hakan Keser, "4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 3, 2004, http://www.kamu-is.org.tr/pdf/733.pdf, (ET.: 20.12.2016), s. 28; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü s. 146; İlke Gürsel, **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, (Kişisel Verilerin Korunması Hakkı), s. 314; Özgür Oğuz, "Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler", **TBB Dergisi**, Sayı: 134, 2018, s. 573.

[49] Eyrenci, Personel Seçimi, s. 250; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 87.

[50] İş görüşmesine gelen adaya, gebeliğe ilişkin soru yöneltilmesi ve bu sorunun cevabının alınması, doğrudan adayın kendisinden bilgi toplanması şeklinde gerçekleştirilen bir veri işleme faaliyetidir. Bkz., Gürsel, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, s. 204.

cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." Hükümde de belirtildiği üzere, işveren iş sözleşmesi yapılırken iş başvurusunda bulunan kadın işçi adayına sırf gebe olması nedeniyle farklı bir işlem yapamaz[51]. İş başvurusunda bulunan tüm adayların kadın olması hâlinde dahi, gebelik sebebiyle ayrım yapılması mümkün değildir[52].

İşveren kadın işçi adayını işe alırken biyolojik nedenler[53] veya işin niteliğine[54] ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, gebe olup olmadığına ya da ileri de çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediğine ilişkin sorular soramaz[55]. İşin niteliği ve biyolojik nedenler gerektirmemesine karşılık, işveren tarafından gebeliğe ilişkin sorular sorulursa işverenin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilir[56]. Bu tarz sorular

---

[51] Ekonomi, Münir: "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 22, 2009/3, (Feshe Karşı Koruma), s. 17; Süzek, İş Hukuku, s. 455; Taşkent ve Kurt, s. 36-37; Doğan Yenisey, Kübra: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 11, 2006/4, (Ayrımcılık Yasağı), s. 67-68; Yuvalı, s. 96.

[52] Wolfgang Hromadka ve Frank Maschmann, **Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, Band I**, 7. Aufl., Springer, Berlin 2018, s. 145; Frank Maschmann, Riner Sieg ve Burkhard Göpfert, **Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht**, 2. Auf., C.H.Beck, München 2016, Maschmann/Sieg/Göpfert-Sieg, s . 928; MHdB ArbR/Benecke, s. 685-686.

[53] Biyolojik nedenler, kadın veya erkek cinsine has psişik veya anatomik özelliklerdir. Bu nedenle, kadınlarda regli hâlinin cinsiyet nedeniyle farklı işlemi zorunlu kılan bir biyolojik neden olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz., Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, (İş Hukuku), s. 738; Kadın işçinin regli hâlinin, normal bir hastalık gibi kabul edilerek buna göre hüküm ve sonuç doğurması gerektiği görüşü için bkz., Cavit Demiral, "4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı", **E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi**, Mart 2005, Sayı: 37, http://www.e-akademi.org/makaleler/cdemiral-1.htm, prg. 18, (ET. 05.03.2017)

[54] İşin niteliğine ilişkin nedenler, işin belirli bir cinse münhasır olması, diğer cinsten beklenilmesinin işin özelliklerine aykırı düşmesi anlamında nedenlerdir. Buna göre örneğin, kadın giysileri mankenliği, aktristlik, kadın epilasyon ve pedikür işleri, hemşirelik, kreş bakıcılığı işleri gibi işlerin, nitelikleri gereği kadın işgücünü zorunlu kılan işlerdir. Bkz., Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s.738.

[55] Hey/Forst-Hey, s. 211; Sözer, Hamilelik, s. 1051; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, (Temel Haklar), s. 71; Demiral, prg. 39; Sevimli, s. 156; Gürsel, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, s. 317; İlke Gürsel, "Kişisel Verilerinin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkisine Etkileri", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 50, 2016, (İşçi ve İşveren İlişkisi), s. 812; Odaman'a göre ise, kadın adaya gebe olup olmadığının yanı sıra, işçinin yakın bir zamanda gebeliği düşünüp düşünmediği de sorulabilir. Aksi hâlde, sözleşme yapıldığı anda gebe olup olmadığına dair sorulacak sorunun bir anlamı kalmayacaktır. Zira, o anda gebe olmayan ve bunu doğru bir şekilde işverene beyan eden adayın, sözleşmenin kurulmasının hemen akabinde gebe kalması ihtimal dâhilindedir. Oysa, adayın sözleşme öncesi görüşmeler esnasında gebe olup olmadığına dair soru sorulmasındaki neden, işverenin gebe kadın işçiye karşı, 1475 sayılı İş Kanunu md. 70 hükmü gibi, hafife alınamayacak bazı yükümlülükler taşıyacak olmasıdır. Belki de işvereni, sözleşme yapmamaya sevk edecek bu engeli o anda bertaraf eden adayın, kısa zaman içinde, işveren açısından engel olabilecek bu durumu yaratması muhtemel olabileceğinden, işverenin kadın adaya, yakın bir zaman içinde gebeliği planlayıp planlamadığını da sorabilmesi gerekir. Bkz., Serkan Odaman, "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 274, Ekim 2002, s. 42.

[56] Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırılmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 159.

ile işveren, iş ilişkisinin kurulmasından kısa bir süre sonra doğabilecek ekonomik külfetleri[57] veya çalışma şartlarında bu nedenle oluşabilecek değişiklikleri tahmin etmeyi amaçlamaktadır[58].

Avrupa Birliği Adalet Divanı vermiş olduğu Mahlburg kararında, işverenin kadın işçi adayını gebeliği nedeniyle işe almayı reddetmesi durumunun mali nedenlerle gerekçelendirilememesi gerektiğini belirtmiştir[59]. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, işveren işin niteliği ve biyolojik nedenler gerektiriyorsa, kadın işçi adayına gebe olup olmadığını sorabilir. Böyle bir durumda, işverenin gebeliğe ilişkin soru sormasında ve sorunun cevaplanmasında haklı bir menfaati bulunmaktadır[60]. Bu nedenle söz konusu durumlarda gebeliğe ilişkin soru sorulması kişilik hakkına haksız saldırı olarak değerlendirilmemesi gerekir[61].

06.04.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun[62] (TİHEKK) 6. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez. Kanunun 7. maddesine göre, istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı durumunda amaca uygun ve orantılı farklı muamale ayrımcılık oluşturmaz (TİHEKK md. 7/1-a). Maddede yer alan *"zorunlu mesleki gereklilik"* ifadesi, İş Kanunu'nun 5.

---

[57] Uygulamada işverenlerin çoğu, kadın çalışanları, ileride çocuk sahibi olmaya karar vererek analık iznine ve sonrasında da ebeveyn iznine ayrılma olasılıklarına dair kaygılar nedeniyle, işletmeleri için maliyet yaratan birer yatırım olarak algılama yönünde eğilimlidirler. Ayrıntılı bilgi için bkz., Petra Foubert, **The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community- Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America**, Kluwer Law International, The Hague 2002, s. 60.

[58] Ertürk, Temel Haklar, s. 68; Ertük, Kadın Erkek Eşitliği, s. 156; Andreas von Medem, **Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Die Integration der Diskriminierungsverbote der Richtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und 76/207/EWG in das deutsche Kündigungsschutzrecht**, Duncker&Humboldt, Berlin 2008, s. 59; Cengiz (Urhanoğlu), s. 27; A. Eda Manav, "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye' deki Uygulamalar" **DEÜHFD**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, (Ayrımcılıkla Mücadele), s. 747.

[59] CJEU, 3.2.2000, C-207/98 http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130de 125a7c 1912184ccd8620816cb41de2f4.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb34Ke0?text=&docid=44972&pageIn dex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=702382, (ET. 01.03.2017). Söz konusu davada kadın işçi adayı Mahlburg, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmak üzere iş başvurusunda bulunmuş; fakat gebe olması nedeniyle basvurusu kabul edilmemiştir. Karara ilişkin daha geniş bilgi için bkz., Medem, s. 440; Fuchs, Maximilian/Marhold, Franz: Europäisches Arbeitsrecht, 3. Vollständig überarbeitete und erweiterte Auf., Springer WienNewyork, Germany 2010, s. 172.

[60] A. Eda Manav, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: XIX, Sayı: 2, (İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması), s. 117.

[61] Manav, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, s. 117.

[62] Kabul Tarihi: 06.04.2016, RG.: 20.04.2016, S.: 29690.

maddesinin 3. fıkrasında yer alan *"işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması"* ifadesi ile örtüşmektedir[63]. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde kadın işçi adayına ve kadın işçiye gebelik nedeniyle farklı işlem yapmayı hukuka uygun kılan hâller, biyolojik sebeplerin bu durumu zorunlu kılması ve zorunlu mesleki gereklilikler olarak kabul edilebilir[64]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişiye yönelik olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun iş ilişkileri bakımından öngördüğü yasaklar, sadece İş Kanunu kapsamında olan işçiler bakımından değil, hangi kanun kapsamına girdiği önemli olmaksızın her türlü iş sözleşmesinde uygulanır (TİHEKK md 6/5).

İşin niteliği ve biyolojik nedenler gerektirmediği sürece kadın işçi adayına sorulan gebelik sorusu, işe alım esnasında cinsiyet nedeniyle ayrım yasağı [65] kapsamında değerlendirilmiş ve özel yaşama müdahale olarak görülmüştür[66] . Bu nedenle de bu tarz sorular kural olarak işverenin soru sorma hakkı kapsamında değerlendirilemez[67]. Alman Federal İş Mahkemesi'nin de vermiş olduğu bir karara göre, işverenin süresiz olarak işe almaya planladığı bir kadın adaya gebe olup olmadığı yönünde soru yöneltmesi, Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu'nun (BGB)) § 611a hükmünün ihlali anlamına gelmektedir[68]. Aynı esas,

[63] Canan Ünal, "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 283-284.

[64]Ünal, s. 284.

[65] Manav'a göre, gebelik durumu sadece cinsiyet ve işçinin kişilik hakları bakımından değerlendirilmemeli, işverenin iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcu kapsamında da değerlendirilmelidir. İşveren duruma göre, işçinin gebeliği sebebiyle işçiye daha hafif bir iş verebilir. İşveren, işçinin gebeliği konusunda bilgi sahibi olursa, işçinin yapacağı işin gebe işçi bakımından ne gibi tehlikeleri olabileceğine ilişkin işçiyi bilgilendirebilir. Bkz., Manav, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, s. 117.

[66] Savaş Taşkent, "İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri", **Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan**, Cilt:2, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, (İptal Nedenleri), ss. 179-180; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255; Ertürk, Temel Haklar, s. 71; Sevimli, s. 154; Onaran Yüksel, ss. 157, 159; Gürsel, İşçi ve İşveren İlişkisi, s. 811; Manav, Ayrımcılıkla Mücadele, s. 748.

[67]Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255; Hromadka ve Maschmann, s. 145; Wolfgang Zöllner, Karl- Georg Loritz ve Curt Wolfgang Hergenröder, **Arbeitsrecht**, 7. neu bearbeitete Aufl., C.H.Beck, München 2015, ss. 178-179; Maschmann/Sieg/Göpfert- Sieg, 928; Buchner ve Becker, s. 245; Horst Marburger, **Schwangerschaft, Mutterschaft, Elternzeit**, RdW Band 232, 3. Aufl., Boorberg, Germany 2017, (Schwangerschaft), s. 17; Ute Bährle Teschke, **Arbeıtsrecht Schnell Erfasst**, 8. Aufl., Springer, Berlin 2018, s. 46; Däubler, Wolfgang ve Martin Bertzbach, (Hrsg): Allgemeins Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2013, Däubler/Bertzbach-Däubler s. 362.

[68] Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) cinsiyete dayalı ayrımcılığı düzenleyen § 611a hükmü, Genel Eşit Davranma Kanunu'nun (AGG) yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

kadının iş sözleşmesindeki faaliyeti, analığın korunmasına ilişkin mevzuat gereğince ilk başta yerine getirmesi yasak olsa dahi geçerlidir[69].

İşverenin soru sorma hakkına ilişkin bu sınırlama genel itibariyle hem belirli süreli iş sözleşmelerinde hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerlidir[70]. Kural olarak, belirli süreli iş sözleşmesiyle ifa edilmesi gereken bir iş için iş başvurusunda bulunan kadın işçi adayının sözleşmenin tüm süresi boyunca doğuma bağlı haklardan yararlanması söz konusu olsa bile işveren, işin niteliği ve biyolojik nedenler gerektirmedikçe gebeliğe ilişkin soru soramaz[71].

Yıldız'a göre, işveren işin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapmak istiyorsa, adaya gebe olup olmadığını sorması ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir. Örneğin, işveren almış olduğu bir projenin bilgi-işlem hizmetlerini yürütmek için sekiz ay süreyle işçi çalıştırmak istiyorsa, bu pozisyon için başvuran kadın adaylara gebe olup olmadıklarını sorabilmelidir. Burada işverenin iş sözleşmesi yapma amacı, sekiz ay süreyle belirli bir işin kesintisiz olarak yürütülmesidir. Dolayısıyla işin niteliğinden kaynaklanan ve haklı görülebilecek bir nedene dayalı olarak bu yönde bir soru sorulabilmektedir[72].

Erkanlı, analık iznine ayrılmış işçinin yerine geçici olarak istihdam edilecek ya da mevsimlik iş sözleşmesiyle çalışacak olan kadın işçi adayının gebeliğinin gözle görülür şekilde anlaşılıyor olması durumunda, gebeliğe ilişkin sorunun işle ilgili kabul edileceğine ve adaya bu yönde soru sorulabileceğine işaret etmektedir[73].

---

[69] BAG 06.02.2003, 2 AZR 621/01, NZA 2003, 848; Kararın Türkçe özeti için bkz., Alpay Hekimler, "Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, 2004/3, s. 274.

[70] CJEU, 03.02.2000, C-207/98, (lexetius.com/2000, 3321); CJEU, 04.10.2001, C-109/00, https://lexetius.com/2001,1084, (ET. 05. 04. 2017, Hey/Forst-Hey, s. 126.

[71] Preis, s. 244; Hey/Forst-Lindemann, s. 295; CJEU, 04.10.2001, C-109/00, https://lexetius.com /2001,1084, (ET. 05. 04. 2017); Akyiğit' e göre, işçi işin niteliği veya süresi (örneğin, altı ay süreli iş) bakımından önem taşımayan bir gebeliği kendiliğinden açıklamakla yükümlü değildir. Ancak, işçiye soru sorulması durumunda işçi gerçeği söylemekle yükümlüdür. Bkz., Ercan Akyiğit, **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, (İptal Edilebilirlik), s. 45.

[72] Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, (Eşit İşlem Borcu), s. 199; Yıldız, Ayrımcılık Yasağı, s. 218; Alman doktirininde de başka bir işçinin yerine belirli süreli olarak alınan ve gebelik nedeniyle sözleşme süresi boyunca çalışamayacak olan işçi, iş görüşmelerinde gebeliğe ilişkin sorulan soruları kasten yanlış cevaplar ve iş ilişki kurulursa işveren bu sözleşmenin geçerliliğine itiraz edebileceği belirtilmektedir. Bkz., Tillmanns/Mutschler-Just, s. 398.

[73] Betül Erkanlı, **Tarafların İş Sözleşmesi Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, ss. 76-77.

Öğretide *Ünal,* gebelik nedeniyle düzgün bir şekilde ifası mümkün olmayan kadın iç çamaşırı, mayo makenliği, dansçılık gibi işler bakımından belirli süreli iş sözleşmesiyle kısa bir süre çalıştırılmak üzere veya mevsimlik iş sözleşmesiyle çalıştırılmak üzere alınacak olan işçinin gebe olması durumunda başvurusunun reddedilmesinin ayrımcılık oluşturmayacağını vurgulamaktadır[74]. Yazara göre, söz konusu durumlarla sınırlı olmak üzere, adayın gebeliğe ilişkin soruları doğru cevaplamasında işverenin haklı bir menfaatinin varlığı kabul edilmelidir[75]. Başka bir örnek vermek gerekirse, gece kulübünde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmak üzere barmen veya barmeyd alımına ilişkin ilana başvuran kadın adaya gebeliğe ilişkin soru sorulabilir[76]. Bu sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak yapılmak istense de gebeliğe ilişkin soru sorulabilir. Söz konusu örnekte kanaatimizce gebeliğe ilişkin soru, işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik uyarınca, kadın işçilerin gebe oldukları sağlık raporuyla tespit edildiği andan itibaren doğuma kadar geçen süre boyunca gece çalışmaya zorlanamazlar (md. 8).

Kanaatimizce, sözleşmenin belirli süreli olarak yapılması işverene kural olarak kadın işçi adaya gebeliğe ilişkin soru sorma hakkı vermemelidir. Örneğin, işveren üç yıllık belirli süreli iş sözleşmesi yapmak istiyorsa, başvuran adaya işin niteliği ve biyolojik sebepler gerektirmediği sürece, sözleşmenin sadece üç yıl için yapılıyor olması işverene gebeliğe ilişkin soru sorma hakkı vermemelidir. Aksi hâlde, işverenler yapacakları tüm belirli süreli iş sözleşmelerinde kadın adaylara gebeliğe ilişkin soru sorabilecek ve gebe olan kadınlar ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınabilecektir. Bu durumda kadınların belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışmaları pek mümkün olmayacaktır. Analık iznine ayrılan bir işçi yerine işveren belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi almak istiyorsa, işverenin gebeliğe ilişkin soru sorabileceğinin kabulü gerekir. Böyle bir durumda işverenin haklı bir menfaatinin kabulü gerekir.

[74] Ünal, ss. 284-285.
[75] Ünal, s. 285.
[76] Ünal, s. 285.

Alman Federal İş Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, bir işyerinde sadece kadın adayların alınması söz konusu ise, kadın işçiye gebeliği ile ilgili bir sorunun yöneltilmesi durumunu cinsiyete aykırı bulmamıştır[77]. Avrupa Adalet Divanı'nın sadece kadın işçilerin işe alınması söz konusu olsa bile, böyle bir sorunun cinsiyet ayrımına yol açacağına karar vermesi[78] ile birlikte Alman Federal İş Mahkemesi de kararlarını bu doğrultuda vermeye başlamıştır[79]. Ancak belirtmek gerekir ki, Alman doktrininde iş başvurusunda bulunan tüm adaylar kadın olsa bile başvuru konusu iş, gebe adayların çalışmasının yasak olduğu işlerdense, işveren adaya gebe olup olmadığını, ayrıca iş görme edimini ifa edeceği süre boyunca çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediğini sorabileceği ileri sürülmektedir[80]. Çünkü böyle bir durumda söz konusu soru işin niteliği gereği sorulmaktadır.

İş Kanunu'nun 74. maddesindeki gebelik ve doğum hâline ilişkin olan çalıştırma yasaklarının uygulanması amacıyla, gebeliğin gözle görülür bir şekilde olması durumunda işverenin, adaya gebeliğinin kaçıncı haftasında olduğuna ilişkin sorular sorabileceğinin kabulü gerekir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de belirtileceği gibi, Kanunun 74. maddesindeki hükme aykırı olarak analık izni sürelerinde kadın işçi çalıştıran işverene idari para cezası yaptırımı uygulanmaktadır. İşverenin bu idari para cezasına maruz kalmaması ve ayrıca doğacak bebeğin sağlığı ve annenin sağlığının korunması için söz konusu durumda işverenin kadın işçi adayının gebeliğinin hangi evresinde olduğunu bilmesinde hukukî yararı bulunmaktadır[81].

Avrupa Birliği'nin 2006/54/EC Sayılı *"İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair (yeniden düzenleme) Direktifi"*nin[82] 14. maddesinde hangi faaliyet alanında olursa

[77] BAG 20.02.1986, 2 AZR 244/85; https://www.jurion.de/urteile/bag/1986-02-20/2-azr-244_85/ (ET.10.09.2018).
[78] CJEU, Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus 08. 11. 1990 Case C-177/88, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:61a79cb0-7c8e-4507-977c-bbbc20cf4c47.0002.03/DOC_1&format=PDF, (ET. 05.12.2017).
[79] BAG 15.10.1992, 2 AZR 227/92, https://www.jurion.de/urteile/bag/1992-10-15/2-azr-227_92/ (ET.10.09.2018); Ayrıca bkz., Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 160.
[80] Maschmann/Sieg/Göpfert-Sieg, s. 928; BAG 01.07.1993 – 2 AZR 25/93 - DB 1993/1978, Alman Federal İş Mahkemesi kararına göre, işveren tarafından kadın işçi adayının gebe olup olmadığının sorulması kural olarak kabul edilemez. Ancak, iş sözleşmesine konu faaliyet kadın işçinin çalışması yasak olan işlerdense işveren tarafından söz konusu soru sorulabilir.
[81] Gürsel, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, s. 316.
[82] Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in

olsun, işe alma koşulları da dâhil olmak üzere, istihdama veya mesleğe erişim koşullarına ilişkin olarak cinsiyete dayalı doğrudan [83] veya dolaylı ayrımcılık [84] yapılamayacağı vurgulanmaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 183 sayılı Analığın Korunması Hakkındaki Sözleşmesi'nin[85] 9. maddesinde, üye devletlerin analığın istihdamda bir ayrımcılık sebebi oluşturmasını engelleyecek uygun nitelikteki önlemleri alması gerektiğine yer verilmiştir (md. 9/1). Sözleşmeye göre, bu önlemler, kadınların iş başvurusunda bulunmaları durumunda kendilerinden gebelik testi ya da bu tür teste ilişkin bir belge istenmesinin yasaklanmasını da kapsamaktadır. Bunun yanı sıra, ulusal düzenlemelerle gebe ya da emziren kadınların söz konusu işi yapmasının yasaklanmış ya da sınırlanmış olduğu durumlar ile anne ve çocuk sağlığı için bilinen ya da önemli bir tehlikenin var olduğu durumlar söz konusu yasağın istisnalarını oluşturmaktadır (md. 9/2).

Alman hukukunda Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Genel Eşit Davranma Kanunu (AGG))'nun 3. paragrafında, kadının gebelik ve annelik nedeniyle olumsuz muameleye maruz kalması cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak düzenlenmiştir[86]. Bu hükme göre, kadın işçi adayına iş görüşmeleri sırasında gebeliği nedeniyle farklı muamele yapılması doğrudan ayrımcılık olarak kabul

---

matters of employment and occupation (recast), OJ L 204/23, Yürürlüğe Giriş: 26.7.2006. 2006/54 sayılı Yönerge ile bu çalışma kapsamında incelenen 75/117; 76/207; 2002/73; 86/378; 96/97; 97/80 ve 98/52 sayılı Yönergeler iptal edilerek, yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan Yönergeler'e yapılan atıflar ise, 2006/54 sayılı Yönerge'ye yapılmış olarak kabul edilecektir (md. 34).

[83] 2002/73 sayılı Direktif'te ise, eşit davranma ilkesi, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık tanımlanmıştır. Direktifte yer alan düzenlemeye göre, eşit davranma ilkesi, cinsiyete dayalı sebeplerle, özellikle medeni ya da ailevi durumlara bağlı olarak, hiçbir şekilde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı anlamına gelmektedir (değ. md.2/1). Doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda gördüğü, görmekte olduğu ya da görebileceği muameleden daha aşağı şartlarda bir muameleye tabi tutulmasıdır (değ. md.2/2), Ayrıca bkz., Onaran Yüksel, ss. 96-101; Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 4, 2002, (Kadın-Erkek Eşitliği), s. 13; Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 73 vd.

[84] 2002/73 sayılı Direktif'e göre, dolaylı ayrımcılık, bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaçla kanunlaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hükmün, kriter ya da uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirilmesidir (değ. md.2/2), Dolaylı ayrımcılığa ilişkin geniş bilgi için bkz., Onaran Yüksel, ss. 101-126; Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 71-72; Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metedoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, 2005, (Eşit Davranma İlkesi), ss. 992-1002; Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, ss. 13-15; Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 75 vd.

[85] ILO Kabul Tarihi: 15.06.2000, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183, (ET. 21.04.2017).

[86] Aino Schleusener, Jens Suckow ve Burkhard Voig, **AGG Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**, 4. Auf., Luchterhand Verlag Köln 2013, s. 21.

edilecektir[87]. İşveren ekonomik nedenleri ileri sürerek gebe ya da analık hâlinde olan kadın işçi adayını istihdam etmekten kaçınırsa Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 7. paragrafına aykırı davranmış olur[88].

4. İş Sözleşmesi Yapılırken Gebe ve Anne Olan Kadın İşçi Adayının Yükümlülükleri

a. Bilgi Verme Yükümlülüğü

İşverenin adaya soru sorma hakkının karşılığı olarak adayın da işverene bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır[89]. Ancak bu yükümlülük işverenin sorduğu her soruya bilgi verme yükümlülüğü olarak anlaşılmamalıdır. Aday, işyeri ve iş görme edimini yükleneceği iş ile ilgili sorulara cevap vermekle yükümlüdür[90].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, işe alım sürecinde adaya gebelik veya analık ile ilgili sorular sorulup sorulamayacağı öğretide tartışılmıştır. Bu hususun dışında adayın bu sorulara doğru yanıt vermesi gerekip gerekmediği konusunda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, bu tür soruların sorulmasını biyolojik nedenler ve işin niteliği gerektiriyorsa, adayın sorulan soruya gerçeğe uygun cevap verme mecburiyeti bulunmaktadır[91]. Bu görüş, işin niteliği ve biyolojik nedenler gebeliği ilişkin soru sorulmasını gerektirmiyorsa, işverenin gebeliği ilişkin soru sormasını sakıncalı görürken[92]; başka bir görüş, işveren

---

[87] Hey/Forst-Hey, s. 126; Rust, in: Rust/Falke AGG, s. 315; Medem, s. 40; Doğan Yenisey'e göre, ayrımcılık teşkil eden davranışın temelinde gebeliğin yattığının gösterilmesi, doğrudan ayrımcılığın kabulü için yeterlidir. Bkz., Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, s. 992.

[88] Medem, s. 54.

[89] Fransız hukukunda, kadın işçi adayının gebelik durumu ile ilgili olarak işverene bilgi verme yükümlülüğü olup olmadığı kanun ile açıkça düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, kadın işçi adayı ya da kadın işçi, gebelik durumunda sağlığının korunması ile ilgili hükümlerden yararlanmak istemesi durumu dışarıda bırakılırsa, gebelik durumu ile ilgili herhangi bir açıklama yapmakla yükümlü değildir (L. 1225-2). Bkz., Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 200.

[90] Rehbinder, s. 752; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 245; Senyen-Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 246.

[91] Taşkent, İptal Nedenleri, s. 180; Manav, Ayrımcılıkla Mücadele, s. 748; Eyrenci'ye göre, *"Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) 1985 yılında onaylanmasından sonra, hukukumuz açısından da, çalışma yeri ve işin özelliği haklı göstermiyorsa, kadın adaya hamile olup olmadığının sorulması, bir cinsiyet ayrımı teşkil edeceğinden geçersiz olacaktır. Dolayısıyla, kadın adayın böyle bir soruya doğru cevap vermemesi kural olarak İş Kanunu md.17/II-a anlamında bir yanıltma sayılmayacaktır."* Bkz., Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 254-255.

[92] Taşkent'e göre, "*İşverene kadın adayın gebe olup olmadığını araştırma yetkisi tanınması uygun görülemez. Meğerki, iş ilişkisinin özelliğinin haklı kılacağı bir neden bulunsun. Alman Federal İş Mahkemesi'nin bu konudaki görüşünün tersine, iş için başvuran kadına gebe olup olmadığının*

tarafından durumu değerlendirip işverenin çekeceği güçlüğü dikkate alarak bu tür soruların sorulabileceğini savunmaktadır[93]. Söz konusu soruların sorulabileceğine ilişkin görüşe göre; İş Kanunu'nun 74. maddesinin, kadın işçilerin gebelik ve analık döneminde belirli bir süre çalıştırılmasını yasaklayan hükümleri ile yine İş Kanunu'nun yasaklanmış sürelerde kadın işçinin çalıştırılması hâlinde işverene idari para cezası öngören 104. maddesinin hükümleri de dikkate alınmalıdır. İşte bu noktada, kadın adayın durumu ancak soru sorularak öğrenilebileceğinden işveren tarafından bu tür sorular yöneltebilir ve kadın işçinin de bu soruları gerçeğe uygun olarak cevaplaması gerekir[94]. Bu görüş, her ne kadar işveren tarafından kadın işçi adayının gebeliğine ilişkin soru sorulabileceğini kabul etse de, işverenin adaydan gebelik testi raporu getirmesi istenemeyeceğini, adaya cinsel yaşamı, erkeklerle ilişkileri ile ilgili, doğum kontrol araçlarına başvurup başvurmadığı ya da son regl tarihi gibi soruların sorulması mümkün olmadığını savunmaktadır[95].

İş başvurusuna konu olan iş, gebe işçilerin çalışmasının yasak olduğu işlerdense; işçinin, işverenin gebeliğe ilişkin sorusuna yanıltıcı cevap vermesi ve kadın işçinin çalışmaya başlaması ve daha sonra bu durum anlaşılması hâlinde işveren veya işveren vekilinin herhangi bir cezai yaptırımla karşılaşması söz konusu değildir. Ancak bu noktada işverenin durumu bilip bilmemesi önem taşımaktadır. İşveren, gebe kadın işçisini çalıştırmaması gerektiği bir dönemde, işçinin gebeliğini

---

sorulması, onun yaşamının gizlilik alanına haksız bir saldırı oluşturur. Konu Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde, böyle bir sorunun herseyden önce AY. md. 14'de öngörülen "kişi dokunulmazlığı" ilkesini; özel hukuk bakımında ise kişinin yaşamının gizlilik alanı bu kapsama girdiğinden "kişilik hakları"nı zedeleyecek nitelikte bulunduğu söylenebilir….. Buna karşılık, kadın adayın gebe olması, iş sözleşmesi ile üstlendiği görevlerini yerine getirmesini bütünüyle engelleyecek ise ve onun da bunu bilmesi gerekiyorsa, o zaman sorulan soruya doğru cevap vermesi gerekecektir." Bkz., Taşkent, İptal Nedenleri, ss. 179-180.

[93]Rehbinder, s. 754; Akyiğit, İptal Edilebilirlik, s. 44; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, Güncellenmiş 12. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, (İş Hukuku), s. 129-130; Sözer, Hamilelik, ss. 1050-1051; Odaman'a göre, işverenin kadın işçiye iş görüşmeleri esnasından her ne kadar gebe olup olmadığını sorması mümkünse de kadın adaydan bir gebelik testi raporu getirmesinin talep edilmesinin mümkün olmamakta, çünkü bu isteğin kişinin özel hayatına bir tecavüz niteliği oluşturacaktır. Odaman, s. 41.

[94] Sözer, Hamilelik, s. 10251; Akyiğit, İptal Edilebilirlik, s. 44; Odaman, s. 41; Erkanlı'ya göre, işçi adayının gebeliği gözle görülür şekilde anlaşılıyor ise, işveren tarafından işçi adayına gebelik ile ilgili soruların sorulabileceğinin kabulü gerekir. Böyle bir durumda, işveren adaya gebeliğinin kaçıncı haftasında olduğuna ilişkin sorular sorabilir ve aday gebeliğinin son sekiz (çoğul gebelik hâlinde on) haftanın içerisindeyse, adayı işe almaması hukuka ve eşitliğe aykırı olmayacaktır. Bu hâlde, adayın da kendisine yöneltilen soruyu gerçeğe uygun bir şekilde cevaplaması gerekir. Bkz., Erkanlı, s. 78.

[95] Sözer, Hamilelik, s.1051; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255; Aksi görüş için bkz., Akyiğit, İş Hukuku, s. 130.

öğrenmesine karşılık çalıştırmaya devam ederse, işverenin cezai sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır[96].

Uluslararası hukukta bir işverenin belirli faaliyetler için gebe kadınların istihdamına ilişkin olarak yasak bulunduğunu ileri sürerek, gebe kadını istihdam etmemesinin haklı kabul edileceğini belirlemede İstihdam ve Meslek Hususunda Kadın ve Erkek için Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Hakkındaki 2006/54/EC Sayılı Direktif'in 28. maddesinin 1. fıkrası önemli rol oynamaktadır[97]. Direktifin 28 maddesinin 1. fıkrasında, Direktif hükümlerinin özellikle gebelik ve annelik (doğum) bakımından kadının korunmasıyla ilgili hükümlere halel getirmeyeceği belirtilmiştir.

Kadın işçi adayına gebe olup olmadığına ilişkin olarak sorulan soru işin niteliğinden veya o işyerinin özelliğinden kaynaklanan bir gereklilik nedeniyle sorulmuyorsa adayın bu soruyu cevaplama yükümlülüğü bulunmamaktadır[98]. Kadın adayın gebe olup olmadığına ilişkin soru, işin ya da işyerinin gereğine dayanmıyorsa, sorulan soru adayın özel hayatına haksız bir saldırı niteliği taşımaktadır[99]. Böyle bir durumda, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen *"Kişi dokunulmazlığı"* ve özel hukukta yer alan kişilik haklarına ilişkin düzenlemeler ihlal edilmiş olur[100]. Ayrıca kadın adayın soruya doğru cevap verme yükümlülüğü olmadığı gibi, işverenin iş sözleşmesinin kurulmasından sonra, kadın işçinin gebe olduğunu öğrenmesi hâlinde iş sözleşmesini, sözleşmenin esaslı noktasında yanıltma gerekçesiyle feshetmesi de mümkün değildir[101]. Zira işçinin kişilik alanına giren ve adayı cinsiyeti sebebiyle mağdur eden sorular, hukuka aykırı oldukları için geçersizdir ve bu soruların

---

[96] Akyiğit, İş Hukuku, s. 129-130.

[97] Fuchs ve Marhold, s. 172.

[98] A. Can Tuncay, "İş Hukukunda Eşit Davranma ve Eşitlik İlkesi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, (Eşit Davranma İlkesi), s. 34; Senyen-Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 246; Onaran Yüksel, s. 158; Preis, s. 245-246; Cèline Kammerer ve Nadja Kirsch Roβ, **Arbeitsrecht in Frankreisch, Rechtssicheres HR-Management für Unternehmer, Anwälte und Berater**, Springer Gabler, Wiesbaden 2017, s. 151; Hey/Forst-Lindemann, s. 295; Podehl, s. 40; Bährle Teschke, s. 42; Arzu Arslan Ertürk, "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", **MÜHF - HAD**, Cilt: 23, Sayı: 1, (Kadın İşçiler), s. 358.

[99] Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 251, 253-255; Sevimli, s. 156; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 155; Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 199.

[100] Taşkent, İptal Nedenleri, ss. 179-180; Sözer, Hamilelik, ss. 1050-1051; Rehbinder, s. 754; Akyiğit, İptal Edilebilirlik, s. 44.

[101] Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255; Onaran Yüksel, s. 159; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 358.

sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olduğu kabul edilemez[102]. Ancak iş sözleşmesi gereği ifa edilecek iş sonucunda kadın işçinin radyasyona maruz kalma ihtimali varsa, işveren tarafından gebelikle ilgili sorulan soruya kadın işçi cevap vermekle yükümlüdür[103]. Kanaatimizce, böyle bir durumda işçi adayının yanlış beyan sonucunda iş sözleşmesi kurulmuşsa, işveren iş sözleşmesinin esaslı noktasında yanıltma gerekçesiyle sözleşmeyi feshedebilir.

Alman Federal İş Mahkemesi, 1992'den bu yana[104] kural olarak işverenin kadın işçi adayının gebeliği ile ilgili soru sorma hakkının olmadığına karar vermiştir[105]. Bu tarz sorular cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa neden olmaktadır (MuschG § 7/1, AGG § 2/1, nr 1). Bu bağlamda, iş görüşmesinde adayın gebelik konusunda işvereni aldatması veya yalan söylemesi kural olarak işverene iş ilişkisini varlığını reddetme hakkı vermez[106]. Alman Federal İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara göre, işverenin, süresiz olarak işe almaya planladığı bir kadının gebe olup olmadığı yönünde bir soru yöneltmesi, Alman Medeni Kanunu'nun § 611a hükmünün ihlali anlamına gelir. Alman Medeni Kanunu'nun § 611a hükmü 76/207 sayılı İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmede ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktifi'ne[107]

---

[102] Onaran Yüksel, s. 159.

[103] Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 34.

[104] Alman Federal İş Mahkemesi, eski kararlarında iş başvurusu esnasında gebelik sorusunun sorulabileceğini ve adayın buna doğru cevap vermesi gerektiğine karar vermekteydi. Bkz., Hey/Forst-Lindemann, s. 294; BAG 22.09.1961, DB 1961, 1522, Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında, yapılacak işin niteliği dikkate alınmaksızın, işverenin işçinin gebeliği hakkında sorular sorabileceğini kabul etmiştir. Gebeliğin işverene önemli maddi yükümlülükler yükleyeceğini: bu nedenle de işverenin sözleşme görüşmelerinde işçinin gebe olup olmadığını öğrenmek istemesinde oldukça önemli hukuki ve iktisadi menfaatleri bulunduğunu, aksi hâlde işverenin gebe işçinin korunması ile ilgili düzenlemelere aykırı davranmış olacağını ve işçinin sorulan bu sorulara gerçeğe uygun cevap vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Ancak, Alman Federal İş Mahkemesi daha sonra bu tarz soruların cinsiyet ayrımına neden olduğu gerekçesiyle değiştirmiştir.

[105] Hey/Forst-Lindemann, ss. 294-295.

[106] Peter Hantel, **Europäisches Arbeitsrecht mit zahlreichen Beispielesfällen aus der Rechtsprechung des EuGH**, Springer, Heidelberg 2016, ss. 128-129; Tillmanns/Mutschler- Just, s. 398.

[107] Council Directive of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men' and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions OJ L 39/40, Yürürlüğe giriş tarihi: 14.02.1976; http://eur-lex.europa.eu/legal-content/E / TXT/PDF/?uri=CELEX:31976L0207&from=EN, (ET. 05.06.2017); Bu Yönerge, "Directive 2006/54/ EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)" (İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair (yeniden düzenleme)) 2006/54/EC Sayılı Yönerge" ile yürürlükten kaldırılmıştır. OJ L 204/23, Yürürlüğe giriş tarihi: 26.7.2006, http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0073:EN:HTML (ET. 03.05.2017).

dayanmaktadır. Avrupa Adalet Divanı'nın içtihadına göre de kadın işçi adayının kanunda öngörülen koruyucu hükümlerdeki sürenin bitiminden sonra (analık izninin sona ermesinden sonra), iş sözleşmesinde öngörülen işi yerine getirebilecek durumda olması hâlinde işçi, mağdur edilemez, aksi hâlde Direktif hükümleri ihlal edilmiş olunur. Bu kural, kanuna dayanan bir çalıştırma yasağı nedeniyle iş sözleşmesi ilişkisinin başlamasıyla birlikte kadın işçinin çalıştırılmaması durumunda da geçerlidir[108]. Mahkeme vermiş olduğu bu kararda, süresiz bir iş için aday olan bir kişiye gebe olup olmadığının sorulmasının 76/207/EEC sayılı Direktif hükümlerinin ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir.

Kanımızca, öğretideki çoğunluk tarafından belirtildiği gibi işin niteliği ve biyolojik nedenlere dayalı olarak gebeliğe ilişkin sorulan sorulara kadın işçi adayının gerçeğe uygun olarak cevap vermesi gerekmektedir. İşin niteliği ve biyolojik nedenlere dayanmaksızın gebeliğe ilişkin soru sorulmuşsa, aday işçi soruyu cevaplamakla yükümlü olmadığı gibi, soruya gerçeğe uygun cevap vermek zorunda da değildir. Böyle bir durumda, işçi adayının sorumluluğunun da doğmaması gerekir.

b. Gerçeği Açıklama Yükümlülüğü

İş başvurusunda bulunan kişinin kendisine sorulan soruları kural olarak gerçeğe uygun bir şekilde cevaplama yükümlülüğü vardır. İş başvurusunda bulunan kişi işveren tarafından sorulan sorulara verdiği cevapları ya da kendiliğinden yaptığı açıklamaları gerçeğe uygun bir şekilde yapmalıdır. İşçi adayı, işveren tarafından soru sorulmadığı hâlde açıklamalarda bulunursa ve bu açıklamalar gerçeğe uygun değilse ya da eksik ise, yaptığı açıklamalara ilişkin olarak işverenin soru sorma hakkı olmadığını ileri süremez[109].

İş görüşmelerinde iş başvurusunda bulunan adayın kural olarak kendisine soru sorulmadan kişisel durumu ve sağlığı hakkında işverene bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır[110]. Bu nedenle aday, işveren tarafından soru sorulmaksızın gebeliği

[108] BAG, 06.02.2003, 2 AZR 621/01, https://judicialis.de/Bundesarbeitsgericht_2-AZR-621-01_Urteil_06.02.2003.html; (ET. 21.04.2017); Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 156-163; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 252-255; Taşkent ve Kurt, s. 37.
[109] Rehbinder, s. 759; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 246.
[110] Sözer, Hamilelik, s. 1051.

hakkında açıklama yapmak zorunda değildir[111]. İşveren başvurulan iş ve işyeri niteliği gereği kadın işçi adayının gebeliğinin önem arz etmesi durumunda adayın gebeliğine ilişkin olarak soru sormayı unutmuş ise, belirli riskleri de göze almış demektir[112]. Ancak kadın aday, iş sözleşmesine göre üstleneceği işi gebeliği sebebiyle yerine getiremeyecek durumdaysa, örneğin adayın istihdam edileceği iş, İş Kanunu'nun 72. maddesine göre, kadın işçilerin çalıştırılması yasak işlerdense ya da işin niteliği gereği sporculuk, mankenlik, sahne sanatçılığı gibi gebelik hâlinde iş görme edimini gereği gibi yerine getiremeyeceği nitelikte gebelik ile bağdaşmayan bir iş ise, işveren tarafından soru sorulması dahi Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı gereğince, adayın böyle bir durumda, gebe olduğunu kendiliğinden açıklaması gerekmektedir[113]. Kadın işçi adayının gebeliğini gizlemesi işvereni aldatma olarak kabul edilir[114]. Öte yandan, söz konusu durumda kadın adayın gerçeği açıklama yükümlülüğünün varlığından söz edilebilmesi için adayın iş sözleşmesinin konusunu oluşturan işe, gebeliği nedeniyle uygun olmadığını bilmesi gerekmektedir[115]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda işveren tarafından soru sorulması hâlinde adayın soruya doğru cevap verme yükümlülüğü vardır. Aksi hâlde işveren, işçi tarafından aldatıldığını ileri sürerek iş sözleşmesinin iptalini isteyebilir[116].

[111] Tillmanns/Mutschler-Just, s. 398.
[112] Rehbinder, s. 756; Sözer, Hamilelik, s. 1051.
[113] Rehbinder, s. 756; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 255; Sözer, Hamilelik, s. 1051; Akyiğit, İptal Edilebilirlik, s. 45; Taşkent, İptal Nedenleri, ss. 179-180; Taşkent ve Kurt, s. 37; Zöllner, Loritz ve Hergenröder, s. 179; Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, ss. 17-19; Senyen-Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 245; Yürekli, s. 553; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 89; Yuvalı, ss. 98-99; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 358; Onaran Yüksel, ss. 157-159; Gürsel, İşçi ve İşveren İlişkisi, s. 812.
[114] Taşkent, İptal Nedenleri, s. 175; LAG Köln, 11. 10. 2012, 6 Sa 641/12, http://www.schweizer.eu/bibliothek/urteile/index.html?id=15714, (ET. 06.06.2017).
[115] Sözer, Hamilelik, s. 1052; Taşkent, İptal Nedenleri, ss. 179-180.
[116] BAG, 6. 9. 2012 – 2 AZR 270/11, lexetius.com/2012,6612; (ET. 06.06.2017).

5. Gebe ve Anne Olan Kadın İşçi Adayının Yükümlülüklerini İhlal Etmesinin Sonuçları

a. İş Sözleşmesinin Geçersizliği ya da İşveren Tarafından Derhal Feshi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[117] (TBK) 394. maddesinin 4. fıkrasına göre, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur (TBK md. 394/3)[118]. Bu hükümden önce mevzuatta geçersiz bir hizmet sözleşmesinin hukuki sonucu hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Konu, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye kadar öğreti görüşleri ve yargı kararları doğrultusunda çözüme kavuşturulmuştur. İş Kanunu'nda konu ile ilgili mevcut bir hükmün bulunmaması sebebiyle, İş Kanunu'na tabi olan işçilere de Türk Borçlar Kanunu'ndaki hüküm uygulanacaktır[119].

Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeden önce de iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğüne neden olan hâllerin varlığında sözleşmenin geçersizliğine rağmen, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sonucu olarak sözleşmenin hükümsüzlüğü ortaya çıkana kadar sözleşmeden doğan hakların göz önünde tutulması gerektiğini, işçinin kıdemine bağlı olarak doğan tüm haklarını talep edebileceğini ve hükümsüzlüğün geçmişe değil geleceğe yönelik olarak hüküm ve sonuç doğuracağını kabul etmiştir[120]. Yargıtay'ın 1958 yılında vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararına göre, yaş küçüklüğü veya kadın olma gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak olan kişi yasağa rağmen çalıştırılırsa, işçi ve sigortalı sayılacaktır. Kararda, böyle bir durumda sözleşmenin geçersiz sayılması

---

[117] Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG.: 04.02.2011, S.: 27836.

[118] TBK md. 394/3'e ilişkin gerekçenin kendi içinde taşıdığı çelişkiler ve madde metni ile çelişkisi konusunda bkz., Soyer, M. Polat: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, (Genel Hizmet Sözleşmesi), ss. 151-152

[119] Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 273, 275; Arzu Arslan Ertürk, "Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul 2011, (Genel Hizmet Sözleşmesi), s. 537.

[120] Yarg. 22. HD. 13.07.2012, 2011/712951 E. 2012/16944 K., http://www.kazanci.com, (ET. 06.08.2017); Ayrıca bkz., Süzek, İş Hukuku, s. 331; Ercan Akyiğit, "Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine", **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül 1991, Cilt: 5, Sayı: 5, (Hükümsüzlük), s. 16.

kuralının uygulanmasının, Kanunun güçsüz olan işçinin korunması amacına aykırı olacağı ve geçersiz olan iş sözleşmesinin taraflardan biri bunu ileri sürünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işçi yararına hukuki sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir[121].

Doktrinde de geçersizliğin sözleşmenin başından itibaren değil, ileri sürüldüğü andan itibaren hüküm ve sonuç doğurması gerektiği belirtilmiştir[122]. İş hukukunun amaçlarından biri işverene karşı zayıf konumda olan işçinin korunması olduğu için başlangıçta kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin geçersizliği geçmişe yönelik değil, geleceğe yönelik olmalıdır. Örneğin, işverenin bir kadın işçi adayı ile yer altında bir işin ifasının görülmesi amacıyla iş sözleşmesi yapması durumunda bu sözleşme İş Kanunu'nun 72. maddesine aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür. Ancak, bu sözleşmenin geleceğe yönelik olarak geçersizliğinin kabulü gerekecektir.

Doktrindeki bir başka görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin 3. fıkrasının gerekçesi[123] dikkate alındığında, işçinin iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmesi hâlinde iyiniyetli sayılmayacağından ve bu nedenle *"geçersizliğin sonradan ortaya çıkması"* koşulu gerçekleşmiş olmayacağından, iş sözleşmesinin geçersizliği hâlinde bu geçersizliğin geleceğe yönelik sonuç doğuracağı kuralının madde gerekçesine göre uygulanmayacağı, yani böyle bir durumun varlığı hâlinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılacağı[124], böylece

---

[121] YİBK. 18.06.1958, 20 E., 9 K., RG.: 30.09.1958, S.: 10020, s. 2; Süzek, İş Hukuku, s. 331; Akyiğit, Hükümsüzlük, s. 16; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 274; Arslan Ertürk, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 538.

[122] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 18; Süzek, İş Hukuku, s. 331; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 274; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 112; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, ss. 92, 190; Süleyman Başterzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigortalar İlişkisine Etkisi**, Tasarım Basımevi, Ankara 2007, (Çalışmanın Kesintiye Uğraması), ss. 59-60.

[123] Öğreti ve uygulamada da benimsendiği gibi, *"... İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilinceye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür. Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkrada da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizli- ğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına işçiye karşı sorumlu olacaktır".* Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan *"iyiniyetle iş görme"* koşuluna tasarıda yer verilmemiştir. Bkz., Dinç, Mutlu: Türk Borçlar Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 345.

[124] Süzek, İş Hukuku, s. 330; Ömer Ekmekçi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 13, Mart 2009, s. 20; Arslan Ertürk, Genel Hizmet Sözleşmesi, ss. 538-539.

işçinin geçersizlik itirazına kadar geçen süre için herhangi bir talepte bulunamayacağı[125] belirtilmiştir.

İş görüşmelerinde adayın gebelik ile ilgili soruları cevaplama ya da açıklama yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde somut olayın özelliklerine göre yanıltma veya hile söz konusu olabilir. İşin niteliğinin gebelik ile bağdaşmadığı durumlarda kadın işçi adayı işverene gebeliği hakkında bilgi vermek zorundadır. Böyle bir durumda, işveren tarafından soru sorulmasa dahi dürüstlük kuralı gereğince adayın bu durumu açıklaması gerektiğini daha öncede belirtmiştik[126]. Kadın işçi adayının açıklama yapmaması ya da yanlış bilgi vermesi sonucu iş sözleşmesi kurulmuşsa, işveren İş Kanunu'nun 25. maddesinin II numaralı bendinin a alt bendinde yer alan, *"iş sözleşmesi yapıldığı sırada, bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde, bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması"* hükmü gereğince, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir[127]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yanılmanın sözleşmenin esaslı bir noktası bakımından gerçekleşmiş olmasıdır. İşçinin işvereni yanıltma konusunda kastı varsa hile, kastı yok ise esaslı yanılmanın[128] varlığından söz edebiliriz[129]. Unutulmamalıdır ki, işveren tarafından sorulan soru işin niteliğinden kaynaklanmıyorsa kadın işçi adayı, bu soruya cevap vermeyeceği gibi bu konu hakkında gerçek dışı beyanda da bulunabilir.

İş sözleşmesi kurulduktan sonra kadın işçinin gebeliğinin işveren tarafından öğrenilmesi durumunda, işin yerine getirilmesi bakımından işçinin gebe olmaması vazgeçilmez koşul değilse işveren, işçinin bu durumunu bilseydi iş sözleşmesini kurmayacağını ve sözleşmenin esaslı unsurlarında hataya düştüğünü ileri sürerek, sözleşmeyi İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre

[125] TBK'nın 399. maddesinin eleştirilmesi ve kaynak İsviçre Borçlar Kanundaki düzenlemelerle karşılaştırılması konusunda daha fazla bilgi için bkz., Soyer, Genel Hizmet Sözleşmesi, s. 152; Arslan Ertürk, Genel Hizmet Sözleşmesi, ss. 358-359.
[126] Bkz., Birinci Bölüm, II, A, 4, b.
[127] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 19; Senyen-Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 245; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 160-161; Gürsel, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, s. 315.
[128] Esaslı yanılma: Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak, bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss. 402-406; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 93-99.
[129] Rehbinder, s. 757.

feshedemeyecektir. Ayrıca böyle bir durumda, işveren Türk Borçlar Kanunu'nunda yer alan yanılma hükümlerine göre de sözleşmenin iptalini isteyemez[130]. Aksi hâlde, kadın işçinin ayrımcılığa karşı korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerin etkin şekilde uygulanması söz konusu olamayacaktır[131].

Yeni doğum yapmış olan kadın aday, iş başvurusu yaptığı tarihte işsiz olsa dahi, doğumdan sonraki sekiz haftalık süre içinde çalıştırılması yasak olduğundan yeni doğum yaptığı konusunda işverene bilgi vermesi gereklidir. Bu bilgiye rağmen işveren, kadın adayın niteliklerini, çalıştırmak istediği işçi yönünden uygun ve gerekli görmekte ise, çalıştırma yasağı süresinin sonunda fiilen işe başlaması kaydıyla iş sözleşmesi yapabilir[132]. Öğretideki bir görüşe göre, işveren iş sözleşmesinin kurulması sırasında doğum nedeniyle sürecek çalışma yasağını takiben altı aylık izin hakkını kullanıp kullanamayacağını kadın adaya sorabilir ve aldığı bilgiye göre iş sözleşmesini kurabilir. Aday işçi sözleşmenin kurulması aşamasında işveren bakımından önemli olan altı aylık izni kullanmayacağını bildirdiği hâlde, analık izninin bitiminden sonra işe başladığında altı aylık ücretsiz izin kullanma talebinde bulunursa işveren, işçinin o tarihe kadar iş görme borcunu yerine getirmeden devam eden iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde dayalı olarak derhal feshedebilir[133].

b. Kadın İşçi Adayının Sözleşme Öncesi Kusurlu Davranış Nedeniyle İşverenin Tazminat Talebi

Diğer borç sözleşmeleri gibi iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan iki taraflı bir hukuki işlemdir. İş sözleşmesi kurulmadan önce, taraflar sözleşmenin içeriği, şartları, tarafların hak ve yükümlülükleri hakkında karşılıklı görüşmeler yaparlar. İleride iş sözleşmesi kurulmamış olsa bile, bu görüşmeler nedeniyle tarafların karşılıklı yükümlülükleri doğar[134]. Genel davranış yükümlülükleri olarak nitelendirilen bu yükümlülükler,

[130] Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 161; Onaran Yüksel, ss. 162-164.
[131] Hey/Forst-Lindemann, s. 296.
[132] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 19.
[133] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 19.
[134] Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 1152.

edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsızdır[135]. Bu yükümlülüklerin kaynağı, Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ilkesidir[136]. Bu nedenle de sözleşme görüşmeleri sırasında, taraflar birbirlerine yapılmak istenen iş sözleşmesinin asli ve önemli noktaları hakkında gerekli bilgiyi vermek ve gerektiğinde dürüstlük kuralına uygun bir şekilde birbirlerini aydınlatmakla yükümlüdür[137].

Sözleşme görüşmeleri esnasında tarafların kusurlu davranışından doğan sorumluluğa *"culpa in contrahendo"* denilmektedir[138]. Bu sorumluluk kapsamında giderilecek olan zarar menfi zarardır[139]. Özetle işçi, sözleşme görüşmelerinde işveren tarafından işin niteliği gereği kendisine sorulan gebelik sorusuna cevap vermezse, iş görme ediminin konusu oluşturan işin gebe işçilere uygun olmadığı konusunda kendisinin bilgilendirilmesine rağmen, açıkça susar veya işvereni yanıltırsa, işverenin iş sözleşmesinin hüküm ifade edeceği veya yapılacağına duyduğu güvenin boşa çıkması sonucunda uğramış olduğu menfi zararları ödemek zorundadır[140]. İşçi adayı ile yapılacak sözleşmeye güvenerek işverenin başka bir kimse ile sözleşme yapma fırsatını kaçırması, oluşturulan güven nedeniyle işverenin iş görme edimi sağlama hazırlıkları; bunun için bazı masraflar yapması, bu amaçla işverenin piyasadan mal alması, malı kiralanan bir depoya koyması, faizle ödünç para bulması, başka kişilerle sözleşme yapması nedeniyle meydana gelen kayıp ve giderler işverenin uğrayabileceği menfi zararlara örnek olarak gösterilebilir[141]. Ayrıca işçi işyeri için kesinlikle elverişsiz olduğunu bile bile hareket ederek sözleşmenin kurulmasına yol açmışsa, sözleşme görüşmelerindeki kusuru nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 112. ve devamı maddelerinde düzenlenen *"Borçların ifa edilmemesinin*

---

[135] Rona Serozan, "Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **İÜMHAD**, Yıl: 2, Sayı: 3, 1968, s. 117; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 241, 242.

[136] Bu konuda geniş bilgi için bkz., Eren, 1152 ; Onaran Yüksel, s. 335; Yürekli, s. 542.

[137] Rehbinder, s. 752; Eyrenci, Personel Seçimi, ss. 240-241; Eren, 1152-1153; Oğuzman ve Öz, s. 38, 477; Yürekli, s. 542.

[138] Culpa in Contrahendo sorumluluğu hakkında açıklamalar ve sorumluluğun hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz., Eren, ss. 1152-163; Serozan, ss. 110-111; Oğuzman ve Öz, s. 37; Yürekli, ss. 544-548.

[139] Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarar menfi zarardır. Menfi zarar, sözleşmenin yapılacağı düşüncesiyle yapılan bütün harcamaları ve uğranılan malvarlığı zararlarını kapsamaktadır. Ayrıca bkz., Eren, s. 552.

[140] Bu konuda geniş bilgi için bkz., Eren, s. 1153; Rehbinder, s. 750; Eyrenci, Personel Seçimi, s. 247; Yürekli, ss. 563-564, 575.

[141] Eren, s. 1080; Yürekli, s. 560.

sonuçları" hükümleri gereğince sorumlu olacaktır[142].

6. İşverenin İş Sözleşmesi Yapılırken Kadın İşçi Adayına Gebeliği ve Anneliği Nedeniyle Ayrımcılık Yapmasının Sonuçları

2006/54 sayılı Direktifte üye devletler, cinsiyet temelinde ayrımcılığın sonucu olarak zarar görmüş kişilerin maruz kaldığı kayıp veya hasar için üye devletlerin, maruz kalınan zararla orantılı ve caydırıcı olacak şekilde belirledikleri gerçek ve etkin bir tazminat veya telafiyi sağlamak için gerekli olan tedbirleri kendi ulusal hukuk sistemine aktarmakla yükümlüdür. İşverenin, başvuru sahibinin bu Direktifin anlamı çerçevesindeki bir ayrımcılık sonucunda maruz kaldığı tek hasarın onun iş başvurusunun değerlendirilmeye alınmasının reddedilmesi olduğunu ispatlayabildiği hâller dışında, bu tazminat veya telafi önceden bir üst sınır belirlenerek kısıtlanamaz (md. 18).

İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık hâlinde ayrımcılık tazminatı öngörülmüştür. Maddenin 6. fıkrasına göre, *" İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 6356 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır."* Söz konusu yaptırım, düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere, iş ilişkisi devam ederken ya da sona erdirilirken eşitlik ilkesine aykırı davranılması hâlinde uygulanacaktır[143]. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesinin kurulması sırasında işverenin işçi adayının kadın, gebe ve anne olması nedeniyle ayrım yaparsa herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü değildir. Öğretide, bu durumun kanun koyucunun işverene işçiyi işe alım sırasında tercih esnekliği tanımayı amaçlamasından kaynaklandığı, işverenin iş sözleşmesini yaparken işi en uyumlu olarak hangi işçi ile yürütebileceğini belirleme yetkisine sahip olması gerektiği ifade edilmektedir[144]. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, söz konusu yaptırımın işe almada

[142] Rehbinder, ss. 756- 757.
[143] Süzek, İş Hukuku, s. 455; Sarper Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 12, Aralık 2008, ss. 24-39, (Eşit Davranma Borcu), s. 27; Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan**, Cilt: 1, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15 Özel Sayı 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2014, s. 376; Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 198.
[144] Taşkent ve Kurt, ss. 38-39; Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 198.

cinsiyete dayalı olarak yapılan ayrım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir[145].

İşe alımlarda cinsiyete dayalı ayırımcılığa yönelik tazminat yaptırımının öngörülmemiş olması maddede getirilen yasağın etkinliğini azaltmıştır[146]. Öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, işveren tarafından işe almada cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılması hâlinde sözleşme görüşmelerinde doğan sorumluluk kapsamında (culpa in contrahendo) işveren sorumlu tutulabilecektir[147].

Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'na göre, iş görüşmeleri esnasında ayrımcılığa maruz kalan aday, işe alınmış olsaydı alacağı ücretin üç aylık tutarını geçmeyecek bir tazminata hak kazanır. İşçi adayı, ayrımcılık yapılmamış olsa da yapılan seçim sonucunda işe alınmayacak olsa bile sonuç değişmeyecektir (AGG § 15/2). İş ilişkisi esnasında yapılan ayrımcılıkla ilgili olarak ödenecek tazminatta ise herhangi bir sınır öngörülmemiştir[148]. İşverenin işe alma aşamasında ayrımcılık yaptığı dava yoluyla ortaya konduğunda sadece tazminat talep edilebilmekte, bunun ötesinde işveren iş sözleşmesi yapma zorunluluğu altına sokulmamaktadır[149]. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda gebeliği nedeniyle işe alınmayan kadın işçi adayının tazminat hakkı olduğu açıkça düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 99. maddesinin a bendi gereğince, işe almada cinsiyet nedeniyle ayrım yapan işveren veya işveren vekili idari para cezası ödemekle yükümlüdür. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu'nun[150] 122. maddesinde işe almada ayrımcılık yapılması suç olarak düzenlenmiştir. Maddede, *"Nefret ve Ayrımcılık Suçu"* düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *"Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak… kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası*

[145] Süzek, İş Hukuku, s. 455; Yuvalı, s. 96; Yıldız, Ayrımcılık Yasağı, s. 302.
[146] Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 68; Yuvalı, s. 97.
[147] Süzek, İş Hukuku, ss. 455-456; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 28; Eyrenci,Taşkent ve Ulucan, s. 101; Onaran Yüksel, s. 334; Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 77; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, İlke: "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, ss. 440, 477; Melda Sur, "İş İlişkilerinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 37, Temmuz 2017, (Eşitlik İlkesi), s. 41; İş sözleşmesinin yapılması ve yapılmaması konusunda düzenleme eksikliği yönündeki eleştiri için bkz., Sevimli, s. 87.
[148] Hediye Ergin, "Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 14, 2007, s. 654; Yıldız, Ayrımcılık, s. 302.
[149] Ergin, ss. 654-657; Yıldız, Ayrımcılık, s. 302.
[150] Kanun No: 5237, Kabul Tarihi: 26.04.2009, RG.; 12.10.2004, S.: 25611.

verilir." Bu düzenlemede ayrımcılık bir suç olarak kabul edilmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır[151]. İşveren iş görüşmelerinde cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yaparsa cezai yaptırımla karşı karşıya kalacaktır. Ceza hukuku öğretisinde, İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı davranışın Kanunun 99. maddesi uyarınca idari para cezası ile yaptırıma bağlanmış olduğu, ancak işverence yapılan ayrımcılığın Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu durumlarda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun[152] 15. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme gereğince, faile sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği, idari para cezasının ise uygulanamayacağı ifade edilmiştir[153]. Örneğin işveren cinsiyeti nedeniyle bir adayla iş sözleşmesi akdetmezse, bu durum hem İş Kanunu'nun hem 5. hem de Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi kapsamına gireceğinden işverene Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sadece ceza yaptırımı uygulanaca ktır[154].

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükme göre, *"Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır."* Gerek iş görüşmelerinde gerekse iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde ayrımcılığa uğradığını iddia eden kadın işçi adayı ya da kadın işçi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvurarak uğramış olduğu ayrımcılığın tespitini talep edebilir. Bu Kanun kapsamında Kurumun yaptığı tespit, ayrımcılık mağduru kadın tarafından açılacak bir davada delil niteliği taşıyacaktır. Ayrıca, Kanun kapsamında ayrımcılığın tespiti hâlinde, ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanacaktır (TEKK md. 25).

[151] Ayrımcılık suçu hakkında geniş bilgi için bkz., Caner Yenidünya, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu", İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 11, 2006/4, ss. 98-115.
[152] Kabul Tarihi: 30.03.2005, RG.: 31.03.2005, S.: 25772 (Mükerrer).
[153] Yenidünya, s. 110.
[154] Yıldız, Ayrımcılık Yasağı, s. 324.

B. İş Sözleşmesinin İçeriği Belirlenirken Gebe ve Anne Olan Kadın İşçinin Korunması

1. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestîsi ve Sınırları

Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi gereğince taraflar yapmak istedikleri iş sözleşmesinin içeriğini serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Ancak tarafların yapmak istedikleri iş sözleşmesinin içeriği kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamaz (TBK md. 27/1). İş sözleşmesinin içeriği Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen bu genel sınırlamalar dışında iş hukuku mevzuatında da sınırlamalara tabi tutulmuştur. Ayrıca iş sözleşmesinin içeriği tarafların yaptıkları bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile de sınırlandırılabilir.

İş sözleşmesinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak iş mevzuatında yer alan hükümlerin önemli bir kısmı işçiyi koruma amacına yöneliktir. Bu nedenle, iş sözleşmesi yapılırken gebe bir kadın işçinin gebelerin yasak olduğu işte çalışmasına, sözleşmenin devamı sırasında kadın işçinin gebe kalmasını yasaklayan ya da gebeliğin söz konusu olması durumunda kadın işçinin iş mevzuatında yer alan gebe ve annelere ilişkin düzenlemelerden yararlanamayacağına ilişkin hükümler konulması mümkün değildir[155]. Söz konusu düzenlemeler, kanunun emredici hükümlerine aykırılık oluşturur ve iş sözleşmesi yapılmışsa sözleşme kesin hükümsüzdür[156]. Zira anne olmayı istemek ve aynı zamanda çalışmak kadının en doğal temel haklarındandır ve bu haklar anayasal güvence altındadır.

İşverenin isteği üzerine, tarafların sözleşme görüşmeleri esnasında anlaşarak, iş sözleşmesine kadın işçinin gebe olması durumunda iş ilişkisinin sona ereceğine dair hüküm koymaları mümkün değildir. Böyle bir hüküm, Anayasada güvence altına alınmış eşitlik ilkesi ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca kadın işçinin hukuka aykırı bir şekilde kişilik hakkını ve temel hak ve hürriyetlerini sözleşme hükümleri ile sınırlanmasına vermiş olduğu

[155] Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 95.
[156] Eren, s. 349; Süzek, İş Hukuku, s. 329; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 274; Tunçomağ ve Centel, s. 190; Faruk Andaç, **İş Hukuku (Sosyal Politika Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması)**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 126.

rızayı geçerli kabul etmek mümkün değildir. Kadın işçi adayı, başvurduğu işi kaybetmemek amacıyla sözleşme görüşmeleri sırasında işveren tarafından ileri sürülen hususları ekonomik nedenlerden dolayı kabul etmektedir. Ancak söz konusu hükümler kadın işçi adayı tarafından kabul edilse bile, tarafların anlaşarak temel hak ve hürriyetlere ve kişilik haklarına sınırlama getirmeleri mümkün değildir[157].

2. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestîsinin Sınırlarına Aykırılığın Hukuki Sonuçları

İş sözleşmesinin içeriğinin, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, adaba ve kişilik haklarına aykırı olması, sözleşmenin taraflarının her ikisinin ya da birisinin ehliyetsiz olması ve başlangıçtaki imkânsızlık hâllerinin söz konusu olması durumunda sözleşme kesin hükümsüzdür (TBK md. 27/1)[158].

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur (TBK md. 27/2). Diğer bir deyişle, Kanunda sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğer hükümlerin geçerliliğini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Meğer ki bu hükümler sözleşmenin kurucu unsurlarından olmasın. Bu bağlamda, iş sözleşmesi içinde yer alan kurucu unsur niteliğinde olmayan hükümlerin gebe ve anne işçileri koruyan mevzuat hükümlerine aykırılık taşması söz konusu ise sözleşmenin tamamının değil, sadece aykırılık teşkil eden hükümlerin geçersiz olduğu söylenebilecektir. Sözleşme, bu hükümlerin dışında geçerliliğini korumaya devam eder. Böyle bir durumda, işveren söz konusu hükümler olmasaydı, iş sözleşmesini yapmayacağını ileri süremez.

Geçersizliğin geçmişe mi ileriye mi yönelik olduğu konusunda doktrindeki görüşlere, yargı kararlarına ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelere yukarıda yer verdiğimiz için burada tekrar etmeyeceğiz.

---

[157] Onaran Yüksel, s. 257.

[158] Hukuki işlemde kurucu unsurlar tamam olmakla yani irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmakla birlikte, geçerlilik koşullarından biri yoksa hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür. Diğer bir ifadeyle, butlanla sakattır. Kesin hükümsüzlük hakkında geniş bilgi için bkz., Eren, ss. 349-361.

III. GEBE VE YENİ DOĞUM YAPMIŞ KADIN İŞÇİNİN İZİNLERİ

A. Kadın İşçinin Doğum Öncesi Muayene İzni

Doğum öncesi kadın işçinin vücudunda meydana gelen gebeliğe özgü fizyolojik ve patolojik olayların yakından takip edilerek, kadın işçinin ve bebeğin sağlığı için gerekli önlemler alınmalıdır. Annenin ve bebeğin yaşamının gebelik boyunca ve doğum sırasında her türlü tehlikeden uzak tutulması gerekmektedir[159]. İş Kanunu'nun 74. maddesinin 4. fıkrasında, gebe işçilere gebelikleri süresi boyunca periyodik kontrolleri için ücretli izin verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenleme sayesinde hem annenin hem de bebeğin sağlığının korunması amacıyla gerekli önlemlerin alınması sağlanmış olacaktır[160].

Periyodik kontrol, belirli aralıklar ile tekrarlanan muayeneyi ifade etmektedir. Bu kontrollerle, bebeğin sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmesi ve hem annenin hem de bebeğin sağlıkla hayatta kalmaları hedeflenmektedir. Bu nedenle de periyodik kontroller hayati önem taşımaktadır. Yalnız, periyodik kontroller gebe işçinin kendi isteği üzerine yapılan periyodik bir kontrolü değil, işçiyi muayene eden kadın doğum uzmanı hekimin raporunda belirttiği zamanlarda yapılan periyodik kontrolü ifade eder[161].

Kanunda ve ilgili yönetmelikte bu periyodik kontrollerin ne sıklıkla yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çünkü periyodik kontrollerin süresi, gebe kadın işçinin ve bebeğin durumuna göre değişiklik gösterebilir. Örneğin, doğumdan önce annenin kronik bir hastalığının olması durumunda, annenin periyodik kontrolleri normal bir gebelik geçiren kadın işçiye kıyasla daha sık olabilir ve kontrollerin süresi daha uzun olabilir. Bu nedenle de bu muayeneler, doktor raporunda belirtilen sıklıkta ve sürede yapılmalıdır[162]. Kanunda bu periyodik

[159] Sözer, Hamilelik, s. 1053; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi s. 99; Cengiz (Urhanoğlu), s. 30.
[160] Tuncay, İzin ve Ücret, s. 38; E. Tuncay Senyen-Kaplan, **Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması**, Dayınarlı Yayıncılık, Ankara 1999, (Kadın İşçi), s. 104.
[161] Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi,** 2. Cilt, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, (Şerh II), s. 2051.
[162] Şahin Çil, **İş Kanunu Şerhi**, 3. Cilt, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, (Şerh), s. 3055; Ulusoy, Tülay: "Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 53, 2017/2, s. 749; Merve Ateş, **Türk Hukukunda Hastalığın ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri**, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 153.

kontroller esnasında kadın işçinin ücretli izinli kabul edilmesi gerektiği belirtildiği için taraflar bireysel iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile bunun aksini kararlaştıramazlar[163].

Periyodik kontroller, gebe olan kadın işçinin gebeliğini işverene bildirdiği andan başlayıp doğum gerçekleşene kadar olan süre esnasında kullanılır. Bu sebeple de doğum sonrası kadın işçinin kendisinin ve çocuğunun sağlık kontrolleri için işverenden talepte bulunması durumunda kullandığı izinler, periyodik kontroller kapsamında değildir[164].

İş Kanunu'nun 104. maddesinde, Kanunun 74. maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya yeni doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işverene, idari para cezası öngörüldüğü için maddede düzenlenen periyodik kontrollerde ücretli izin vermeyen işverenin idari para cezası ödemekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce, Kanunun 104. maddesinde analık izni ve ücretsiz izin vermeyen işveren idari para cezası ödemekle yükümlü kılınmıştır[165]. Bu nedenle, periyodik kontroller için ücretli izin vermeyen işverene yönelik herhangi bir yaptırıma yer verilmediğinin kabulü gerekir[166]. Kanunilik ilkesi gereğince, ceza normları kıyas ve yorum ilkesi ile genişletilemez. Periyodik izinlerin verilmesindeki amaç, anne ve çocuğun sağlığının izlenmesi olduğu dikkate alındığında, bu izinlerin verilmemesine ilişkin yaptırım getirilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

B. Analık İzni

Kadın işçinin ve bebeğinin sağlığının korunması amacıyla, birçok ülkenin ulusal mevzuatında ve uluslararası mevzuatta belirli dönemlerde kadın işçinin çalıştırılması yasaklanmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu kararlara göre de gebeliği sırasında ve sonrasında kadının biyolojik durumunun korunması gerekmektedir. Ayrıca, temel bir hakkın uzantısı olarak kadın işçinin

[163] Akyiğit, Şerh II, s. 2051, Ateş, s. 150.
[164] Aslı Çalışkan, **İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 50-51.
[165] 2019 yılında analık izninde olan kadın işçiyi çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya işveren vekili 2.293 Türk Lirası idari para cezası ödemekle yükümlüdür (İş K. md. 104/2)..
[166] Aynı yönde açıklama için bkz., Akyiğit, Şerh II, s. 2063.

çocuğu ile arasındaki özel ilişki, gebelik ve doğumdan sonra belirli bir dönem korunmalıdır[167].

1. Analık İzni Kavramı

Kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası biyolojik durumunu korumak amacıyla anneye verilen izne, analık izni denilmektedir[168]. Bu izin, *"çocuğun doğumuyla başlayan ve hem annenin doğumdan sonra fizyolojik ve psikolojik olarak kendini toparlayabilmesi hem de yeni doğan bebeğin bakımını yerine getirebilmesi için kendisine tanınan izin"* olarak açıklanmaktadır[169]. Doktrinde doğum izni, *"analık izni*" ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. *Foubert*, doğum izninin *"analık izni"* olarak ifade edilmesini, bebek bakımı ile ilgilenenin mutlaka anne olması gerektiği yönündeki yerleşmiş toplumsal değer yargılarını pekiştirmekte olması nedeniyle eleştirmektedir[170]. *Bakırcı* ise, 20 Ekim 2010 tarihli Avrupa (AB) Parlamentosu Tavsiye Kararında[171], analık izninin evlat edinen kadın işçilere de verilmesi önerildiğini, böylece analık izniyle annenin biyolojisi arasında kurulan doğrudan bağ koparılmaya ve bu izin, anne-çocuk bağının kurulabilmesi amacını da kapsayacak biçimde genişletilmeye çalışıldığını, bu bağlamda bu izne *"doğum izni"* denilmesinin doğru olmayacağını belirtmiştir[172].

Kanımızca, mevzuatta 29.01.2016 yılında yapılan değişiklikler sonucunda doğum öncesi ve sonrası annenin biyolojik durumunun korunması ve anne ile çocuk arasındaki bağın kurulması, hatta evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene ve annenin vefatı hâlinde çocuk ile baba arasındaki kişisel bağın

---

[167] CJEU, Hofmann v. Barmer Ersatzkasse, 12.7.1984, C 184/83, ECR 3047; CJEU, Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd, 4. 7. 1994, C-32/93, [1994] ECR I-3567, https://eur-lex.europa.eu/legal-content, (ET. 02.10.2018); Ayrıca bkz., Landau ve Beigbeder, ss. 145-148.

[168] Kadriye Bakırcı, Oğuz Karadeniz, Hakan Hakkı Yılmaz, Nergis Elif Lewis ve Nursel Durmaz, İş Dünyasında Kadın, Cilt 2, TÜRKONFED, İstanbul 2014, s. 113.

[169] J. Shibley Hyde, "Presidential Address: Women and Maternity Leave", **Emprical Data and Public Policy Psychology of Women Quarterly**, 1995, C. 19, S. 3, s. 300.

[170] Foubert, s. 53.

[171] Tavsiye Kararının İngilizce tam metni için European Parliament legislative resolution of 20 October 2010 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD)), Official Journal of the European Union, 8.3.2012, CE 70/162, https://eur-lex.europa.eu/legal,content/EN/TXT/?qid=1539687267767&uri=CELEX:52010AP0373, (ET. 12.07.2018).

[172] Bakırcı, Karadeniz, Yılmaz, Lewis ve Durmaz, s. 113.

kurulmasına da imkân tanınması nedeniyle bu iznin doğuma bağlı olarak verilmediği kabul edilerek söz konusu iznin, analık izni olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır. Bu nedenle de biz çalışmamızda, doğumdan önce ve sonra annenin çalışmasının yasak olduğu süreyi, analık izni olarak nitelendirmeyi tercih ettik.

2. Uluslararası Belgelerde Analık İznine İlişkin Düzenlemeler

a. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı,[173] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sosyal haklar bakımından tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir[174]. Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan hükümler, temel olarak çalışma hayatı ve çalışanlarla ilgili olmakla beraber sağlık ve güvenlik, sağlık yardımı ve sosyal yardım, ailenin, çocukların ve yaşlıların korunması ve çalışan kesimin dışında annelerin, çocukların ve yaşlıların sorunlarına ilişkindir. Şart, Türkiye tarafından onaylanmıştır[175]. Şartın ek protokolünün[176] 1. maddesinde, tüm çalışanlara iş ve meslekte fırsat ve muamele eşitliği sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, aynı maddede çalışanların cinsiyete dayalı farklı muameleye maruz kalamayacağı düzenlenmiştir. Gebelik, doğum ve doğum sonrası bakımından kadının korunmasına ilişkin hükümlerin ayrımcılık sayılmayacağı da Şartta açıkça yer verilmiştir (Blm 2 md. 1. 2).

Avrupa Sosyal Şartı'nın 8. maddesinde, çalışan kadınların korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu maddede yer alan hükümler, mevzuatımıza ters düşmemesine karşılık kapsam dışı bırakılmıştır[177]. Maddede yer alan düzenlemeye göre, sözleşmeye taraf devletler, çalışan kadınların korunma hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla kadınlara doğumdan önce ve sonra ücretli izin

[173] Kabul Tarihi: 18.09.1961; Yürürlük Tarihi: 26.02.1965.
[174] Melda Sur, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir 1995, (Uluslararası Kaynaklar), s. 69.
[175] 16.06.1989 tarihinde 3581 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. RG.: 04.07.1989, S. 20312; Türkiye Avrupa Sosyal Şartı'nı onaylarken bir kısım madde ve fıkraları kapsam dışı bırakmış; ancak yasama organı Bakanlar Kuruluna onay kapsamını daha sonra genişletme yetkisi vermiştir. Ayrıca bkz., Sur, Uluslararası Kaynaklar, ss. 93-94.
[176] Ek Protokolün tam metni için bkz., Sur, Uluslararası Kaynaklar, ss. 171-178.
[177] Sur, Uluslararası Kaynaklar, ss. 93-94.

veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla toplam en az on iki haftalık izin sağlamayı taahhüt ederler.

Avrupa Sosyal Şartı'nın kabulü sonrasında, Şartın kapsam ve düzey yönünden yetersiz olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır. Bu eleştiriler dikkate alınarak Şartta yer alan hakların içerik ve kapsamında değişiklikler ve yenilikler yapılmıştır[178]. Yapılan değişikler ve yenilikler sonucunda Avrupa Sosyal Şartı'n yerini almak üzere Avrupa Konseyi tarafından Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı yürürlüğe konmuştur[179].

Avrupa Sosyal Şartı'nın 8. maddesinde yer alan, *"Çalışan Kadınların Korunması Hakkı"* başlığı Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart'ında *"Çalışan Kadınların Analık Hâlinde Korunması"* olarak değiştirilmiştir. Bu düzenleme sonucunda, kadın erkek eşitliği ilkesi gereğince artık kadın işçiler sırf cinsiyete dayalı olarak korumamakta; ancak analık durumuyla bağlantılı olduğu taktirde özel korumadan yararlanmaktadır[180]. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'ndaki düzenlemeye göre akit devletler, kadınlara doğumdan önce ve sonra, ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla toplam olarak en az on dört haftalık izin sağlamakla yükümlüdür. Bu düzenleme ile Avrupa Sosyal Şartı'nda on iki hafta olan analık izni, on dört haftaya çıkarılmıştır.

b. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 183 Sayılı Analığın Korunması Hakkında Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün[181] kadın işçinin analık hâline yönelik olarak 1919 yılında 3 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi'ni kabul etmiştir[182]. Bu

[178] Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 99.
[179] Türkiye, Avrupa Sosyal Şartın bazı maddelerini çekince koyarak kabul etmiştir. Kabul Tarihi: 03.09.1996, Yürürlük Tarihi: 01.07.1999; 27.09.2006 tarihli 5547 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. RG.: 09.04.2007, S.: 26488.
[180] Sur, Uluslararası Kaynaklar, s. 102; Ayşe Gül Kökkılınç, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 18.
[181] Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO), çalışma hayatına ilişkin pek çok Sözleşme ve Tavsiye kararları ayırım gözetmeksizin kadın ve erkek işçilere ilişkin düzenlemeler içermektedir. Örgütün özellikle çalışma şartları, sosyal güvenlik, istihdam, işçi-işveren ilişkileri ve insan hakları konularındaki normları kadın ve erkek işçileri kapsamaktadır. Örgütün kısmen veya tamamen kadın işçilere uygulanacak Sözleşme ve Tavsiye Kararları da mevcuttur. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1958 tarihli 111 sayılı İş ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 111 sayılı sözleşme dışında kabul edilen diğer sözleşmelerde ve tavsiye kararlarında sağlanan özel koruma ve yardım tedbirleri ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir. Bu

sözleşme, 1952 tarihinde 103 sayılı sözleşme[183] ile revize edilmiştir. 103 sayılı Sözleşme, on yedi maddeden oluşmakta ve oldukça ağır sorumluluklar içermektedir. Bu nedenle de sözleşme, sadece kırk üye ülke tarafından onaylanmıştır. Ülkemiz tarafından Sözleşme onaylanmamıştır. Sözleşme, katı hükümleri nedeniyle yapılan eleştiriler üzerine esnekleştirilmek istenmiş ve aynı isimle 2000 tarihinde 183 sayılı Analığın Korunması Hakkında Sözleşme olarak revize edilmiştir. Yeni sözleşme, yirmi bir maddeden oluşmaktadır[184]. Türkiye sözleşmeyi bu hâliyle de henüz onaylamamıştır. Bu sözleşmeler dışında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün analığının korunmasına ilişkin olarak 1952 tarihli 95[185] ve 2000 tarihli 191[186] sayılı iki tane tavsiye kararı bulunmaktadır.

103 sayılı Sözleşme, evde çalışan kadınları da kapsamak üzere sanayi işletmelerinde çalışan kadınlar ve sanayiye ilişkin olmayan ve tarımla ilgili mesleklerde çalışan kadınlara uygulanmaktadır (md.1). Bununla birlikte, 183 sayılı Sözleşme'de değişen ekonomik ve sosyal koşullar dikkate alınmış ve Sözleşmenin bağımlı çalışmanın atipik türlerinde çalışanları da dâhil olmak üzere tüm kadın işçileri kapsadığı belirtilmiştir (md. 2/1). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesi türüne bakılmaksızın tüm kadın işçilerin, Sözleşmede yer alan analığın korunmasına ilişkin düzenlemelerden yararlanması gerekmektedir. Ancak Sözleşmeyi onaylayan ülkeler, işçi ve işverenleri temsil eden örgütlere danıştıktan sonra önemli nitelikte özel problemlere yol açabilecek çalışan gruplarının bir kısmını veya tamamını Sözleşmenin kapsamı dışında tutabileceklerdir (md. 2/2).

---

nedenle de kadınların sadece biyolojik durumları göz önünde bulundurularak gebelik, doğum, emzirmeye ilişkin düzenlenen özel önlemler kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesine aykırılık olarak yorumlanamaz. Bkz., Landau ve Beigbeder, s. 134.

[182]Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3), ILO Kabul Tarihi: 29.10.1919, Yürürlük Tarihi: 13.06. 1921, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C003, (ET. 05.05.2017), Bu sözleşmedeki düzenlemeler için bkz., Landau ve Beigbeder, s. 134.

[183] Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103), ILO Kabul Tarihi: 28.06.1952, Yürürlük Tarihi: 07.09.1955, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103, (ET. 05.05.2017).

[184]Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183), ILO Kabul Tarihi: 15.06.2000, Yürürlük Tarihi: 07.02.2002, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C183, (ET. 05.05.2017).

[185]Maternity Protection Recommendation, 1952 (No. 95), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R095, (ET. 05.05.2017).

[186] Maternity Protection Recommendation, 2000 (No. 191) , http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R191; (ET. 05.05.2017).

183 sayılı Sözleşme ekonomi, güvenlik, iş güvencesi, anne ve bebek sağlığı ile toplumsal cinsiyet eşitliği konularında kadın işçilere yönelik olarak pozitif ayrımcılık sunmaktadır. Sözleşmede, üye devletlerin anne ve çocuğun sağlığının korunması bakımından uzman otoritelerin gebe ve emzikli kadınların çalıştırılamayacakları işlerle ve kendilerinin ve çocuklarının sağlığı için tehlikeli olan işlere ilişkin tespitlerine uygun olarak, gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (md. 3).

3 sayılı ve 103 sayılı Sözleşmelerde, doğum yapan kadın işçilere verilecek iznin on iki haftadan az olamayacağı belirtilmişken (md. 3/2)[187], 183 sayılı Sözleşme ile bu izinlerin on dört haftadan az olamayacağı düzenlenmiştir (md. 4/1). Örgütün 191 sayılı tavsiye kararında, analık izninin on sekiz haftaya çıkartılması özendirilmektedir (Tavsiye Kararı, md. 1/1). Bununla birlikte 191 sayılı tavsiye kararında, çoğul doğum hâlinde analık izni süresinin uzatılması gerektiği ifade edilmiştir (Tavsiye Kararı, md. 1/2). Ayrıca tavsiye kararında, analık izni süresinin bitiminden önce annenin ölümü hâlinde, çalışan babanın doğum sonrası beklenmedik bir şekilde yarım kalan izni kullanma hakkı olduğu belirtilmiştir (Tavsiye Kararı md. 10/1)[188].

103 sayılı Sözleşme'de, doğum sonrası kadın işçiye verilecek olan izin süresine asgari bir sınır getirilmiş, iznin ulusal mevzuat çerçevesinde belirleneceği; ancak bu iznin de altı haftadan az olamayacağı belirtilmiştir (md. 3/3). 183 sayılı Sözleşme'de ise, analık izninin, annenin ve çocuğun sağlığının korunması amacıyla ulusal düzeyde aksi kararlaştırılmadıkça, doğumdan sonra altı haftalık zorunlu bir izni kapsadığı ifade edilmiştir (md.4/4).

İşçi tarafından analık izninin tamamının kullanılması zorunlu değildir. İşçi, analık izninin zorunlu kısmını kullanıp geriye kalan analık izni süresini kullanmayabilir[189]. 183 sayılı Sözleşme'ye göre, analık izninin doğum öncesi kısmı, doğum sonrası verilen zorunlu izinde herhangi bir azalma olmaksızın, doğumun

[187] Ayrıca bkz., Nurhan Süral, "Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", **Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, (ILO'nun Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri), ss. 1312-1313.

[188] Landau ve Beigbeder, s. 137; Türk hukukundaki benzer düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz., Birinci Bölüm, III, B, 5.

[189] Nurhan Süral, **Avrupa Topluluğunun Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Türkiye**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2002, (Kadın-Erkek Eşitliği), s. 181.

gerçekleştiği tarih ile doğumun gerçek tarihi arasında geçen herhangi bir süre boyunca uzatılır (md. 4/5) .

Sözleşmede, analık izninden önce ya da sonra gebeliğe ya da doğuma bağlı herhangi bir hastalık, risk ya da komplikasyonun olması ve bunun bir sağlık raporu ile belgelenmesi durumunda izin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir (md. 5).

183 sayılı Sözleşme, ülkemiz tarafından onaylanmamış olsa da mevzuatımızda Sözleşmede yer alan düzenlemelere paralel hükümler bulunmaktadır [190] . Ancak söz konusu düzenlemelere uyulup uyulmadığının uluslararası alanda denetlenebilmesi için kanaatimizce sözleşmenin onaylanması yerinde olur. Bu sayede, analığın korunmasına ilişkin düzenlemelere uyulup uyulmadığı uluslararası denetime tabi tutulmuş olacaktır.

c. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

Birleşmiş Milletler tarafından Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'si (Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAVV)) [191] 1979 yılında kabul edilmiştir. En önemli uluslararası kadın-erkek eşitliği belgesi niteliğindeki Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ülkemiz tarafından 1985'te imzalanıp, 1986 yılında onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir[192]. Sözleşmeye göre, kadın erkek eşitliğinin sağlanması için taraf devletler gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür (md. 3). Sözleşmede, devletler tarafından alınması gereken önlemlere yer verilirken, kadınların güvenli koşullar içinde çalışma hakkının, sağlığının ve doğurganlığının korunması gerektiği de vurgulanmıştır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 11. maddesinde, çalışma hayatına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddede, taraf devletlerin evlilik ya da annelik nedenleriyle kadına karşı ayrımcılık

[190] Demet Tünzünkan, "Kadın İş Gücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı: Mevzuatlar Açısından Türkiye-İtalya Karşılaştırması", **Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı: 12, Nisan 2016, ss. 320-321.

[191] Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 18.12.1979 tarihinde, 34/180 sayılı karar ile kabul edilmiş ve 03.09.1981 yılında yürürlüğe girmiştir.

[192] Ülkemiz 3232 Sayılı ve 11 Haziran 1985 tarihli "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine (CEDAW) Katılımın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"la çekincelerle onaylamıştır. (RG.: 14.10.1985, S.: 18858) Sözleşme, ülkemizde 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

yapılmasını engellemek ve çalışma hakkını etkili bir şekilde korumak amacıyla almaları gereken önlemlere yer verilmiştir. Ayrıca maddede, kadınların analık hâline ilişkin olarak taraf devletlerce alınması gereken önlemler düzenlenmiştir. Maddede yer alan önlemler, gebelik veya annelik izni ile aile ve iş yaşamının uzlaştırılmasına ilişkindir (md.11). Sözleşmede, analık izninin süresine ilişkin herhangi bir asgari sınır öngörülmemiş olup bu iznin ücretli olması gerektiği belirtilmiştir (md. 11/2).

Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından kabul edilen Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme'de [193] ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde, [194] annelerin ve çocukların özel olarak korunması gerekliliğine yer verilmiştir. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme'nin 10. maddesinde ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Maddeye göre, annelere doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel koruma sağlanır. Çalışan annelere bu dönem için ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlikten yararlanabilecekleri bir izin verilir (md. 10/2). Bu Sözleşmede de Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'sinde olduğu gibi analık izninin süresine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

3. Mukayeseli Hukukta Analık İznine İlişkin Düzenlemeler

a. Alman Hukukunda Kadın İşçinin Analık İznine İlişkin Düzenlemeler

Almanya kadın işçilerin analık hâlinde korunması amacıyla 1952 yılında Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Analığın Korunması Kanunu, Mutterschutzgesetz (MuSchG))[195] Kanunu hazırlanmış ve bu Kanunda zaman içinde

[193] Sözleşme, Birleşmiş Milletler tarafından 1966 yılında kabul edilmiş ve imzaya açılmış, 03.01.1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz sözleşmeyi 4867 sayılı ve 4 Haziran 2003 tarihli "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile çekincelerle onaylanmıştır (RG. 18.06.2003, S.: 25142). Sözleşme, ülkemizde 18 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[194] Kadın erkek eşitliğine ilişkin önemli hükümler içeren uluslararası belgelerden biri olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir. Ancak, Bildirinin tek başına hukuki bağlayıcılığı ve yaptırımı bulunmamaktadır. Türkiye bildiriyi 06.04.1949 tarihinde onaylamıştır. RG.: 25.05.1949, S.: 7217.

[195] https://www.jav.info/sites/jav.info/files/pdf/Mutterschutzgesetz%20(MuschG).pdf, (ET.02.04.2018).

değişiklikler yapmıştır[196]. 2017 yılında Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium (Analığın Korunması Kanunu Mutterschutzgesetz – MuSchG) [197] ile 1952 tarihli Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter yürürlükten kaldırılmıştır.

Almanya'da yürürlükte olan Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium'da (Analığın Korunması Kanunu) kadın işçilerin analık iznine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunu'nun § 3/1'e göre, kadın işçinin doğumdan önceki altı hafta (doğumdan önceki koruma süresi) çalıştırılması yasaktır. Ancak kadın işçi dilerse, doğumdan önceki altı haftalık sürede çalışabilir. Bunu, kadın işçinin açıkça beyan etmesi gerekir[198]. Başka bir ifadeyle, işveren çalışmaya hazır olduğunu açıkça beyan etmedikçe, doğumdan önceki son altı hafta içinde gebe bir kadını çalıştıramaz. Gönüllü olarak çalışmaya devam eden kadın işçi, herhangi bir zaman diliminde bu beyanından vazgeçebilir (MuSchG §3/1). Aynı paragrafta kadın işçinin doğumdan sonra sekiz hafta çalıştırılması (doğum sonrası koruma süresi) yasaklanmıştır. Bu süre boyunca mutlak istihdam yasağı söz konusudur. Bu nedenle kadın işçi, çalışmaya hazır olduğunu beyan etse bile çalıştırılamaz[199]. Bunun tek istisnası çocuğun ölüm hâlidir. Bu sekiz haftanın başlangıç tarihi, çocuğun gerçek doğum tarihidir. Doktor veya ebe raporunda tespit edilen muhtemel doğum tarihi, sekiz haftalık iznin başlangıcında önem taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, çocuk muhtemel tarihinden önce ya da sonra doğmuş olsa da sekiz haftalık izin süresi, doğumun gerçekleştiği andan itibaren başlamaktadır[200].

Analığın Korunması Kanunu'nda, annenin fiziksel ve psikolojik olarak yaşadığı stresi ortadan kaldırmak için belirli durumlarda daha uzun koruma süresi tanınmıştır [201] . Erken doğumda, çoğul doğumlarda ve Sosyal Kanunu'nun (Sozialgesetzbuch) 9. kitabının § 2/1 hükmüne göre doğumdan sonra sekiz hafta

[196]Alman hukukunda analığın korunmasına ilişkin düzenlemelerin tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Roos/Bieresborn-Zimmermann MuSchG/BEEG, ss. 121-127.
[197]https://www.gesetze-im-internet.de/muschg_2018/MuSchG.pdf , (ET. 02.04.2018).
[198] Michael Kittner, Betram Zwanziger ve Olaf Deinert ve Johannes Heuschmid, (Hrsg): **Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis**, 9. überarbeitete und aktualisierte Aufl., Bund Verlag, Frankfurt am Main 2017, Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Bantle, s. 1948; ErfK/Schlachter, s. 2453; HK-ArbR/ Velikova/Briegel, s. 2573; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 125.
[199] HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 125.
[200] Erkul, s. 33.
[201] Katja Nebe ve Bettina Graue, "Die Reform des Mutterschutzgesetz", AuR 11, 2017, s. 439; Tilmanns/Mutschler-Felder, s. 144.

içinde tespit edilen çocuğun engellilik hâlinin varlığı söz konusu ise, doğum sonrası koruma süresi on iki hafta olarak belirlenmiştir (MuSchG § 3/2) [202]. Mülga Analığın Korunması Kanunu'nda, sadece erken doğum ve çoğul gebelik hâlinde doğum yapan kadın işçinin doğum sonrası on iki hafta çalıştırılamayacağı düzenlenmişken, yürürlükte bulunan Kanunda, çocuğun sadece engelli doğması hâlinde değil, doğum sonrası kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sekiz haftalık süre içinde çocuğun engelinin tespit edilmesi hâlinde de doğum sonrası on iki haftalık süre boyunca kadın işçinin çalıştırılması yasaklanmıştır. Kanaatimizce, Türk hukukunda da bu yönde bir düzenlemenin bulunması yerinde olur. Zira engelli çocuğun diğer çocuklara kıyasla annesinin ilgisine ve bakımına daha fazla ihtiyacı bulunmaktadır.

Analık izni döneminde, kadın işçinin çalıştırılmamasına ilişkin kuralın ihlali hâlinde otuz bin Euro'ya kadar idari para cezası öngörülmüştür (MuSchG §32/1 nr. 1). Kural, kasıtlı olarak ihlal edilmiş ve bu nedenle kadın işçinin veya çocuğunun sağlığı tehlikeye girmişse, işveren veya kuralı ihlal eden kişi, bir yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır (MuSchG § 33) . Kanaatimizce, Türk hukuk sisteminde de analık iznine ilişkin kuralın ihlali hâlinde İş Kanunu'nun 104. maddesi gereğince ödenecek olan idari para cezasına ek olarak Alman hukukunda olduğu gibi kuralın kasten ihlal edilmesi hâlinde cezai yaptırım öngörülmesi yerinde olur.

b. Diğer Bazı Avrupa Ülkelerinde Analık İznine İlişkin Düzenlemeler

İtalya'daki hukuk sistemine göre, kadın işçinin doğumdan önce iki ay, doğumdan sonra üç ay çalıştırılması yasaktır[203]. Kadın işçinin gebeliği açısından herhangi bir sorun teşkil etmiyorsa ve çalışma koşulları risk oluşturmuyorsa, kadın işçi doğumdan bir ay öncesine kadar çalışabilir[204]. Kadın işçiye, çalışmadığı süreye ilişkin son ücretinin yüzde sekseni işveren tarafından Ulusal Sosyal Güvenlik

[202]Nebe ve Graue, ss. 437, 439.
[203] Rodolfo Dolce ve Doriana de Luca, **Arbeitsrecht in Italien Überblick über das italienische Arbeitsrecht nach den Job-Act-Regelungen für Unternehmer, Anwälte und Berater**, Springer Gabler, Wiesbaden 2016, s. 105; Ayrıca bkz., Laicita, Radar, On This Day: 1204 Passed The Law For The Protection of Working Mothers. Retrieved from http://apocalisselaica.net/en/radar-laicita/iniziativalaica/accaddeoggivaratalalegge1204perlatuteladellelavoratricimadri, (ET. 17.04.2014) 'dan aktaran Tünzünkan, s. 320.
[204] Dolce ve Luca, s. 105.

Kurumu adına tazminat olarak ödenir[205]. İşçinin çalışmadığı analık izni süresi kıdemden sayılmaktadır[206].

İsveç hukukunda genel olarak, analık izni ve ebeveyn izni arasında bir ayrım yapılmamaktadır [207] . Föräldrabalken, im Folgenden ElternG 1995:584 [208] (Föräldraledighetslagen, (Ebeveyn İzni Kanunu))'na göre, altı çeşit ebeveyn izni vardır (Föräldraledighetslagen §3). Bu izinlerden biri de kadın işçinin doğumdan yedi hafta önce ve doğumdan sonraki yedi hafta boyunca kullandığı analık iznidir (mammaledighet) (Föräldraledighetslagen § 4).

Fransız hukukunda, kadın işçilerin toplamda on altı hafta analık izni ("Congé de maternité") vardır. Bu iznin altı haftası hesaplanan doğum tarihinden önce, on haftası da doğumdan sonra kullanılır[209]. Ayrıca çoğul doğumlarda çoğunun ikiz veya üçüz olmasına göre ayrı izin süreleri düzenlenmiştir. İkiz doğumun gerçekleşmesi durumunda on iki hafta doğumdan önce, yirmi iki hafta doğumdan sonra; doğumun üçüz olması durumundaysa, yirmi dört hafta doğumdan önce, yirmi iki hafta doğumdan sonra olmak üzere toplamda kırk altı hafta analık izni süresi öngörülmüştür. Doktor raporu ile bu izin süreleri doğumdan önce iki hafta, doğumdan sonra dört hafta olmak üzere uzatılabilir[210]. Her durumda, kadın işçinin doğumdan önce ve sonra toplamda sekiz hafta çalışması yasaktır. Bu sürenin altı haftası doğumdan sonrası için geçerlidir[211]. İşçinin gebelik ve doğum nedeniyle çalışmadığı süre boyunca iş sözleşmesinin askıda olacağı açıkça kabul edilmiştir

[205] MISSOC: **European Commission, Mutual Information System on Socaial Protection in the Member States of the European Union, of the European Economic Area and in Switzerland, Situation on May 1 2004**, European Communities 2005, s. 418; Laicita'dan aktaran Tünzünkan, s. 320.

[206] MISSOC, s. 418.

[207] Deutsch-Schwedische Handelskammer Eva Häusig, (Hrsg): **Arbeitsrecht in Schweden Praxisleitfaden für Arbeitgeber und Personalverantwortliche in der nordeuropäischen Konsenskultur**, Springer Gabler, Wiesbaden 2016, s. 35.

[208] SFS 1995:584, 2015:760. Kanunun İngilizce metni için bkz., http://www.government.se/4ac87f/contentassets/d163a42edcea4638aa112f0f6040202b/sfs1995584parentalleaveact ET. 05.05.2018).

[209] Kammerer ve Kirsch Roß, s. 152; https://www.infobest.eu/de/themengebiete/artikel/sozialversicherung/mutterschaft-1, (ET. 05.02.2018); https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 112, https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).

[210] Kammerer ve Kirsch Roß, s. 152; MISSOC, s. 145; https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 112, https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).

[211] Kammerer ve Kirsch Roß, s. 152; https://www.infobest.eu/de/themengebiete/artikel/sozialversicherung/mutterschaft-1, (ET. 05.02.2018).

(Code du Travail L 122-55). Kadın işçinin analık izni süresi, üçüncü çocuğun doğumu ile birlikte artmaktadır. Düzenlemeye göre, üçüncü çocuğun doğumunu gerçekleştiren kadın işçi doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra on sekiz hafta analık iznine sahiptir[212].

c. Büyük Britanya Hukuk Sisteminde Analık İznine İlişkin Düzenlemeler

Büyük Britanya hukuk sisteminde Employment Rights Act 1996 (İstihdam Sürecindeki Haklar Kanunu (ERA)) ve 1999 tarihli The Maternity and Parental Leave Regulations'da (Analık ve Ebeveyn İznine Dair Düzenleme (MPRL)) analık hâline ilişkin düzenlemeler yer almaktadır[213]. Bu hukuk sisteminde, analık izni elli iki haftayı kapsar ve iki ayrı dönemden oluşur[214]. Olağan analık izni (Ordinary Maternity Leave) süresi yirmi altı haftadır (ERA md. 71/(3)- (a)). Bu izin hakkına tüm kadın işçiler sahiptir[215]. Bu izinle birlikte, doğum yapan kadın işçiye ek annelik izni hakkı tanınmıştır (Additional Maternity Leave) (ERA md. 73). Ek annelik izni hakkından tüm kadın işçiler yararlanamamaktadır[216]. Kadın işçinin ek analık izni kullanabilmesi için öncelikle olağan analık iznine sahip olması ve beklenen doğum tarihinden önceki on bir haftada en az bir yıl çalışmış olması gerekir (MPRL md. 5). Ek annelik izni, yirmi altı hafta olup olağan annelik izni sona erdiği andan itibaren başlar[217]. Olağan annelik izni süreleri ve ek annelik izni süreleri çalışma süresinden sayılır[218].

---

[212] MISSOC, s. 145; https://www.infobest.eu/de/themengebiete/artikel/sozialversicherung/mutterschaft-1, (ET. 05.02.2018); https://www.cleiss.fr /docs/regimes/regime_ france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 112, https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).

[213] Büyül Britanya'da analık izninin tarihi gelişimi hakkında bilgi için bkz., Zabel, Cordula: "Eligibility for Materniy Leave and First Birth Timing in Great Britain", **Max Planck Institute for Demographic Research**, **Workıng Paper WP 2007-009 February 2007**, https://www.demogr.mpg.de, (ET. 10.03.2018), s. 5.

[214] Beatrix Tröger ve Nadja Kirsch Roβ, **Arbeitsrecht in Großbritannien Praxisrelevante Regelungen und Unterschiede zur deutschen Rechtslage**, 2. Aufl., Springer Gabler Wiesbaden 2017, s. 95; Pıtt, Gwyneth: **Pitt's Employment Law**, 10. Edition, Sweet&Maxwell, London 2016, ss. 200-201; Zabel, s. 4.

[215] Pıtt, s. 201.

[216] Pıtt, s. 201; Tröger ve Kirsch Roβ, s. 96.

[217] Pıtt, s. 201.

[218] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 96.

Her gebe kadın işçi, analık iznine ne zaman ayrılacağına kendisi karar verme hakkına sahiptir. Ancak gebe kadın işçi erken doğum yapmadığı süre boyunca en erken tahmin edilen doğum tarihinden on bir hafta önce analık izni kullanmaya başlayabilir (ERA md. 71, MPRL md. 4)[219]. Bununla birlikte, işçi hesaplanan doğum tarihinden en az on beş hafta önce analık iznine ayrılacağı tarihi işverene bildirmekle yükümlüdür. Bu mümkün değilse, gerekli bildirimi en kısa zamanda yapmalıdır[220].

İstihdam Sürecindeki Haklar Kanunu'na göre, gebe kadın işçinin doğumdan sonra en az iki hafta çalıştırılması yasaktır (Compulsory Maternity Leave) (ERA md. 72/(3)-(a)). Bu süre zorunlu analık izni süresidir ve olağan annelik izni süresinden bu sürenin düşülmesi gerekir (ERA md. 73/(3)-(b)). Özetle, olağan annelik izni süresi olan yirmi altı haftaya ek olarak anneye, iki hafta zorunlu annelik izni süresi tanınmamaktadır. Olağan annelik izni süresi, zorunlu annelik süresini içermektedir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, doğumdan sonra verilen zorunlu annelik izni süresi, Türk hukukundaki ve Alman hukukundaki düzenlenmelere kıyasla oldukça kısa bir süredir.

Analık izninde olan kadın işçi, belirli şartları gerçekleştirmesi durumunda otuz dokuz hafta yasal annelik ücreti alma hakkına sahiptir[221]. Bununla birlikte kadın işçi, analık izni süresi boyunca ücret hariç sözleşmeden doğan tüm haklara sahiptir. Örneğin, kadın işçi analık iznindeyken şirket tarafından çalışanlara cep telefonu verilmişse, izinde olan kadın işçi de cep telefonuna hak kazanacaktır[222].

Kadın işçi, olağan analık izni süresinin sona ermesinin ardından eski işine geri dönme hakkına sahiptir. Analık izninden dönen kadın işçinin iş sözleşmesinin kapsamının değiştirilmemiş ve iş sözleşmesinden doğan haklar bakımından kadın işçinin zarara uğratılmamış olması gerekir. Bu hak, ek analık izni hakkı kullanan kadın işçiler için de geçerlidir[223]. Ek analık izni kullanan kadın işçi, izin sonunda önceden haber vermeksizin işine dönme hakkına sahiptir[224]. Fakat ek analık izni süresi sona ermeden işçi, eski işine dönmek isterse; bunu sekiz hafta önce işverene

[219] https://www.gov.uk/employers-maternity-pay-leave; Tröger ve Kirsch Roβ, s. 96.
[220] https://www.gov.uk/maternity-pay-leave/how-to-claim; Tröger ve Kirsch Roβ, s. 97.
[221] Bu konuda geniş bilgi için bkz., Tröger ve Kirsch Roβ, s. 100; Pitt, s. 199; Zabel, s. 4.
[222] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 96.
[223] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 97.
[224] Pitt, s. 202.

bildirmekle yükümlüdür[225]. İşçi tarafından bu süreye uyulmazsa, işveren kadın işçinin iş sözleşmesinin başlangıcını sekiz haftaya kadar erteleme hakkına sahiptir[226].

İşveren tarafından analık izninde olan kadın işçinin iş ortamından uzaklaşmaması ve iş arkadaşları ile iletişimde kalabilmesi amacıyla toplamda on gün çalışmasına izin verilir. Bu süre analık izni süresinin kısalmasına neden olmaz[227].

4. Türk Hukukunda Analık İznine İlişkin Düzenlemeler

a. İş Kanunu'nda Analık İzni

4857 sayılı İş Kanunu'nun *"Analık halinde çalışma ve süt izni"* başlığını taşıyan 74. maddesine göre,

> "*Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelere eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelere eklenmek suretiyle kullandırılır*[228]*."*

Analık izni ile doğumdan önce hem kadın işçinin hem de çocuğun sağlığının korunması ve doğumdan sonra kadın işçinin çocuğuyla ilgilenebilmesi ve doğum sonrası eski sağlığına kavuşabilmesi amaçlanmıştır[229]. Diğer taraftan, doğum yapan kadın işçiye iş güvencesi sağlanmıştır[230]. Çoğul doğum durumunda, analık izni süresi

---

[225] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 97; Pitt, s. 202-203.
[226] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 97.
[227] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 97.
[228] 1475 sayılı Kanun'nun 70. maddesinde düzenlenen analık izni ile 4857 sayılı Kanunu'nun ön tasarısında düzenlenen analık izninin karşılaştırmasına ilişkin olarak bkz., Seratlı, Gaye Burcu: "4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/278/2515.pdf, ss. 236-237, (ET. 01.12.2017).
[229] Martin Henssler, Heinz Josef Willemsen ve Heinz-Jürgen Kalb, (Hrsg): **Arbeitsrecht Kommentar**, 7. aktualisierte Aufl., Ottoschmidt , Köln 2016, HWK/C. W. Hergenröder, s. 2724; Zöllner, Loritz ve Hergenröder, s. 462; Hromadka ve Maschmann, s. 492; Foubert ve Imamović, s. 311.
[230] HWK/C.W.Hergenröder, s. 2724; Zöllner, Loritz ve Hergenröder, s. 462; Hromadka ve Maschmann, s. 492; ErfK/Schlachter, s. 2452; http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/ documents/publication/wcms_120428.pdf (ET. 25.04.2018).

on hafta olarak düzenlenmiştir. Aynı anda ikiz, üçüz ya da daha fazla çocuğa gebe olan kadın işçi arasında herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Ancak doktor bebeğin ve annenin durumunu dikkate alarak doğum öncesi izin süresini arttırabilir.

Analık izni süreleri kadın işçi için bir hak iken, işveren açısından kadın işçiyi çalıştırma yasağı niteliğindedir[231]. Bu nedenle analık izni süresi, koruma süresi veya genel çalışma yasağı olarak da adlandırılabilir[232]. Bu izin sürelerinde gebe kadınların temel mesleki çalışmalarına ve tıbbi başvuruları olup olmadığına bakılmaksızın kanun koyucu tarafından çalıştırılması yasaklanmaktadır[233]. Bu durum, Alman hukukunda yer alan kanuni düzenlemenin başlığından da anlaşılmaktadır. Analığın Korunması Kanunu'nun § 3 hükmünde, kadın işçinin sahip olduğu analık izni hakkına yer verilmiştir. Ancak maddenin başlığı, *"Doğumdan önce ve sonra koruma süreleri (Schutzfristen vor und nach der Entbindung)"* olarak düzenlenmiştir. Mülga Analığın Korunması Kanunu'nda ise, kadın işçilerin analık iznine ilişkin düzenlemeler *"gebe kadınların çalıştırma yasakları (Beschäftigungsverbote)"* ve "*doğum sonrası çalıştırma yasakları (Beschäftigungsverbote nach der Entbindung)"* olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, her ne kadar bu izinler, kadın işçiler tarafından kullanılsa da Alman kanun koyucu, *"analık izni"* ifadesini kullanmak yerine, analık hâli nedeniyle söz konusu dönemlerde kadın işçinin çalışması yasaklandığı için çalıştırma yasakları ya da koruma süresi ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

Gebelik ve doğum sonrası izinlerin kullanılabilmesi için kadın işçinin gebeliği hakkında işverenini bilgilendirmesi gerekmektedir. Kanundaki analık izni süreleri nisbi emredici niteliktedir. Kanunda belirtilen analık izni süreleri, bireysel iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile arttırılabilir[234]. Bu nedenle de bu izinlerin

---

[231] Melda Sur, "Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu", **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1998, s. 171.

[232] Sözer, Hamilelik, s. 1057; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 127; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1353.

[233] Tillmanns/Mutschler-Felder, s. 139; ErfK/Schlachter, s. 2453-2454; Gregor Dornbusch, Ernst Fischermeier ve Manfred Löwisch, **AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht**, 8. Aktualisierte Aufl., Luchterhand, Köln 2016, AR-Vossen, s. 2098; Kittner/Zwanziger /Deinert/Heuschmid-Bantle, s. 1947; Wolfdieter Küttner, **Personalbuch 2017 Arbeitsrecht**, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 24. vollständig neubearbeitete Aufl., C.H.Beck, München 2017, Küttner/Poeche Personalbuch 2017, s. 2080; Buchner ve Becker, ss. 146-147.

[234] Kenan Tunçomağ, "Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt:1, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, (Kadının Durumu), s. 120; Altan, s. 141; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 39;Tulukçu, Doğum İzni, s. 1352; Cengiz (Urhanoğlu), s. 31; Cèline Kammerer ve Nadja Kirsch Roβ, **Arbeitsrecht in**

tamamının ya da bir kısmının kullanılmaması mümkün değildir[235]. Bu bağlamda analık izni esnasında kadın işçinin çalıştırılma yasağı sadece mevcut iş ilişkisi bakımında geçerli değildir. Yasak işçi analık iznindeyken başka bir işte çalıştırılmamasını da kapsamaktadır[236]. Kanun koyucu, kadın işçiye rağmen bebeğin ve annenin sağlığını korumayı amaçlamaktadır.

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun [237] 70. maddesinde, kadın işçilerin doğumdan önce altı ve doğumdan sonra altı hafta olmak üzere toplam on iki hafta herhangi bir işte çalıştırılmamaları hükme bağlanmıştı. Öğretide, on iki haftalık izin süresinin yetersiz olduğu dile getirilmişti[238]. 4857 sayılı Kanun ile kadın işçilere daha uzun bir analık izni süresi tanınmıştır[239]. Mevcut düzenlemeye göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta çalıştırılmaları yasaktır[240]. 1475 sayılı İş Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nunda, kadın işçilerin analık iznine hak kazanabilmeleri için işyerinde belirli bir süre çalışmaları gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysaki, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 3008 sayılı İş Kanunu'nun[241] 25. maddesinin 1. fıkrasında analık iznine hak kazanma için belirli bir süre çalışma şartı

Frankreisch, Rechtssicheres HR-Management für Unternehmer, Anwälte und Berater, Springer Gabler, Wiesbaden 2017, s. 152.

[235] Nurhan Süral, " Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve", **Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan**, Cilt: 1, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15 Özel Sayı 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2014, (Kadın İstihdamı), s. 291.

[236] Akyiğit, Şerh II, s. 2053.

[237] Kabul Tarihi: 25.08.1971, RG.: 01.09.1971, S.: 13943.

[238] Altan, s. 153.

[239] Bu konuda bkz., Altan, s. 137; Senyen-Kaplan, Kadın İşçi, ss. 95-96; Madde gerekçesine göre, kadın işçilerin doğum öncesi ve sonrasında çalıştırılamayacağı süre, hukuk düzenimizde çağdaş gelişmiş ülkelerden çok daha kısadır. Bu durum kadınlarımızı çalışma yaşamında çoğu kez annelik veya işleri arasında bir tercih yapmak zorunda bırakmakta; çalışma hak ve özgürlüklerinden erkeklerle eşit bir biçimde yararlanmalarını engellemektedir. Hâlbuki cinslerarası eşitliğin yaşama geçirilişi ve kadınların sosyal ve ekonomik yaşama katılımı, günümüzde toplumların gelişmişlik düzeyinin ve demokratikleşme sürecinde aldıkları yolun belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılmaktadır. Bu konularda çağdaş gelişmiş ülkelerin gerisinde olmak, Türkiye'nin demokratik ülkeler karşısındaki konumunda ve Avrupa Birliği ile ilişkilerinde olumsuz değerlendirmelere neden olmaktadır. Bu olumsuzlukları engellemek, söz konusu alanda çağdaş gelişmiş ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk düzenlerine koşut bir düzenlemeyi gerçekleştirebilmek, kadınlarımızın çalışma yaşamında koşullarının iyileştirilmesini sağlayabilmek için analık izni sürelerinin doğumdan önce ve sonra sekiz hafta, toplamda on altı hafta olarak düzenlenmesine gerek görülmüştür. Ayrıca bkz., Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu: 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Yenilenmiş 4. Baskı, Matsa Basımevi, Ankara 2009, s. 124.

[240] Avrupa Parlamentosu 20 Ekim 2010 tarihinde vermiş olduğu tavsiye kararında, doğumdan önce ve sonra kullanılacak olan annelik izninin 20 haftaya çıkarılmasını önermiştir (md. 8), https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1539687267767&uri=CELEX:52010AP0373, (ET. 12.07.2018).

[241] Kabul Tarihi: 08.06.1936, RG.:15.06. 1936, S.: 3330.

aranmaktaydı[242]. Söz konusu hakkın kıdemli işçilere özgülenmesini haklı kılacak bir neden bulunmadığından, kadın işçinin analık izninden yararlanabilmesinin belirli süre çalışma şartına tabi tutulmamış olması yerinde olmuştur. Analık izninin amacı, çocuğun ve kadının sağlığı korumak ve kadın işçinin çocuğu ile ilgilenmesine imkân tanımak olduğu için işe yeni girmiş bir kadın işçinin de bu haktan yararlanmasının mümkün kılınması isabetlidir. Ayrıca bu sayede çalışan kadınlar arasında eşitlik de sağlanmıştır.

Gebelik sırasında herhangi bir nedenle çocuğunu kaybetmiş (düşük yapmış) ya da çocuğunu aldırmış olan kadın işçiler, analık izninden ve mevzuatta annenin ve çocuğun sağlığının korunmasına yönelik diğer düzenlemelerden yararlanamazlar. Zira bu gibi durumlarda gerçek anlamda bir doğumun gerçekleşmesi söz konusu değildir[243]. Bu durumun yanı sıra doğumun erken olması, çocuğun ölü doğması doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmasına neden olmaz[244]. Doğumdan sonraki analık izni süre esnasında çocuğun ölmesi durumunda da geriye kalan analık izni süresinin kullandırılması gerekir[245]. Çocuğun ölümü ile birlikte artık kadın işçinin çocuğa bakması ve onu büyütmesi söz konusu olmasa da, çocuğun kaybı annede büyük bir üzüntü meydana getirecektir. Bu nedenle de bu zor dönemde anne işçinin doğumdan sonraki sekiz haftalık izin hakkını kullanmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir[246]. Bu sayede, kadın işçinin iş hayatından uzak bir şekilde bu zor dönemi atlatmasına imkân sağlanmış olur.

Alman hukukunda Analığı Korunması Kanunu'nun § 3/4'e göre, çocuğun ölümü hâlinde kadın işçi talep ederse analık izni süresi kısalabilecektir. Çocuğu ölü doğan kadın işçi, isterse ve doktor raporu uygun görürse doğumdan sonraki iki

---

[242]3008 sayılı İş Kanunu md. 25/1 *"Kadın işçilerden gebe olanların, doktor muayenesi neticesinde, doğumun vuku bulması muhtemel görülen tarihten üç hafta evvel ve doğumdan sonra üç hafta müddetle çalışmaları yasaktır. Gerek doğumdan önce ve gerek sonraki mecburî izin müddetleri sıhhî lüzum halinde altışar haftadan ceman on iki haftaya kadar uzatılabilir. Bu izinlerin devamınca, işveren, işçi kadına yarımşar ücret öder. Ancak aynı işyerinde altı aydanberi en az üç ay çalışmış olmayan işçi kadın hakkında işveren buna mecbur değildir."* Ayrıca bkz., Altan, ss. 109-110.

[243] Erkul, s. 33.

[244] Tuncay, İzin ve Ücret, s. 39; Senyen-Kaplan, Kadın İşçi, s. 96; E. Tuncay Senyen-Kaplan, "İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, (Hamilelik ve Analık), s. 714; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1354; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 128; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 39; Murat Kandemir, "4857 sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", **A. Can TUNCAY'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 429; Cengiz (Urhanoğlu), s. 33; Yuvalı, s. 108; Çalışkan, s. 55.

[245] Senyen-Kaplan, Kadın İşçi, s. 96; Senyen-Kaplan, Hamilelik ve Analık, s. 714.

[246] Makas, s. 79.

haftanın sonunda çalışmaya başlayabilir[247]. Analığın Korunması Kanunu'nda öngörülen bu süre, 92/85/EEC sayılı Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkındaki Avrupa Birliği Direktifi'nin[248] 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen asgari koruma süresine uygundur[249]. İşveren, kadın işçinin bu teklifini kabul etmekle yükümlü değildir[250]. Çünkü Kanunda, işverenin doğumdan sonraki ilk iki haftanın sonunda çocuğu ölen kadın işçiyi işe alabileceği düzenlenmiştir (MuSchG §3/4).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Türk hukuk doktrininde çocuğun ölü doğması ya da doğumdan hemen sonra ölmesi durumunda sekiz haftalık analık izninin kullandırılması gerektiği belirtilmiştir[251]. Kanaatimizce, çocuğun ölü doğan kadın işçi, belirli bir süre sonra eski sağlığına kavuşursa işine geri dönmek isteyebilir. Böyle bir durumda, kadın işçinin işverenin onayı ile işine geri döneceğinin kabulü gerekir. Çocuğun ölü doğması ya da analık izni süresi esnasında ölmesi durumunda, her ne kadar analık izninin amacının gerçekleşmesi imkansız hale gelse de kadın işçinin işverenden onay almaksızın işe geri dönmesinin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim, analık izni kullanan kadının çocuğunun ölmesi hâlinde doğrudan işe geri döneceğinin kabulü; analık izni kullanan işçinin yerine başka bir işçinin istihdam edilmesi gibi durumlarda işverenin iş organizasyonu açısından sorunlar yaratabilir.

Analık izni ile doğum sonrası kadın işçinin çocuğu ile vakit geçirmesine imkân tanınmıştır. Kadın işçinin sağlık durumunun uygun olması ve doktorun onayı ile işçi isterse, doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilecektir. Böyle bir durumda, işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelere eklenir (İş K. md.74/I). Bu düzenleme ile kadın işçiye doğum sonrasında çocuğu ile ilgilenebilmesi için daha

[247] Günter Schaub, **Arbeitsrecht Handbuch**, 17. neu bearbeitete Aufl., C.H.BECK München 2017, Schaub ArbR-HdB/Linck s. 1857; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Bantle, s. 1953; AR-Vossen, s. 2103; ErfK/Schlachter, s. 2455; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 217; Tilmanns/Mutschler-Felder, s. 150-151.
[248] https://eur-lex.europa.eu/legal-content, (ET. 03.02.2018).
[249] ErfK/Schlachter, s. 2455; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 217.
[250] ErfK/Schlachter, s. 2455.
[251] Senyen-Kaplan, Kadın İşçi, s. 96; Senyen-Kaplan, Hamilelik ve Analık, s. 714; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 39; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1354; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 128; Kandemir, s. 429; Cengiz (Urhanoğlu), s. 33.

fazla süre sağlanmıştır[252]. Madde gerekçesinde de düzenlemenin amacının, kadın işçilerin özellikle çocuklarına bakabilmeleri açısından ihtiyaç duydukları doğum sonrası izni süresinin on üç haftaya kadar artırılması olanak sağlamak olduğu belirtilmiştir[253].

Kanunda, kadın işçi kendi isteği ve doktorun onayı ile doğumdan önceki üç hafta kadar çalışabileceği düzenlendiği için işverenin, kadın işçiden bu yönde bir talepte bulunması mümkün değildir[254]. Talebin mutlaka kadın işçiden gelmesi gerekmektedir. Kadın işçinin doktorun onayı ile doğumdan önceki üç hafta kadar çalışması işverenin onayına bağlı değildir. Nitekim, hükmün lafzından kanun koyucunun burada işverene herhangi bir taktir yetkisi tanımadığı anlaşılmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, işçinin isteği dışında her ne kadar Kanunda işverenin işçinin çalışması yönünde rızasının bulunmasından söz edilmemiş olsa da, işin ve işyerinin verimli ve düzenli bir şekilde işlemesinde işverenin menfaati olduğu için doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilmesi için işverenin de rızasının aranması gerekmektedir[255].

Doktor tarafından gebe işçinin çalışabileceğine dair hazırlanan rapor, onaydan ibaret olmamalıdır. Raporda, işçinin hangi tarihe kadar çalışabileceğine yer verilmesi gerekir[256]. Kadın işçinin doğumdan önceki son üç haftaya kadar çalışabileceği süre, azami bir süre olup bu sürenin sözleşmeyle ya da doktor

---

[252] Demirhan Adakale, Fatma Elif ve Münir Ekonomi: "Türkiye'de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yenilikler", İ.T.Ü. Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 5, 2005, s. 65; Tamer Soysal, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, 2006, http://www. kamu -is.org.tr/, ss. 34-35, (ET. 02.09.2017).

[253] Madde gerekçesine göre, *"sağlık durumu uygun olduğu takdirde ve doktorun onayı ile kadın işçinin isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabileceği ve çalışılan sürelerin doğum sonrası sürelere eklenmesi suretiyle, kadın işçilerin özellikle çocuğuna bakabilmeleri açısından ihtiyaç duydukları doğum sonrası iznin on bir haftaya kadar artırılması olanağı sağlanmıştır."* Bkz., Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri, Diğer Kanunlarla Yapılan Değişiklik Gerekçeleri ve 19 Ekim 2005 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı İle Birlikte, Yenilenmiş 4. Baskı, Matsa Basımevi 2009, s. 123; Bu gerekçe, Kanunun ön tasarı hâlindeki 74. maddeye ait gerekçedir. Ön tasarıda, analık izni süresi doğumdan önce yedi hafta, doğumdan sonra yedi hafta olarak belirlendiği için, gerekli şartların gerçekleşmesi hâlinde doğumdan önce üç haftaya kadar çalışan kadın işçi doğum sonrası on bir hafta analık iznine sahip olacaktır. Ancak, analık izni süresi daha sonra doğumdan önce ve sonra sekiz hafta olarak kanunlaştığı için, doğumdan önce üç haftaya kadar çalışan kadın işçi doğum sonrası on bir hafta değil, on üç hafta analık izni süresine sahip olacaktır.

[254] Ateş, s. 157.

[255] Akyiğit, Şerh II, s. 2050.

[256] Akyiğit, Şerh II, s. 2049.

raporuyla arttırılması mümkün değildir[257]. Çoğul gebelik hâlinde de kadın işçinin doğumdan önceki çalışabileceği azami süre, doğumdan önceki son üç haftaya kadar olan süredir. Doktor raporunda, kadın işçinin doğumdan önce üç haftaya kadar çalışabileceği belirtilmiş olsa bile işçinin bu süreye kadar çalışma yükümlülüğü yoktur. Doktor raporundaki onay dışında işçinin bu sürede çalışmayı istemesi gerekir. Bu sebeple, doktor raporundaki onay sonucunda işverenin işçiyi çalışmaya zorlaması mümkün değildir. Kanunun *"…. Kadın işçi isterse… çalışabilir…."* şeklindeki anlatımından da bu sonuca ulaşabiliriz. Kadın işçinin doğum öncesinde gerekli şartların sağlanmasına rağmen doğumdan önceki son üç haftaya kadar çalışma zorunluluğu olmadığı için, işçi ne kadar çalışmışsa, o kadar sürenin doğum sonrası süreye eklenmesi gerekir[258]. Örneğin, kadın işçi doğumdan önceki beş haftaya kadar çalışmışsa, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresinin üç haftası çalıştığı için bu üç haftanın doğum sonrası süreye eklenmesi gerekir. Kadın sigortalının doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabileceğini gösteren raporun da Sosyal Güvenlik Kurumu'nun anlaşmalı olduğu sağlık kurumu tarafından düzenlenmesi gerekmektedir.

2011 yılında 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un [259] 76. maddesi ile kadın işçinin erken doğum yapması hâlinde doğumdan önce kullanamadığı izin sürelerinin doğum sonrası izin süresine ekleneceği belirtilmiştir. Bazı sağlık nedenlerinden dolayı doğumun erken olması söz konusu olabilir. Bu nedenle, işçi tarafından Kanunda tanınmış olan analık izni süreleri kullanılamayabilir. Kadın işçinin elinde olmayan nedenlerden dolayı bu haktan yararlanamayacağının kabulü, kadın işçinin hak kaybına uğramasına neden olacaktır. Erken doğum hâlinde, annenin eski sağlığına kavuşması ve bebeğin de anneye olan ihtiyacı göz önüne alındığında kullanılamayan izin sürelerinin doğum sonrası kullanılmasına imkân tanınması oldukça yerinde bir düzenlemedir.

Almanya'da Analığın Korunması Kanunu'nun § 3/2 hükmünde, kadın işçinin erken doğum yapması hâlinde, doğum öncesinde kullanılamayan izin sürelerinin

[257] Akyiğit, Şerh II, s. 2050; Ateş, s. 157.
[258] Akiyiğit, Şerh II, s. 2051.
[259] Kabul Tarihi: 13.02.2011, RG.: 25.02.2011, S.: 27857.

doğum sonrası süreye ekleneceği belirtilmiştir. Kanunda, ayrıca doğumun doktor veya ebe raporunda tahmin edilen süreye göre hesaplanan doğumdan önceki altı haftalık iznin, doğumun beklenen sürede olmaması durumunda kısaltılabileceği ya da uzatılabileceği düzenlenmiştir (MuSchG § 3/1). Türk hukuk sistemine göre de doğum öncesi ve sonrası İş Kanunu'nunda öngörülen izin süreleri kadın işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doktor raporu ile arttırılabilecektir (İş K. md. 74/3) [260]. Doktorun verdiği raporda, analık izni sürelerinin uzatılmasına karar verilmişse, işverenin izin sürelerinin uzatılmasına rıza gösterip göstermemesi ya da kadın işçinin uzatılmış olan izin sürelerini işverenden talep edip etmemesi önem arz etmeyecektir[261]. Bu düzenleme nedeniyle, doğum öncesi sekiz haftalık izin alan kadın işçi, bu sürenin sonunda doğum yapmamışsa, doğum öncesi izin süresi doktor raporuyla uzatılabilecektir[262]. Uzatılan bu süre, doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmasına neden olmayacaktır[263].

b. Analık İznine İlişkin 6663 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemelere Genel Bakış

İş Kanunu'nda kadın işçilerin doğumdan sonra çocuğu ile ilgilenebilmesi için belirli bir süre çalıştırılması yasaklanmış ve çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere istekleri hâlinde ücretsiz izin talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, annenin ve çocuğun sağlığı için oldukça önemlidir. Fakat, batı ülkelerindeki gelişmelere ve düzenlemelere bakıldığında hukukumuzdaki düzenlemelerin yeterli olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Kanun koyucu tarafından bu durum dikkate alınmış ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[264] (torba kanun) ile 4857 sayılı İş

[260]Kadın işçinin, işverene sunmuş olduğu doktor raporlarının içeriğinden, analık izninin arttırılması gerektiği anlaşılmalıdır. Kadın işçinin hastalığının gebelik dışında bir sebebe dayandığına ilişkin olan doktor raporları, analık izninin uzatılması anlamına gelmez. Bkz., Yarg. 9. HD. 22.01.1991, 1990/12877 E., 1991/402, C. İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, ss. 2293-2294.

[261] Akyiğit, Şerh II, s. 2052; Ali Cengiz Köseoğlu ve Ayça Kaya, "Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, 2011, s. 55; Ateş, ss. 155-156.

[262] Altan, s. 137; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 128; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1354; Kandemir, s. 432.

[263] Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 128; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1354.

[264] Kabul Tarihi: 29.01.2016, RG.: 10.02.2016, S.: 29620.

Kanunu'nda ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda [265] önemli yenilikler yapılmıştır. Yeni düzenlemelerle kadın işçilere, doğum sonrası analık izninin bitiminden itibaren çocuklarının bakımına ve yetiştirilmesine daha fazla zaman ayırabilmeleri amacıyla yeni haklar tanınmıştır. Bu hakları, evlat edinme hâlinde analık izni, doğum veya evlat edinme sonrası yarım çalışma izni ve yarım çalışma ödeneği, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı olarak özetleyebiliriz.

6663 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, gebelik ve doğum nedeniyle iş mevzuatının öngördüğü tedbirler daha çok kadın işçilere yönelik olup sadece doğum yapan kadın işçiler, mevzuatta belirtilen haklardan yararlanabilmekteydi [266]. Bu nedenle de mevzuatta öngörülen düzenlemelerden kadın işçinin eşinin ve evlat edinen kişilerin yararlanması mümkün değildi. Torba Kanun ile yapılan düzenlemelerle belirli şartlar altında babaya ve evlat edinen kişilere de yeni haklar tanınmıştır. Öğretide isabetli olarak, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi aşamasında babanın da aktif görev üstlenmesine imkân tanınmasının eşitlik yönünden de olumlu bir gelişme olduğu belirtilmiştir[267].

5. Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılması

a. Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin 156 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi

Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 156 sayılı Sözleşmesi [268], genel olarak kadın ve erkeklerin aile sorumluluklarından dolayı ekonomik faaliyetlere katılmada karşılaştıkları zorlukları ortadan kaldırmak ya da en

[265] RG.: 25.08.1999, S.: 23810.
[266] Kökkılınç, s. 68.
[267] Münir Ekonomi, "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 53, 2017, (Kısmi Süreli Çalışma), s. 23.
[268]Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156), ILO Kabul Tarihi: 23.06.1981 , Yürürlük Tarihi: 11.08. 1983, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156 (ET. 15.06.2018).

aza indirmek amacıyla hazırlanmıştır [269] . Sözleşmenin öncelikli amacı, aile sorumlulukları olan kişilerin ayrımcılığa uğramadan istihdama katılmalarını sağlamak ve çocuğun bakımını sağlayarak iş ve aile sorumlulukları arasında denge kurmaktır[270]. Sözleşmede, cinsiyete bakılmaksızın sadece aile sorumlulukları olan kadın ve erkekler arasında değil, diğer çalışanlar arasında da eşit davranılmasına ve eşit fırsatlar tanınmasına yönelik düzenlemelere yer verilmektedir[271]. Ayrıca çalışan kadınların herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmaksızın çalışma hayatı ile aile sorumlulukları arasında herhangi bir tercih yaratmaksızın yer alabilmelerine ilişkin hususlar düzenlemektedir (md. 3).

Sözleşmede, doğum sonrası babaya da çocuk bakımı için izin verilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Sözleşme her ne kadar ülkemiz tarafından onaylanmamış olsa da 6663 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle mevzuatımızda belirli durumlarda babaya doğuma bağlı olarak izin verilmesi düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce, mevzuatımızda düzenlenen izin Sözleşmede babaya verilmesi gereken izinle örtüşmemektedir.

156 sayılı Sözleşme dışında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Analığın Korunmasına İlişkin 191 Sayılı Tavsiye Kararı'nda belirli durumlarda babanın da izin hakkına sahip olması gerektiği düzenlenmiştir. Tavsiye Kararı'na göre, annenin doğum sonrası izin süresinin dolmasından önce ölümünde çocuğun çalışan babası, doğum sonrası iznin kullanılmamış olan kısmına eşit bir süre için izin almalıdır. Annenin doğumdan sonra, doğum izninin bitiminden önce hastalanması veya hastaneye kaldırılması ve annenin çocuğa bakamaması durumunda, çocuğun çalışan babası, analık izninin doğum sonrası süresi dolmamış olan bölümüne eşit bir süre için çocuğa bakmak amacıyla izin alma hakkına sahip olmalıdır (md. 10). Aşağıda da görüleceği üzere, mevzuatımızda baba için öngörülmüş olan babalık izni kısmen bu düzenleme ile benzer özellik taşımaktadır.

[269] Dilek Eser, Sosyal Sigortalar Hukukunda Kadın: **506 ve 5510 Sayılı Kanunlar Bakımından Değerlendirme**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İzmir 2009, s. 42.
[270] Landau ve Beigbeder, s. 168.
[271] Landau ve Beigbeder, s. 168.

b. Türk Hukukunda Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılması

Türk toplumunda, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi her ne kadar annenin görevi olarak algılansa da elbette baba da çocuğun bakımı ve yetiştirilmesiyle ilgilenmek isteyebilir; hatta bazı durumlarda ilgilenmek zorunda kalabilir[272]. 6663 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nda değişiklik yapılmadan önce analık izni sadece doğum yapan kadın işçi tarafından kullanılmaktaydı. 6663 sayılı Kanun ile önemli bir yenilik yapılmış ve doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılamayan analık izni sürelerinin baba tarafından kullanılabileceği düzenlenmiştir (İş K. md. 74/1). Bu sayede, analık izninden yararlanacak işçilerin kapsamı genişletilmiş ve babaya da belirli şartların gerçekleşmesi durumunda analık izni hakkı tanınmıştır. Kanaatimizce, bu hüküm oldukça önemli ve yerinde bir düzenlemedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Kanundaki bu düzenleme ile babaya, babalık izni hakkı tanınmamıştır. Kanunda, sadece belirli nedenlerden dolayı anne tarafından kullanılması mümkün olmayan analık izninin baba tarafından kullanılmasına imkân tanınmıştır. Oysa kanaatimizce, annenin vefat etmesi durumunda babanın, annenin kullanamadığı analık iznini kullanması dışında babaya ayrıca babalık izni tanınması daha yerinde bir düzenleme olur. Bu sayede anne ile baba, çocuğun bakımında ve yetiştirilmesindeki sorumlukları paylaşmış olacak ve babanın yeni anne olan eşine fiziksel ve duygusal anlamda destek olabilmesine imkân sağlanmış olacaktır[273].

(1) Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılmasının Şartları

Analık izninin baba tarafından kullanılabilmesi için annenin doğumdan sonraki analık izni kullanılabileceği zaman dilimi esnasında ölmüş olması gerekmektedir[274]. Başka bir ifadeyle, annenin doğum esnasında ya da doğum sonrası ölmüş olması durumunda, analık izni baba tarafından kullanılabilecektir. Doğum sonrasında meydana gelebilecek komplikasyonlar sonucunda annenin ölmesi

[272] Nurşen Caniklioğlu, "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", **Emeğin Kurultayı 2**, Ankara 2016, (Yarım Çalışma Ödeneği), s. 115.
[273] Aydın ve Demirkaya, s. 81; http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf, (ET. 06.06.2018).
[274] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 139.

durumunda da bu hak, baba tarafından kullanılabilecektir[275].

Baba tarafından analık izninin kullanılabilmesi için annenin ölüm nedeninin doğumdan kaynaklı olması gerekmez[276]. Örneğin kadın işçi, analık izni kullandığı sırada trafik kazası sonucu vefat etmişse, baba annenin kullanmadığı analık izinlerini kullanabilir. Zira babaya tanınan izin hakkı, annenin ölüm nedeniyle doğum sonrası kullanamadığı süreyle sınırlıdır. Bu nedenle, annenin doğum sonrası analık izni süresinin bitiminden sonra ölmesi durumunda, kullanılabilecek analık izni kalmadığı için baba tarafından analık izni kullanılamaz[277].

Her ne kadar 4857 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmese de baba tarafından analık izninin kullanılabilmesi için çocuğun sağ doğmuş olması gerekir. Örneğin, doğum esnasında anne ve çocuk ölmüşse, baba tarafından analık izni kullanılamayacaktır. Çünkü, kanun koyucu doğumda ve doğum sonrası analık izni esnasında annenin ölümü hâlinde babaya bu hakkı tanımış ve babanın, annenin ölümü sonrası çocuğunun bakımı ile ilgilenmesine imkân sağlamıştır. Çocuğun sağ doğması şartı aranmasaydı, doğum öncesi analık izni süresinde annenin ölümü hâlinde de baba tarafından iznin kullanılmasına imkân tanınırdı. Ancak böyle bir düzenleme kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. O nedenle de baba tarafından annenin ölümü sonucu kullanılmayan analık izinlerinin kullanılabilmesi için çocuğun sağ doğmuş olması gerekir. Öğretideki aksi görüşe göre, Kanunda çocuğun sağ doğması ya da analık izni süresinde hayatta olmasına ilişkin bir koşula yer verilmediği ve çocuğun ölmesi durumunda kadın işçi tarafından analık izni kullanılabildiği için doğum esnasında ya da daha sonra analık izni süresi içinde annenin ölümü hâlinde çocuk hayatta olsun ya da olmasın babanın, annenin kullanamadığı analık izinlerini kullanabilmesi gerekir[278].

Babanın kullanabileceği analık izni süresi, annenin ölüm nedeniyle doğum sonrası kullanamadığı izin süresi ile sınırlıdır. Bu nedenle baba, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresinden yararlanamaz. Anne doğum esnasında ölmüşse, baba sekiz haftalık analık iznine sahiptir. Doğum gerçekleşmiş ve anne doğumdan iki

[275] Tankut Centel, "6663 sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler - Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi-", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 35, Ağustos 2016, (Analık Hali), s. 11.
[276] Ermumcu, s. 2003.
[277] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 139.
[278] Uğur, Suat ve Ömer Uğur: "İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları", **Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2017, s. 665.

hafta sonra ölmüşse, baba altı hafta analık izni kullanabilecektir. Çünkü doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin iki haftası kadın işçi tarafından kullanılmıştır.

Doğumdan önceki son üç hafta kadar çalışan anne, doğumdan önceki beş haftalık iznini doğumdan sonra kullanmak istediği için doğum öncesi kullanmamış ve doğum esnasında ölmüşse, baba doğumdan sonra sekiz haftalık analık iznine ek olarak anne tarafından kullanılamayan beş haftalık analık izni hakkını da kullanıp kullanamayacağı sorusunun cevaplanması gerekir. Kanunun lafzî düzenlemesine bakıldığında, annenin ölümü hâlinde doğum sonrası kullanılmayan izinlerin baba tarafından kullanılabileceği belirtildiği için kural olarak annenin doğum sonrası sahip olduğu sekiz haftalık izin süresinin ya da bu izinden geri kalan sürenin baba tarafından kullanılması mümkündür. Kanunda anne tarafından kullanılmayan analık izninin annenin ölümü hâlinde babanın kullanılabileceği belirtilmiş olsa, annenin toplamda sahip olduğu on altı haftalık analık izni süresinden annenin yararlandığı izin süresi düşülür ve geriye kalan iznin baba tarafından kullanılması mümkün olur. Böylece, annenin doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışmış olması durumunda kalan beş haftalık izin doğum sonrası izne eklenir ve anne doğum esnasında ölmüşse, babanın on üç hafta izin hakkı olduğu söylenebilir. Bu çerçevede, annenin on üç haftalık izni kullanırken ölmesi durumunda da annenin kullandığı izin on üç haftalık süreden düşülür ve babanın kullanacağı izin süresi tespit edilir. Ancak, mevcut düzenleme nedeniyle bu durumun kabulü mümkün değildir[279].

Kanun koyucu, annenin kullanamadığı analık izni sürelerinin baba tarafından kullanılabilmesi için ölen annenin doğumdan önce çalışmasına ve sigortalı olmasına ilişkin herhangi bir koşul aramamıştır. Ancak *Centel*'in de belirttiği gibi Kanunda yer alan *"doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde"* ifadesindeki ölen anne, işyerinde işçi olarak çalışan kişi olmalıdır[280]. Kanunda doğum sonrası kullanılmayan sürelerin baba tarafından kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu süreleri de ancak işçi olarak çalışan anne, doğumda veya sonrasında ölmesi durumunda

[279] Aksi görüş için bkz., Ş. Esra Baskan, "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2016, (Kısmi Süreli Çalışma Hakkı), s. 97; Uğur ve Uğur, s. 655.

[280] Centel, Analık Hali, s. 11; Aynı yönde görüş için bkz., Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 96; E. Tuncay Senyen-Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, (İş Hukuku), s. 399.

kullanamayacaktır[281]. Öğretideki bir başka görüşe göre, baba tarafından bu izin hakkının kullanılması için annenin çalışıyor olması gerekmez. Bu görüşe göre, Kanunda kadın işçinin değil, annenin ölümünden söz edildiği için anne çalışmıyor olsa da gerekli şartlar sağlandığında baba tarafından bu izin hakkı kullanılabilecektir[282]. Kanatimizce her ne kadar çalışan babanın doğum yapan ve çalışmayan eşinin ölümü hâlinde söz konusu haktan mahrum bırakılması hakkın amacıyla tam olarak örtüşmese de Kanunda annenin ölümü nedeniyle kullanamadığı izinlerin baba tarafından kullanılacağı belirtildiği için ölen annenin çalışan bir işçi olması gerekir. Anne tarafından kullanılamayan analık izninin baba tarafından kullanılmasına imkân tanıyan düzenlemenin amacı, annenin ölümü hâlinde çocuğun bakımı ile kısa bir sürede olsa babanın ilgilenmesine olanak tanımaksa, işyerinde işçi olarak çalışmayan ve doğumda ya da sonrasında ölen kadınların eşlerinin de bu haktan yararlanmasına olanak tanınmalıdır[283].

Annenin ölümü hâlinde baba tarafından analık izninin kullanılabilmesi için baba ile anne arasında evlilik birliğinin bulunması şart değildir[284]. Zira Kanunda kadın işçinin eşinden (kocasından) değil, babadan söz edilmiştir. Bu bağlamda, kadın işçinin ölmesi durumunda baba sıfatına sahip olan kişi, doğum sonrası annenin kullanamadığı analık iznini kullanabilir. Babanın analık izni kullanabilmesi için çocuk ile baba arasından soybağının kurulmuş olması yeterlidir[285]. Anne ile baba arasında evlilik birliği varsa, eşi ölen erkek işçi İş Kanunu'nun ek madde 2 hükmü gereğince üç gün ücretli izin hakkına sahiptir. Doğum sonrası analık izni esnasında annenin ölmesi durumunda baba tarafından kullanılacak olan analık izni süresi ile bu üç günlük izin süresi kesişecektir. Eşi doğum yapan baba İş Kanunu'nun ek madde 2 hükmü gereğince beş gün ücretli izin hakkına sahiptir. Eşi doğum esnasında vefat eden babanın doğum nedeniyle beş gün ve eşinin ölmesi nedeniyle üç günlük ücretli izin süresi çakışacak ve bu izin süreleri de eşi doğum esnasında öldüğü için baba tarafından kullanılacak olan analık izni süresi ile çakışacaktır.

[281] Centel, Analık Hali, s. 11.
[282] Ayşe Ledün Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 122.
[283] Aynı yönde görüş için bkz., Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 96.
[284] Çalışkan, s. 58; Aksi yönde görüş için bkz., Centel, Analık Hali, s. 11.
[285] Çalışkan, ss. 58-59.

(2) Analık İzninin Baba Tarafından Kullanılma Şekli ve Sonuçları

Kanunda, babanın ölen annenin kullanamadığı analık iznini kullanma şekline ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce eşi vefat eden baba, eşinin öldüğüne ve kullanmış olduğu analık iznine ilişkin belgeleri işverene ulaştırmalıdır. Eşi vefat eden babanın, işvereni bilgilendirmeksizin kendiliğinden bu izni kullanması doğru değildir. Dürüstlük kuralı gereğince, işçinin işverenini durumdan haberdar etmesi gerekir. Ancak, babanın bu izni kullanması işverenin rızasına bağlı değildir. İşveren, söz konusu izni kullandırmak zorundadır. Nasıl ki işveren kadın işçiye analık izni hakkını kullandırılmak zorundaysa, anne tarafından kullanılamayan analık izni süresini de baba olan erkek işçiye kullandırmak zorundadır. İşçinin, işverenini bilgilendirmesine rağmen işveren tarafından izin kullandırılmazsa, işçi kendiliğinden izni kullanmaya başlayabilir. Böyle bir durumda işveren, işçinin iş sözleşmesini feshederse haksız fesh etmiş olur. Kendisine söz konusu izin verilmeyen işçi de isterse, işveren tarafından çalışma koşullarına uyulmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İş K. md. 24/II-f).

İş Kanunu'nda sadece işçinin eşinin doğum yapması durumunda işçiye beş gün ücretli izin hakkı tanınmıştır (İş K. ek md. 2). Analık izninin baba tarafından kullanılmasına ilişkin düzenleme yapılırken baba tarafından analık izninin kullanıldığı süre esnasında babanın gelir elde etmesi düşünülmemiştir[286]. Analık izni döneminde çalışmayan ya da çalışamayan kadın işçi için işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamakta, bu süre boyunca kadın işçi analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmaktadır[287]. Şartların gerçekleşmesi durumunda söz konusu analık izni baba tarafından kullanılırsa, erkek işçi herhangi bir parasal yardımdan yararlanamamaktadır[288]. Açıklanan nedenlerden dolayı, 4857 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik nedeniyle 5510 sayılı Kanun'da da değişiklik yapılmalı ve analık izninin baba tarafından kullanıldığı durumlarda babanın da gelir elde etmesine imkân sağlanmalıdır[289].

[286] Centel, Analık Hali, s. 11; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 98.
[287] Bu konuya ilişkin olarak bkz., Üçüncü Bölüm, II, A, 2, d, (2).
[288] Centel, Analık Hali, s. 11.
[289] Centel, Analık Hali, s. 11; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 98.

c. Bazı Ülkelerde Baba Tarafından Kullanılan İzinlere İlişkin Düzenlemeler

İtalya'daki hukuk kurallarına göre, çocuğun annesi kendi adına bağımsız çalışansa ve ölmüşse, ciddi bir hastalık geçirmekteyse ya da çocuğunu ihmal etmekteyse, baba çocuğun doğumdan itibaren üç ay süre ile izin hakkına sahiptir. Ayrıca böyle bir durumda çalışan annelere tanınan haklar, çocuk bir yaşını tamamlayana kadar babaya da tanınmaktadır[290]. Babanın doğum sonrası izin hakkından yararlanabilmesi için doğumdan sonraki otuz gün içinde başvuru yapması gerekmektedir[291].

İtalya'da da Türk hukuk sisteminde olduğu gibi özel olarak babalara, babalık izni tanınmış değildir. Anneye ilişkin olarak bazı durumların gerçekleşmesi hâlinde babanın izin kullanmasına imkân tanınmıştır. İtalya'daki düzenlemede, babanın sahip olduğu izin hakkından yararlanabileceği durumlar 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemeye kıyasla oldukça geniş tutulmuştur. Babaya söz konusu iznin hakkı tanınırken, annenin çocuğun bakımı için gerekli özeni göstermemesi ya da gösterememesi dikkate alınmış ve iznin süresi de oldukça geniş düzenlenmiştir. Kanaatimizce, Türk hukuk sisteminde anne tarafından çocuğun bakımının mümkün olmadığı ve gerçekleştirilemediği durumlarda babaya ayrı bir babalık izni ya da anne tarafından amacına uygun bir şekilde kullanılamayan analık izninin baba tarafından kullanılmasına imkân tanınmalıdır. Örneğin, doğum sonrası anne ölmemiş olabilir ama felç geçirebilir. Böyle bir durumda, bırakın annenin çocuğu ile ilgilenmesini kendi temel ihtiyaçlarını dahi karşılaması mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda babaya çocuğunun bakımı için izin hakkı tanınmalıdır. Almanya'da da babalar için ayrı bir babalık izni öngörülmüş değildir. Çünkü Almanya'da babaların da yararlanabileceği uzun süreli ebeveyn izni hakkı mevcuttur[292].

Fransız hukukunda, Türk hukuk sisteminden farklı olarak doğum nedeniyle erkek işçilere babalık izni hakkı ("Congé de paternité") tanınmıştır[293]. Bu izin hakkı,

[290] Dolce ve Luca, s. 106.
[291] Dolce ve Luca, ss. 106-107.
[292] Bu konuda geniş bilgi için bkz., İkinci Bölüm, II, C.
[293] Kammerer ve Kirsch Roß, s. 154.

doğumdan sonraki dört ay içinde kullanılmazsa ortadan kalkar[294]. Baba yasal olarak tanınan üç günlük babalık iznine ek olarak çocuğun doğumundan itibaren on bir gün, çoğul doğum hâlinde ise on sekiz günlük izin hakkına sahiptir[295]. Babaların bu izni talep etmelerinde, iş sözleşmesinin türünün ve süresinin önemi olmadığı gibi, babanın çocuğu ile birlikte yaşayıp yaşamamasının da önemi bulunmamaktadır[296].

Büyük Britanya hukuk sisteminde, babaların doğum ve evlat edinme nedeniyle iki haftalık ücretli izin hakları bulunmaktadır (ERA md. 80A/(3)). Bu iznin doğumdan ya da evlat edinmeden sonra elli altı gün içinde talep edilmesi gerekmektedir (ERA md. 80A/(4), 80B/(3), The Paternity and Adoption Leave Regulations 2002 (PALR md.5/(2), 9/(2)) . Bu izin, babanın çocuğu ile ilgilenmesi ve anneye destek olması amacıyla tanınmıştır[297].

İznin, baba tarafından kullanılabilmesi için bazı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Babanın belirli bir kıdeme sahip olması gerekmektedir. Düzenlemeye göre, baba olan işçi en az yirmi altı hafta işyerinde çalışmış olması ve bu sürenin doğumdan on dört hafta önce tamamlanması gerekir (PALR md. 4/(2)-(a)). Evlat edinme durumunda ise evlat edinmenin gerçekleştiği tarihte bu şartın gerçekleşmiş olması gerekir[298].

Babalık izni kullanmak isteyen kişi, bunu önceden işverene bildirmelidir. Bu izin döneminde işverenin ücret ödeme yükümlülüğü hariç iş sözleşmesine ilişkin hükümler geçerliliğini sürdürmektedir. İşçi, izin sonrası eski işine dönme hakkına sahiptir (ERA md. 80C/(1), PALR md. 12/(1)-(a)). Ayrıca bu izin hakkı, çocuğun biyolojik babası dışında anne ile evli olan fakat çocuğun biyolojik babası olmayan gebe kadın işçi ile özel bir ilişki içinde olan kişilere de tanınmıştır (PALR md. 4/(2)-(b)).

İstihdam Sürecindeki Haklar Kanunu 1996 ve The Additional Paternity Leave Regulations 2010 (Ek Babalık İznine Dair Düzenleme (APL)) hükümlerinde 3 Nisan 2011 yılından sonra, çocuğu doğmuş olan ve evlat edinen babalara ek babalık izni

[294] Kammerer ve Kirsch Roß, s. 154; Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 112, https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).
[295] Kammerer ve Kirsch Roß, s. 154; https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 112, https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).
[296] Kammerer ve Kirsch Roß, s. 154.
[297] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 98.
[298] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 98.

imkânı tanınmıştır (*additional paternity leave).* Babalar iki ile yirmi altı hafta arasında ek babalık izni hakkına sahiptir (APL md. 5/(2)). Yukarıda sözü edilen babalık izni için aranan şartlar, ek babalık izni için de aranmaktadır (APL md. 4). Bu izin, doğumun veya evlat edinmenin yirminci haftasından sonra talep edilebilir ve doğumdan ya da evlat edinmeden on iki ay sonra talep hakkı sona erer (APL md. 5/(1)). Bu iznin kullanılması aynı zamanda analık izninde olan annenin işe geri dönüş zamanına da bağlıdır. Annenin izin hakkı bitene kadar babanın, ek babalık izni talebinde bulunması mümkün değildir[299].

Ek babalık izni almak isteyen baba, izni kullanmak istediğini sekiz hafta önce işverene bildirmelidir. Örneğin, annenin doğumdan on iki hafta önce annelik iznine ayrılmış ve toplamda otuz yedi haftalık annelik izni kullanıp işe geri dönmüşse çocuk yirmi beş haftalıktır. Bu durumda baba, doğumdan sonra yirmi hafta geçtiği için ve çocuk on iki aylık olmadığı için yirmi altı haftalık ek babalık izni talebinde bulunabilir[300]. Ancak bu düzenlemeler Children and Family Act 2014'ün 125. maddesinin (1) hükmü ile 05.04.2015 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır. Anne ve babaya ortak ebeveyn izni hakkı getirilmiştir[301].

Kanaatimizce, Türk hukukunda da doğum veya evlat edinme nedeniyle babalara, İş Kanunu'nun *"Mazeret İzni"* taşıyan ek 2. maddesi gereğince verilen beş gün ücretli izin süresi arttırılmalıdır. Bununla birlikte bu izin, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi babalık izni olarak düzenlenmelidir. Ayrıca ilgili düzenleme yapılırken tek bir çoğunun doğum için belirlenen babalık izni süresine kıyasla, çoğul doğum hâlinde daha fazla babalık izni süresi hükme bağlanmalıdır.

6. Evlat Edinme Hâlinde Analık İzninin Kullanılması

Yeni doğan çocuğun bakımını üstlenen anneye bunun için bir izin hakkı tanınıyorsa, evlat edinilen çocuğun bakımını üstlenen anneye de bu hak tanınmalıdır[302]. Bu durum, kanun koyucu tarafından göz önüne alınmış ve 6663 sayılı Kanun ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık

[299] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 99.
[300] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 99-100.
[301] Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz., Tröger ve Kirsch Roβ, s. 100.
[302] Centel, Analık Hali, s. 11.

izni hakkı tanınmıştır. Kanun koyucu isabetli bir şekilde sadece evlat edinen anneye değil, belirli şartların gerçekleşmesi durumda evlat edinen babaya da bu izin hakkını tanımıştır[303]. Bu nedenle, hakkı kullanacak olan kişinin kadın veya erkek olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu evlat edinmiş olan her işçi bu hakkı kullanabilir[304].

Eşler çocuğu birlikte evlat edinmişlerse, eşlerden sadece biri bu haktan yararlanabilecektir[305]. Bu izin hakkı, evlat edinme tarihinden itibaren başlar ve sekiz hafta ile sınırlıdır. Ancak Kanunda aynı anda birden fazla çocuğun evlat edinilmesi hâlinde, analık izni süresine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Mevcut düzenleme dikkate alındığında, aynı anda birden fazla çocuğun evlat edinilmesi durumunda da evlat edinen kişi, sekiz haftalık analık izni kullanabilecektir[306]. Kanatimizce, aynı anda birden fazla çocuğun evlat edinilmesi durumunda ayrı bir analık izni süresi öngörülmemiş olması yerinde olmuştur. Zira Kanunda evlat edinme hâlinde izin süresi belirlenirken doğum yapan kadın işçinin doğum sonrası sahip olduğu süre dikkate alınmıştır. İş Kanunu'nun 74. maddesinde de sadece çoğul doğum hâlinde doğum öncesi analık izni süresine iki hafta ekleneceği belirtilmiştir. Bu nedenle de doğum sonrası analık izni süresi kural olarak sekiz haftadır. Bu süre, çoğul doğum durumunda da değişmemektedir. Kanun koyucu aynı anda birden fazla çocuğun evlat edinilmesi hâlinde sekiz haftadan fazla bir analık izni süresi öngörmüş olsa, çoğul doğum yapan kadın işçiler ile birden fazla çocuk evlat edinen kişiler arasında ayrımcılığa neden olmuş olacaktır.

Doğum yapan kadın işçinin analık izni doktor raporu ile arttırılabilirken, evlat edinme hâlinde kullanılan analık izninin doktor raporu ile arttırılabileceğine dair Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, analık izninin doktor raporu ile arttırılmasında çocuğun sağlık durumu değil, doğum yapan kadın işçinin sağlık durumu dikkate alındığı için evlat edinen işçinin kullandığı analık izninin doktor raporu ile arttırılamayacağı ileri sürülmüştür[307].

---

[303] Her ne kadar erkek işçi için analık izni tabiri uygun olmasa da onlar için de bu hakkın tanınması 2010/18 sayılı Direktifi ile uyumludur. Bkz., Barış Şahin, "6663 Sayılı Kanun'da Analık Haline Özgü Öngörülen Hükümlerin Değerlendirilmesi", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 3, Mayıs 2016, s. 39.
[304] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 140.
[305]Centel, Analık Hali, s. 12; Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s. 399.
[306] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 140.
[307] Çalışkan, s. 53.

Evlat edinme hâlinde sekiz haftalık analık izninin kullandırılmasına ilişkin düzenleme 92/85/EEC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uygun bir düzenlemedir. Ayrıca söz konusu düzenleme eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 10. maddesi ile de uyumlu olması sebebiyle oldukça isabetlidir[308].

İş Kanunu'nun ek madde 2 hükmü gereğince evlat edinen işçi, üç günlük ücretli izin hakkına sahiptir. Bu üç günlük izin süresi, evlat edinme hâlinde kullanılacak olan analık izni süresi çakışmaktadır. Zira Kanunda, çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz haftalık analık izni süresi kullanılabileceği belirtilmiştir. Daha önce de vurguladığımız gibi, Kanunda analık izninin baba tarafından kullanılması hâlinde nasıl ki baba için bir gelir güvencesi öngörülmemişse[309], sekiz haftalık analık izninden yararlanacak evlat edinen kişiler için de herhangi bir gelir güvencesi tanınmamıştır[310]. Evlat edinen işçi, kadın-erkek fark etmez, sadece üç gün ücretli izin hakkına sahiptir (İş K. ek md. 2/I). Bu nedenle de sekiz haftalık analık izninin sadece ilk üç günü parasal yardıma hak kazanmakta, diğer günler herhangi bir parasal yardımdan yararlanamamaktadır. Bu bağlamda, 5510 sayılı Kanunu'nun 18. maddesinde değişiklik yapılarak, evlat edinen eşlerden birinin veya bizzat çocuğu evlat edinenin, sekiz haftanın üç günü dışında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlandırılması gerekmektedir. Aksi takdirde, evlat edinen kişinin analık izninden yararlanması imkânı fiilen ortadan kalkacaktır[311]. Kanımızca, en kısa zamanda bu konuya ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, üç günlük iznin kullanılmasında evlat edinilen çocuğun yaşı önemli olmazken, evlat edinmeye bağlı olarak kullanılacak olan sekiz haftalık analık izninin kullanılabilmesi için evlat edinilen çocuğun üç yaşını doldurmamış olması gerekir.

6663 sayılı Kanun ile evlat edinen kişilere analık izni hakkı tanınması isabetli olmakla birlikte bu hakkın kullanılmasına engel olan işveren için Kanunda herhangi bir idari yaptırım hükme bağlanmamıştır. Nitekim, İş Kanunu'nun 104. maddesinin 1. fıkrasındaki idari para cezası hükmü, kadın işçiyi çalıştıran işverenler için geçerlidir. Bu nedenle, erkek işçiye ya da evlat edinen işçiye izin vermeyen

[308] TBMM Esas Komisyon Raporu, 24. Yasama Dönemi, 5. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 711, s. 8 https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss711.pdf, (ET. 09.04.2017).
[309] Bkz., Birinci Bölüm, III, B, 5, b, (2).
[310] Centel, Analık Hali, s. 12; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 98.
[311] Centel, Analık Hali, s. 12; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 98.

işveren için de idari para cezasına ilişkin düzenleme getirilmesi gerektiği gibi, anılan hüküm diğer iş kanunları kapsamındaki işçiler bakımından da geçerli olduğu için söz konusu kanunlara da idari para cezasına ilişkin hüküm getirilmelidir[312].

Fransız hukuk sisteminde tek bir çocuğun evlat edinme durumunda on hafta, birden fazla çocuğun evlat edinilmesi durumunda yirmi iki hafta izin verilmektedir. Evlat edinilen çocuk, evlat edinenin üçüncü çocuğu ise, izin süresi on sekiz haftadır[313]. Bu izin süresi, evlat edinen anne ve baba arasında paylaşılabilir. Böyle bir durumda, toplam izin süresi tek çocuğun evlat edinmesi durumunda on bir gün, birden fazla çocuğun evlat edinilmesi durumunda on sekiz gün uzatılır[314].

7. Diğer Kanunlarda Analık İzni

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda,[315] kadın işçilerin analık izinlerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Kanunda, kadın işçinin gebeliğinin yedinci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılacağı düzenlenmiştir (BİK md. 16/7). Bu düzenleme nedeniyle, kadın gazetecilerin en az yirmi hafta analık iznine sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[316]. Basın İş Kanunu'nda izin süreleri hesaplanırken doğumun gerçekleşmesi muhtemel tarih değil, kadın işçinin gebeliğinin süresi esas alınmıştır.

İş Kanunu'nun 74. ve Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan düzenlemeler, süre açısından değerlendirildiğinde Avrupa Birliği'nin 92/85/EEC sayılı Direktifin 8. maddesinde, analık izni süresini en az on dört hafta olarak belirleyen ve bu sürenin en az iki haftasının doğumdan önce kullanılmasını düzenleyen hüküm ile uyumludur.

Deniz İş Kanunu'nda,[317] analık iznine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Deniz İş Kanunu'nda analık iznine ilişkin düzenlemelere yer

[312] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 140.
[313] https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 112, https://www.ssa.gov/policy /docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).
[314] https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 112, https://www.ssa.gov/policy /docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).
[315]Kabul Tarihi: 13.06.1952; RG.: 20.06.1952, S. 8140.
[316] Tunçomağ, Kadının Durumu, s. 120.
[317] Kabul Tarihi: 20.04.1967, RG.: 29.04.1967, S.: 12586.

verilmemiş olmasının nedeni, genellikle erkek işçilerin Deniz İş Kanunu kapsamında çalışması olarak düşünülebilir[318]. Deniz İş Kanunu, iş hukuku mevzuatında yapılan değişiklik ve gelişmeleri yakın takip edememiş, bu nedenle de Kanunda birçok konuda düzenleme boşluğu oluşmuştur[319].

Deniz İş Kanunu'nun 48. maddesinde Deniz İş Kanun hükümlerinin, gemi adamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca maddede Kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemi adamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine neden olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca, çalışanlar lehine Deniz İş Kanunu hükümlerine kıyasla daha ileri düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır[320].

Öğretide, Deniz İş Kanunu'nda analık iznine ilişkin düzenlemelerin olmaması nedeniyle İş Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Öğretideki bir görüşe göre, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na göre, İş Kanunu genel nitelikte bir kanun olup diğer iş kanunlarındaki boşlukların İş Kanunu'ndaki hükümlerle doldurulması gerekmektedir[321]. Baskın görüşe göre, İş Kanunu ile diğer kanunlar arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi yoktur. Bu nedenle de diğer kanunlarda yer alan boşluklara İş Kanunu hükümlerinin değil, genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması suretiyle doldurulması gerekmektedir[322]. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 393 ile 447. maddeleri arasında *"Genel Hizmet Sözleşmesi"* başlığı altında düzenlenen hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümler arasında analık iznine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle de 6663 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde yapılan önemli yeniliklerden önce İş Kanunu ve Basın İş Kanunu

[318] Benzer yönde bkz., Tuncay, İzin ve Ücret, s. 39.
[319] Tankut Centel, İş Hukuku, C. 1, Bireysel İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1994, (Bireysel İş Hukuku), s. 19; Mehmet Nusret Bedük, **Deniz İş Sözleşmesi**, Ekin Kitapevi, Bursa 2012, s. 75.
[320] Makas, s. 75.
[321] Centel, Bireysel İş Hukuku, s. 19.
[322] Süzek, İş Hukuku, ss. 228-229; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 39; Bedük, s. 43.

kapsamı dışındaki kişilere Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun[323] analık iznine ilişkin hükümleri uygulanmaktaydı[324].

6663 sayılı Kanunla önemli yeniliklerden önce Deniz İş Kanunu'nda ve genel nitelikte olan Türk Borçlar Kanunu'nda analık iznine ilişkin hüküm bulunmadığı için bu hususta tarafların bireysel iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile kabul ettiği hükümler önem taşımaktadıydı[325].

6663 sayılı Kanun ile birlikte 4857 sayılı Kanunun 74. maddesinin son fıkrasında maddede yer alan tüm düzenlemelerden iş sözleşmesi ile çalışan, İş Kanunu kapsamında olan ve olmayan tüm işçilerin yararlanacağı belirtilmiştir (İş K. md. 74/8). Bu düzenleme sayesinde Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olan tüm işçiler, İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan düzenlemelerden yararlanabilecektir. Kanunda *"bu madde hükümleri"* denildiği için 6663 sayılı Kanun ile getirilmiş olan yeni haklarla birlikte analık izni, periyodik muayene izni, süt izni gibi 74. maddede yer alan diğer düzenlemelerden de İş Kanunu kapsamında olmayan işçiler yararlanabilecektir[326]. Bu hükümle, analık izinlerine ilişkin hususlarda farklı kanunlara tabi olan işçiler arasında ayrım yapılmasının önüne geçilmek istenmiştir[327]. Ancak Kanunda yer alan düzenlemeler iş sözleşmesi ile çalışanlara yönelik olduğu için bağımlı çalışan diğer kişiler ve bağımsız çalışanlar Kanundaki bu haklardan yararlanamayacaklardır[328].

Öğretide İş Kanunu'nun 74. maddesindeki haklardan İş Kanunu'nun kapsamı dışındaki diğer işçilerin de yararlanmasına imkân tanınmasının isabetli olduğu, ancak sistematik açıdan ilgili kanunlarda değişiklik yapılmasının daha yerinde olacağı

---

[323] Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md. 155, *"Kendisi ve çocuğunun sıhhati için bir zarar husule getirmeyeceği bir tabip tarafından tahriren tasdik edilmedikçe kadınların doğumlarından mukaddem üç hafta ve doğurmasını mütaakip yine üç hafta zarfında fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması memnudur."*

[324] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 15; Kökkılınç, s. 107; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 155. ve 177. maddeleri arasında kadnların analık hâline ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun bu hükümleri, 3008 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girene kadar çalışma hayatında kadınları koruyan tek mevzuat olma özelliğini korumuştur. Bkz., Altan, s. 105.

[325] Makas, s. 76.

[326] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s.747; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 142; Talat Canbolat ve Sema Deniz Özkan, "Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler", **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı: 6, 2017, s. 111; Saim Ocak, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle İşçilerin Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması", **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı: 5, Haziran 2017, (Ücretsiz İzin), s. 177.

[327] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 177.

[328] Canbolat ve Özkan, s. 118.

belirtilmiştir[329]. Öğretideki bir başka görüşe göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesi ve 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, İş Kanunu belli bir uygulama alanı bulunan ve hükümleri tamamen veya kısmen sadece belli bir kesime uygulanacak olan bir kanundur. Buna göre, Kanun hükümlerinin Kanunun uygulama alanı kapsamına girmeyen iş ve işçilere uygulanması söz konusu olamaz. Aksi takdirde, bir kanunun uygulama alanını belirlemenin anlamı kalmaz. Bu bağlamda, İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan düzenlemelerin Kanun kapsamında olmayan diğer işçilere de uygulanmasını tercih eden kanun koyucunun, söz konusu hükümleri bütün işçiler için uygulama alanı bulacak ayrı bir kanunla düzenlemesi gerekir[330]. Kanaatimizce de kadınların gebelik ve annelik durumlarına ilişkin olarak her kanunda ayrı düzenlemeler olması ve İş Kanunu'nda yer alan bazı düzenlemelerin diğer kanunların kapsamında olan işçilere de uygulanacağına ilişkin hükümler yerine, Alman hukukunda olduğu[331] gibi tüm kadın çalışanları kapsayan genel bir kanun ile bu durumun düzenlenmesi daha isabetli olur. Bu sayede, kanunlar arasındaki farklı düzenlemelerin önüne geçilmiş ve uygulamada da birlik sağlanmış olur.

Deniz İş Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda analık iznine ilişkin hüküm bulunmadığı için İş Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucunda, İş Kanunu'ndaki analık iznine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[332]. Basın İş Kanunu'nda ise analık iznine ilişkin hüküm bulunduğu için İş Kanunu'ndaki analık izni sürelerinin mi Basın İş Kanunu'ndaki sürelerin mi uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. *Caniklioğlu*'na göre, İş Kanunu'nun 74. maddesindeki analık izni süresi Basın İş Kanunu'ndaki analık izni süresinden daha kısadır. Ayrıca Basın İş Kanunu'nda

[329] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 747; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 177.
[330] Centel, Analık Hali, s. 10.
[331] Alman hukukunda Analığın Korunması Kanunu (Mutterschutzgesetz) 2. paragrafına göre, kanunun hâkim, memur ve askerler dışında Sosyal Kanunu'nun (SGB) 4. kitabının § 7 kapsamında istihdam edilen tüm kadın işçiler, Kanunda yer alan hükümlerden yararlanmaktadır. Kanundan yararlanacak olan kişilerin kapsamı belirlenirken hangi kanun çercevesinde çalıştıklarına ilişkin herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ErfK/Schlachter, ss. 2448-2449; Buchner ve Becker, s. 79; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Bantle, (Hrsg), ss. 1936-1937; Küttner/ Poeche Personalbuch 2017, s. 2076.
[332] Caniklioğlu'na göre, *"...analık izni her ne kadar Borçlar Kanunu ile Deniz İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olsa da 5510 sayılı Kanun kapsamına giren tüm sigortalıların yararlanabildikleri bir hak olduğunu da belirtmek gerekir. Gerçekten 5510 sayılı Kanunun 15., 16 ve 17. maddelerinde analık geçici işgöremezlik ödeneğinden bu Kanunun kapsamına giren tüm sigortalılar/işçiler (m.4/I, a bendi kapsamında olup analık sigortasından yararlananlar) yararlanabilmektedirler. Zira bilindiği gibi 5510 sayılı Kanun uyarınca söz konusu sigortalılar doğum öncesi ve doğum sonrası hekimlerin verdiği sağlık raporları uyarınca çalıştırılamamaktadırlar. Ancak bu süreçteki çalıştırma yasağının açıkça düzenlenmesi yine de olumludur ve isabetli olmuştur."* Bkz., Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 141.

analık izni süresi içinde gazeteci kadına ücretinin yarısının ödenmesi gerekmektedir. Basın İş Kanunu'na göre, işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan ödenek alması işverenin ayrıca ücret ödeme yükümünü etkilememektedir (BİK md. 16/7). Bu nedenle, Basın İş Kanunu kapsamına giren işçilerin eskiden olduğu gibi yine Basın İş Kanunu'ndaki süre kadar analık izninden yararlanmaya devam etmesi gerekir[333].

Kanaatimizce, kanun koyucu, İş Kanunun 74. maddesinin 8. fıkrasındaki düzenlemeyi yaparken Basın İş Kanunu'ndaki analık iznine ilişkin düzenlemeyi açıkça yürürlükten kaldırmadığı ve bu Kanundaki analık iznine ilişkin düzenlemeler işçinin lehine olduğu için Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere, Basın İş Kanunu'ndaki analık izni süreleri uygulanmalıdır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, 6663 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 74. maddesine getirilen yenilikler hem Basın İş Kanunu hem de Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçiler için uygulama alanı bulacaktır.

C. Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma İznine Hak Kazanma

1. Genel Olarak

Doğum sonrası çocuk bakımı, beklenmeyen çeşitli durumların ortaya çıkması veya tercihe bağlı olarak doğum yapan kadın işçinin çocuğunun daha çok birinci yaş içindeki gelişimine duyduğu hassasiyet nedeniyle yasal doğum izinleri yeterli gelmemekte ve daha fazla izin kullanma ihtiyacı meydana gelmektedir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, 6663 sayılı Kanunun 22. maddesi ile analık izninin bitiminden itibaren doğum yapan kadın işçiye ve üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiye istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlardaysa yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısına kadar ücretsiz izne hak kazanacağı düzenlemiştir[334].

---

[333] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 143.

[334] Benzer düzenleme Devlet Memurları Kanunu'nda da yer almaktadır. *"Doğum sonrası analık izni süresi sonunda kadın memur, isteği hâlinde çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilir. Çoğul doğumlarda bu sürelere birer ay ilave edilir. Çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde*

*"Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik[335]"*in 6 maddesinde, *"Çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin"* başlığı altında söz konusu düzenlemeye ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Aynı Yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde, *"ücretsiz izin"* tanımlanmıştır. Maddede yer alan düzenlemeye göre, ücretsiz izin analık izninin bitiminden itibaren işçiye isteği hâlinde verilen izindir. Öğretide, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmesine ilişkin düzenleme, ücretsiz izin olarak nitelendirildiğinde iznin tam gün olacağı şeklinde bir algının olacağı, ayrıca Kanunda sözü edilen haktan yararlanacak olan kadın işçilerin seçimlik hak olarak kullanabilecekleri İş Kanunu'nun 74. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen *"altı aya kadar ücretsiz izin"* kullanma imkânlarının da bulunduğu için iki *"ücretsiz izin"* hâlinin yanıltıcı bir izlenim yaratacağı belirtilmiştir[336]. Bununla birlikte, öğretideki başka bir görüş de haftalık çalışma süresinin yarısına kadar ücretsiz izin kullanan işçiye, İşsizlik Sigortası Kanunu gereğince yarım çalışma ödeneği adında bir gelir desteği sağlandığı için iznin teknik anlamda bir ücretsiz izin olmadığını savunmaktadır[337]. Açıklanan nedenlerden dolayı öğretide bazı yazarlar, Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen izin hakkının tam olmayıp haftalık çalışma süresine göre kısmi bir oranda belirlenmiş olması dolayısıyla *"kısmi süreli ücretsiz izin"* olarak nitelendirmiş[338] ve aynı maddede düzenlenen tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme hakkında kullanılan kısmi sözcüğünden farklı olduğunu belirtmiştir[339].

Biz çalışmamızda, söz konusu hakkı *"yarım çalışma izni"* olarak nitelendirmeyi tercih ettik[340]. Çünkü söz konusu düzenleme sayesinde kadın işçi

---

çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanır. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de, istekleri üzerine (A) fıkrası uyarınca verilen sekiz haftalık iznin bitiminden itibaren bu haktan aynı esaslar çerçevesinde yararlanır. Memurun çalışacağı süreler ilgili kurum tarafından belirlenir." DMK md. 104/F., Ayrıntılı bilgi için bkz., Ali Nazım Sözer, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, (Sosyal Sigortalar Hukuku), ss. 258-259.

[335] RG.: 08. 11.2016, S.: 29882. Çalışmamızda, bu Yönetmelik *"Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği"* olarak ifade edilecektir.

[336] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 25.

[337] Centel, Analık Hali, s. 12.

[338] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 25; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, ss. 98-99.

[339] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 25.

[340] Aynı şekilde nitelendirme için bkz., Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 139 vd; Ali Cengiz Köseoğlu, "Türk İş Hukukunda Analık", **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı: 4, 2016, s. 106; Çalışkan, s. 39;

haftalık çalışma süresinin yarısına kadar izin hakkına sahip olmaktadır. Başka bir ifadeyle, işçi haftalık çalışma süresinin yarısında çalışmakta, diğer yarısında ise izinli sayılmaktadır. Ayrıca ileride de belirteceğimiz üzere, ücretsiz izin kullanan işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmektedir[341]. Oysaki, doğum veya evlat edinme nedeniyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanılması durumunda işçi haftalık çalışma süresinin yarısı kadar iş görme borcundan kurtulmakta ve bu süreyi çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla kullanmaktadır. Bu nedenle de kısmen dahi olsa iş sözleşmesinin askıda olduğu şeklinde bir görüşün ileri sürülmemesi gerekir[342].

2. Yarım Çalışma İzninin Hukuki Niteliği

Yarım çalışma izni, değiştirici yenilik doğuran bir hak niteliği taşımaktadır[343]. Bu izin, *"çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla"* verilmektedir. Bu nedenle de yarım çalışma izni, sebebe bağlı yenilik doğuran bir haktır[344]. Ayrıca yarım çalışma izni kullanmak isteyen işçinin önceden talebini işverene bildirmesine ilişkin düzenleme de söz konusu hakkın kanundan doğan değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğunu gösterir niteliktedir[345]. Doğum sonrası yarım çalışma iznini kullanabilmek için hak sahibi işçinin, işverene talepte bulunması gerekmektedir. Bu husus da kanundan doğan yenilik doğuran hakkın hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için gerekli olup, yarım çalışma izninin hukuki niteliğine uygun düşmektedir[346].

Yarım çalışma izni, işçinin menfaatine yönelik olarak iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile de düzenlenebilir[347]. Bu hakkın kullanımı sonucunda işçinin çalışma süresinde ve koşullarında değişiklik meydana gelmektedir. Ancak bu durum

---

Yasemin Taşdemir, **Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, ss. 212-213.

[341] Ayrıntılı bilgi için bkz., İkinci Bölüm, III, B.

[342] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 41.

[343] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 30; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 202; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 104; Değiştirici yenilik doğuran haklara ilişkin olarak bkz., Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, (Yenilik Doğuran Haklar), ss. 81-91; Taşdemir, s. 215.

[344] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 31; Sebebe bağlı yenilik doğuran haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, s. 83.

[345] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma s. 31; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 202.

[346] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma ss. 40-41; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 202; Taşdemir, s. 216.

[347] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma s. 30; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 202.

işçinin iş sözleşmesinin türünde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu izin nedeniyle işçinin tam süreli iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesine dönüşmemekte, sözleşme tam süreli iş sözleşmesi olarak varlığını devam ettirmektedir[348]. Zira değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olan yarım çalışma izninin kullanılmasıyla birlikte işçi, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar bir zaman için iş görme borcundan kurtulmakta ve aynı zamanda çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla kullanma sorumluluğunu yüklenmektedir. Kanun gereği işçinin yarım çalışma izni kullanılması ile birlikte çalışma süresinde geçici bir değişiklik meydana gelmektedir.

3. Yarım Çalışma İzninden Yararlanabilecek Kişiler

a. Doğum Yapan Kadın İşçi

Yarım çalışma izni hakkı genel itibariyle doğum yapan kadın işçilere yöneliktir. Çünkü Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasında *"kadın işçi"* ve *"üç yaşını doldurmamış küçük çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçi"* nin bu haktan yararlanabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, yarım çalışma izninin genel olarak kadın işçiye tanındığını ve evlat edinme dışında erkek işçinin bu haktan yararlanamayacağı söylenebilecektir[349].

b. Üç Yaşından Küçük Çocuğu Evlat Edinen Kadın veya Erkek İşçiler

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrasında, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilerin istekleri hâlinde haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullanabileceği belirtilmektedir. İş Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrasında, *"üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere"* yarım çalışma izni tanınmışken; aynı maddenin 5. fıkrasında, *"üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene"* ücretsiz izin hakkı verilmektedir. *Ekonomi*'ye göre, bu farklı iki düzenlemenin

[348] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 40; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 201.
[349] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 177; Canbolat ve Özkan, s. 119.

bilinçli bir dayanağı bulunmamaktadır[350]. İş Kanunu'nun 74. maddesinin 5. fıkrasındaki hüküm, kıyasen yarım çalışma izninde de uygulanmalı ve eşlerin birlikte evlat edinmeleri hâlinde eşlerden birinin yarım çalışma izni kullanma hakkı olduğunun kabulü gerekir[351]. Kanaatimizce de çocuğun münferiden veya birlikte evlat edinilmesi durumunda bu hakkın kullanımı söz konusu olmalıdır. Ancak uygulamada yaşanacak tereddütleri ortadan kaldırmak ve maddede yer alan düzenlemeler arasında uyumu sağlamak amacıyla söz konusu iki farklı durumda da haktan yararlanacak kişiler aynı olduğu için düzenleme yapılırken bu duruma dikkat edilmeliydi.

Çocuğun münferit evlat edinilmesi hâlinde evlat edinen eş, birlikte evlat edinilmesi durumunda ise sadece eşlerden biri bu haktan yararlanabilecektir[352]. Yarım çalışma iznine ilişkin düzenlemenin amacı, çocuğun bakımının yapılması olduğu için birlikte evlat edinme hâlinde eşlerden birinin izinli olması yeterli olacağından, diğerine izin hakkının tanınmamasının yerinde olduğu söylenebilir[353]. Kanun koyucu, *".....kadın veya erkek işçilerin istekleri hâlinde"* ifadesi ile eşlerden sadece birinin bu haktan yararlanabileceğini belirtmiş ve birlikte evlat edinme hâlinde hangi eşin bu haktan yararlanacağını eşlerin tercihine bırakmıştır.

Kanaatimizce sadece evlat edinme hâlinde değil, annenin doğum yapması durumunda da babaya yarım çalışma hakkı tanınmalı ve doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkında olduğu gibi, [354] bu hakkın hangi ebeveyn tarafından kullanılacağı eşlerin tercihine bırakılmalıdır[355]. Kanundaki amaç mutlaka annenin çocuğu ile ilgilenmesine imkân tanımak olsaydı, birlikte evlat edinme hâlinde eşlerden birinin bu hakkı kullanmasına ilişkin düzenleme yerine, sadece annenin bu haktan yararlanabileceği belirtilirdi. Bu nedenle de düzenlemenin amacının çocuğun bakımı ve yetişirilmesine bu izin sayesinde daha fazla fırsat sağlanması olduğu kabul edilip, her iki eşin de bu haktan

[350] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 29.
[351] Ekonomi, Kısmi Çalışma, s. 29; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 101; Uğur, Suat ve Yusuf Yiğit, "İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı", **Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi**, Cilt:l 6, Sayı: 1 Haziran 2017, s. 87; Çalışkan, s. 69.
[352] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 178; Canbolat ve Özkan, s. 119.
[353] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 178.
[354] Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., İkinci Bölüm, II, E, 1.
[355] Şahin'e göre, evlat edinme durumunda herhangi bir eşe yarım çalışma izni hakkının tanınmasına karşın, doğum hâlinde bu iznin sadece kadın işçiler tarafından kullanılabileceğinin düzenlenmesi, İş Kanunu'ndaki açık çelişkilerden bir tanesidir. Bkz., Şahin, s. 39.

yararlanmasına ilişkin düzenleme yapılmalıdır. En azından annenin ölümü halinde babaya bu izin hakkı tanınmalıdır[356].

4. Yarım Çalışma İznine Hak Kazanmanın Koşulları

a. Doğum Yapma ya da Üç Yaşından Küçük Bir Çocuğu Evlat Edinme

Kadın işçinin yarım çalışma izni hakkından yararlanabilmesi için doğum yapması veya eşlerin birlikte ya da münferiden üç yaşından küçük çocuğu evlat edinmesi gerekir (İş K. md. 74/2). Kural olarak, bu haktan yararlanılabilmesi için evlat edinilen çocuğun üç yaşından küçük olması gerekir. Bu sebeple, dört yaşında olan bir çocuğun evlat edinilmesi durumunda hakkın kullanılması söz konusu olmayacaktır.

Kanunda, sadece üç yaşından küçük olan çocukları evlat edinen kadın ve/veya erkek işçilerin yarım çalışma izni kullanabileceği belirtilmiş; ancak talep esnasında çocuğun üç yaşını tamamlamış olup olmamasına ya da hakkın kullanımı esnasında çocuğun üç yaşını tamamlaması durumunun hakkın kullanımına etki edip etmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir[357]. Öğretideki bir görüş tarafından çocuğun evlat edinme sırasında üç yaşından küçük olmasının yeterli olduğu, talep sırasında bu yaşı tamamlamış olmasının önem taşımadığı ifade edilmektedir[358]. Öğretide isabetli bulduğumuz başka bir görüşe göre, Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmünde yer alan üç yaş sınırı sadece evlat edinme bakımından değil, yarım çalışma izninin kullanılmasına ilişkin talep bakımından da getirilmiştir[359]. Bu nedenle de hak sahibinin, evlat edindiği çocuk üç yaşını doldurmadan önce işverenden yarım çalışma izni talep etmiş olması gerekir[360]. Aksi hâlde, üç yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesi durumunda işçinin ne zamana kadar yarım çalışma izni talebinde bulunacağı belirsiz olacaktır. Mevcut hükümler karşısında, üç yaşını doldurmamış çocuğun evlat edinilmesi hâlinde, çocuğun üç

[356] Bkz., Birinci Bölüm, III, C, 3, a.
[357] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 181.
[358] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 747; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 143; Çalışkan, s. 74.
[359] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 181.
[360] Canbolat ve Özkan, s. 119; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 181.

yaşını doldurmuncaya kadar izin talebinde bulunulmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, evlat edinilen çocuğun üç yaşını doldurmasından sonra izin talebinde bulunulması mümkün olmayacaktır[361].

Kanundaki yarım çalışma iznine ilişkin düzenlemenin amacı çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ile ilgili olduğundan, evlat edinilen çocuğun evlat edinen kişi ya da kişilerle iletişimi bakımından üç yaşından önce başlamış olan izin uygulamasının, çocuğun üç yaşını doldurmasından olumsuz etkilenmeyeceği ve izin süresinin sonuna kadar devam etmesi gerektiği söylenebilir[362]. Doktrinde evlat edinen kişi, çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten sonra kullanılacak olan sekiz haftalık analık izni süresi içinde çocuk üç yaşını doldurmuş olsa dahi, analık izni süresini takiben yarım çalışma izninden yararlanabilmesi gerektiği belirtilmiştir[363]. Kanaatimizce, yarım çalışma izni esnasında çocuğun üç yaşını doldurması durumu iznin kullanımını sona erdirmemeli; ancak izin talep esnasında çocuk üç yaşını tamamlamış ise hakkın kullanımı söz konusu olmamalıdır.

b. Talepte Bulunma

Yarım çalışma izninin kullanılabilmesi bakımından iş sözleşmesinin türünün kural olarak herhangi bir önemi bulunmamaktadır[364]. İşçi ister belirli ister belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışsın bu haktan yararlanır[365]. Ancak işçinin yarım çalışma iznini kullanılabilmesi için işverenden talepte bulunması gerekir. Diğer bir anlatımla, söz konusu izin kendiliğinden verilmesi gereken bir izin değildir. Kanunda, bu durum yarım çalışma izninin kadın veya erkek işçilerin *"istekleri hâlinde"* verilebileceği şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu izni kullanma talebinin önceden işverene bildirilmesi, işin aksamaması açısından da oldukça önemlidir. İşverene yarım çalışma izni kullanacak işçinin iş gücü eksikliğini tamamlaması için zaman tanınmalıdır[366]. Ayrıca yarım çalışma izni Kanundan doğan değiştirici yenilik

[361] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 181.
[362] Canbolat ve Özkan, s. 119; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 181; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 100.
[363] Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 100.
[364] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 28; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 203.
[365] Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların yarım çalışma izninden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda bkz., Birinci Bölüm, III, C, 6.
[366] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 32; Ocak, Ücretsiz İzin, s.196.

doğuran bir haktır. Bu nedenle de bu hakkın sonuçlarını doğurabilmesi için işçinin hakkı kullanma konusundaki iradesini önceden işverene bildirmesine ilişkin düzenleme yapılması yerinde olmuştur[367]. Kanunda, işçinin işverenden yarım çalışma izni talebinde bulunma süresine ve talep şekline ilişkin herhangi bir normatif düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu durum işçinin istediği zaman yarım çalışma izni talebinde bulunabileceği anlamına gelmez[368].

Öğretideki bir görüşe göre; yarım çalışma izni yarım çalışma ödeneği ile bağlantılı olduğu için analık izninin bitiminden itibaren otuz gün içinde talepte bulunmalıdır[369]. İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesine göre,

> "……*Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir."*

Maddede yer alan otuz günlük süre, hak düşürücü süre değildir. Maddede ayrıca "*Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır*" hükmüne yer verilmiştir. Otuz günlük süre, hak düşürücü süre olarak öngörülmediği için sürenin mücbir bir sebep olmaksızın geçirilmesi hâlinde, kalan süre kadar ödeme yapılabilecektir. Bu nedenle de işçinin yarım çalışma izni kullanmak için süresinde başvuruda bulunmaması, iznin kullanılamayacağı anlamına değil, yarım çalışma izni süresinin kısalacağı anlamına gelecektir[370]. Açıklanan nedenlerden dolayı, işçinin 4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesi uyarınca talep edebileceği yarım çalışma ödeneği süresi sona erinceye kadar işverenden yarım çalışma izni talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir. Ancak, böyle bir durumda işçiye verilecek izin süresi, geciktiği her gün için azaltılmak suretiyle hesaplanır[371].

---

[367] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 31.
[368] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 747; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 144; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 197.
[369] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 748; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 144.
[370] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 748; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 144; Köseoğlu, s. 106; Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 197-198.
[371] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 748; Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 197-198.

Doktrinde başka bir görüş tarafından İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen doğum yapan kadın işçi ile evlat edinen kadın ve/veya erkek işçilere tanınan tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme hakkına ilişkin düzenlemelerde kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin, işverene önceden talebini bildirmesi ve bu bildirimin en az bir ay önceden yazılı olarak işverene yapılması gerektiğine ilişkin [372] hükmün, kıyasen yarım çalışma izninde de uygulanabileceği belirtilmiştir[373].

Her ne kadar Kanunda ve Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik'te (KSÇY) yarım çalışma izni kullanacak olan işçinin söz konusu izni ne şekilde talep edeceğine ilişkin bir düzenleme yer almasa da doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin talebine ilişkin Yönetmelikte yer alan düzenlemelerin kıyasen uygulanması kanaatimizce yerinde olacaktır. Bu nedenle de Yönetmelikte tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin talebinin en az bir ay önceden yazılı olmasına ilişkin düzenleme, yarım çalışma izni kullanmak isteyen işçi için de geçerli olmalıdır (KSÇY md. 8/3) [374]. Zira aksi hâlde, işveren işçinin bildirimde bulunmadığını, geç bildirim yaptığını iddia edebilir, işçinin sözlü bildirimine karşı işveren cevap vermeyebilir ya da sözlü olarak işçiye olumsuz cevap verebilir ve böyle durumlar da ispat sorunlarının ortaya çıkmasına neden olur [375]. İşçi talebini yazılı olarak yapması durumunda söz konusu sorunların ortaya çıkması engellenebilir[376]. Ayrıca işverenin en az bir ay önceden işçinin yarım çalışma izni kullanacağından haberdar edilerek, işyerinde gerekli organizasyonu yapmasına da fırsat sağlanmış olacaktır. İşverenin de işçinin yazılı talebine karşı vereceği cevabı, yazılı olarak vermesi gerekir (KSÇY md. 11/2) [377].

Kanunda nasıl ki işçinin yarım çalışma talebine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişse, işverenin işçinin talebine karşı herhangi bir cevap vermemesi durumunda işçinin yarım çalışma iznine hak kazanıp kazanmadığına ilişkin bir

[372] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 32; Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., İkinci Bölüm, II, F, 4, b.
[373] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 32.
[374] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 32; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 192.
[375] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 192.
[376] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 32; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 192.
[377] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 192.

düzenleme de bulunmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçinin söz konusu hakkını kullanabilmesi için işverenin onayını almasına gerek yoktur. İşverenin işçiye cevap vermemesi ya da cevabın olumsuz olması hakkın kullanımı etkilemez[378]. Kısmi süreli çalışmaya ilişkin yönetmelikte belirtilen *"İşveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi hâlinde, talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır (KSÇY md. 11/3)."* hükmünün böyle bir durumda da kıyasen uygulanmasının yerinde olacaktır[379].

İşveren, işçinin talebi üzerine işçiye yarım çalışma izni vermek zorundadır. Kanunun 74. maddesinde *"...haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir..."* ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, hakkın kullanımı işverenin takdirine bırakılmamıştır. İşçinin talebi üzerine işveren yarım çalışma izni kullandırmakla yükümlüdür[380]. İşverenin, işin düzenine ve çalışma sürelerine ilişkin hazırlık yapacağı gerekçesiyle işçinin yarım çalışmaya başlama tarihini daha sonraki bir tarih olarak belirlenmesine ilişkin olarak sunduğu teklifi işçi kabul etmek zorunda değildir. Aksinin kabulü durumunda, işçinin kullanacağı yarım çalışma izni süresi işverenin hazırlık süresi kadar kısalmaktadır[381]. Kanundaki şartları taşımasına rağmen yarım çalışma izni talebi işveren tarafından kabul edilmeyen işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçinin iş sözleşmesi yarım çalışma izni talep ettiği için işveren tarafından feshedilmişse, iş sözleşmesi işveren tarafından geçersiz nedenle feshedilmiş olacak ve işveren bu feshin sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır[382]. Çalışmanın ücretsiz izne ilişkin bölümünde de belirttiğimiz üzere[383], Yargıtay'ın kendisine altı aya kadar ücretsiz izin verilmeyen işçinin önceden işverene bildirimde bulunarak ücretsiz izne ayrılabileceği yönündeki görüşü[384], işverene bildirmesine rağmen yarım çalışma izni kullanmasına izin verilmeyen işçi

[378] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 44.
[379] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 44; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 197.
[380] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 748; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 144; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 182.
[381] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 33-34.
[382] Senem Değer Ermumcu, "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği", **Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan**, Cilt:1, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2017, s. 2014.
[383] Birinci Bölüm, III, D, 1.
[384] . 9. HD. 13.07.2009, 2008/36349 E., 2009/20734 K., https://www.evrensel.net/yazi /80843/kadin-isci-ucretsiz-dogum-iznine-kendi-karariyla-ayrilabilir (ET. 12.05.2018).

için de geçerli olmalıdır[385]. Zira altı aya kadar ücretsiz izinde olduğu gibi doğum sonrası yarım çalışma izni de gerekli şartların taşınması durumunda işverenin onayına ihtiyaç duyulmadan kullanılabilecek bir haktır. Böyle bir durumda işveren, işçinin iş sözleşmesini fesh ederse bu fesih geçersizdir.

c. Doğum Sonrası Analık İzin Sürelerinin Kullanılmış Olması ve Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Hakkı Kullanacak Olan Kişi Tarafından Yapılıyor Olması

4857 sayılı Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasında, *"Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren ... haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir"* denilmektedir. Bu nedenle de yarım çalışma iznine ilişkin hakkın kullanılabilmesi için işçinin öncelikle doğum sonrası analık iznini kullanması gerekir[386]. Bu düzenleme sayesinde, analık izinlerinin bitiminden sonra işçinin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla çocuğuyla daha fazla vakit geçirmesine imkân sağlanmıştır. Bu durum Kanunda da belirtilmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla bu izin hakkı kullanılabilir. Bu nedenle de her durumda doğum yapan kadın işçinin ve evlat edinen kadın ve/veya erkek işçinin bu haktan yararlanabileceğini söyleyemeyiz. Doğum yapan anne veya evlat edinen kadın ve/veya erkek işçinin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ile ilgilenmediği durumlarda yarım çalışma izninden yararlanması söz konusu olmaz[387]. Örneğin, hakkı kullanmak isteyen kişinin çocuğu Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından koruma altına alınmış, başkası tarafından evlat edinilmiş ya da velayeti başkasına verilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda kişinin yarım çalışma izni kullanması mümkün olmaz.

d. Çocuğun ve İşçinin Hayatta Olması

4857 sayılı Kanunda *"...doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması*

[385] Aynı yönde görüş için bkz., Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 33-34; Taşdemir, s. 227.
[386] Analık izni sürelerine ilişkin açıklamalar için bkz., Birinci Bölüm, III, B, 4.
[387] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 181.

kaydıyla…" işçinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle de yarım çalışma iznine ilişkin hakkın kullanılması için gerçekleşmesi gereken şartlardan biri de çocuğun hayatta olmasıdır[388]. Aksi hâlde, hakkın kullanımı mümkün olmayacaktır. Zira bu hak çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve çocukla ilgilenilmesi amacıyla tanınmış olan bir haktır.

Hakkın kullanımına başlamadan önce çocuk ölmüşse, hakkın kullanımı mümkün değildir[389]. Yarım çalışma izni kullanıldığı sırada çocuğun ölmesi durumunda, yarım çalışma uygulamasına son verilmeli ve normal çalışma süresinde çalışmaya başlanmalıdır[390]. Hakkın kullanımı için çocuğun yaşamasının yanı sıra, hakkı kullanacak olan kişinin de yaşıyor olması gerekir[391].

5. Yarım Çalışma İzninin Süresi

Kanunda yarım çalışma izninin kullanılması belirli bir süreyle sınırlandırılmış ve bu süreler doğum sayısına göre düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, doğum yapan kadın işçiler ve üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın ve/veya erkek işçiler birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, üçüncü doğumda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkına sahiptir. Kanunda her ne kadar birinci, ikinci ve sonraki doğumlar için artan biçimde izin hakkı belirlenip söz konusu durumda evlat edinmeler için açık bir düzenleme bulunmasa da evlat edinme hâlinde de evlat edinilen çocuk sayısına göre aynı artan miktarları uygulamak isabetli olacaktır[392]. Bu durumda, işçinin ilk evlat edinme hâlinde altmış, ikinci evlat edinme hâlinde yüz yirmi, sonrakilerde ise yüz seksen gün yarım çalışma izni hakkına sahip olduğu söylenebilir. *Köseoğlu'na* göre, evlat edinilen çocuğun sayısına göre veya evlat edinenin daha önce kendi çocuğunun bulunması hâlinde toplam çocuk sayısına göre kademeli artan izin hakkından

[388] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 747; Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 25; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 180; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 100; Uğur ve Yiğit, s. 87; Çalışkan, s. 71.
[389] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 180.
[390] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 25; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 180; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 100.
[391] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 180.
[392] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat s. 748; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 141.

yararlandırılması gerekmektedir[393].

Kanaatimizce de Kanundaki düzenlemeden kişinin yaptığı tüm doğumlar göz önünde bulundurularak yarım çalışma izninin artırılması öngörüldüğü ve toplamda işçinin sahip olduğu çocuk sayısı yarım çalışma izni süresinin belirlenmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, evlat edinen kişinin de sahip olduğu çocuk sayısı dikkate alınarak yarım çalışma izni süresinin belirlenmesi gerekir. Örneğin, işçinin bir çocuğu var ve daha sonra iki yaşında bir çocuk evlat edinmişse, işçi yüz yirmi günlük yarım çalışma iznine sahip olmalıdır. Zira aynı işçi bir çocuğu varken, yani ilk doğumunu yaptıktan sonra ikinci doğumunu yapar ve ikinci çocuğa sahip olursa, yüz yirmi günlük yarım çalışma iznine sahip olacaktır. Bir çocuğu olan ve bir çocuk evlat edinen işçinin sadece altmış günlük yarım çalışma iznine sahip olduğunu söylersek aynı konumda olan iki kişi arasındaki eşitlik sağlanmamış olur. Ayrıca iki doğum yapan anne ile bir doğum yapan ve bir çocuk evlat edinen anne arasında izin süresinin farklı olmasını gerektiren herhangi bir haklı neden bulunmamaktadır.

İş Kanunu'nun, 74. maddesinin 2. fıkrasında *"Çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün eklenir"* denilmektedir. Bu bağlamda, kadın işçinin ilk doğumu çoğul olursa işçi doksan gün süre ile haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanabilecektir. Kanunda çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün ekleneceği ve sürenin artırılması için çoğul doğum olmasının yeterli olduğu belirtildiği için doğumun ikiz ya da üçüz olması önemli değildir[394].

Çocuğun engelli doğması hâlinde haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı üç yüz altmış gün olarak kullanılır (İş. K. md. 74/2). Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında da *"Çocuğun engelli doğduğunun doktor raporu ile belgelendirilmesi hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır"* denilmektedir. Burada doğumun kaçıncı doğum olduğu ve çoğul doğum olup olmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Çocuğun engelli olduğu her zaman doğum anında anlaşılamayabilir. Öğretideki bir görüşe göre, çocuğun engelinin doğumdan itibaren bir yıllık süre içinde tespit edilmesi hâlinde bir yıllık süre geçmemek koşuluyla izin hakkı

[393] Köseoğlu, s. 106, dn. 35.
[394] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 748.

kullanılabilmelidir[395]. Engelli doğmamakla birlikte herhangi bir nedenle doğumdan itibaren bir yıllık süre içinde engelli hâle gelen çocuk bakımından da sözü edilen haktan yararlanılmasına imkân sağlanmalıdır[396]. Öğretideki görüşleri isabetli bulup katılmakla birlikte, mevcut düzenleme nedeniyle çocuğun doğum anında engelli olması durumunda üç yüz altmış gün yarım çalışma izninin kullanılabileceğinin söylemek mümkündür. Zira Yönetmelikte çocuğun engelli doğduğunun doktor raporu ile belgelendirilmesi durumunda söz konusu izin süresinin geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Kanun hükmünde engelli çocuğun doğumdan söz edilmekte ve evlat edinilen çocuğun engelli olma ihtimaline yer verilmemektedir. Nasıl ki engelli doğan çocuğun daha fazla bakıma ve ilgiye ihtiyacı varsa engelli olarak evlat edinilen çocuk için de aynı durum söz konusudur. Bu bağlamda evlat edinilen çocuğun engelli olması durumda da izin hakkının üç yüz altmış gün olarak uygulanmasına ilişkin düzenleme yapılmalıdır[397].

Çoğul doğum hâlinde dünyaya gelen çocukların engelli olması durumunda, kadın işçi kaç günlük yarım çalışma izni hakkına sahip olacağı sorusu akla gelmektedir. Öğretide maddenin düzenleniş şeklinden dolayı isabetli olarak, otuz gün ekleneceği hükmünün tüm engelli çocukları kapsayacak şekilde düzenlenmediği, çünkü İş Kanunu'nun 74. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde yarım çalışma izin süreleri düzenlendikten sonra çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuz gün ekleneceğinin belirtildiği, ardından engelli çocuklara ilişkin düzenleme yapıldığı, bunun bir unutkanlık mı yoksa bilinçli bir tercih mi olduğunun ise açık olmadığı, ancak kanun koyucunun uzun bir süre boyunca işçiye izin verilmesini öngördüğü için bu durum da ayrıca bir arttırım olasılığını düzenlemek istemediği sonucuna varmanın daha isabetli olacağı ileri sürülmektedir[398].

Yarım çalışma izninin süresine ilişkin tartışılması gereken bir diğer husus, çocuğun doğduktan kısa bir süre sonra ölmesi ya da ölü doğumun gerçekleşmesi durumunda, bu doğumların yarım çalışma izni süresi hesaplanırken dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bu konuya ilişkin Kanunda herhangi bir düzenleme

[395] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 184.
[396] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 184.
[397] Benzer yönde görüşler için bkz., Ocak, Ücretsiz İzin, s. 183; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 103.
[398] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 183.

bulunmamaktadır. 6663 sayılı Kanun ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun[399] 104. maddesine eklenen (F) bendi ile kamu görevlilerine de tanınmıştır. Bu düzenleme ile ilgili olarak çıkarılan Kamu Personeli Genel Tebliği (Seri No:6)'nde[400] *"Yarım gün izin süresinin tespitinde memurun doğum yapması esas alınacak olup, bu süre memurun yaşayan çocuğunun sayısına göre belirlenmeyecektir."* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu nedenle bu hüküm, uygulama ve mevzuat birliği bakımından dikkate alınmalıdır. 4857 sayılı Kanun kapsamındaki yarım çalışma izni taleplerinde de sürenin belirlenmesinde ölü doğumların ve doğumdan sonra ölen çocukların dikkate alınması yerinde olacaktır[401].

Yarım çalışma iznine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir başka konu, yarım çalışma izni sürelerinin hekim raporuyla arttırılıp arttırılamayacağıdır. İş Kanunu'nun 74. maddesinin düzenleniş şekline bakıldığında maddenin ilk fıkrasında analık izni süresi, ikinci fıkrasında yarım çalışma izni, üçüncü fıkrasında ise yukarıdaki izin sürelerin işçinin sağlık durumuna ve işin niteliğine göre hekim raporu ile arttırılacağı düzenlenmiştir. Hükmün lafzi yorumundan yarım çalışma iznine ilişkin sürelerin de hekim raporuyla arttırılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, yarım çalışma izni niteliği itibariyle hekim raporu ile arttırılabilecek bir izin türü değildir. Zira doktor raporu, işçinin sağlık durumu nedeniyle çalışamayacak durumda olduğunu belirtirken, yarım çalışma izni kullanan işçi çalışabiliyor durumdadır[402]. Öğretide de yarım çalışma izninin oldukça uzun süreleri kapsadığı, bu sürelerin uzatılmasının isabetli olup olmadığının tartışılabileceği ve sağlık raporu ile sürelerin arttırılması iznin niteliğine uygun düşmediği ifade edilmiştir[403]. Kanaatimizce, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere hekim raporu ile arttırılabilecek izin sürelerinin sadece analık iznini kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekir[404]. Her ne kadar yarım çalışma izninin doktor raporuyla arttırılması pek mümkün değilse de tarafların anlaşarak işçi lehine olmak üzere iş sözleşmesiyle veya toplu iş

[399] Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG.: 23.07.1965, S.: 12056.
[400] RG.: 13.04.2016, S.: 29683.
[401] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 184-185; Canbolat ve Özkan, s. 121-122; Taşdemir, s. 230; Kamu Personeli Genel Tebliği'nde yer alan örneğe göre, memurun ölü doğum yapmasını müteakip bir çocuğunun doğması ve yarım gün izin talep tarihinde çocuğunun hayatta olması halinde bu memurun yarım gün izin süresi dört aydır.
[402] Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 103.
[403] Saim Ocak, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 37, Temmuz 2017, (Kısmi Süreli Çalışma), s. 92; Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 185-186.
[404] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 92; Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 185-186.

sözleşmesiyle izin süresini arttırması mümkündür[405].

6. İşçinin Haftalık Çalışma Süresinin Yarısı Kadar Çalışması

İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan haftalık çalışma süresinden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bilindiği üzere, 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinin 1. fıkrasındaki hükmüne göre, *"Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir."* Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde haftalık çalışma süresi İş Kanunun 63. maddesinde olduğu gibi ifade edilmiştir (KSÇY md. 4/1-d).

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesine göre, işçiye 4857 sayılı Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir ve bu ödeneğin süresi, 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. İşçi, yarım çalışma izni kullandığı taktirde İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesinde yer alan şartları sağlarsa yarım çalışma ödeneğine hak kazanacaktır. Yarım çalışma izninin düzenlendiği 74. maddede İş Kanunu'nun 63. maddesine atıf yapılmamıştır. Ancak 4447 sayılı Kanunda ise, yarım çalışma ödeneğinin süresinin İş Kanunu'nun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresi kadar olduğu belirtilmiştir. Böyle bir durumda ise, kısmi süreli çalışan işçilerin yarım çalışma izni kullanıp kullanmayacağı sorusu akla gelmektedir.

Kanaatimizce öğretide de belirtildiği üzere, haftalık çalışma süresinden anlaşılması gereken İş Kanunu'nun 63. maddesindeki düzenlemedir[406]. Bu nedenle de Kanunun 63. maddesinde tam süreli çalışanlara ilişkin haftalık çalışma süresi düzenlediği için bu haktan tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler yararlanabilmektedir[407]. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu durumun kabulü, İş Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenen *"kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan*

[405] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 39.
[406] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 33- 34; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 188.
[407] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 26; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 203 vd; Uğur ve Yiğit, s. 87; Çalışkan, ss. 69-70.

işçi ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz." hükmüne aykırılık teşkil etmez, çünkü ayrımı haklı kılan esaslı nedenlerin varlığı söz konusudur[408].

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiden farklı olarak, yaklaşık haftalık çalışma süresinin yarısına yakın bir süre kadar çalışmakta olduğu için haftanın kalan gün ve saatlerinde çocuğu ile ilgilenebilir. Bu nedenle de kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere, yarım çalışma izin hakkının tanınmasının mümkün olmadığı söylenebilir[409]. Zira bu iznin amacı, annenin çocuğunu yetiştirmesine ve çocuğunun bakımına imkân tanınmasıdır. Elbette birden fazla işveren yanında kısmi süreli çalışan işçiler için bu durum geçerli değildir. Ancak Kanunda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların da bu haktan yararlanabileceğine ilişkin düzenleme olmaması ve haftalık çalışma süresinden tam süreli çalışanlara yönelik haftalık çalışma süresi anlaşıldığından dolayı, bu kişilerin yarım çalışma izni haklarının olmadığının kabulü gerekir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların da yarım çalışma iznine sahip olduğunu kabul edersek, bu durum işverenin iş organizasyona ve işin yürütümüne ilişkin sorunları da beraberinde getirecektir. 6663 sayılı Kanunla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen ek 5. maddede düzenlenen yarım çalışma ödeneğine ilişkin düzenlemeler de yarım çalışma izninden aynı işveren nezdinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin yararlanacağını doğrular niteliktedir[410].

Daha öncede belirttiğimiz üzere, işçi yarım çalışma iznini kullanmak zorunda değildir[411]. Ancak bu izne, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan kadınların da sahip olduğu kabul edilirse, işverenler böyle bir durumda ileride işçinin yarım çalışma iznini kullanabileceğini düşünerek, kadınlarla kısmi süreli iş sözleşmesi yapmaktan kaçınabileceklerdir. Bu durumda kadınlar çalışma yaşamından uzaklaştırılmış olacaktır. Oysa, kadınların çalışma hayatında yer almasını kolaylaştıran sözleşmelerden biri kısmi süreli iş sözleşmesidir.

[408] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 28; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 101.
[409] Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 204-205; Taşdemir, s. 221.
[410] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 27-28.
[411] Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Birinci Bölüm, III, C, 4, b.

Yarım çalışma iznine ilişkin düzenlemelerde İş Kanunu'nun 63. maddesine atıf yapılmamışken, bu atfın hakkın kullanımı sonucunda kazanılacak olan ödeneğe ilişkin olan İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesinde yapılması yerinde olmamıştır. Öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere gelecekte yaşanacak sorun, tartışma ve uyuşmazlıkların önlenmesi için konuya ilişkin hükümlerin daha açık ve anlaşılır hâle getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan bu düzenleme Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamında çalışan tüm işçilere uygulandığı için konuya ilişkin yapılacak yeni düzenlemelerde bu kanunlardaki çalışma sürelerine de dikkat edilmesi gerekir[412].

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, birden fazla işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin yarım çalışma izni hakkına olup olmayacağıdır. *Ekonomi*, bu durumun haftalık çalışmanın yarısı kadar bir zamanı çocuğun bakımına ve yetiştirilmesine ayrılmasını daha da güçleştirdiği kanısındadır[413]. *Ocak*'a göre, böyle bir durumda çocuğu ile ilgilenemeyeceği için işçiye yarım çalışma izni hakkı tanınması gerektiği ileri sürülecek olsa da, hangi işyeri bakımından izin kullanılacağı ayrı bir tartışma konusu yaratacaktır[414].

7. Yarım Çalışma İzninin Kullanımı

Yarım çalışma izni kullanan işçi, işyerinde uygulanan çalışma saati süresinin yarısı kadar izin hakkı kullanmaktadır. İşçi, yarım çalışma izinlerini birleştirerek toplu olarak kullanamaz[415]. Örneğin, yüz yirmi günlük sürenin ilk altmış gününü izinli geriye kalan altmış gününü çalışarak geçiremez[416]. Zira böyle bir durum, iznin amacı ile bağdaşmaz. İznin nasıl kullanılacağına ilişkin olarak, Kanunda ve yönetmelikte herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretideki bir görüşe göre, kadın işçi haftalık çalışma günlerinin yarısını haftanın üç günü çalışmak[417] ya da her

[412] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 187.
[413] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 28.
[414] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 204-205.
[415] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 144; Köseoğlu, s. 107; Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 190-191.
[416] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749.
[417] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 144.

çalışma gününde yarım gün çalışma şeklinde kullanabilir[418].

Öğretideki başka bir görüşe göre, iznin tanınmasındaki amaç işçinin her gün çocuğu ile ilgilenmesine imkân sağlamak olduğu kabul edildiğinde yarım çalışma izninin her gün yarım çalışma biçiminde kullanılması gerekir[419]. Kanun koyucu, yarım çalışma iznini kullanan işçinin izinli olduğu sürede çocuğunu emzirebileceğini dikkate alarak yarım çalışma izni kullanan kadın işçilerin, ayrıca süt izninden yararlanamayacaklarını hüküm altına almıştır. Bu nedenle de Kanundaki bu hüküm bu görüşü destekler niteliktedir (İş K. md. 74/2)[420]. Nasıl ki süt iznini toplu olarak kullanılması hakkın amacına uygun düşmüyorsa[421], haftanın üç günü çalışılması ve diğer günler yarım çalışma izni kullanılması kanun koyucunun amacına uygun düşmez. Böyle bir durumda, kadın işçiye çalıştığı üç gün boyunca ayrıca bir süt izni tanınmayacağı için işçi çocuğunu emziremeyecektir[422]. Yarım çalışma izni sona erdikten sonra işçinin çocuğu bir yaşını tamamlamamışsa, kadın işçi çocuğu bir yaşını tamamlayana kadar süt izni kullanma hakkına sahiptir[423].

Mevzuatta, işçinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışması hususuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle de uygulamada çalışma süresinin belirlenmesi konusunda uyuşmazlıkların ve tartışmaların yaşanacağı öne sürülmektedir[424]. Kanunda, işçiye isteği hâlinde yarım çalışma izni verileceği düzenlenmekle yetinilmiştir. Bu nedenle de öğretide yeterince açık olmayan Kanundaki mevcut düzenlemelerden, ilk bakışta haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi işçinin isteği doğrultusunda haftanın hangi gün ve saatlerinde izin kullanılacağı işçinin karar vereceği ve işverenin bu konuda takdir hakkı olmayacağı sonucunun ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Dürüstlük kuralı gereğince, işçinin işverene haftanın hangi günlerinde ve hangi saatlerde çalışacağını bildirmesi gerekir. Ancak işçi, bu bildirimi yaparken işyerindeki çalışma koşulları göz önünde bulundurmalıdır. Bu nedenle de işçinin işverenin iş organizasyonunu, işverenin de işçinin talebini göz önünde bulundurarak yarım

[418]Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 144; Köseoğlu, s. 107, dn. 39; Uğur ve Uğur, s. 667.
[419] Köseoğlu, s. 107; Uğur ve Uğur, s. 667.
[420] Köseoğlu, s. 107; Uğur ve Uğur, s. 667.
[421] Bu konuda geniş bilgi için bkz., Birinci Bölüm, III, E. 4.
[422] Uğur ve Uğur, s. 667.
[423] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 144-145.
[424] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 189.

çalışma izninin kullanım şekline dürüstlük kuralına uygun olarak karar verilmesi gerekir. Esas itibariyle, çalışma süresinin yarısı kadar çalışılacak gün ve saatleri tarafların birlikte karar vermesi yerinde olur[425].

Kanaatimizce, yarım çalışma izninin kullanma şekline ilişkin düzenlemeye yer verilmemiş olması yerinde olmuştur. Zira her işverenin iş organizasyonu ve işyerinde çalışma saatleri farklılık gösterebilir. Bu nedenle, yarım çalışma izninin kullanım şeklinin tarafların iradeleri doğrultusunda belirlenmesi isabetlidir. Taraflar karşılıklı anlaşarak yarım çalışma izninin kullanımını istedikleri şekilde kararlaştırabilir. İznin kullanım şekli konusunda tarafların anlaşamaması durumunda sorunun yargı organları tarafından çözülmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, yaşanacak sorun ve uyuşmazlığa göre mevzuatta yer alan diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bu bağlamda, devamsızlık, temerrüt, sözleşmenin feshedilmiş sayılması, sözleşmenin feshedilmesi gibi hususlar gündeme gelebilecektir[426].

Genel itibariyle haftanın altı günü çalışılan ve haftalık çalışma süresi kırk beş saat olan bir işyerinde üç gün çalışıp üç gün çalışmayabilir ya da altı gün boyunca yarım gün çalışarak yarım çalışma iznini kullanabilir[427]. İşçinin çalışma günlerinin yarısında tam gün çalışması diğer günler yarım çalışma izni kullanması haftalık çalışma süresi ve çalışma günü açısından her işyeri ile uyuşmayabilir. Böyle bir durumda, işçi tam gün çalışmalarının yaptıktan sonra haftalık çalışma süresinin yarısını tamamlaması için kalan çalışma süresi kadar başka bir gün çalışmak zorunda kalacaktır. Ancak zorunluluk hâlleri dışında işçinin haftanın bir günü tam gün çalışarak, diğer günler belirli saatlerde çalışmayı istemesi işverenin iş organizasyonu açısından pek yerinde olmayabilir[428].

Yarım çalışma iznine ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin dikkate alınması gerektiği söylenebilecektir. Bu bağlamda, yarım çalışma izni kullanmak isteyen işçinin işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından uygulanan haftalık çalışma süresi kırkbeş saat ise, işçi yirmi iki buçuk saat çalışacak kalan yirmi iki buçuk saatte ise yarım

[425] Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 188-189.
[426] Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 189-190.
[427] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 190.
[428] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 189.

çalışma izni kullanacaktır[429]. İşçinin işyerinde haftalık çalışma süresi kırkbeş saat değil de kırk saat ise, işçi yirmi saat çalışıp kalan yirmi saat yarım çalışma iznine hak kazanacaktır[430].

8. Yarım Çalışma İzninin İşçinin Asıl Ücretine ve Eklerine Etkisi

Doğum veya evlat edinmeye bağlı olarak kullanılan yarım çalışma izninde, tıpkı ileride göreceğimiz üzere tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkında olduğu gibi, işçi haftalık çalışma süresinden daha az bir süre iş görme edimini ifa etmektedir. Yarım çalışma izni uygulaması sırasında, kanun gereği çalışma sürelerinde ve koşullarında geçici bir süre için değişiklik meydana gelmektedir[431]. Öğretide, doğum veya evlat edinme nedeniyle yarım çalışma izni kullanan işçinin, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar bir zamanı çocuğun bakımı ve yerleştirilmesi amacıyla kullanmak üzere iş görme borcundan kurtulmakta olduğu, bu durumda kısmen de olsa izin süresi boyunca iş sözleşmenin askıda kaldığı gibi bir görüşün ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir[432].

Yarım çalışma izni, işverenin ücret ödeme borcunu sınırlandırmaktadır[433]. Yarım çalışma izni kullanan işçilerin ücretleri ve çalışmanın karşılığı olarak verilen diğer parasal menfaatleri, kısmi süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi (İş K. md. 13/2), işçinin çalıştığı süreyle orantılı olarak ödenmelidir[434]. Bu nedenle de işverenin, işçinin yarım çalışma iznini kullandığı ve iş görme borcundan kurtulduğu süreye ilişkin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır[435]. İşverenin, işçinin ücretinin ödenmediği sürelere ilişkin olarak işçinin sosyal sigorta primini ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır[436]. Yarım çalışma izninde olduğu süre boyunca ücrete hak kazanamayan işçiye, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek madde 5 hükmünde yer alan koşulları gerçekleştirmesi şartıyla yarım çalışma ödeneği

[429] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 188; Değer Ermumcu, s. 2025; Tuaç, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, s. 227.
[430] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s.749; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 188.
[431] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 201; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 91.
[432] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 40-41.
[433] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 36; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 201.
[434] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 36.
[435] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 37; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 201.
[436] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 201.

verilecektir[437].

Yarım çalışma izni kullanan işçinin sadece asıl ücretinde değil, asıl ücrete ek olarak ödenen ücretinde de değişiklikler meydana gelmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yarım çalışma izninde işçi, tam süreli çalıştığında aldığı ücrete ve bu ücrete ilişkin menfaatleri, yarım çalıştığı süreyle orantılı olarak yararlanabilecektir. Ancak işçiye çalışmasının karşılığı olarak verilmeyen sosyal yardım niteliğindeki ödemelerin, işçinin çalışma düzeninin bu sosyal yardımlardan yararlanmaya imkân tanıması hâlinde, sosyal yardımların tam karşılığının işçiye ödenmesi gerekir. Bu hususta önemli olan, işçinin çalışma düzeninin sosyal yardım niteliğinde olan ek menfaatlerden yararlanmasına imkân tanımasıdır. Örneğin, ara dinlenmesinden sonra yarım çalışma izni kullanacak olan işçi, sabah işe gelirken işveren tarafından sağlanan taşıt ile işe gelme, ara dinlenmesinden önce verilen çay içme yardımından ve ara dinlenme esnasında yemek yardımından yararlanabilecektir. Ancak bu işçiye yemek sonrası yarım çalışma izni kullanmak amacıyla eve giderken işveren tarafından araç sağlanması veya taşıma bedeli verilmesi söz konusu olmaz[438]. Yarım çalışma izni kullanan işçi, maktu ücretle çalışıyorsa[439] işçinin yarım çalışması, ücretinde herhangi bir değişikliğe neden olmalıdır.

Yarım çalışma izni kullanan işçinin işyerinde ikramiye uygulaması varsa ve bu ikramiyeden ücretli izin, ücretsiz izin ya da işin görülmediği diğer sürelerde orantılı kesintiler yapılmaktaysa, işçiye yarım çalışma izni kullandığı süre ile orantılı olarak ikramiye ödemesi yapılmalıdır. İşyerinde işçinin yarım çalışma izni kullandığı günlere rastlayan ulusal bayram ve genel tatil günleri varsa, işçi ücretli tatil hakkına sahip olacaktır[440]. Yarım çalışma izninde olan işçi, hafta tatilinden önceki iş günlerinde her iş günü yarım gün çalışmaktaysa, hafta tatili ücreti için aranan temel şart (İş K. md. 46) gerçekleşmiş olacaktır. Bu sebeple işçi hafta tatili ücretine hak kazanacaktır. Ancak işçi, haftanın bazı iş günlerinde örneğin, iki tam gün yarım çalışmaktaysa, hafta tatili ücretine hak kazanamaz[441].

[437] Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C.
[438] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 37.
[439] Maktu ücretle çalışmaya ilişkin açıklamalar için bkz., İkinci Bölüm, V, A.
[440] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 37.
[441] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 38.

9. Yarım Çalışma İzninin Sona Erme Hâlleri

İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen yarım çalışma izninden yararlanabilme belirli bir süre ile sınırlanmıştır. Kanunda belirtilen süreler sona erdiği zaman, iznin kullanımı da sona erer. İşçi, iznin sona erme tarihinden itibaren ilk iş günü tam gün çalışmaya başlamalıdır. Yarım çalışma izni kullanım süresinin sona ermesi dışında başka hâller de iznin kullanımının sona ermesine neden olabilir.

İşçi tarafından yarım çalışma izni kullanılmaktayken işçinin çocuğu ölmüşse, hakkın kullanımına son verilmeli ve işçi normal çalışma süresine dönmelidir[442]. Doğum yapan kadın işçi ya da evlat edinen kadın ve/veya erkek işçinin ölmesi durumunda da yarım çalışma izninin kullanımı sona erer[443]. Çünkü söz konusu haktan yararlanacak olan kişi ölmüştür. İzni kullanacak kişinin ölmesi hâlinde kullanılmayan izin sürelerinin tam gün çalışan baba veya evlat edinen kişinin eşi tarafından kullanılmasına ilişkin Kanunda herhangi bir düzenleme olmadığı için, söz konusu kişiler tarafından bu süreler kullanılamayacaktır. İş Kanunu'nun 74. maddesinin 1. fıkrasında yer alan doğumda veya doğum sonrası annenin ölümünden sonra kullanılmayan izin sürelerin baba tarafından kullanacağına ilişkin düzenleme, yarım çalışma izni bakımından da geçerli olmak üzere genişletilmemiştir[444].

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin yarım çalışma izni kullandığı sırada iş sözleşmesi sona ererse, işçinin işyerinde çalışma ilişkisi sona erdiği için yarım çalışma izni de sona erer. İşçinin bu izni kullanıyor olması belirli süreli iş sözleşmesinin uzamasına neden olmaz.

Yarım çalışma izni kullanıldığı esnada sözleşmenin taraflarından biri, iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak ya da haklı bir nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilir. Böyle bir durumda da yarım çalışma izni sona erer[445]. Yarım çalışma iznine ilişkin düzenlemenin amacı, izinli olduğu süre boyunca annenin ya da belirli durumlarda babanın çocuğunun yetiştirilmesi ve bakımı ile ilgilenmesidir. Bu nedenle de bu izni kullanan kişi, izni kullandığı zaman diliminde başka bir işverenin işyerinde çalışamaz. Böyle bir durum söz konusu olursa, işçi

[442] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 39; Ocak, Ücretsiz İzin ss. 180, 195; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 100.
[443] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 39; Ocak, Ücretsiz İzin ss. 180, 195.
[444] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 39.
[445] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 39-40.

sadakat borcuna aykırı davranmış olur ve işveren iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının e bendine dayanarak haklı nedenle derhal feshedebilir. Bu durumda, iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte yarım çalışma izni de sona erer[446].

10. Yarım Çalışma İznine İlişkin Hükümlere Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım

İş Kanunu'nun 104. maddesinin 1. fıkrasında, Kanunun 74. maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işverene idari para cezası verileceği düzenlenmektedir. İş Kanunu'nun 104. maddesi, 6663 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 74. maddede yapılan değişiklikten önce maddede yer alan düzenlemelere ilişkin bir yaptırım içermektedir. Ancak Kanunun 104. maddenin 1. fıkrasındaki hükmün, 74. maddenin 2. fıkrasındaki hükmün kanunlaşmasından önce getirilmiş olmasına rağmen, düzenleniş biçimi nedeniyle 104. maddenin 74. maddenin 2. fıkrasındaki hükmü de kapsadığı söylenebilir[447]. Zira Kanunun 104. maddesinde, gebe veya yeni doğum yapmış kadın çalışanlara ücretsiz izin verilmemesi durumunda idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Her ne kadar yarım çalışma izninin ücretsiz bir izin niteliğinde olmadığını söylesek de bu izin, Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasında haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı şeklinde düzenlendiği için idari para cezasına ilişkin hükmün yarım çalışma iznine aykırılık hâlinde de uygulanması söz konusu olacaktır[448]. İşveren, işçinin bildirimine rağmen işçiye yarım çalışma izni vermezse, idari para cezası ödemekle yükümlü kalacaktır. Ayrıca böyle bir durumunda işçi, işveren tarafından çalışma koşullarına uyulmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (İş K. md. 24/II, f).

[446] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 40.
[447] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 42; Ugur ve Yigit, s. 90.
[448] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 42; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 213.

D. Ücretsiz İzin

1. Genel Olarak

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 6. fıkrasına göre; *"İsteği hâlinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik hâlinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme halinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz."* Kanun koyucu, bu izin hakkı ile kadın işçinin çocuğunun bakımını gerekli şekilde sağlaması ve belirli bir süreye kadar çocuğunun sağlığının sorunsuz bir şekilde korumasına imkân sağlamıştır[449]. Öğretide, Kanunda yer alan düzenlemeden işçinin altı aylık ücretsiz izin talebini analık izninden sonra kullanılabileceği anlaşıldığı için doğum öncesi böyle bir izin hakkı olmadığı ileri sürülmüştür[450]. Kanaatimizce, işçi ve işverenin genel hükümlere göre doğum öncesi sürede işçinin ücretsiz izne ayrılabileceği konusunda anlaşmaları mümkündür.

6663 sayılı Kanun ile ücretsiz izin hakkından yararlanabilecek olan kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Yapılan düzenleme sonucunda üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen eşlerden biri ya da evlat edinen de altı aylık ücretsiz izin hakkından yararlanabilecektir (İş K. md. 74/6)[451]. Ancak belirtmek isteriz ki, sadece evlat edinme durumunda bu izin hakkı, erkek işçiler tarafından kullanılabilir. Bu nedenle, erkek işçinin eşinin doğum yapması durumunda bu izin hakkını sadece anne olan kadın işçi kullanabilecektir.

Kanunda ücretsiz iznin en fazla altı ay olabileceği belirtilmiştir[452]. Bu nedenle, işçi talep ederse altı aydan daha az bir süre içinde ücretsiz izin hakkını kullanabilir.

---

[449] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 26.
[450] Çil, Şerh, s. 3055.
[451] Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, 104. maddenin (A) fıkrası uyarınca verilen sekiz haftalık iznin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca izin kullanılması hâlinde bu iznin bitiminden itibaren, istekleri üzerine yirmi dört aya kadar aylıksız izin verilir. Evlat edinen her iki eşin memur olması durumunda bu süre, eşlerin talebi üzerine yirmidört aylık süreyi geçmeyecek şekilde, birbirini izleyen iki bölüm hâlinde eşlere kullandırılabilir (DMK md. 108/C).
[452] Devlet Memurları Kanunu'nda, kadın memura isteği hâlinde verilecek olan izin süresi İş Kanunu hükümlerine kıyasla daha uzundur. Kanundaki düzenlemeye göre, *"Doğum yapan memura, 104 üncü madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca verilen izin süresinin bitiminden; eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri*

İşçi, izni kullandığı süre boyunca herhangi bir ücret almadığı için izni kullanmak istemeyebilir. Ancak işçinin ücretsiz izin kullanmayı talep etmesi hâlinde işverenin izin hakkının kullandırılması zorunludur[453]. Kanun koyucu, izin hakkın kullanımını işverenin takdirine bırakmadığını açık ve net bir şekilde ifade etmiştir.

İşveren tarafından ücretsiz izin kullanmak isteyen işçiye iznin verilmemesi durumunda işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir[454]. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre,

> *"Davacı, kıdem, ihbar tazminatı ile fazla mesai ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre; yasal ücretli doğum izinlerinin kullanılmasından sonra işçinin talep etmesi halinde işverence altı aya kadar ücretsiz izin verilmesinin zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Burada izin verilmesi işverenin takdirine bırakılmamıştır. İşçinin istifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla iş akdi sona erer. Dilekçenin işverence işleme konulmamış olması ve işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez. İstifaya rağmen tarafların belirli bir süre daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde kararlaştırılan süre sonunda iş akdinin ikaleyle sona erdiği kabul edilmelidir. Şarta bağlı istifa kural olarak istifa değildir. İrade fesada uğratılarak imzalatılan istifa dilekçesinin gerçek bir istifa olarak kabul edilemeyeceği dikkate alınarak böyle bir durumda feshin işveren tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya vekiline para cezası verileceği hükmü de mevcuttur. Bütün bu açıklamalar karşısında davacının iş sözleşmesini 74. madde hükümlerini işverenin uygulamaması üzerine haklı nedenlerle feshettiği anlaşılmakta olup kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekir[455]."*

üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir." (DMK md. 108/B). Ayrıca, maddede sadece kadın işçiye değil, eşi doğum yapan erkek memura da izin verileceği düzenlenmiştir. Oysa, İş Kanunu'nda sadece üç yaşını doldurmamış çocuğun evlat edinilmesi hâlinde erkek işçinin ücretsiz doğum izni kullanması söz konusudur.

[453] Süzek, İş Hukuku, s. 845; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Tunçomağ ve Centel, s. 189; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, (İş Hukuku), s. 733; Çil, Şerh, ss. 3055-3056; Akyiğit, İş Hukuku, s. 470; Mahmut Kabakçı, "İş ve Aile Hayatının Bağdaştırılması: Bakım İzni", **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2012, s. 63; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 199; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, ss. 360-361; Bünyamin Bacak ve Yusuf Yiğit, "Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2009, s. 18.

[454] Süzek, İş Hukuku, s. 845; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 749; Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s. 401; Çil, Şerh, s. 3056; Andaç, s. 152.

[455] Yarg. 9. HD. 26.09.2008, 2007/27521 E., 2008/25157 K., http://www.kazanci.com, (ET. 12.06.2017); Benzer yönde kararlar için bkz., Yarg. 22. HD. 16.01.2017, 2015/14643 E., 2017/125 K., http://www.kazanci.com, (ET. 12.06.2017); Yarg. 9. HD. 16.04.2012, 2010/5907 E., 2012/13018 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı. 35, 2012/4, s. 322-323.

İşverenin ücretsiz izin vermemesi hâlinde işçi, işverene tek taraflı olarak bildirimde bulunarak izne ayrılabilir[456]. Böyle bir durumda, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilirse, feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir[457]. Ayrıca Kanunda ücretsiz izin talep eden işçiye işveren tarafından izin verilmezse işverenin idari para cezası ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir (İş K. md. 104/1)

Bu izni kullanmayı talep hakkı işçiye aittir. İşveren, işçisini böyle bir hakkı kullanmaya zorlayamaz. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre, işverenin doğum yapan kadın işçisinin yerine başka bir işçi ile iş sözleşmesi yapması ve analık izni sonrası kadın işçisini işe başlatmayıp ücretsiz izin kullanmaya zorlaması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi anlamına gelmektedir[458].

Altı aylık ücretsiz izin kural olarak, en erken on altı haftalık veya çoğul gebelik hâlinde on sekiz haftalık analık izninin bitiminden itibaren başlar. Ancak kadın işçinin Kanunun 74. maddenin 1. fıkrasında belirtildiği gibi çalıştığı sürelerin ve erken doğum hâlinde kullanamadığı izin sürelerinin doğum sonrası süreye eklenmesi ya da 74. maddenin 3. fıkrası gereği doğum sonrasındaki sürelerin doktor raporuyla arttırılması durumunda ücretsiz izin süresi bu sürelerin bitimini takiben başlayacaktır[459]. Evlat edinme hâlinde ise, Kanunun 74. maddesinin 1. fıkrası gereğince analık izni çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta olduğu için bu sürenin bitiminden itibaren ücretsiz izin hakkı kullanılabilir.

2. Ücretsiz İznin Diğer İzinlerle İlişkisi

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen yarım çalışma izni ile aynı maddenin 6. fıkrasında yer alan ücretsiz iznin bağlantısı olup olmadığı konusunda Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. İki düzenlemenin birbirini tamamlar nitelikte mi ya da birbirinin alternatifi mi olduğu konusu açıklığa kavuşturulmalıdır[460]. Söz konusu izinlere ilişkin hükümler içeren Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik'inde

[456] Yarg. 9. HD. 13.07.2009, 2008/36349 E., 2009/20734 K., https://www.evrensel.net/yazi/80843/kadin-isci-ucretsiz-dogum-iznine-kendi-karariyla-ayrilabilir (ET. 12.05.2018); Aksi yönde Onaran Yüksel, s. 242.
[457] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 750; Akyiğit, İş Hukuku, s. 470; Andaç, s. 152.
[458] Yarg. 9. HD. 14.10.2002, 2002/4141 E., 2002/19030 K., Günay, s. 2292.
[459] Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 733; Köseoğlu, s. 110; Bacak ve Yiğit, s. 18.
[460] Centel, Analık Hali, s. 12; Köseoğlu, s. 109, dn. 43.

de bu hususa açıklık getirilmemiştir. Kanunun 74. maddesinin 2. ve 6. fıkrasında ayrı ayrı düzenlenen izinlerin aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen on altı veya çoğul gebeliklerde söz konusu olan on sekiz aylık iznin bitiminden itibaren kullanılmaya başlayacağı belirtilmiştir. Konuya ilişkin düzenlemelerin yeterince açık olmaması ve düzenlemeler yapılırken çeşitli ihtimallerin göz önüne alınmaması öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur[461]. Bu durumda, yarım çalışma izninden yararlanan kişinin, söz konusu izin sona erdikten sonra ücretsiz izin hakkını kullanıp kullanamayacağı konusu açıklığa kavuşturulmalıdır[462].

İki hükmün birbirini tamamlar nitelikte; diğer bir deyişle, birbirinin eki niteliğinde olduğu kabul edilirse, doğum yapan veya evlat edinen işçinin her iki hükümden de yararlanıp, hem yarım çalışma iznini (İş K. md. 74/2) hem de yarım çalışma izninden geriye kalan sürede ücretsiz izin hakkını (İş K. md. 74/6) kullanabileceğini kabul etmek gerekecektir[463].

Öğretideki başka bir görüşe göre, işçi isterse her iki izni de kullanabilecektir. Yarım çalışma iznini kullanmak, işçinin altı aylık ücretsiz izin hakkından mahrum kalması sonucunu doğurmayacaktır[464]. Bu görüş kabul edilirse, kadınlar çalışma

---

[461] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 194.

[462] Köseoğlu, s. 109, dn. 43.

[463] Centel, Analık Hali, s. 12.

[464] Köseoğlu, s. 109, dn. 43, Ulusoy'a göre, yeni doğum yapmış kadın çalışan veya üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen eşlerden biri veya evlat edinen çalışan analık izninden sonra dilerse, yarım çalışma izninden ve daha sonra altı aylık ücretsiz izin hakkından yararlanabilecektir. Eğer işçi yarım çalışma izninden yararlanmayacaksa, analık izninin bitiminden itibaren altı aylık ücretsiz izinden yararlanabilir. Bkz., Ulusoy, s. 753; Ocak'a göre ise, *"Mevcut hükümler karşısında, işçi isterse m. 74/I hükmündeki analık izin sürelerinden sonra, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullanmadan, altı aylık ücretsiz izin hakkını kullanmayı tercih edebilecektir. Öte yandan işçi, Kanunun m. 74/I hükmünde düzenlenen analık izin süreleri kullanıldıktan sonra, isterse haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin uygulamasına geçebilecektir. Elbette işçi haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullandıktan sonra, altı aya kadar ücretsiz izin hakkını da kullanabilecektir. Ancak burada bir hususa dikkat edilmesi gerekecektir. Kanunun m. 74/VI hükmünde, altı aya kadar ücretsiz iznin isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra verileceği düzenlenmiştir. Bu yönüyle altı aya kadar olan izin süresinin m. 74/I hükmünde yer alan analık izin süresinin sona ermesinden itibaren başlayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla da işçi haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin süresini kullandıktan sonra altı aya kadar ücretsiz izin hakkını (m. 74/I hükmündeki iznin bitiminden itibaren altı ay sonraya kadarki) kalan süre için kullanabileceği, altı aya kadar olan ücretsiz izin süresinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izinden sonra başlamayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Mevcut hükümlerden ilk bakışta, Kanunun m. 74/I hükmünde yer alan analık izin sürelerinden sonra altı aya kadar ücretsiz izin hakkının kullanılmaya başlanması halinde artık haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz iznin kullanılamayacağı gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Zira, Kanunun m. 74/II hükmünde, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz iznin doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren başlayacağı belirtilmektedir. Ancak, henüz haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz iznin kullanılabileceği azami süre dolmamışsa, başlamış olan altı aya kadar olan ücretsiz izin uygulamasına son verilerek, haftalık çalışma süresinin*

hayatından uzun bir süre uzak kalacaktır. Kanunda her ne kadar istekleri hâlinde bu izinlerin kullanılabileceği belirtilmiş olsa da işçiye böyle bir imkân tanındığı için kadın işçi istemese de eşi ya da çocuğuna bakacak yakınları işçi üzerinde baskı kurarak bu izni kullanmasını sağlayacaktır.

Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre, aynı tarihte başlamak üzere iki ayrı izninin kullandırılması mümkün olmadığı için kanun koyucunun düzenlemedeki amacının analık iznin bitiminden itibaren sadece bir izin hakkının kullandırılması yönünde olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle de analık izninden sonra kullanılmak istenen izin tercihi, işçinin seçimine bırakılmıştır[465].

Her iki hükmün işçiye alternatif olarak sunulduğunun kabulü gerekir. İşçi, yarım çalışma izni ile ücretsiz izin seçeneklerinden sadece birini seçebilecektir[466]. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında, *"analık izninin bitiminden itibaren……gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir."* denilmekte ve yine Yönetmeliğin 7. maddesinde de *"kadın işçiye analık izninin bitiminden itibaren isteği halinde altı aya kadar ücretsiz izin verilir."* hükmünde de aynı ifadeye tekrar yer verilmektedir. Bu nedenle de sözü edilen izinlerin birbirini izler şekilde kullanılabilecek izin niteliğinde olmadığının ve hak sahibinin bu izinlerden birini seçerek kullanmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir[467].

Ayrıca Yönetmeliğin 8. maddesinde, *"İşçi, 5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6 ncı maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir."* hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemede, doğum sonrası kısmi süreli çalışma yapmak isteyen kişinin daha önceki izin haklarını kullanmış olması göz önünde bulundurulmuştur. Ancak yarım çalışma izni ile ücretsiz izin haklarının her ikisinin değil, işçinin seçime bağlı olarak kullandığı izin hakkın sona erdiği tarih

---

yarısı kadar ücretsiz izin hakkının kalan süre için kullanılması belki mümkün olabilir. Elbette daha sonra tekrar kalan süre için ücretsiz izin hakkını kullanıp kullanamayacağı da tartışılabilecektir." Bkz., Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 192-193.

[465] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 29-30; Centel, Analık Hali, s. 12, 13; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 109.

[466] Centel, Analık Hali, ss. 12-13; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 246, dn. 3; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 94; Aydın ve Demirkaya, s. 90.

[467] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 46-47.

dikkate alınarak kısmi süreli çalışma talep edilebilecektir. Bu durum, Yönetmelikteki *"veya"* ifadesinden anlaşılmaktadır[468]. İşçi tarafından iki izin hakkının da kullanılması ve daha sonra işçinin kısmi süreli çalışma hakkından yararlanabileceği belirtilmek istenseydi Yönetmelikte *"ve"* ifadesine yer verilmesi gerekirdi. Bu nedenle de kanaatimizce de bu izinler işçiye seçimlik olarak tanınmıştır ve işçi hangi izin hakkından yararlanmak isterse ona ilişkin talebini işverene iletmelidir. Düzenlemenin kanunlaşmadan önceki tasarıdaki[469] hâli de bu görüşü destekler niteliktedir. Tasarıdaki düzenlemeye göre,

> "*Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık izninin bitiminden itibaren kadın işçi, evlat edinme halinde ise eşlerden biri veya evlat edinen altı aya kadar ücretsiz izin yahut her doğumda altı aya kadar haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanabilir. Bu izinlerden hangisini kullanacağını izin talebinde bulunan belirler ve iznin kullanılacağı tarihten bir ay önce yazılı olarak işverene bildirir".*

Tasarıda yer alan *"yahut"* ifadesi İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen hakların seçimlik olduğunu göstermektedir[470]. Ancak kanaatimizce bu konuda gerek Kanunda gerekse Yönetmelikte açık bir düzenlemeye yer verilmelidir.

E. Süt İzni

1. Genel Olarak

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 183 sayılı Analığın Korunması Hakkındaki Sözleşme'ye göre, kadın işçi süt izni hakkına sahiptir. Bu iznin süresinin, ne şekilde kullanılacağının ulusal hukuk kurallara göre belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Sözleşmeye göre, süt izni sürelerinin çalışma süresinden sayılması ve buna göre izin sürelerinin ücretlendirilmesi gerekmektedir (md. 10). Avrupa Sosyal Şartı'nda ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı'nda, sözleşmeye taraf devletlerin emzirme döneminde annelere, bu amaçla yeterli bir süre işe ara verme hakkı sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir (md. 8).

---

[468] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 30; Seçimlik bir hak olduğu konusunda ayrıca bkz., Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 361; Aydın ve Demirkaya, ss. 90-91.
[469] http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0517.pdf. (ET. 07.06.2018).
[470] Aynı yönde bkz., Ocak, Ücretsiz İzin, s. 194.

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Kadın işçi, süt izninin hangi saatler arasında ve kaça bölünerek kullanılacağını kendisi belirler. Süt izni süresi günlük çalışma süresinden sayılır (İş K. md. 74/7). Kanunun 66. maddesinin e. bendine göre de çocuk emziren kadın işçilerin, çocuklarına süt vermek için kullandıkları süreler çalışma sürelerinden sayılmaktadır. Kadın işçilerin süt izinlerinde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılması, tamamen kadın işçinin, bebeğin, ailenin korunması gibi sosyolojik nedenlere dayanmakta olup işle bir ilgisi bulunmamaktadır[471]. Süt izni süresi çalışma süresinden sayılarak, kadın işçinin çocuğunu emzirmek için işten ayrıldığı zamanlarda herhangi bir gelir kaybına uğraması önlenmiştir.

Kanunda belirtilen bir buçuk saatlik süre[472] asgari süredir. Bu izin, çocuk bir yaşına gelinceye kadar kullanılabilir. Alman hukukunda mülga Analığın Korunması Kanunu'nda süt izninin üst sınırına ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktaydı [473] . Ancak Alman öğretisinde kanun koyucunun süre sınırı olmaksızın ücretli süt izni hakkı öngörmesinin mümkün olmayacağı, bu nedenle bu sürenin doğumdan sonra on iki aya kadar kullanılabileceği belirtilmektedir[474]. Alman hukukunda süt iznine ilişkin bir üst sınırın olmaması uzun süreli süt izni kullanılmasına neden olmamaktaydı. Almanya da çalışma hayatında uzun süreli süt izni kullanılması çok nadir görülmektedir[475]. Zira annelerin Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu, gereğince uzun süreli ebeveyn izni hakkı bulunmaktadır.

---

[471] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 1228.

[472] 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, iki farklı süt izni süresi öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, *"Kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde birbuçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır.*" (DMK md. 104/D).

[473] Buchner ve Becker, s. 287; Birgit Willikonsky, **MuSchG Kommentar zum Mutterschutzgesetz**, 2. Aufl., Luchterhand, Neuwied 2007, s. 108; Joachim Heilmann, **Mutterschutzgesetz Kommentar**, Nomos, Baden-Baden 1984, s. 151; G- Peter Meisel ve Hans-Harald Sowka, **Mutterschutz und Erziehungsurlaub**, 5. neubearbeitete Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 1999, s. 175; AR-Vossen, s. 2104; Elke Roos ve Bieresborn Dirk, (Hrsg), **Mutterschutzgesetz, Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz, (MuSchG-BEEG), Kommentar**, Luchterland Verlang Köln 2014, Roos/Bieresborn-Evers-Vosgerau MuSchG/BEEG, s. 281; Kittner/Zwanziger/Deinert/ Heuschmid-Bantle, s. 1955.

[474] Johannes Zmarzlik, Manfred Zipperer, Peter Hans Viethen ve Gerhard Vieß, **Mutterschutzgesetz Mutterschaftsleistungen mit Mutterschutzverordnung**, 9. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Carl Heymanss Verlag, Köln-Berlin-München 2006, s. 172; Bucher ve Becker, s. 287; HWK/C.W. Hergenröder, s. 2726; AR-Vossen, s. 2104.

[475] Bucher ve Becker, s. 287.

Alman doktrinindeki görüşler dikkate alınarak 23.05.2017 tarihli yürürlükte olan Analığın Korunması Kanunu ile kadın işçinin doğumdan sonraki on iki ay boyunca süt izni kullanabileceği düzenlenmiştir (MuSchG § 7/2). Taraflar isterlerse Kanunda asgari olarak belirlenmiş[476] olan süt izni süresini bireysel iş sözleşmeleri ile ya da toplu iş sözleşmesi ile arttırabilirler[477]. Ancak böyle bir durumda arttırılan sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağının tespiti gerekir. Aksine bir sözleşme yoksa arttırılan süt izni sürelerinin de çalışma süresinden sayılması gerekir[478].

Süt izni, kanundan kaynaklanan bir izindir ve ücrete tabidir. Bu izninin niteliği gereği ertelenmeme özelliği vardır. Bu nedenle de iznin sonradan kullanılması mümkün değildir. Bu sebeple Yargıtay'a göre, izin hakkının kullanımının doğduğu an iznin işçi tarafından talep edilmesi gerekir[479]. Kanunda süt izninin işçi tarafından talep edilmesine ilişkin herhangi bir koşula yer verilmeksizin, işçiye *"süt izni verilir"* ifadesi yer almaktadır. Bu sebeple, öğretide haklı olarak işçi tarafından talep edilmese de Kanun hükmü gereğince işçiye süt izni verilmesi gerektiği belirtilmiştir[480].

Süt izninin doğumdan hemen sonra kullanılması mümkün değildir. Analık izninin kullanılmasından sonra, süt izni kullanılmaya başlanılır ve çocuğun bir yaşını tamamlamasına kadar kullanılmaya devam eder. Ayrıca belirtmek gerekir ki, analık izninin sona ermesinden sonra altı aylık ücretsiz iznin kullanılması durumunda, işçiye süt izni verilmesine ilişkin yasal bir zorunluluk yoktur[481]. Ücretsiz izinde olan kadın işçi çalışmadığı için çocuğunu istediği zaman emzirebilecektir. Bu bağlamda, bu kişilere süt izni verilmesi gerekmez. Bu durumun yanı sıra, yıllık izinde olan kadın işçinin de süt izni talep hakkı bulunmamaktadır. Zira yıllık izin esnasında

---

[476] Alman Hukuku'nda da Türk Hukukunda olduğu gibi günlük süt izni süresinin asgari olarak belirlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Bantle, s. 1955; Meisel ve Sowka, ss. 177-178.

[477] Münir Ekonomi, "Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 47, 2015, (Süt İzni), s. 44; Akyigit, Şerh II, s. 2062; Buchner ve Becker, s. 289; Willikonsky, s. 118; Meisel ve Sowka, s. 177-178; Zmarzlik, Zipperer, Viethen ve Vieβ, s. 171.

[478] Akyiğit, Şerh II, s. 2062.

[479] Yarg. 9. HD. 27.04.2017, 2017/4543 E., 2017/7375 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.05.2018).

[480]Fevzi Şahlanan, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri İşin Düzenlenmesine İlişkin Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2016, (Genel Görüşme), s. 93; Gaye Baycık, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, (Değerlendirme 2016), s. 350.

[481] Ekonomi, Süt İzni, s. 39.

ücretsiz izinde olduğu gibi işçinin iş görme borcu bulunmamaktadır. Bununla birlikte işveren işçinin yıllık izinde olduğu süre boyunca ücretini ödemektedir. Bu sebeple işçi, kendisine süt izni verilmediği gerekçesiyle işverenin herhangi bir ödeme yapmasını isteyemez. Bununla birlikte işçi, süt izni verilmediğini ileri sürerek iş sözleşmesini de feshedemez[482].

Alman hukukundaki süt iznine ilişkin düzenlemeye göre, sekiz saatten fazla çalışan kadın işçiler günde iki defa en az kırk beş dakika olmak üzere süt izni kullanırlar. İşçi, işyeri yakınlarında çocuğunu emzirme fırsatına sahip değilse, süt izni bir defada doksan dakika olarak verilir. Sekiz saatten az çalışan kadın işçi, en az iki yarım saat ya da toplamda bir saat süt izni süresi kullanabilir (MuSchG §7/2).

Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da süt izninin, annenin kazancında kayba yol açmayacağı [483] ve çalışma süresinden sayılacağı kabul edilmektedir[484]. Süt izni kullanan işçinin izni kullandığı süre boyunca ücrete hak kazanma hakkına ilişkin düzenleme emredici niteliktedir. Bu nedenle de genel anlayışa[485] göre, bu haktan önceden feragat edilmesi mümkün değildir[486].

Fransız İş Kodu'na göre, kadın işçinin doğumdan sonraki bir yıl boyunca süt izni hakkı bulunmaktadır. (Code du Travail, art. L 224-2). Fransız hukukunda, Türk hukukundaki ve Alman hukukundaki düzenlemeden farklı olarak süt izni süresi çalışma süresinden sayılmamaktadır. Taraflar iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle süt izni süresinin çalışma süresinden sayılacağını kararlaştırabilirler[487]. İspanya'da yürürlükte olan mevzuatta, bağımlı olarak çalışan annelerin doğumdan sonraki ilk dokuz ay içinde süt izni kullanma hakkına sahip oldukları düzenlemiştir[488].

---

[482] Akyiğit, İş Hukuku, s. 453.

[483] AR-Vossen, s. 2104; Buchner ve Becker, s. 296; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 237; Willikonsky, s. 118; Marburger, Schwangerschaft, s. 62.

[484] Willikonsky, s. 118; Bettina Graue, Mutterschutzgesetz Basiskommentar zum MuSchG, 2. Auflage BundVerlag, Frankfurt am Main 2009, s. 108; Marburger, Schwangerschaft, s. 62.

[485] Bu konudaki Alman Hukuku öğretisindeki tartışmalar için bkz., HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 237-238.

[486] Zmarzlik, Zipper, Viethen ve Vieβ, s. 173; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 238; Buchner ve Becker, s. 297.

[487] https://www.infobest.eu/de/themengebiete/artikel/sozialversicherung/mutterschaft-1, (ET. 05.02.2018).

[488] Alpay Hekimler, "Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal İş Mahkemesi Kararları", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 33, 2012/2, (2012/2), s. 475.

Süt izni kural olarak çocuğun bir yaşını tamamlaması ile sona erer. Bunun dışında izin esnasında iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda kadının çalışması söz konusu olmadığı için iznin kullanılması da son bulur. Ayrıca, kadın işçinin süt izni esnasında çocuğunun ölmesi durumunda süt izninden yararlanma hakkının da sona ermesi gerekmektedir. Böyle bir durumda kadın işçinin, işvereni bilgilendirmesi gerekmektedir. İşçi, işvereni bilgilendirmez ve izni kullanmaya devam ederse, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış olur. Bu durumun sonucunda da işveren, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir[489].

2. Süt İzni Hakkına Sahip Kişiler

Süt izni, kural olarak sadece doğum yapan anneler tarafından kullanılır[490]. Ancak çocuğu ölü doğan anneler bu izne sahip değildirler[491]. Zira ölü doğumda annenin emzirecek bir çocuğu bulunmamaktadır. İspanya'da yürürlükte bulunan mevzuata göre, babaların da süt izni hakkı bulunmaktadır. Falat erkek işçilerin bu hakkı kullanabilmesi için annenin bağımlı olarak çalışıyor olması gerekmektedir[492].

İspanya'da babalara da süt izni hakkının tanınmasına ilişkin düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, bu ülkede iznin kullanılması çocuğun gerçekten emzirilmesi şartına bağlı değildir[493]. Avrupa Adalet Divanı vermiş olduğu Roca Álvarez kararında, çocuğun biberonla emzirilmesi durumunda da bu iznin verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca kararda, emzirmenin biyolojik gerçeğinden ayrıldığına, böylece çocuğa tamamen ayrılmış zaman olarak ve analık izninin ardından aile hayatını ve çalışmalarını uzlaştıran bir önlem olarak düşünülebileceğine yer verilmiştir. Divan kararında süt izni hakkının, kadın işçiler ister bağımlı çalışsın ister bağımsız çalışsın eşleri olan erkeklere de tanınması gerektiğini kabul etmiştir[494].

---

[489] Ekonomi, Süt İzni, s. 45.
[490] HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 228.
[491] Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulanması**, 6715 ve 7036 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2018, (İş Hukuku), s. 126; Tuaç, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, s. 215.
[492] CJEU, Manuel Roca Álvarez v Sesa Start España, 30.09.2010, C-104/09, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=478814, (ET. 28.02.2017); Ayrıca bkz., Hekimler, 2012/2, s. 475; Burri, s. 270; Foubert ve Imamović, s. 313.
[493] Hekimler, 2012/2, s. 475.
[494] CJEU, 30.09.2010, C-104/09, Bay Roca Álvarez, bebeğiyle ilgilenebilmek için süt izni kullanmak istemiştir. İspanyol mevzuatına göre, çocuğunun annesi serbest meslek sahibi olduğu için bu hakka

Türk hukuk öğretisinde de İş Kanunu'nun 74. maddesinin 7. fıkrasında, çocuğun emzirilmesinden bahsedildiği ve yalnızca annelere süt izni hakkı tanındığından dolayı Kanundaki düzenleme eleştirilmiş ve bu iznin babalara da tanınması gerektiği ifade edilmiştir[495].

Türk ve Alman doktrininde, emzirme dışında çocuğu biberon ile veya tamamlayıcı gıda ile besleyen annelerin de bu izni kullanabileceği ileri sürülmüştür.[496] Analığın Korunması Kanunu'nda, süt izninin kullanılabilmesi için işçinin fiilen çocuğunu emziriyor olması şartı aranmamıştır. İş Kanunu'nda ise, *"Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir."* denilmektedir. Öğretide de belirtildiği üzere, süt iznine ilişkin düzenlenmenin amacı, kadın işçinin hemen çocuğunun sağlığı ile yakından ilgilenmesi[497] hem de çocuk ile anne arasındaki duygusal ve psikososyal gelişiminin sağlanmasının teşvik edilmesi olduğu kabul edilirse, anne emzirmese bile bu izne hak kazanabilmelidir[498]. Bu nedenle de doğumdan sonra, sütü olmayan anneye süt izni tanınmaması ya da süt izni süresi içinde annenin sütünün kesilmesi durumunda

---

sahip değildi. Sadece annesi çalışan çocukların babaları böyle bir hakka sahipti. ABAD, istihdam edilen annelerin her zaman böyle bir hakka sahip olduğunu düşünürken, erkek işçiler bu izni sadece eşlerinin durumlarından dolayı kullanabilme hakkı bulunmaktadır. Mahkemeye göre, bu yönde bir ayrımcılığın yapılıyor olması haklı bir nedene dayanmamaktadır. Süt izninin kullanımı, filli olarak çocuğu emzirilmesi şartını öngörmediği gibi gebelik dönemi sonrasında kadının vücudunun dinlenmesi veya çocuk ile anne arasında özel bir bağın kurulmasının sağlanılmasına yönelik olarak da düzenlenmemiştir. Bu iznin esasen baba tarafından da kullanılması hakkının verilmiş olunması, bu iznin bireylerin ebeveyn sıfatı ile kullanılması hakkına sahip oldukları sonucunu ortaya koymaktadır. Daha geniş bilgi için bkz.,
http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=478814, (ET. 28.02.2017); Foubert ve Imamović, s. 313; Burri, s. 261; Hekimler, 2012/2, s. 476.

[495] Bakırcı, Karadeniz, Yılmaz, Lewis ve Durmaz, s. 114; Şebnem Balcı Gökçeoğlu, "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 54, 2017/3, s. 1282.

[496] Inge Böttcher ve Bettina Graue, **Elternz- und Mutterschutzrecht, Basiskommentar**, Bund-Verlag, Frankfurt am Main 1999, (Mutterschutzrecht), ss. 81-82; Heilmann, s. 150; Marburger, Schwangerschaft, s. 61; Buchner ve Becker, s. 286; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 228; HK-ArbR/Velikova/Briegel, s. 2580; Graue, Bettina: **Mutterschutzgesetz Basiskommentar zum MuSchG**, 2. Auflage BundVerlag, Frankfurt am Main 2009. s. 105; Akyiğit, İş Hukuku, s. 471; Çil, Şerh, s. 3055; Kandemir, s. 433; Köseoğlu, s.111, dn. 51; Çopuroğlu, s. 103.

[497] Kandemir, s. 433; Yuvalı, s. 110; Köseoğlu, s.111, dn. 11; Cengiz (Urhanoğlu), s. 35; Tuaç, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, s. 217; Tuaç, Pelin: "Çalışan Annelerin Hukuki Olarak Sahip Oldukları Haklar: Hamilelik, Lohusalık ve Analık Dönemlerine İlişkin Yasal Düzenlemeler", ÇalışAnne, Çalışma Yaşamında Annelik, (Ed. Olca Sürgevil Dalkılıç), Nobel Yayınları, Ankara 2015, (Çalışan Annelerin Sahip Oldukları Haklar), s. 130.

[498] Böttcher ve Graue, Mutterschutzrecht, s. 81; Heilmann, s.150; Zmarzlik, Zipperer, Viethen ve Vieß, s. 170-171; Meisel ve Sowka, s. 179; Graue, s. 105; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 229; Aksi yönde görüş için bkz., Ekonomi, Süt İzni, s. 45-46.

iznin kullanılmasına son verilmesi mümkün değildir[499].

Kanunun 74. maddesinin başlığında *"Analık halinde çalışma ve süt izni"* ifadesi yer almasına karşılık, izin çocuğun emzirilmesi için tanınmıştır. Kanaatimizce, maddede bir yaşından küçük çocukların beslenmeleri amacıyla süt izni tanınacağı belirtilirse, çocuğunu çeşitli nedenlerden dolayı emziremeyen ve bir yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın işçilerin de süt izni hakkına sahip olduğunun kabulü gerekecektir. Bu çerçevede öğretideki çocuğunu emziremeyen kadın işçilerin süt izni hakkına sahip olup olmadığına ilişkin tartışmalar sona ermiş olacaktır. Ayrıca babalara da bu iznin tanınması gerektiği kanaatindeyiz. En azından annenin ölümü ya da çocuğunun beslenmesi ile ilgilenmesinin mümkün olmadığı durumlarda babanın çocuğunu beslenmesi ile ilgilenebilmesi amacıyla bu izni kullanabilmesine ilişkin düzenleme yapılmalıdır.

Analığın Korunması Kanunu'na göre, annelik terimi yalnızca biyolojik çocuk doğuran kadınları kapsar[500]. Bu nedenle de Almanya'da evlat edinen anneler, süt izni hakkına sahip değildir[501]. Buna karşılık, Alman öğretisinde her ne kadar taşıyıcı annelik yasal olarak kabul edilmese de taşıyıcı annelerin bu hakka sahip olduğu belirtilmiştir[502].

Evlat edinen annelerin, 92/85/EEC sayılı Direktifin tüm hükümlerinden yararlanmaları söz konusu değildir. Direktifin gebe, yeni doğum yapmış ve emziren annelerin sağlıklarının korunmasına ilişkin hükümleri evlat edinen annelere de uygulanmalıdır[503]. Direktifin emziren annelerin korunmasına ilişkin hükümleri, çocuklarını emzirmeleri şartıyla evlat edinen anneler hakkında da uygulanması gerekir. Bu sayede Direktifin amacı tam olarak gerçekleşebilir[504].

3. Süt İzninin Kullanılma Usulü

Kanun koyucu, süt izninin kullanıma ilişkin olarak herhangi bir usul öngörmemiştir. İş Kanunu'nun 74. maddesinin 7. fıkrasında, süt izninin ne zaman ve

[499] Çopuroğlu, s. 103; Aksi yönde bkz., Ekonomi, Süt İzni, ss. 45-46.
[500] Meisel ve Sowka, s. 174; Buchner ve Becker, s. 286; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 228;
[501] Evlat edinen annelere de süt izni hakkı tanınmasına ilişkin olarak bkz., Çopuroğlu, ss. 103-104,105, HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 228.
[502] Zmarzlik, Zipperer, Viethen ve Vieß, s. 171; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 228.
[503] Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., EUArbR/Risak, ss. 1070-1071.
[504] EUArbR/Risak, s. 1071.

ne şekilde kullanılacağı kadın işçinin tercihine bırakılmıştır[505]. Bu sayede, işçinin bu hakkı çocuğunun beslenme ihtiyacına uygun bir şekilde kullanmasına imkân sağlanmıştır[506]. İşverenin bu konuda herhangi bir taktir yetkisi bulunmamaktadır. Kadın işçinin bu yetkiyi kullanırken iyiniyet kurallarını, işyerinin ve üstlendiği işin şartlarını göz önünde tutması gerekir[507]. Kadın işçinin süt izni kullanacağı zamanı, işverene önceden bildirmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir[508].

İşveren, süt izni kullanma talebinde bulunan işçisine bu izni kullandırmakla yükümlüdür. Kadın işçinin bu izni kullanabilmesi için işverenden izin alması gerekmez[509]. İşçinin talebi, işveren tarafından karşılanmazsa, işçi haklı nedene (İş K. md. 24) dayanarak iş sözleşmesini feshedebilir ve kıdem tazminatına hak kazanır. İşçinin talebinin işveren tarafından karşılanmaması durumunda, işçi kendi kararı ile işverene bildirimde bulunarak süt izni kullanabilir. Böyle bir durum, işçinin devamsızlığı ya da işini ifa etmemesi olarak yorumlanamaz[510]. İşveren, süt izni kullanmak isteyen ya da kendi onayı ya da katılımı olmadan bu izni kullanan işçinin iş sözleşmesini bu nedenlere dayanarak feshederse yapılan fesih, geçersiz ya da haksız feshin sonuçlarını doğurur[511].

4. Süt İzninin Toplu Olarak Kullanılması Sorunu

Çalışma hayatında süt izni süreleri, genelde ev ile işyeri arasındaki mesafenin özellikle de büyük şehirlerde uzak olması nedeniyle, işverenin ve işçinin talepleri

[505] Süzek, İş Hukuku, s. 846; Fevzi Şahlanan, "Doğum Yapan Kadın İşçiye Süt İzni Verilmemesi", **Tekstil İşveren**, Sayı: 412, Haziran 2015, (Süt İzni), s. 3; Akyiğit, Şerh II, s. 2062; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, ss. 1228-1229; Bacak ve Yiğit, s. 17; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 361.
[506] Süzek, İş Hukuku, s. 846.
[507] Ekonomi, Süt İzni, s. 44.
[508] Demirhan Adakale ve Ekonomi, s. 65; Çopuroğlu, s. 99.
[509] Willikonsky, s. 107; Ekonomi, Süt İzni, s. 43-44.
[510] Yarg. 9. HD. 13.07.2009, 2008/36349 E., 2009/20734 K, *"Kanun koyucu, bu şekilde, kadın işçiler için belirlediği bir takım hakları güvence altına almıştır. İş Kanunu'nun 74. maddesinde, yukarıda değinilen hususlara ek olarak, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematiği açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. Bir başka anlatımla, doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir."* Ücretsiz izin ile aynı maddede düzenlenen ve hakkın kullanımının işverenin taktirine bırakılmamış olan süt izni için de aynı durum geçerlidir. Bkz., Çopuroğlu, s. 99.
[511] Tuaç, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, ss. 217-218.

doğrultusunda; toplu olarak, işten bir buçuk saat erken çıkma ya da işe geç gelme, haftada bir gün işe gelmeme veya bir yaşına kadar kullanılacak süt izni sürelerinin toplamı olan kırk iş günü işe gelmeme gibi çeşitli şekillerde kullandırılmaktadır[512]. Her ne kadar işçinin süt iznini toplu kullanma talebinin, işveren tarafından uygun görüldüğü taktirde [513] ve bu uygulamanın işçinin ve çocuğun lehine olması koşullarının varlığı durumunda[514] kabul edilebileceği söylenmekte ise de, süt izni niteliği gereği her gün kullanılması gereken bir haktır[515]. Çünkü bu izin, annenin günün belirli saatlerinde çocuğu ile vakit geçirebilmesi ve çocuğun sağlıklı beslenebilmesi için tanınmıştır.

Süt izni niteliği gereği sadece anneye tanınan bir hak değil, aynı zamanda çocuğa tanınan bir haktır. Bu nedenle de bu iznin toplu olarak kullanılması doğru değildir[516]. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, işçinin süt izni sürelerini toplamak suretiyle toplu olarak kullanma talebinde bulunamayacağını belirtmiştir[517]. Kadın işçiye süt izninin kaça bölünerek ve hangi saatler arasında kullanılacağına karar verme hakkı tanınması, günlük çalışma süresi esas alınarak düzenlenmiştir[518]. Söz konusu hakkın kullanım şeklinin işçiye bırakılmış olması, hakkın toplu olarak kullanılabileceğinin mümkün olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Yargıtay 9 Hukuk Dairesi'nin 2017 yılında vermiş olduğu bir kararda,

> "*Somut uyuşmazlıkta davacı doğum sonrası süt izni kullandırılmadığını iddia etmiş, davalı ise toptan beş gün süt izni kullanıldığını savunmuştur. Öncelikle davacının doğum yaptığı tarihten, doğan çocuğun bir yaşına geldiği tarihe kadar davacının kullandığı doğum ve diğer izinli olduğu günler dışında kullanması gereken günlük 1,5 saatten toplam verilmesi gereken süt izni belirlenmeli, verilen mahsup edilmeli, kalan kısmın kullanılması gereken tarihteki ücret üzerinden fazla mesai ücreti olarak hesaplanıp, süt izni alacağı karşılığı hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile bu alacağın reddi*

[512] Şahlanan, Süt İzni, s. 3; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 362; Talat Canbolat, "Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri", **Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi – Değerlendirmeler- İstanbul Barosu Yayınları**, İstanbul 2010, s. 21.
[513] Taşkent ve Kurt, s. 42; Akyiğit, Şerh II, s. 2062.
[514] Çopuroğlu, s. 101; Akyiğit, Şerh II, s. 2062.
[515] Canbolat, s. 21; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 362.
[516] Taşkent ve Kurt, s. 42; Ekonomi, Süt İzni, s. 45; Canbolat, s. 21; Köseoğlu, s. 111; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 362; Baycık, Değerlendirme 2016, s. 351; Tuaç, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, s. 217; Ulusoy, s. 749.
[517] Yarg. 7. HD. 04.03.2013, 2013/1842 E., 2013/2016 K., http://ismahkemesi.com/2015/09/sut-izni-hakkinda-bilinmesi-gerekenler-ve-yargitay-kararlari/, (ET. 07.07.2018).
[518] Baycık, Değerlendirme 2016, s. 351.

hatalıdır[519]*."*

şeklinde karar vererek, isabetsiz bir şekilde süt izninin toplu olarak kullanımını geçerli kabul etmiştir[520]. Aslında Yargıtay'ın vermiş olduğu karar kendi içinde tutarsızlık taşımaktadır. Çünkü kararın gerekçesinde ilk olarak, işçinin süt iznini toplamak suretiyle toplu olarak kullanma talebinde bulunamayacağını belirtmiştir. Ancak gerekçenin ilerleyen kısmında, davacının doğum yaptığı tarihten, doğan çocuğun bir yaşına geldiği tarihe kadar davacının kullandığı doğum ve diğer izinli olduğu günler dışında kullanması gereken günlük bir buçuk saatten toplam verilmesi gereken süt izni süresinin belirlenmesi ve toptan beş günlük verilen süt izninin mahsup edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

5. Çoğul Gebelik Hâlinde Süt İzninin Kullanımı

İş Kanunu'nda, çoğul doğum hâlinde kadın işçilerin süt iznine ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Taraflar yapmış oldukları iş sözleşmesinde çoğul gebelik hâlinde Kanunda belirtilen asgari süreden daha uzun bir süt izni süresi kararlaştırabilirler. Bu durum, toplu iş sözleşmesi ile de kararlaştırılabilir.

Öğretide, çoğul gebelik hâlinde süt izni süresinin günde toplam bir buçuk saati geçmemesi gerektiği; kadın işçinin bu süre içinde birden fazla olan çocuklarını emzirmesine herhangi bir engel bulunmadığı belirtilmiştir[521]. Ayrıca bu görüşe göre, her bir çocuk için süt izni süresinin bir buçuk saat olarak kabul edilmesi durumunda, üçüz bir doğumda izin süresi dört buçuk saate çıkacak ve bunun da kabul edilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır[522]. Çoğul doğum hâlinde her çocuk için süt izninin bir buçuk saat olarak öngörülmesi beklenemez, aksi takdirde çocuk sayısına bağlı olarak kadın işçinin bir yıl boyunca belki de hiç çalışmadan ücretli izne kavuşturulması sonucuna varılacaktır[523].

Öğretideki bir görüşe göre, çoğul doğum hâlinde süt izni süresinin makul bir seviyede kademeli olarak artırımı işin özüne uygun olacaktır. Örneğin, her bir çocuk

[519] Yarg. 9. HD. 27.04.2017, 2017/4543 E., 2017/7375 K., http://www.kazanci.com, (ET. 14.12.2017).
[520] Baycık, Değerlendirme 2016, s. 351.
[521] Taşkent ve Kurt, s. 42; Ateş, s. 164.
[522] Taşkent ve Kurt, s. 42.
[523] Akyiğit, Şerh II, s. 2062-2063.

için süt izni süresine otuz dakika ya da makul başka bir sürenin belirlenmesi isabetli olabilir[524]. Örneğin, ikiz doğum hâlinde bir buçuk saat olan süt izni süresi, iki saat olabilir. Ancak mevcut kanuni düzenlemede, kanun koyucu doğan çocuk sayısını esas alarak süt izni süresini belirlemediği için bu durumun kabulü mümkün değildir.

6. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışmada Süt İzninin Kullanımı

İş Kanunu'nda sadece kadın işçilere bir buçuk saat süt izni verilmesi gerektiği belirtildiği için tüm kadın işçilerin çalışma süresine ve sözleşme türüne göre herhangi bir ayrım yapılmaksızın süt iznine sahip olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Kanunda, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara ilişkin özel bir süt izni süresi hükme bağlanmamakla birlikte bu sözleşme türü ile çalışan işçilerin süt iznine sahip olmadığına ilişkin herhangi bir düzenlenmeye de yer verilmemiştir.

Alman hukukunda Analığın Korunması Hakkında Kanunu'na göre, annenin süt izni kullanabilmesi için öncelikli şart bir iş ilişkisinin varlığıdır. Süt izninin kullanılabilmesi için emziren annenin tam zamanlı ya da kısmi süreli çalışıyor olması herhangi bir önem arz etmemektedir[525]. Analığın Korunması Kanunu'ndaki sekiz saatten az çalışan kadın işçi, en az iki yarım saat ya da toplamda bir saat süt izni süresi kullanabileceğine (MuSchG §7/2) ilişkin hüküm nedeniyle, Alman hukukunda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan kadın işçilerin de süt izni hakkına sahip oldukları kabul edilir[526]. Alman doktrinindeki bir görüşe göre, kısmi süreli çalışanların da süt izni hakkı bulunmakla birlikte, hakkın kullanımında işletmenin çıkarları da dikkate alınmalıdır. Örneğin, iki saat kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin çocuğunu çalışma saatleri dışında emzirmesi uygun olacaktır. Aksi taktirde, verdiğimiz örnekte kısmi süreli çalışan kadın Kanunda öngörülen minumum süt izni süresine (kırkbeş dakika) hak kazanacaktır[527]. Ayrıca Alman doktrininde kadın işçiye, sadece birkaç saatlik günlük çalışması sonucunda süt izni kullanmasına imkân tanınmasının işçi tarafından kötüniyetli olarak kullanılabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır[528].

[524] Çopuroğlu, s. 100.
[525] Roos/Bieresborn-Evers-Vosgerau MuSchG/BEEG, s. 281; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 229.
[526] Buchner ve Becker, s. 291; Graue, s. 106.
[527] Buchner ve Becker, s. 291.
[528] Meisel ve Sowka, s. 177; Zmarzlik, Zipperer, Viethen ve Vieβ, s. 172.

Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasında, yarım çalışma hakkından yararlanan kadın işçiye, bir yaşından küçük çocuğunu emzirmesi için süt izni verilmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar işçilerde olduğu gibi doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin de süt izni kullanıp kullanamayacağına ilişkin olarak Kanunda ve Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doğum nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkının baba tarafından kullanılması durumunda kadın işçi süt izni hakkını kullanabilir. Zira kadın işçi tam süreli olarak çalışmaktadır ve çocuğuna süt vermesi gerekmektedir. Ancak kısmi süreli çalışma hakkı, kadın işçi tarafından kullanılırsa kısmi çalışma türüne göre annenin süt izninden yararlanıp yararlanamayacağı belirlenmelidir. Yarım gün veya günün belirli saatlerinde kısmi çalışma şekli belirlenmişse, yarım çalışma izninde olduğu gibi kadın işçinin süt izninden yararlanamayacağını, ancak haftanın belli günlerinde tam gün olarak çalışma biçimi seçilmişse, kadın işçinin tam gün çalıştığı sürelerde süt izinden yararlanabileceğinin kabulü gerekir[529]. Klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan kadın işçiler için de bu yorum geçerlidir. Aksi yöndeki görüşe göre, haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere ne şekilde dağıtıldığı esas alınarak kısmi süreli çalışan işçiler arasında ayrım yapılmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple, kısmi süreli çalışan işçilerin süt izni kullanamayacağı görüşünün kabulü gerekir[530].

Öğretideki bir başka görüşe göre, kısmi süreli çalışan işçinin süt izni, işçinin haftalık çalışma süresine göre orantılı olarak kullandırılması gerekmektedir[531]. Bu noktada, kural olarak haftalık kırkbeş saat çalışan işçinin bir buçuk saat olan süt izninin, haftada otuz saat çalışan işçi tarafından bir saat şeklinde kullanabileceği ileri sürülebilecektir[532].

Klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, aynı anda birden fazla işyerinde kısmi süreli çalışıyorsa, süt iznini ne şekilde kullanabileceği sorusu gündeme gelecektir. Böyle bir durumda, işçinin çalıştığı gün ve süreler dikkate

[529] Aynı yönde görüş için bkz., Köseoğlu, s. 121; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 122; Nurşen Caniklioğlu, "İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", **10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu**, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, (Kısmi Süreli İş Sözleşmesi), s. 196.
[530] Çalışkan, ss. 95, 116.
[531] Caniklioğlu, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, s. 196; Ulusoy, s. 758.
[532] Ulusoy, s. 758.

alınarak süt izninin nasıl kullanılması gerektiğine karar verilmesi gerekir. İşçi üç gün bir işverenin, iki gün başka bir işverenin yanında tam gün çalışıyorsa her bir işveren çalıştığı süre boyunca süt izinlerini kullandırmak zorundadır. İşçi, haftanın beş günü iki işverenin yanında dörder saat günde toplamda sekiz saat çalışıyorsa, hangi işverenin yanında çalışırken süt iznini kullanacağı sorusu akla gelmektedir. Kanımızca, böyle bir durumda işverenlerin yanında eşit sürede çalıştığı için her bir işverenin yanında süt izni süresinin yarısını kullanabilmelidir. Bu durumun dışında, işçinin günde üç saat bir işverenin beş saat başka bir işverenin yanında çalışması durumunda süt iznini nasıl kullanacağı sorusunun da cevaplanması gerekir. Böyle durumlarda, her bir işverenin yanında çalışma saati ile orantılı olarak süt izni kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. İşçinin aynı anda birden fazla işverenin yanında kısmi süreli çalışması durumunda işverenin iş organizasyonunun bölünmemesi amacıyla süt izninin işten erken ayrılma ya da geç gitme şeklinde kullanılması belirli durumlarda iznin amacı ile de örtüşebilir. Örneğin iki işveren yanında kısmi süreli çalışan işçinin ilk işine geç gelerek, ikinci işine de geç giderek çalıştığı süreyle orantılı bir şekilde süt izni kullanması iznin amacına uygundur.

7. Süt İzninde Kadın İşçinin Çalıştırılması ve Sonuçları

Mülga 1475 sayılı Kanunun 70. maddesinde, kadın işçilere süt izni verilmesine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Aynı Kanunun 62. maddesinin d bendinde, süt izninde geçen sürenin iş süresinden sayılacağı hükme bağlanmış ise de Kanunda süt izni verilmesi yönünde yasal bir zorunluluk bulunmamaktaydı. 4857 sayılı Kanun ile süt izni verilmesi kanunen zorunlu hâle getirilmiş, ancak iznin verilmemesi hâlinde Kanunda herhangi bir yaptırıma yer verilmemiştir. İş Kanunu'nun 104. maddesinde daha önce de belirttiğimiz gibi, *"doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran"* veya *"ücretsiz izin"* vemeyen işveren bakımından idari para cezası hükme bağlanmıştır. İş Kanunu'nun 74. maddesinde ya da başka bir maddede işveren tarafından kadın işçiye süt izni verilmemesi ve bu izin esnasında kadın

işçinin çalıştırılması durumuna ilişkin herhangi bir yaptırıma yer verilmemiştir[533]. Buna rağmen, Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında işveren tarafından süt izni kullandırılmaması durumunda Kanunun 104. maddesindeki düzenlemenin uygulanacağını belirtmektedir[534].

Süt iznine ilişkin düzenlemeler Kanuna meclis görüşmeleri sırasında eklendiği için süt izni ile diğer düzenlemeler arasında bağ kurulamamış ve süt iznine ilişkin düzenlemelere aykırılık hâli yaptırım dışı kalmıştır[535]. Bu husus haklı olarak öğretide eleştirilmiştir[536]. Aslında, Kanunun 104. maddesinde genel olarak 74. madde hükümlerine aykırılık hâlinde idari para cezası öngörülmüş olsa, maddede yer alan diğer birçok hükme aykırılık hâlinde de yaptırım hükme bağlanmış olur. Öğretide bu konuda kanuni bir boşluk olduğu, söz konusu boşluğun ancak hâkim tarafından kendisine Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesiyle tanınmış olan *"kural koyma yetkisi"* nin kullanılması suretiyle doldurulması gerektiği ifade edilmiştir[537]. Alman hukukunda süt iznine ilişkin hükümlere aykırılık hâlinde işverenin idari para cezası ödemekle yükümlü olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir (MuSchG §32/1 Nr.4)

İşveren tarafından süt izni verilmeyen ve bu esnada çalıştırılan kadın işçinin durumu birçok yargı kararına konu olmuştur. Yargıtay vermiş olduğu bir kısım kararında, işçinin süt izni süresinde çalıştırılmasının fazla çalışma sayılmayacağını belirtmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre,

> *"…Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1.5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, anılan yasanın 104. maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir yasal düzenleme veya sözleşme yoktur. Böyle olunca süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz. Süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalıdır[538]."*

---

[533] Taşkent ve Kurt, s. 43; Kayhan Özel, "Karar İncelemesi Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 28, 2011/1, s. 327; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 363.

[534] Yarg. 7. HD. 28.05.2015, 2015/2923 E., 2015/10572 K.; Yarg. 22. HD. 06.05.2015, 2014/4635 E., 2015/16494 K., http://www.kazanci.com, (ET. 09.04.2018).

[535] Özel, s. 328.

[536] Taşkent ve Kurt, s. 41-42; Özel, s. 325 vd.; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 363.

[537] Taşkent ve Kurt, s. 43.

[538] Yarg. 9. HD. 20.03.2013, 2011/257 E., 2013/9521 K.; http://ismahkemesi.com, (ET. 02.07.2018); Benzer yönde karar için bkz., Yarg. 7. HD. 01.10.2014, 2014/7170 E., 2014/18575 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.07.2018).

Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararlar öğretide eleştirilmiştir[539]. Daha öncede belirttiğimiz üzere, Kanunun 104. maddesinde işveren tarafından süt izni verilmemesine ilişkin bir yaptırım bulunmamaktadır. Kanunda süt izninin kullandırılmaması durumunun yaptırıma tabi olduğu kabul edilse bile bu durum, işçinin süt izni esnasında çalışmış olması nedeniyle doğmuş olan bir alacağını isteyemeyeceği sonucunu doğurmaz[540]. Kanun koyucu bilinçli olarak, süt izninin parayla takasına imkân vermeden annenin çocuğu ile vakit geçirmesine imkân tanımak için iznin kullandırılmaması durumunda yapılan çalışmanın karşılığının para olarak ödeneceğine ilişkin hükme yer vermemiştir[541].

Süt izni esnasında kadın işçinin çalıştırılması anayasal angarya yasağı ile bağdaşmayan bir durumdur[542]. Kanunun hem 74. maddesinde hem de 66. maddesinin e bendinde, açıkça süt izni süresinin çalışma süresinden sayılacağına ilişkin düzenlemeye rağmen, işçi süt izni kullanması gereken sürede çalıştırılan işçinin durumu hakkında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen yeni iş arama iznine ilişkin *"İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder."* hükmü, kadın işçinin süt izni esnasında çalıştırılması durumunda da uygulanmalıdır[543].

Diğer bir görüş göre, süt izni esnasında işçisini çalıştıran işverenin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi kapsamında belirlenecek olan giderim borcudur. Böyle bir durumda da işçinin zararı, izin esnasında yaptığı çalışmaların ücreti tutarında olduğu için işveren, işçiye bu sürelere ilişkin ücreti ödemelidir[544].

Yargıtay vermiş olduğı birçok kararında, işçiye ara dinlenmesi verilmeyip çalıştırılması durumunda işveren tarafından ücret ve hatta fazla çalışmanın ortaya

[539] Şahlanan, Süt İzni, ss. 2-3; Süzek, İş Hukuku, s. 846-847; Taşkent ve Kurt, s. 41-42; Özel, ss. 325-328.
[540] Şahlanan, Süt İzni, s. 2; Özel, s. 327.
[541] Şerafettin Güler, "Kullandırılmayan Süt İzninin Fazla Çalışma Olarak Kabulüne Yönelik Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Karatahta Dergisi**, Sayı: 8, Ağustos 2017, ss. 103, 108.
[542] Özel, ss. 328-329.
[543] Taşkent ve Kurt, s. 43; Güler, s. 109.
[544] Özel, s. 329.

çıkması durumunda fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerektiğini belirtmiştir[545]. Öğretideki isabetli bir görüşe göre, Kanunda ara dinlenme süresinde çalıştırılan işçiye, bu çalışmasının karşılığı olarak ücret ödeneceğine dair bir düzenlenme olmamasına karşılık, Yargıtay tarafından böyle bir durumda ücret ödenmesine hükmedilmesine karşılık, süt izni esnasında çalıştırılan işçiye ücret ödenmesi için Kanunda bir düzenleme arayışına girmesi aşırı dikkatli inceleme yapmasından ileri gelmektedir[546]. Kanunda, işçiye ara dinlenme izni ve süt izni verilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin yapılan düzenlemenin ardından bu sürelerde çalıştırılan işçiye ücret ödeneceğini öngören bir düzenleme yapılması hukuken mümkün değildir[547]. Ayrıca Kanunun hem 74. maddesinde hem de 66. maddenin e bendinde açıkça süt izni süresinin iş süresinden sayılacağına ilişkin düzenleme bulunması nedeniyle, süt izni esnasında çalıştırılan işçiye ücreti ödenmeli ve işçinin çalışmasının haftalık kırkbeş saatlik çalışma süresinin aşması durumunda da, işçiye fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir[548]. Bununla birlikte, Kanunda süt izni vermeyen işverene idari para cezası uygulanacağına ilişkin hüküm olmaması hukuki yaptırım uygulanmasına engel değildir[549].

Doktrindeki bir başka görüşe göre, işçinin süt izninde çalıştırılması durumunda yapılan çalışma kanuna aykırı olduğu için, işçinin izin süresinde çalışması durumda toplam çalışma süresi haftalık kırkbeş, günlük on bir saati geçmese dahi işçiye fazla çalışma ücreti ödenmelidir[550]. Bu görüşlerin yanı sıra, öğretide süt izninin kanunen hak kazanılan sürede kullanılması gerektiği için süt izninde çalışan işçiye çalıştığı sürenin parasal karşılığını vermenin mümkün olmadığı

---

[545] Yarg. 9. HD. 25.12.2017, 2015/24817 E., 2017/22148 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 57, 2018/2, s. 877; *"İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi ve bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz. Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir."* Yarg. 9. HD. 18.02.2010, 2008/17161 E., 2010/3983 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 26, 2010/3, s. 288.

[546] Ekonomi, Süt İzni, s. 42.

[547] Ekonomi, Süt İzni, s. 42.

[548] Ekonomi, Süt İzni, ss. 39-43; Süzek, İş Hukuku, s. 847; Akyiğit, Şerh II, s. 2063; Şahlanan, Süt İzni, s. 2; Şahlanan, Genel Görüşme, s. 93; Baycık, Değerlendirme 2016, s. 351; Çopuroğlu, ss. 102-103; Tuaç, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, s. 216.

[549] Şahlanan, Genel Görüşme, s. 93.

[550] Şahin Çil, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri İşin Düzenlenmesine İlişkin Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2016, (Genel Görüşme), s. 103.

yönünde de görüş bulunmaktadır[551]. Bu görüşe göre, süt izni esnasında çalışan işçi, ancak iş sözleşmesi sona ermesi ile birlikte çalıştığı süreye ait ücreti talep edebilecektir. Ayrıca, yıllık ücretli izne ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasıyla son ücret üzerinden işçi süt izni ücreti talep edebilecektir[552].

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2016 yılında vermiş olduğu bir kararında, öğretideki eleştirileri dikkate alarak eski görüşünü değiştirmiştir. Yargıtay'ın verdiği karara göre,

> *".....4857 sayılı Kanun'un 74/7. maddesinde "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaça bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Dolayısıyla, yasa uyarınca kadın işçilere çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat (aksi yönde ve fakat işçi lehine olmak üzere taraflar arasında süre düzenlemesi yapılabileceği gibi) süt izni verilmesi hususu işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74/7. fıkrası uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaça bölünerek kullanılacağının işçi tarafından belirleneceği hüküm altına alınmış olup, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulü Anayasanın 50/2. maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 sayılı Kanun'un ruhuna daha uygun düşeceğinden hükmün bozulması gerekmiştir[553]."*

Yargıtay'ın, bu kararı süt izni esnasında çalıştırılan kadın işçilerin mağdur olmaması ve çalışmalarının karşılığını alabilmelerinin sağlanması açısından oldukça önemli bir gelişmedir. Ancak unutmamak gerekir ki, asıl önemli olan işçilerin süt izni hakkını kullanabilmesi ve böylece daha sağlıklı nesillerin yetişmesidir.

Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bu karar her ne kadar önemli bir içtihat değişikliği olarak kabul edilse de kadın işçinin süt izni esnasında çalıştırılmasının İş Kanunu'nun 27. maddesinde yer alan yeni iş arama iznin de çalıştırılması gibi değerlendirilmesi gerektiği görüşünü savunan yazar tarafından eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, Yargıtay vermiş olduğu bu karar ile önemli bir içtihat değişikliğine gitmiş, fakat bu değişiklik yetersiz kalmıştır. İş Kanunu'nun 27. maddesinde yeni iş

---

[551] Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2016, (Değerlendirme 2014), s. 79.

[552] Alpagut, Değerlendirme 2014, s. 79.

[553] Yarg. 22. HD. 13.06.2016, 2015/12878 E., 2016/17527 K., http://www.kazanci.com, (ET. 06. 04.2018); Kararın değerlendirmesi için bkz., Baycık, Değerlendirme 2016, ss. 350-351; Güler, s. 103-113; Aynı yönde kararlar için bkz., Yarg. 22. HD. 25.09.2017, 2015/16933, E., 2017/19050 K.; Yarg. 22. HD. 16.06.2016, 2015/1076 E., 2016/18050 K., http://www.kazanci.com, (ET. 06.04.2018).

arama izni de süt izni gibi düzenlenmiş, ancak süt izninden farklı olarak bu izni toplu kullanma imkânı getirilmiştir. Yeni iş arama izninin kullandırılmaması ve işçinin izin esnasında çalıştırılması durumunda, işçi izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ek olarak, çalıştırıldığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı olarak alırken, çok daha hassas ve önemli olan süt izni esnasında çalıştırılan işçiye çalışmasının karşılığının yüzde elli zamlı ödenmesi isabetli değildir[554]. Kararda kullandırılmayan süt izninin ücret olarak değerlendirilmesi ve fazla çalışma gibi yüzde elli arttırım oranına bağlanmış olması ve beş yıllık zamanaşımına tabi olması kadın işçiye yeterli bir güvence sağlamamaktadır[555]. Kanaatimizce yeni iş arama iznin de olduğu gibi açık yasal bir düzenleme olmadan süt izni esnasında çalıştırılan işçiye çalıştığı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödenmesinin kabulü pek mümkün değildir. Yargıtay'ın süt izni esnasında yapılan çalışmayı fazla çalışma olarak kabul etmesi ve bu çalışmanın yüzde elli zamlı olarak ödenmesinin kabulü isabetlidir.

Kadın işçiye süt izni hakkının kullandırılmadığı ve çalıştırıldığı durumlar, işveren lehine sebepsiz bir zenginleşme olacağı açıktır[556]. Alman hukukunda da süt izni sürelerinin çalışma süresinden sayılacağı belirtilmiştir (ArbZG §2/1) . Ayrıca, işveren kanunen anneye tanınmış olan süt izni sürelerinde anneyi çalıştırıyorsa bu çalışmanın fazla çalışma sayılacağı ve böyle bir durumda idari para cezası ödeneceği düzenlenmiştir (MuSchG §32/1 Nr. 4)[557].Öğretideki bir görüşe göre, Türk hukuk sisteminde de Alman hukukunda olduğu gibi işveren tarafından süt izni verilmemesi durumu yaptırıma bağlanmalı ve bu izin esnasında her ne kadar işçinin çalıştırılması kanunen mümkün olmasa da çalıştırılan işçinin durumuna ilişkin düzenleme yapılmalıdır. Aksi taktirde her uyuşmazlık konusu için yargıdan çözüm beklemek yargıyı adeta yasama organı yerine koymak olacak ve bu durum da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturacaktır[558] . İçtihat hukukunun fonksiyonu kanundaki boşlukları Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi dikkate alınarak doldurmak olduğu için bu görüşe katılmamaktayız. Bununla birlikte, süt izninin işveren tarafından kullandırılmaması durumunun cezai yaptırıma tabi tutulması da beraberinde birçok sorunu getirecektir.

[554] Güler, s. 109.
[555] Güler, ss. 109, 113.
[556] Şahlanan, Süt İzni, s. 2; Özel, s. 328.
[557] HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 232
[558] Güler, s. 113.

İKİNCİ BÖLÜM
ÇALIŞMA KOŞULLARINDA VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE ANALIK

Kadınların gebelik ve analık gibi sebeplerden dolayı erkek işçilere kıyasla fiziki bakımdan daha zayıf olmaları nedeniyle özel olarak korunmaları gerekmektedir[559]. Kanun koyucu fiziksel ve biyolojik yapıları gereği kadın işçilere özellikle de gebe işçilere yönelik olarak bazı durumlarda çalıştırma yasağı getirmiştir.

Anayasa'nın 50. maddesine göre, *"Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar."* Bu nedenle de kadınlar, cinsiyetlerine uymayan işlerde çalıştırılamayacaklar ve çalışma şartları bakımından da özel olarak korunacaklardır. Kadın işçiler, bazı fiziksel özellikleri nedeniyle analık hâlinde de özel olarak korunmalıdırlar[560]. Öğretide, Anayasa'nın 50. maddesinde yer alan düzenlemeye *"kadın işçilerin hamilelik ve doğum hallerinde çalışma yaşamında özel olarak korunması"* ifadesinin eklenmesi gerektiği, bu sayede korumanın kapsamının daha net bir şekilde açıklığa kavuşturulmuş olacağı belirtilmektedir[561].

Biz bu başlık altında uluslararası hukukta ve iş hukuku mevzuatında kadın işçilerin gebelik ve analık hâllerine ilişkin olarak düzenlenmiş olan çalışma koşullarını ve analık hâlinde olan kadın işçinin iş ilişkisinin düzenlenmesine ilişkin hükümleri ele alacağız.

[559] Süzek, İş Hukuku, s. 843; Özgür, s. 575.
[560] Süzek, İş Hukuku, s. 843.
[561] Süral, Kadın-Erkek Eşitliği, ss. 213-214.

I. GEBE VE ANNE OLAN KADIN İŞÇİNİN ÇALIŞMA KOŞULLARI

A. Uluslararası Belgelerde Yer Alan Düzenlemeler

1. 92/85/EEC Sayılı Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkında Direktif

Gebe, lohusa veya emzikli kadınlar birçok açıdan özel risk grubu içinde yer almaktadır. Bu kadınların güvenlik ve sağlıkları için özel önlemler alınmasının zorunlu olduğu göz önüne alınarak 92/85/EEC sayılı Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkındaki Direktif yürürlüğe girmiştir. 89/391 sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınması Hakkındaki Direktif'in[562] 16. maddesi kapsamında hazırlanmıştır. 92/85/EEC sayılı Direktifin amacı; gebe, lohusa ve emziren kadın çalışanların işyerlerinde güvenlik ve sağlık koşullarını iyileştirilmesini teşvik eden önlemleri belirlemektir (md. 1)[563]. Direktifte gebe, emziren ve yeni doğum yapmış kadınlar için asgari bir koruma standartının oluşturulması zorunlu kılınmıştır[564]. Üye devletlere, belirli bir süre analık izni hakkı tanıma ve izin boyunca işçilere iş güvencesi sağlama ödevi yüklenmiştir. Ayrıca, Direktifin temelinde ayrımcılığı önlemenin yanı sıra, kadın işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama amacı da bulunmaktadır[565]. Direktifin gerekçesinde düzenlemeler yapılırken küçük ve orta ölçekli işletmelerin kurulmasına ve gelişmesine engel oluşturacak önemli idari, finansal ve yasal herhangi bir sınırlama getirilmesinden kaçınılması gerektiği belirtilmiştir[566].

Bu Direktife göre gebe, lohusa veya emzikli kadın çalışanlar, sağlık ve güvenlikleri açısından tehlike yaratabilecek gece işlerinde çalıştırılmamalıdır. Kadın işçi mümkünse, gündüz çalıştırılmalıdır. Böyle bir yer değiştirme, teknik olarak

[562] https://eur-lex.europa.eu/legal-content, (ET. 03.02.2018).
[563] Ayrıca bkz., Roger Blanpain, **European Labour Law**, 11. Revised Edition, Wolters Kluwer Law&Business, Netherlands 2008, s. 567; Watson, Philippa: **EU Social and Employment Law**, 2. Edition, Oxford University Press, United States of America 2014, s. 217; EUArbR/Risak, s. 1065; Foubert ve Imamović, s. 309.
[564] Penny English, The **European Union and Discrimination Law, Discrimination Law**, Edited by Malcom Sargeant, Pearson Education Limited, England 2004, s. 33.
[565] English, s. 34.
[566] EUArbR/Risak, s. 1063.

ve/veya mantıken olanaksızsa veya haklı bir temele dayanmıyorsa, işçinin işten ayrılması ya da analık izni süresinin uzatılması gerekir (md. 7).

Direktifin 5. maddesine göre, gebe ve emziren kadın işçiler için işyerinde uygun şartlar oluşturulacak ya da bu işçiler söz konusu durumları nedeniyle daha uygun çalışma yerlerine yerleştirilecekler, eğer işyerinde uygun bir yer ya da iş yoksa belirli bir süre izin verilecektir (md. 5/3).

Doğum sonrası izin kesintisiz en az on dört hafta süreyle verilmeli, bu izin doğumdan önce veya sonra kullanılabilmeli; ancak bu izin doğumdan önce ve/veya sonra verilmesi zorunlu olan en az iki haftalık zorunlu analık iznini de içermelidir (md. 8). Ayrıca Direktifte üye devletler, gebe çalışanların, herhangi bir ücret kaybı olmaksızın doğum öncesi kontrollerini çalışma saatine denk gelsin ya da gelmesin yaptırabilmelerini temin etmek için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır (md. 9). Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, kadın işçiler doğum öncesi doktor kontrollerinde ücretli izinli sayılmışlardır.

Türk hukuk sisteminde analık hâline ilişkin olarak yer alan düzenlemeler 92/85/EEC sayılı Direktife nazaran daha geniş ve kapsamlıdır. Kadın işçilere Direktifte yer alan asgari standartların üzerinde haklar tanınmıştır. Ancak Direktife göre, analık iznine ayrılmış bir kadın işçi, izin süresi sona erdikten sonra eski işine dönmek ya da kendisi için eski işinden daha aşağı şartlarda olmayan eşdeğer bir işe başlama ve yokluğunda iş koşullarında oluşup hak kazanacağı her türlü iyileştirmeden yararlanma hakkına sahip olmasına (md. 2/7) karşılık, Türk hukuk mevzuatında bu yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Direktifte analık izninde olan kadın işçinin geliri güvence altına alınmak istenmiştir. Direktifin 11. maddesinde analık iznindeki kadın işçiye, yasal hastalık izninde yapılan ödemelerden az olmayan *"yeterli bir ödeme"* yapılmasını öngörülmektedir. Bir başka ifadeyle Direktif, analık iznindeki kadın işçiye tam ödeme yapılmasını şart koşmamıştır[567]. Direktifin bu hükmü, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın gebeliğin hastalıkla kıyaslanamayacağı yönündeki içtihatlarına aykırıdır[568].

[567] Watson, s. 221; Bakırcı, Karadeniz, Yılmaz, Lewis ve Durmaz, s. 113.
[568] Bakırcı, Karadeniz, Yılmaz, Lewis ve Durmaz, s. 113.

2. Gece Çalışması Hakkında 89 ve 171 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1948 yılında kabul edilen ve 1990 yılında yeniden gözden geçirilen 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşmesi[569] ile Sözleşmeyi onaylayan üye devletlere, sanayi işlerinde kadınların gece çalıştırılması yasaklama yükümlülüğü getirilmiştir. Uluslararası Çalışma Bürosu tarafından, kadınların çalışmalarına ilişkin düzenlemelerde eşitlik ilkesi ile kadınlar çalışanların korunması arasında denge kurulma düşüncesiyle 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşmesi'ne ilişkin Protokol [570] hazırlanmıştır [571]. Protokolün 2. maddesinde yer alan hükme göre, analık izni süresince kadın işçinin geliri uygun yaşam standartlarına göre kendisinin ve çocuğunun bakımını sağlamaya yeterli düzeyde olması ve gündelik iş verilmesi, iznin uzatılması, sosyal güvenlik yardımları ya da bunların birleşiminden oluşan önlemler vasıtasıyla gelirinin devamının sağlanması gerekir (md. 2/3-b).

1990 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 171 sayılı Gece Çalışması Hakkında Sözleşme [572] kabul etmiştir. Sözleşme, gece çalışmaları hakkında birçok önemli değişiklik getirmiştir. Bu değişikliklerden en önemlileri, kadın erkek ayrımı yapılmaksızın tüm işçilerin Sözleşmenin kapsamına alınması ve Sözleşme hükümlerinin sadece sanayide değil tarım, hayvancılık, balıkçılık, deniz taşımacılığı ve iç sulardaki taşımacılık dışındaki iş kollarında uygulanmasıdır[573]. 171 sayılı Sözleşme ile aynı konuda 1990 tarihli 178 sayılı tavsiye kararı [574] kabul

---

[569] Sözleşme, 09.07.1948 tarihinde kabul edilmiş ve 27.02.1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (ET. 03.09.2018).

[570] 89 sayılı Sözleşmeye ilişkin Protokol, 06.06.1990 yılında Cenevre'de yapılan 77. Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Protokol, 26.06.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokolün, tam metni için bkz., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX PUB:12100: 0::NO::P12100_ILO_CODE:P089, (ET. 03.09.2018).

[571] Jean Michel Servais, **International Labour Law**, Kluwer Law İnternational, Netherlands 2005, s. 189.

[572] 171 sayılı Gece Çalışması Hakkında Sözleşme, 77. Uluslararası Çalışma Konferansında 26.06.1990 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme, 04.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin tam metni için bkz., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX PUB: 12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C171, (ET. 03.09.2018).

[573] Servais, s. 190.

[574] Tavsiye kararı, 26.06.1990 tarihinde kabul edilmiştir. Tavsite kararının tam metin için bkz., http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm, (ET. 03.09.2018).

edilmiştir.

Gece kavramı, 89 sayılı Sözleşme'de saat yirmi ikiden saat yediye kadar olan süreye karşılık gelen ve aralıksız olarak on bir saat süren zaman dilimi olarak ifade edilmektedir (md. 2). 171 sayılı Sözleşme'de ise, gece çalışması saat yirmi dörtten sabah beşe kadar olan süreyi kapsayan ve aralıksız olarak yedi saat süren çalışma olarak tanımlanmıştır (md.1/a). 171 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesinde, üye devletlerin, gece çalışanların sağlıklarını koruması, ailevi ve sosyal sorumluluklarını yerine getirebilmeleri, terfi ve yükselmeleri, işyeri güvenliği ve analık hâllerinin korunmasına ilişkin olarak elverişli önlemler alması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşmede, gebe işçiler için en az sekiz haftası doğum öncesine denk gelecek şekilde, doğumdan önce ve sonra en az on altı haftalık bir dönem boyunca gece çalışmasına alternatif bir çalışma sağlanması ve bu yönde önlem alınması gerektiği hükme bağlanmıştır (md.7/1(a)). Gece çalışmasının alternatifi olan çalışma, anne ya da bebeğin sağlığı için gerekli olduğunun doktor raporuyla belgelenmesi kaydıyla gebelik sırasında ya da yetkili makamlarca doğum sonrasına ilişkin belirlenecek bir süre kadar (a) bendinde belirtilen sürelere ek olarak uzatılabilecektir. (md.7/1(b))[575].

B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

1. Kadın İşçinin Gebeliği Hakkında İşvereni Bilgilendirme Yükümlülüğü

Kural olarak, kadın işçinin şahsında meydana gelen bir nedenden dolayı çalışmasının imkânsız veya beklenilemez olması söz konusu ise, işçinin bu durumu işverene derhal bildirmesi gerekir[576]. Gebelik de bu nedenler arasında sayılmaktadır. Kadın işçinin gebeliği hakkında işvereni bilgilendirme yükümlülüğü, işçinin gebelik ve annelik nedeniyle iş mevzuatında yer alan koruyucu hükümlerden yararlanabilmesi açısından oldukça önemlidir.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kadın işçinin, gebelik veya emzirmeye başlaması durumunda işvereni bilgilendirmesi

[575] Ayrıca bkz., Nurhan Süral, ILO'nun Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri, s. 1318.
[576] Sözer, Hamilelik, s. 1052.

gerekmektedir. Kadın işçi tarafından yapılan bilgilendirme sonrasında işveren, gebe veya emziren çalışanın sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma süreçlerinin çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendirmeli ve yapacağı değerlendirmeye göre Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in EK-I'de belirtilen genel ve özel önlemleri almakla yükümlüdür[577]. Ayrıca işveren yapmış olduğu değerlendirmenin sonuçları ile sağlık ve güvenlik amacıyla almış olduğu önlemler hakkında gebe ve emziren çalışanını bilgilendirmelidir. (Yön. md. 6/4).

Alman hukukunda da kadın işçinin 23.05.2017 tarihli Analığın Korunması Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden yararlanabilmesi için işvereni gebeliği konusunda bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmiştir (MuSchG §15/1). Mevzuatta, kadın işçinin gebeliği hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemiş olsa bile dürüstlük kuralı gereğince, kadın işçinin işvereni bilgilendirmekle yükümlü olduğunun kabulü gerekir[578].

İşveren tarafından mevzuatta belirtilen önlemlerin zamanında alınması ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi için kadın işçi tarafından işverenin bilgilendirilmesi oldukça önemlidir. Bu bildirim ile birlikte işveren, kadın işçinin çalışma saatlerini ve süresini düzenlemek, mevcut işini değiştirmek gibi iş sağlığı ve güvenliğiyle[579] ilgili her türlü tedbirleri almakla yükümlüdür[580]. Bu sayede hem kadın işçinin hem de çocuğun sağlığı korunmuş olur. Bilgilendirmenin geç yapılması durumunda, kadın işçi ortaya çıkan zararlardan işverenin sorumlu olduğunu ileri süremez[581]. Ancak bildirim şartına uyulmamış olması kadın işçinin koruyucu hükümlerden yararlanmasını engellemeyecektir[582]. İşveren, kadın işçinin gebeliğini öğrendiği andan itibaren gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür.

[577] Bkz., İkinci Bölüm, I, B, 2, b.
[578] Sözer, Hamilelik, s. 1053; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 38; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi s. 99.
[579] Gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçiler, iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren gruplar arasında yer almaktadır. Bkz., Orhan Ersun Civan, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 4, s. 208.
[580] Civan, s. 217.
[581] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 20.
[582] Tunçomağ ve Centel, s. 200.

Kadın işçi tarafından yapılacak olan bildirim, işverenin gebeliğe bağlı yükümlülüklerinin yürürlüğe girmesi açısından önemli olmasının yanı sıra, işverenin gebe işçinin yokluğunda işin devamı açısından gereken tedbirleri alabilmesi bakımından da önemlidir[583]. Her ne kadar gebelik kadın işçinin özel hayatına giren bir husus olduğu için işçinin, işveren dâhil kimseye bu durum ile ilgili açıklama yapma zorunluluğu bulunmasa da işverenin işçiyi tehlikeli işlerden uzak tutma ya da çalıştırmama ve onun yokluğuna karşın işyerinde önceden gerekli tedbirleri alması açısından işçinin bu bildirimin yapması gerekmektedir[584].

Kadın işçi tarafından gebeliğe ilişkin olarak yapılacak olan bildirim için mevzuatta herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle, işçi tarafından yapılacak olan bilgilendirme yazılı ve sözlü olarak yapılabilir[585]. Ancak yapılacak olan bilgilendirme işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması açısından büyük önem taşıdığı için, ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından bildirimin yazılı yapılması ve işverenden bildirim yapıldığına dair bir belgenin alınması ve saklanması işçi açısından faydalı olur[586]. Taraflar iş sözleşmesiyle ya da toplu iş sözleşmesi ile işçi tarafından yapılacak olan bildirime ilişkin şekil zorunluluğu getirebilirler. Böyle bir durumda, tarafların anlaşmış oldukları şekil şartına uygun bildirimin yapılması gerekmektedir [587] . Ancak kanaatimizce, işçinin toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde belirtilen usulde işverene bildirim yapmamış olması işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmayacağı anlamına gelmemelidir. Bu sözleşmelerde de getirilen şekil koşulu geçerlilik koşulu olarak değil, ispat koşulu olarak yorumlanmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kadın işçinin yapacağı bildirimde gebeliğin durumu ve doğumun gerçekleşmesi muhtemel tarihin de yer alması gerekir[588]. Zira gebeliğin durumuna göre işveren tarafından alınması gereken önlemlerin kapsamı değişebilir.

[583] Sözer, Hamilelik, s. 1052; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi s. 98.
[584] Tuncay, İzin ve Ücret, s. 38.
[585] Sözer, Hamilelik, s. 1052; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 98.
[586] Erkul, s. 25.
[587] Erkul, ss. 25-26.
[588] Sözer, Hamilelik, s. 1052; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 98.

Kadın işçi tarafından yapılacak olan bu bilgilendirmenin doktor raporu ile yapılması zorunlu değildir[589]. Ancak işverenin iş disiplini, işyeri kayıtlarının düzgün tutulması ve sair sebeplerle rapora ihtiyaç duyması[590] ve işveren tarafından talep edilmesi hâlinde işçinin dürüstlük kuralı gereğince gebelik hâline ilişkin rapor sunması gerekmektedir[591]. Kanatimizce Alman hukukunda olduğu gibi böyle bir durumda kadın işçi tarafından sunulacak olan rapor, doktor raporu olabileceği gibi ebe raporu da olabilir (MuSchG § 15/2).

2. Gebe ve Anne Olan Kadın İşçilerin Çalıştırılma Koşulları

a. Genel Olarak

Analık hâlinde kadın işçilerin çalıştırılma koşulları, genel itibariyle anne adayının ve doğacak olan çocuğun sağlığının ve güvenliğinin korunması amacı taşıdığı için oldukça önemlidir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun[592] 10. maddesinde, işverenin genel bir yükümlülüğü olarak işyerinde risk değerlendirmesi yapacağı veya yaptıracağı hükmünün yanı sıra bu yükümlülük yerine getirilirken; genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunu da göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir[593]. İşverenin bu yükümlülüğünü yerine getirirken gebe veya emziren çalışanlar ile ilgili göz önünde bulunduracağı özel hususları da içerecek şekilde, aynı Kanunun 30. maddesi 1. fıkrası a bendinde belirtilen ilgili bakanlığın görüşü alınarak gebe ve emziren kadınların çalışma şartları, emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınması ile ilgili çıkarılan yönetmelikteki hükümlerin de dikkate alması gerekir. Bu hükme istinaden Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hazırlanmıştır. Bu Yönetmelikte işyerinde gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanın sağlığının ve güvenliğinin sağlanmasını ve

[589] Sözer, Hamilelik, s. 1053; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 38; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi s. 99.
[590] Sözer, Hamilelik, s. 1053; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 38; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 102.
[591] Sözer, Hamilelik, s. 1053; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 99; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 38.
[592] Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG.: 30.06.2012, S.: 28339.
[593] İşveren, doğurganlık yaşında olan kadınları, gebe kalan veya yeni doğum yapan kadınları dikkate alarak çalışma koşulları, fiziki, biyolojik veya kimyasal maddeler bakımından risk değerlendirmesini gerçekleştirmelidir. Bkz., Civan, s. 220.

geliştirilmesini destekleyecek önlemlerin alınmasına ve bu çalışanların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmasının yasak olduğuna, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulması gerektiğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu Yönetmelik dışında Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik [594] hükümlerinde de analık hâlinde olan kadın işçilerin çalıştırılma koşullarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hükmü gereğince işveren, gebe veya emziren çalışanın sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma süreçlerinin çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendirmekle yükümlüdür (GEKÇY md. 6/2). Yapılan değerlendirme sonucunda, gebe veya emziren çalışan için sağlık ve güvenlik riski veya çalışanın gebeliği veya emzirmesi üzerindeki bir etkinin ortaya çıkması söz konusu ise işveren, ilgili çalışanın çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini, çalışanın bu risklere maruz kalmasını önleyecek bir biçimde geçici olarak değiştirmelidir. Bu mümkün değilse, işveren ilgili çalışanı başka bir işe aktarmak için gerekli önlemleri almalıdır (GEKÇY md. 7/1-2).

Alman öğretisinde, çalıştırma (istihdam) yasaklarının belirli faaliyetlere, çalışma saatlerine ve koruma süresinin (analık izninin) son tarihine bağlı olduğu belirtilmektedir[595]. Çalıştırma yasakları da genel ve özel çalıştırma yasakları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel çalıştırma yasağı ile gebe kadınların, bireysel durumları dikkate alınmadan mesleki ve tıbbi değerlendirmelere dayanarak çalıştırılmaları yasaklanmaktadır [596]. Özel çalıştırma yasağı, analık hâlinde olan kadının özel durumuna, doktor raporuna ve işyerine ilişkin değerlendirmeye dayanmaktadır[597]. Kadın işçinin doğum öncesi ve doğum sonrası çalıştırılmasının yasak olduğu süreler ve analık hâlinde olan kadın işçilerin çalıştırılmaların yasak olduğu işler ve saatler genel çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilmektedir[598].

---

[594] RG.: 24.09.2013, S.: 28717, Kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılma koşulları hakkında açıklamalar için bkz., Yuvalı, ss. 104-105.
[595] Tillmanns/Mutschler-Fedler, s. 139.
[596] Tillmanns/Mutschler-Fedler, s. 139; Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, ss. 636-637.
[597] HK - MuSchG/BEEG/ Pepping, s. 72; HWK/C.W.Hergenröder, s. 2719-2720; Tillmanns/ Mutschler-Fedler, s. 139.
[598] Marburger, Schwangerschaft, s. 28.

Çünkü bu yasak kanun kapsamında olanların bireysel durumları dikkate alınmaksızın tüm kadınlar için geçerlidir[599]. Analığın Korunması Kanunu'nun § 16/1 hükmünde, kadın işçinin çalışmasının kendi sağlığı veya çocuğunun sağlığı için tehlike yaratacak nitelikteyse çalıştırılamayacağı düzenlenmiştir. Bu husus özel çalıştırma yasağı kapsamında değerlendirilmektedir[600] .

b. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadın İşçilerin Çalıştırılma Koşulları

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı hükümlerine göre, sözleşmeye taraf devletler gebe, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınların gece çalışmalarını düzenlemeyi; gebe, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınların yeraltı madenlerinde ve tehlikeli, sağlığa zararlı ya da ağır nitelikleri nedeniyle uygun olmayan diğer işlerde çalıştırılmalarını yasaklamayı ve bunların çalışma haklarını korumaya yönelik uygun önlemleri almayı taahhüt ederler (md. 8).

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere mevzuatımızda gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadınların çalıştırılma koşullarını düzenlemek amacıyla Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'i çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 1 numaralı ekinde, analık hâlinde kadın işçi çalıştıran işverenlerin alması gereken genel ve özel önlemlere yer verilmiştir.

Yönetmeliğin ekinde öncelikle genel önlemlere ardından da özel önlemlere yer verilmiştir. Ekte yer alan genel önlemlere göre işveren, fiziksel ve zihinsel yorgunluk ile ilgili olarak gebe veya emziren çalışanın çalışma saatleri ve ara dinlenmeleri geçici olarak yeniden düzenlenmeli, söz konusu çalışanların çalışma saatlerinin gece süresine ve gebe çalışanların çalışmalarının günün erken saatlerine rastlamaması için gereken önlemleri almalıdır (GEKÇY EK 1, a) . Çalışma mahalli ve çalışma düzeni, gebe veya emziren çalışanların duruş problemlerini ve kaza riskini azaltacak şekilde yeniden düzenlenmeli ve mümkün olduğu durumlarda oturarak çalışmaları sağlanmalıdır. Gebeliğin durumuna göre yorgunluğun ve diğer

[599] Roos/Bieresborn-Zimmermann MuSchG/BEEG, s. 131.
[600] Marburger, Schwangerschaft, s. 24; Tillmanns/Mutschler-Fedler, s. 139.

duruş problemlerinin azaltılması veya ortadan kaldırılması için dinlenme araları ihtiyaca göre daha sık ve uzun olarak düzenlenmelidir (GEKÇY EK 1,b).

Yönetmelikte gebe veya yeni doğum yapmış çalışanın yalnız çalıştırılmaması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak zorunluluk hâlinde gebe veya yeni doğum yapmış çalışanın yalnız çalıştırılması gerektiğinde, işyerinde bulunan diğer çalışanlarla kolayca iletişim sağlayabilmeleri için gerekli önlemler işveren tarafından alınmalıdır (GEKÇY EK 1, d).

Gebe çalışanın, ayakta çalışması gereken işlerde, mümkün olan durumlarda oturması sağlanmalı, sürekli oturarak veya sürekli ayakta çalışması engellenmeli, çalışmanın böyle düzenlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda dinlenme araları artırılmalı ve gebeliğin gelişimine göre gerekli önlemler alınmalıdır (GEKÇY EK 1, f).

Dinlenme ve diğer iyileştirici olanakların sağlanması ile ilgili olarak; gebe çalışanın sigarasız ve dumansız bir ortamda gerekli aralıklarla oturarak veya rahatça uzanacak şekilde fiziksel ve zihinsel olarak dinlenmesini sağlayacak şartlar temin edilmelidir. Gebe, yeni doğum yapmış ve emziren çalışanın sık tuvalete gitme ihtiyacı göz önüne alınarak uzun süreli çalışmalar ve ekip çalışmaları bu gereksinime uygun olarak düzenlenmeli, ayrıca enfeksiyon ve diğer hastalıklara karşı gerekli hijyen şartları sağlanmalıdır. Gebe veya emziren çalışanın, kişisel ihtiyaçları göz önüne alınarak, beslenme molasının, temiz içme suyu temininin ve diğer ihtiyaçlarının kendileriyle de istişare edilerek karşılanması gerekir (GEKÇY EK 1, g).

Yönetmelikte işin ve işyerinin fiziksel, biyolojik, kimyasal özellikleri ve çalışma koşulları göz önüne alınarak özel önlemlere yer verilmiştir. Fiziksel etkenler başlığı altında yer alan düzenlemelere göre, işverenin, gebe çalışanın, ani darbelere, sarsıntıya, uzun süreli titreşime maruz kalacağı işlerde ve iş makinelerinde çalıştırması yasaktır. İşveren vücudun alt kısmını, özellikle karın bölgesini etkileyen düşük frekanslı uzun süreli titreşime ve sürekli sarsıntıya maruziyeti önleyecek tedbirleri almakla yükümlüdür. Gebe çalışanın çalıştığı yerdeki gürültü seviyesinin, en düşük maruziyet etkin değeri olan 80 dB(A)'yı geçmemesi sağlanmalı, gürültü seviyesi düşürülemiyorsa çalışanın yeri değiştirilmelidir. Limitleri aşan gürültülü ortamda gebe çalışanların kişisel koruyucu donanım kullanarak dahi çalıştırılmaları yasaktır (GEKÇY EK 1, a).

Özel önlemler kapsamında gebe veya emziren çalışanların çalışma koşulları düzenlenmiştir. Bu çerçevede, kadınların kendilerinin ve bebeklerinin sağlığını olumsuz etkileyecek şekilde elle taşıma, yükleme ve araçsız taşıma işlerinde çalıştırılmaları yasaktır. Bu tür işlerde işveren tarafından risk değerlendirmesi yapılmalı ya da yaptırılmalı, gerektiğinde iş değişikliği sağlanmalıdır. İşveren tarafından sağlanan kişisel koruyucu donanımlar gebe veya emziren çalışanı tam koruyacak şekilde vücuda uygun olmalı, bu kişilerin hareketlerine engel olmamalı ve vücut ölçüleri değiştikçe yenileri temin edilmelidir. Uygun koruyucu sağlanamadığı durumlarda işçi bu işlerde çalıştırılmamalıdır.

Yönetmeliğin 12. maddesine göre, emziren çalışanın analık izninin bitiminden sonra işe başlayabilmesi için çalışmasına engel bir durumun olmadığının hekim raporuyla belgelenmesi gerekir. Çalışmasının sakıncalı olduğu hekim raporu ile belirlenen çalışan, raporda belirtilen süre ve işlerde işveren tarafından çalıştırılamaz.

Alman hukukunda, analık hâlinde çalışma koşulları bakımından kadın işçinin korunmasına ilişkin düzenlemelere Analığın Korunması Kanunu'nda yer verilmiştir. Analığın Korunması Kanunu § 9 hükmünde, işveren Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit (Arbeitsschutzgesetz – ArbSchG) [601] (İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Uygulanması ve Çalışanların Sağlığının Korunması Kanunu) § 5 hükmüne göre işverenin risk değerlendirmesi yaptırması ve risk değerlendirmesine dayalı olarak kadın işçinin fiziksel ve zihinsel sağlığının ve çocuğunun korunması için gerekli önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte işveren çalışma koşullarını, gebe veya emziren bir kadının veya çocuğun tehlikelerden mümkün olduğunca uzak durmasını sağlayacak ve sorumsuz bir tehlike dışında olacak şekilde tasarlamalıdır (MuSchG§ 9/3). Analığın Korunması Kanunu'nun § 11 hükmünde, gebe kadınlar için kabul edilemeyen faaliyetler ve çalışma koşulları hakkında düzenlemeler yapılmıştır[602]. Kanunun § 12 hükmünde ise, emziren kadın işçiler için kabul edilemeyen faaliyetler

[601] Kanunun tam metni için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/arbschg/ArbSchG.pdf (ET. 12.04.2018).
[602] Ayrıntılı bilgi için bkz., Marburger, Mutterschutzgesetz, ss. 49-52.

ve çalışma koşulları hakkında düzenlemelere yer verilmiştir[603]. İki düzenlemede de oldukça ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Hükümler genel itibariyle Türk hukuk sistemindeki hükümler ile benzer niteliktedir.

3. İşverenin Emzirme Odası ve Yurt Açma Yükümlülüğü

156 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nde ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda, işyerlerinde yeterli sayıda çocuk bakım ünitelerinin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne (CEDAW) göre de taraf devletler; anne ve babanın aile içi yükümlülüklerini, çalışma yaşamındaki sorumluluklarıyla ve toplumsal yaşama katılmalarıyla uyumlaştırabilmeleri için özellikle çocuk bakım kurumlarının kurulmasını ve geliştirilmesini istemek suretiyle, gerekli destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasını gerçekleştirmekle yükümlü tutulmuştur (md.11/2).

Mevzuatımızda Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik ile işverenlerin emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü getilmiştir. Yönetmeliğe göre, emzirme odaları[604], çalışanların bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için ayrılan odaları (GEKÇY md. 4/1-c); çocuk bakım yurdu (yurt/kreş), 0-60 aylık çocuklar ile velisinin isteği üzerine ilkokula kaydı yapılmayan 60-66 aylık çocukların bakım ve eğitimlerinin yapıldığı yerleri ifade eder (GEKÇY m. 4/l-d).

İşverenin emzirme odası ve çocuk bakım yurdu açma yükümlülüğü, işyerinde çalışan işçi sayısına bağlanmıştır. Yönetmeliğin 13. maddesinin göre,

> *"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 EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunludur.*
>
> *Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren*

[603] Ayrıntılı bilgi için bkz., Marburger, Horst, **Das neue Mutterschutzgesetz Anwendungsbereich-Leistungen-Durchführung des Arbeitsschutzes für werdende und stillende Mütter**, Walhalla, Regensburg 2018, (Mutterschutzgesetz), ss. 53-56.

[604] 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 30. maddesi gereğince hazırlanan "İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik"te, işverenler gebe ve emziren kadın işçinin uzanarak dinlenebilmeleri amacıyla uygun şartları sağlamakla yükümlü tutulmuştur (md. 49).

çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür.

İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler.

Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınır.

Emzirme odası ve/veya yurt kurulması için gereken kadın çalışan sayısının hesabına erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da dâhil edilir."

Düzenlemenin amacı, emzirme odası ve kreş kurma zorunluluğu bakımından ilgili yerlerin kadın işçiler tarafından kolay ulaşılacak konumda kurulmalarını gerektirir[605]. Oda ve yurtların bina, kuruluş, döşeme, araç, gereç, taşıt, beslenme gibi giderlerinin tamamı işverence karşılanacaktır (GEKÇY md. 21).

Yönetmelikte yer alan düzenlemenin temelinde, her ne kadar annenin çocuk ile ilgilenmesine imkân tanıma amacı olsa da hüküm çocuğun bakımının sadece annenin göreviymiş gibi algılanmasına neden olmakta ve kadın işçileri dezavantajlı konuma getirmektedir. Yönetmelikteki düzenleme nedeniyle, esas itibariyle işyerinde çalışan kadın işçi sayısı dikkate alınarak işverenin emzirme ve çocuk bakım yurdu açma yükümlüğünün olup olmadığı belirlenecektir. Bu bağlamda, işverenler bu yükümlülükten kurtulmak için işyerinde çalışan kadın işçi sayısını düşük tutmaya çalışacaklardır. Bununla birlikte, maddenin son fıkrasında emzirme odası ve/veya yurt açma yükümlülüğün doğması için gerekli olan toplam işçi sayısının hesaplanmasında, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın işçi sayısının ve erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olan erkek işçi sayısının da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Fakat öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, düzenleme ailevi sorumluluklar konusunda kadın ve erkeğin sorumluluklarının eşit kabul edilmesi anlayışına aykırıdır. Bu nedenle, emzirme odası ve/veya yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde işyerinde çalışan tüm işçiler dikkate alınmalıdır[606].

---

[605] Civan, s. 218.

[606] Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 179-180; Süral, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 191; Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", **Sicil Hukuku İş Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, s. 29; Dedeoğlu, Saniye: "Eşitlik mi Ayrımcılık mı?

İşverenler tarafından açılan oda ve yurtlardan, kadın çalışanların çocukları ile erkek çalışanların annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukları faydalanırlar (GEKÇY md. 14). Kanaatimizce eşi çalışan tüm erkek işçilerin çocukları da bu haktan yararlanmalıdır[607]. En azından kadın işçinin çalıştığı işyerinde işverenin emzirme odası ve yurt kurma yükümlülüğünün bulunmaması durumunda, erkek işçinin işyerinde emzirme odası ve yurt bulunuyorsa, erkek işçi çocuğu için bu haktan yararlanmalıdır[608]. Anne olan kadın işçinin işyerinde oda ya da yurt bulunsa bile baba olan erkek işçinin işyerindeki oda ve yurttan erkek işçinin çocuğu yararlanabilmelidir. Örneğin, annenin işyeri babanın işyerine kıyasla eve daha uzaksa ebeveyenler babanın işyerindeki yurttan yararlanmak isteyebilir. Böyle bir durumda, hangi işyerindeki oda ve yurttan yararlanılacağı ebeveynlerin tercihine bırakılmalıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu bir karara göre de işveren tarafından sağlanan kreş ve çocuk bakım yurtlarından sadece kadın işçilerin yararlandırılması 76/207 sayılı Direktif hükümleri uyarınca cinsiyete dayalı olarak farklı işlem yapılması anlamına gelmektedir[609].

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işveren, uymadığı her bir hüküm için bu durumun tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak belirlenecek olan idari para cezasını ödemekle yükümlüdür (İSGK md. 26/1-n). Bu hüküm gereğince, emzirme odası ve çocuk bakım yurdu açmakla yükümlü olan işveren, bu yükümlülüğü yerine getirmezse idari para cezası yaptırımı ile karşılaşacaktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, Yönetmelikteki düzenleme gereği işverenin emzirme odası ve çocuk bakımı yurdu açma yükümlülüğü olmasına rağmen, bu yükümlülüğün işveren tarafından yerine getirilmemesi durumunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunduğunu belirtmiştir[610].

Türkiye'de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 21, 2009/2, s. 51.

[607] Aynı yönde görüş için bkz., Bakırcı, s. 30.

[608] Süral, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 193; Bakırcı, s. 30.

[609] CJEU, H. Lommers&MinistervanLandbouw, Naturbeheer en Visserij, 06.10.2001, C-476/99, http://csdle.lex.unict.it, (ET. 06.07.2018)

[610] Yarg. 9. HD. 14.11.2016, 2015/5172 E., 2016/19971 K., http://www.kazanci.com, (ET. 12.05.2018), *"İşverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerinde, yaşları ve*

4. Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı

a. Gece Kavramı

İş Kanunu'nun 69. maddesinde gece kavramından ne anlaşılması gerektiğine yer verilmiştir. Maddeye göre, *"çalışma hayatında "gece" en geç saat 20'de başlayarak en erken sabah 6'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir (İş K. md. 69/1*)." Kanundaki *"en geç"* ve *"en erken"* ifadelerinden tarafların gece dönemin başlangıç ve bitiş saatlerini değiştirebileceği anlaşılmaktadır[611]. Ancak gece döneminde çalışma süresi toplamda onbir saati geçemez (İş K. md. 69/1). Kanunda belirtilen gece döneminde yapılan işler, gece işi sayılacak ve bu işlerde çalışanlara gece çalışmalarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Alman hukukunda ise çalışma sürelerini düzenleyen Arbeitszeitgesetz (Çalışma Süreleri Kanunu)'e[612] göre, kural olarak saat yirmi üç ile sabah altıya kadar olan çalışma gece çalışmasıdır (ArbZG § 2, Abs. 3). Oysa, Analığın Korunması Kanunu'nda kadın işçiler için gece kavramını farklı düzenlemiştir[613]. Bu Kanunda gebe ve emziren kadınların akşam yirmi ile sabah altıya kadar olan çalışma dilimi arasında çalıştırılması yasaktır (MuSchG § 5/1).

Kanun koyucu gece çalışan kadın işçilerin çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla 24.09.2013 tarihinde Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma

---

medeni halleri ne olursa olsun, toplam 150'den çok kadın çalışanı olması halinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın belirli şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Davacı doğumdan sonra işe başlamadan önce gönderdiği ihtarname ile davalı işverene bu yükümlülüğünün gereği işyerinde kreş açılması gerektiği aksi takdirde iş sözleşmesini feshedeceği ihtarında bulunmuş, davalı işveren ise böyle bir yükümlülüğün bulunmadığını, davacının ihtarnamesinin istifa beyanı olarak kabul edileceğini bildirmiştir. Davacının izninin bittiği ve işe başlaması gereken tarihte işe başlamak istediği, işverenin davacıyı istifa ettiği gerekçesiyle işe başlatmadığı davacı tanığının ifadesinden anlaşılmaktadır. Yönetmelikteki düzenleme gereği işverenin kreş açma zorunluluğu bulunmakta olup, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren karşısında işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. Ancak, davacı işe gelerek çalışma isteğini ve iş sözleşmesini feshetme iradesinin bulunmadığını göstermiş, işveren tarafından davacının çalışmasına izin verilmemiş olup, bu nedenle davalı işverenin iş sözleşmesini feshettiğinin kabul edilmesi gerekir. Davalı haklı sebeple iş sözleşmesini feshettiğini ispat edemediğinden kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekir."

[611] Münir Ekonomi, **İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri**, Cilt: 1, 3. Bası İstanbul 1987, (İş Hukuku), s. 288.

[612] Kabul Tarihi: 06.06.1994, RG.: 06.06.1994, S.: 1170,1171, Kanunun tam metni için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/arbzg/ArbZG.pdf, (ET. 13.04.2018).

[613] Michael Kittner, Betram Zwanziger, Olaf Deinert ve Johannes Heuschmid, (Hrsg): Arbeitsrecht **Handbuch für die Praxis**, 9. überarbeitete und aktualisierte Aufl., Bund Verlag, Frankfurt am Main 2017, Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Bantle, s. 1951.

Koşulları Hakkında Yönetmeliği çıkarmıştır.

b. Gebe ve Emziren Kadın İşçilerin Gece Döneminde Çalıştırılması

Kanunda gece döneminde çalışma, niteliği gereği gündüz döneminde çalışmaya kıyasla daha yorucu olması ve işçinin ailevi ilişkilerini sağlıklı bir biçimde yürütülebilmesi amacıyla özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle de gerek uluslararası hukuktaki gerekse iç hukuktaki düzenlemeler değerlendirildiğinde, gece çalışmalarının gündüz çalışmalarına kıyasla süre ve biçim yönünden farklı düzenlendiği ve söz konusu farklılığa uygun olarak bazı sınırlamalara yer verildiği görülecektir[614].

İş Kanunu'nun 73. maddesinde *"Gece çalıştırma yasağı"*na ilişkin düzenleme yer almaktadır. Maddenin 2. fıkrasında on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler) hazırlanacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükme istinaden Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 73. maddesinin 1. fıkrasında sanayiye ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasak olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle de on sekiz yaşını doldurmamış kadın işçiler gece sanayide çalışamazlar. 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nda sanayiye ait işlerde her yaştaki kadın işçinin gece çalışması kural olarak yasaktı (Mülga İş K. md. 96). 1475 sayılı Kanun'daki bu düzenleme kadın erkek eşitliğine aykırılığı nedeniyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükte bulunan İş Kanunu'na göre 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak kadın işçilerin gece çalışmasına ilişkin mutlak bir yasak söz konusu değildir[615].

Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'in (KÇGPÇKHY) 1. maddesinde yönetmeliğin kapsamı belirtilmiştir. Maddede yer alan hükme göre, medeni durumuna bakılmaksızın on sekiz yaşını dolduran kadın işçiler bu yönetmelik kapsamında yer alırlar. Bu düzenlemeden de

[614] Kandemir, s. 425; Köseoğlu, s.100.
[615] Yuvalı, ss. 104-105.

anlaşılacağı üzere, çalışan kadın işçi ister evli ister bekâr olsun on sekiz yaşını doldurmuşsa söz konusu Yönetmelikte yer alan düzenlemeler çerçevesinde gece çalışabilir. Kişinin medeni hâli Yönetmeliğin kapsamı açısından önem taşımamaktadır. Ayrıca kadın işçinin hakim kararı ile reşit kılınmış olması da işçinin gece çalıştırabilmesi bakımından önemli değildir. Bu noktada önemli olan kadın işçinin biyolojik olarak on sekiz yaşını doldurmuş olmasıdır.

Bu çerçevede şunu da belirtmek gerekir ki, Yönetmelik sadece İş Kanunu kapsamında çalışan kadın işçileri değil, İş Kanunu kapsamı dışında olup İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında[616] yer alan tüm kadın işçileri kapsamaktadır. Böylece İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamı dışında kalan işyerleri hariç tüm kadınların gece çalışma koşullarına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir.

İlgili Yönetmeliğin 5. maddesine göre, kadın çalışanlar her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamaz. Yönetmelikte, kadın çalışanın eşi de işin postalar hâlinde yürütüldüğü aynı veya farklı bir işyerinde çalışıyor ise kadın çalışanın isteği üzerine, gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece postasına rastlamayacak şekilde düzenleneceği belirtilmiştir (md. 8/1). Bu düzenleme sayesinde çocukları olan aile bireyleri dönüşümlü olarak çocukları ilgilenebileceklerdir[617]. Yönetmeliğin 8. maddesinin 2. fıkrasında ise, aynı işyerinde çalışan eşlerin aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence imkân dâhilinde karşılanır. Bu düzenleme sayesinde de eşler isterlerse ve işyerindeki koşullar imkân veriyorsa birbiriyle ya da çocuğu ve/veya çocukları ile birlikte daha çok vakit geçirebileceklerdir.

Yönetmeliğin 9. maddesine göre, kadın çalışanlar gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın çalışanlar ise doğum

---

[616] İSGK md. 2, Kapsam ve İstisnalar
(1) Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.
(2) Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz:
a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindekiler hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri.
b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.
c) Ev hizmetleri.
ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.
d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri.

[617] Tunçomağ, Kadının Durumu, s. 116.

tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılamazlar. Ancak emziren kadın çalışanlarda bu süre, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi hâlinde altı ay daha uzatılır. (KÇGPÇKHY md. 9). Bu düzenlemeler 92/85 sayılı Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkındaki Direktif hükümleri ile uyumludur[618].

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 8. maddesine göre, kadın çalışanlar gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamazlar. Yeni doğum yapmış çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Bu sürenin sonunda sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılmaz. Bu sayede hem doğacak olan çocuğun hem de annenin hayatı korunmuş olacaktır.

Analığın Korunması Kanunu'nun § 5 hükmüne göre, işveren yirmi ile sabah altı saatleri arasında gebe veya emziren bir kadını çalıştıramaz. Ancak buna bir istisna getirilmiş ve Kanunun § 28 hükmündeki[619] şartların yerine getirilmesi durumunda, gebe ve emziren kadın işçi saat yirmi ikiye kadar çalışabilir.

5. Kadın İşçiyi Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

a. Genel Olarak

Ulusal ve uluslararası mevzuatta kadın işçilerin kendileri ve gebe ise çocukları için fiziksel ve genetik açıdan sakıncalar oluşturabilecek işlerde çalıştırılması uzun zamandır yasaktır[620]. Kadın işçiler için fiziksel ve genetik olarak

[618] Köseoğlu ve Kaya, s. 50, dn. 28.
[619] Denetim makamı, işverenin talebi üzerine işverene, kadın işçinin açıkça saat yirmi ile yirmi iki arası çalışmasını kabul etmesi, doktor raporunda kadın işçinin saat yirmi ikiye kadar çalışmasını karşı çıkan bir açıklamanın olmaması, özellikle tek başına istihdan durumunda gebe kadına ve çocuğa yönelik tehlikeli bir riskin hariç tutulması durumunda kadın işçi yirmi ile yirmi iki saatleri arasında çalıştırılabilmesi yetki verebilir (MuSchG §28/1). Geniş bilgi için bkz., ErfK/Schlachter, s. 2491; Marburger, Schwangerschaft, s. 30; Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 35.
[620] Altan, s. 132.

zarar oluşturabilecek işlerden biri ağır ve tehlikeli işlerdir. Ağır ve tehlikeli işler, insan sağlığına zarar verebilecek nitelikte oldukları için fiziksel yapı olarak erkeklere kıyasla daha zayıf olan kadınların bu nitelikteki işlerde çalıştırılmaları kadın sağlığı bakımından sakıncalar doğurabilir[621]. Bu nedenle kadın işçilerin bir takım ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaklanmışken, nispeten daha az tehlikeli işlerde çalıştırılmaları ise belirli koşullara tabi kılınmıştır.

İş Kanunu'nun mülga 85. maddesinde on altı yaşını doldurmamış genç işçiler ile çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılamayacağı belirtilmektedir (İş K. md. 85/1). Kanununda, ağır ve tehlikeli işlere ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır. Kanunun 85. maddesinde, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işler grubuna gireceği ve aynı zamanda kadınlarla, on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanllığı) hazırlanan bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir (İş K. md. 85/2). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte İş Kanunu'nun 85. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır. İş Kanunu'nun 85. maddesine istinaden çıkarılmış olan ve söz konusu düzenleme nedeniyle uygulanabilirliği kalmayan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği[622] de 8 Şubat 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik[623] ile 30 Aralık 2012 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu göre işveren, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacak kadın veya erkek çalışana yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatamaz (İSGK md. 15/2). Sağlık raporu alan işçinin raporunda tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışmasının sağlığı için tehlikeli olduğu belirtilmişse, işveren o işçiyi raporda belirtilen işlerde çalıştıramaz.

[621] Altan, ss. 133-134; Kandemir, s. 427; Yuvalı, s. 106.
[622] RG.: 16.06.2004, S.: 25494.
[623] RG.: 08.02.2013, S.: 28553.

b. Gebe Kadın İşçinin Hafif İşlerde Çalıştırılması

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 5. fıkrasına göre, doktor raporuyla gerek olduğu sabit olmak koşuluyla gebe işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Böyle bir durumda, gebe işçinin ücretinde bir indirime gidilemez. Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde gebe çalışan, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu nedenle, işveren çalışanın ücretinde herhangi bir kesinti yapamaz. Sonuç olarak, işçinin gebeliği nedeniyle daha hafif işlerde çalıştırılması işçiye daha düşük ücret ödenmesinin haklı gerekçesi olarak kabul edilemez[624]. Bu sayede kadın işçinin ve doğacak olan çocuğun sağlığı ve işçinin ücreti korunmuş olur [625] . Çalışanın başka bir işe aktarılması mümkün değilse, sağlığının ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde, çalışanın isteği hâlinde tâbi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ücretsiz izinli sayılması sağlanır. Ancak bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (GEKÇY md. 7/3).

Alman hukukunda işverenin, işçiye sağlığına uygun vereceği daha hafif bir işin bulunmaması durumunda işçi izinli sayılır ve işçiye muhtemel doğum tarihine altı hafta kalana kadar annelik ücreti (Mutterschutzlohn) adı altında işçiye ücreti ödenir (MuSchG § 18). Annelik ücreti, işçinin işyerinde kanuni nedenlerle daha hafif bir iş verilmesi zorunluluğu karşısında çalışmaya hazır bir şekilde bekleyen işçiye, böyle bir iş bulunmaması durumunda işçinin çalıştırılmaması nedeniyle tamamı işveren tarafından ödenen bir ücrettir[626].

İsveç hukukunda Ebeveyn İzni Kanunu'na göre gebe bir işçiye, gebeliğinin son iki ayı işveren tarafından çalışabileceği uygun bir iş sağlanmazsa, işçi gebelik ödeneğine (graviditetspenning) hak kazanır. Bu ödenek, en fazla elli günlük bir süre için ödenir. Ayrıca çalışma ortamına ilişkin düzenlemeler ve işveren tarafından başka kanuni sorumluluklar yerine getirilmediği için belirli faaliyetlerde bulunmasına izin verilmeyen gebe kadınların tüm gebelik süresi için gebelik ödeneği hakkı

[624] Süzek, İş Hukuku, s. 459; Ertürk ve Gürsel, s. 438.
[625] Sözer, Hamilelik, s. 1056.
[626] Erkul, s. 29.

bulunmaktadır. Ödenek, hesaplanan doğumdan önceki on bir güne kadar ödenir[627].

6. Yeraltı ve Su Altında Kadın İşçi Çalıştırma Yasağı

Dayanağını kimsenin yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılamayacağını öngören Anayasa'nın 50. maddesi oluşturan İş Kanunu'nun 72. maddesine göre, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde, kadın işçilerin çalıştırılması yasaktır. Kanun koyucu, burada tüm kadınları kapsayan genel bir yasak düzenlemiştir. Bu nedenle de kadın işçinin gebe olup olmamasının ya da yaşının, söz konusu çalıştırma yasağı bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır[628]. Gebe veya emziren kadınlar işçilerin değil de genel olarak bütün kadın işçilerin yer altı ve sualtı işlerinde çalıştırılmalarının yasaklanması, düzenlemenin kadın-erkek eşitliğine aykırı bir izlenim taşıdığını göstermektedir[629]. Bununla birlikte, öğretide yer altı ve su altı işlerinin hem kadın hem de erkek işçiler açısından aynı riski taşıdığı belirtilmektedir[630].

Kanundaki düzenleme nedeniyle, gebelerin ve anne olan kadın işçilerin de yer altı ve su altında çalıştırılmaları yasaktır. Bu yasağa rağmen, kadın işçi çalıştırılmışsa çalıştığı süreye ilişkin haklardan yararlandırılmalıdır[631]. Ayrıca böyle bir durumda işveren veya işveren vekiline İş Kanunu'nun 104. maddesi gereğince idari para cezası uygulanmalıdır.

7. Gebe veya Emziren Kadın İşçiyi Fazla Çalıştırma Yasağı

Daha öncede bahsettiğimiz üzere, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 9. maddesi gereğince, gebe ve emziren kadın işçiler günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamazlar. Kanundaki bu hüküm emredici nitelikte olduğu için aksinin

---

[627] Häusig, s. 36.
[628] Ali Ekin, **Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İnsan Onurunun Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 204.
[629] Ekin, s. 204.
[630] Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 289.
[631] Kandemir, s. 425; Yuvalı, s. 104; Ekin, s. 204.

kararlaştırılması mümkün değildir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, gündüz postalarında gebe veya emziren kadın işçiler dışındaki kadın çalışanlar fazla çalışma yapabilecektir.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hükmüne rağmen, kadın işçiye fazla çalıştırma yaptırılırsa ve işçinin haftalık çalışma saati kırk beş saati aşarsa, işçi fazla çalışma ücretine hak kazanmalıdır. Ayrıca işveren, İş Kanunu'nun 104. maddesi gereğince, idari para cezası ödemekle yükümlüdür. Gece çalışma bakımından haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedi buçık saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir[632].

Analığın Korunması Kanunu'nun § 4/1'e göre işveren, on sekiz yaş ve üzeri gebe ya da emziren bir kadını, sekiz buçuk saat ya da iki haftada doksan saatin üzerinde çalışması gereken bir işte çalıştıramaz. İşveren, on sekiz yaşın altındaki gebe veya emziren bir kadını günde sekiz saatten fazla veya haftada seksen saatten fazla çalışması gereken bir işyerinde istihdam etmemelidir. Çifte haftaya Pazar günleri dâhil edilir. Ayrıca işveren ay boyunca iş sözleşmesine bağlı olarak kabul edilen haftalık çalışma saatlerini aşan bir oranda gebe veya emziren bir kadın istihdam edemez. Kadın işçi, birkaç işveren yanında çalışıyorsa, söz konusu çalışma saatleri tüm işverenlerin yanında çalıştığı süre dikkate alınarak hesaplanmalıdır. Analığın Korunması Kanunu § 4/2'e göre işveren, gebe veya emziren kadına, günlük çalışma saatlerinin bitiminden sonra en az on saat kesintisiz bir dinlenme süresi sağlamalıdır.

Fransız hukukundaki düzenlemeye göre, işveren gebe işçisinin günde on saatten fazla çalışmasını talep edemez[633]. Bu açıklamalar göstermektedir ki, Alman ve Fransız hukuk sisteminde gebe veya emziren kadın işçilerin günlük çalışma süreleri Türk hukukuna kıyasla daha uzundur.

[632] Yarg. 22. HD. 07.01.2019, 2016/2297 E., 2019/75 K. http://www.kazanci.com/, (ET. 02.03.2019).
[633] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 151.

II. DOĞUM VEYA EVLAT EDİNME NEDENİYLE KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMAYA GEÇİŞ HAKKI

6663 sayılı Kanun ile getirilen önemli yeniliklerden biri de İş Kanunu'nun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunmasıdır. Konuya ilişkin Türk hukukundaki düzenlemeleri incelemeden önce uluslararası alandaki ebeveyn iznine ilişkin düzenlemeleri ele alacağız. Zira 6663 sayılı Kanun ile getirilen doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme hakkına ilişkin düzenlemelerin kısmen de olsa uluslararası belgelerde yer alan ebeveyn iznine benzer nitelikte düzenlemeler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[634].

A. BUSINESSEUROPE, UEAPME CEEP ve ETUC Tarafından Karara Bağlanmış Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Anlaşmayı Yürürlüğe Koyan ve 96/34/EC Sayılı Direktif'in İlga Edilmesine İlişkin 2010/18 Sayılı Avrupa Direktifi

UNICE (Avrupa Topluluğu Sanayileri Birliği), CEEP (Avrupa Kamu Teşebbüsleri Birliği) ve ETUC (Avrupa Sendikalar Konfederasyonu) 14 Aralık 1995 tarihinde iş ve aile hayatını bağdaştırmak ve erkeklerle kadınlar arasında fırsat ve muamele eşitliğini geliştirmek amacıyla "*Ebeveyn İzni Çerçeve Antlaşması"*nı kabul etmişlerdir. 3 Haziran 1996 yılında Avrupa Konseyi de bu antlaşmanın üye ülkelerde yürürlüğe girmesini sağlamak için 96/34/EC[635] sayılı Ebeveyn İzni Hakkındaki Direktifi hazırlamıştır. Direktifte ebeveyn izni düzenlemeleriyle üye devletlerdeki çalışan ebeveynlere iş ve aile sorumlulukları arasındaki daha iyi denge kurmalarını amaçlamıştır (md. 1). Ancak Direktif, 8 Mart 2010'da BUSINESSEUROPE[636], UEAPME (Avrupa Esnaf ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Birliği), CEEP ve

[634] Şahin, ss. 37, 42; Çalışkan, s. 340.
[635] Council Directive 96/34/EC of 3 June 1996 on the Framework Agreement on Parental Leave Concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, OJ L 145/4, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 19.6.1996, ss. 4-9, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0034&from=GA, (ET.12.06.2017).
[636] Avrupa Topluluğu Sanayileri Birliği'nin (UNICE) yeni adı.

ETUC tarafından Karara Bağlanmış Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Anlaşma'yı yürürlüğe koyan ve 96/34/EC sayılı Direktifin İlga Edilmesine İlişkin 8 Mart 2010 tarihinde düzenlenen 2010/18/EU sayılı Konsey Direktifi[637] ile mülga edilmiştir. 2010/18 sayılı Direktifin 4. maddesine göre 96/34 sayılı Direktif 8 Mart 2012 tarihi itibariyle ile mülga olmuştur.

Avrupa'daki sosyal ortaklar, BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP ve ETU arasındaki 14 Aralık 1995'te karara bağlanan iş ve aile sorumlulukları arasındaki dengeyi kurmanın önemli bir yolu olan ebeveyn iznindeki asgari gereksinimleri belirleyen ve kadın erkek arasında fırsat eşitliği ve eşit muameleyi teşvik eden ebeveyn izni hakkındaki çerçeve antlaşmayı yeniden düzenlemiştir. Bu çerçeve antlaşma, 2010/18 sayılı Direktifin ekinde Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Sözleşme olarak yer almaktadır.

Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Sözleşme'de yer alan hükümler iş sözleşmesi, kanun, toplu sözleşme ve/veya yürürlükteki uygulamalar ile tanımlanmış iş ilişkisine sahip kadın ve erkek, üye devletlerdeki tüm çalışanlara uygulanır (md. 1/2). Ayrıca Sözleşmeye göre, üye devletler ve/veya sosyal ortaklar; çalışanları, yalnızca yarı zamanlı çalışanlar, belirli süreli iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi bulunan veya geçici istihdam bürolarıyla iş ilişkisi içinde olan çalışanları antlaşmanın uygulaması ve kapsamı dışında tutamaz (md. 1/3).

Çerçeve Sözleşme'de, kadın ve erkek çalışanların doğum veya evlat edinme hâlinde o çocuğa bakmakları amacıyla sekiz yaştan[638] önceye çekilmemek kaydıyla üye devletler ve/veya sosyal ortaklar tarafından belirlenecek olan bir yaşa kadar ebeveyn izni hakkı tanınması gerektiği düzenlenmiştir (md. 2/1). Ebeveyn izni bir çocuğun doğumu ve evlat edinilmesi durumunda kullanılabilir[639]. Dolayısıyla,

---

[637] Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive, 96/34/EC, OJ L 68/13, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 18.3.2010, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0018&rid=1, (ET.12.06.2017).

[638] Avrupa Komisyonunca ilk kez 1983 yılında hazırlanan ve o dönemde kabul edilmeyen ebeveyn izni tasarısında, iki yaşına kadar ebeveyn izni kullanılabileceği düzenlenmiştir. Öğretide, daha sonra bu yaş sınırının 8 yaş olarak kabul edilmesine ilişkin düzenlemenin, kadın erkek eşitliğini sağlamak ya da geliştirmekten ziyade işgücü piyasasında esnekliğe ihtiyaç duyulan bir dönemde özellikle kadın çalışanların evde oturup çocuk bakmalarını kolaylaştırmaya yönelik olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz., Stratigaki, Maria: "The EU and the Equal Opportunities Process", Gendered Policies in Europe-Reconciling Employment and Family Life, der. Linda Hantrais, NY: Palgrave Publishing, 2000, ss. 41-43.

[639] EUArbR/Risak, s. 2324.

biyolojik anne ve babanın dışında evlat edinen kişi de Çerçeve Sözleşme kapsamında ebeveyn izni kullanabilir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği Hukuku'nda aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına yönelik düzenlemeler yapılmadan önceki döneme ilişkin olarak vermiş olduğu içtihatlarında, çocuk bakımı gibi aile içi yükümlülüklerin öncelikli olarak kadın çalışana ait olduğu ve erkek çalışanın ilk yükümlülüğünün çocuk bakımından ziyade ücretli bir işte çalışmak olduğu yönünde sınırlı bir tutum sergilemiştir. Divan, bu sınırlı görüşünü evlat edinilen çocuk nedeniyle ebeveyn izni hakkını sadece kadınlara tanıyan İtalyan hukukunun 76/207 sayılı Direktife aykırı olduğu ve cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu iddiasının incelendiği Commission v. Italy davasında[640] açıkça ortaya koymuş ve ulusal mevzuatı Direktife aykırı bulmamıştır[641].

Ebeveyn izni hakkı çocuklara değil, ebeveynlere tanınmış bir haktır[642]. Bu sebeple Avrupa Adalet Divanı, çoğul doğumda doğan çocuk sayısı kadar ebeveyn izni hakkı kullanılmasını Çerçeve Sözleşme'ye uygun bulmamıştır[643]. Sonuç itibariyle, kural olarak tek ve çoğul doğumda ebeveynin sahip olduğu izin hakkı süresinin aynı olduğunun kabulü gerekmektedir.

Sözleşmede, ebeveyn izninin en az dört aylık bir dönem için verilebileceği ve bu iznin kadın-erkek arasında fırsat eşitliği ve eşit muameleyi teşvik etmek amacıyla ilke olarak devredilemeyeceği belirtilmiştir (md. 2/2). Ancak buna bir istisna getirilmiş ve iki ebeveynin de daha eşit şekilde izne ayrılmasını teşvik etmek amacıyla, bu dört ayın en az bir tanesinin devredilemeyeceği kalan izinlerin devredilebileceği düzenlenmiştir.

Sözleşmede, ebeveyn izninin kullanım şekline ilişkin kesin bir sınır getirilmemiş ve hem işverenlerin hem de çalışanların gereksinimlerini göz önünde tutularak tam zamanlı ya da yarı zamanlı temelli olarak parça parça ya da zaman-kredili biçimde uygulanabileceği belirtilmiştir (md. 3/1-a). Sözleşmede, işverenlere

---

640 CJEU,26.10.1983, C.163/82, http://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/ALL/?uri=CELEX%3A61982CJ0163, (ET. 13.06.2017).

641 Clare Mc Glynn, **Families and the European Union Law, Politics and Pluralism, Politics and Pluralism**, New York 2006, ss. 99-100.

642 EUArbR/Risak, s. 2324.

643 CJEU, Zoi Chatzi v Ipourgos Ikonomikon, 16.09.2010, C- 149/10, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82932&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=853526 (ET. 12.08.2018).

işyeri işleyişine ilişkin haklı sebepler bulunması hâlinde ebeveyn izninin kullanılmasının ertelemesine ilişkin ulusal hukukta düzenlemelerin olabileceği düzenlenmiştir (md. 3/1-c). Sözleşme çerçevesinde, işverenin ebeveyn iznin kullanılmasını erteleyebileceği durumlara, çalışmanın mevsimlik iş kategorisine girmesi, ebeveyn izninin kullanımına ilişkin olarak yapılan bildirim süresi esnasında izin kullanacak olan çalışanı ikame edecek başka bir çalışanın bulunamaması, işyerinde çalışanların önemli bir kısmının aynı dönemde ebeveyn izni başvurusunda bulunması örnek gösterilebilir[644]. Küçük işletmelerde çalışanlara ilişkin ek özel düzenlemeler yapılabileceği ayrıca belirtilmiş ve böylece küçük işletme sahibi işverenler korunmuştur (md. 3/1-d).

Sözleşmenin 5. maddesine göre, ebeveyn izni sona eren çalışan, aynı işe veya bu mümkün olmadığı takdirde kendi istihdam sözleşmeleri veya istihdam ilişkilerine uyumlu biçimde eşdeğer veya benzer bir işe dönme hakkına sahiptir. Ayrıca ebeveyn izni sonunda izni kullanan işçinin ebeveyn izni süresi boyunca askıda olan iş sözleşmesi, bu süre esnasında işyeri uygulamalarında ya da toplu iş sözleşmelerinde meydana gelen değişikliklerden yararlanır (md. 5/2).

Üye devletler ve/veya sosyal ortaklar, ebeveyn izni süresince istihdam sözleşmesinin veya istihdam ilişkisinin durumunu belirler (md. 5/3). Direktifte, yer alan düzenlemelerin objektif nitelikte olduğu söylenebilir. Zira çalışan ebeveynler arasında iznin kullanılmasına ilişkin cinsiyete bağlı herhangi bir ayrım yapılmamıştır[645].

Direktife göre, ebeveyn izninden sonra işe dönüşü kolaylaştırmak amacıyla, çalışanların ve işverenlerin izin süresi boyunca iletişimde kalmaları teşvik edilmelidir. Taraflar aralarında kararlaştırılacak ulusal hukuk, toplu sözleşmeler ve uygulamaları dikkate alarak işe dönüşe ilişkin gerekli düzenlemeleri yapabilirler (md. 6/2). Ebeveyn iznindeki çalışanların eğitim kurslarına, takım toplantılarına veya strateji kurslarına katılmaları veya haftada birkaç saat veya yılda birkaç gün çalışmaları işveren ile iletişim hâlinde kalmasını sağlayacaktır[646].

---

[644] Evelyn Ellis, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York 2005, s. 246; Ayşegül Eraltuğ Kökkılınç, "Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İzni", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2006, s. 118.
[645] Mc Glynn, ss. 102-103.
[646] EUArbR/Risak, s. 2339.

Direktifin 7. maddesinde, çalışanın mücbir sebep nedeniyle işe ara vermesi durumu düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, üye devletler ve/veya sosyal ortaklar, çalışanın muhakkak hazır bulunmasını gerektiren hastalık veya kaza benzeri acil ailesel sebepler gibi mücbir sebepler söz konusu olduğunda çalışanlara işyerinden ayrılabilmeleri için gerekli hakkı tanımak amacıyla ulusal hukuk, toplu sözleşmeler ve uygulamalara uygun biçimde gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bu düzenleme ile sadece iş sözleşmesi ya da iş ilişkisi çerçevesinde çalışmakta olan ebeveynlere değil, aynı zamanda acil ailevi nedenlerle mücbir sebebe dayanarak tüm çalışanlara işe ara verme izni sağlanmaktadır[647]. Ancak düzenlemede işverene mücbir sebebe dayanarak izin alan çalışana ödeme yapma şeklinde bir yükümlülük getirilmemiştir[648]. Hüküm, Direktifin amaç ve içeriğinde karışıklığa yol açabileceği gerekçesiyle, ayrıca Direktifin ismiyle de çelişir nitelikte olduğu için haklı olarak eleştirilmiştir[649].

B. Genel Olarak Kısmi Süreli Çalışma

Ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucunda çalışma hayatında meydana gelen esnekleşme ile birlikte ortaya çıkan çalışma türlerinden biri de kısmi çalışmadır[650]. Kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin özel yaşamı ile aile yaşamı arasında denge kurmasını sağlar[651]. Bu sayede, işçi hem çalışıp hem de diğer işlerini yerine getirme fırsatı elde eder[652]. Kısmi süreli çalışma, daha çok Avrupa'da ve diğer gelişmiş ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de öğrenciler ve kadınlar tarafından tercih

---

[647] Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı**, 2012, https://www.ab.gov.tr/files/pub/gozde_kaya_doktora_tezi.pdf, (ET. 08.07.2017), s. 242.

[648] Jeffrey Kenner, **EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and Beyond**, Hart Publishing, North America, 2003, s. 274.

[649] Kenner, s. 271.

[650] Eyrenci, Öner: **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar**, Mozaik Yayıncılık, İstanbul 1989, (Kısmi Süreli Çalışmalar), s. 9-10; Centel, Tankut: **Kısmi Çalışma**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992 (Kısmi Çalışma), s. 12; Süzek, İş Hukuku, s. 267; Çelik, Caniklioğlu Canbve olat, s 190; Sezgi Öktem Songu, **Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007, (Çalışma Süresi), s. 83.

[651] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s 191; Caniklioğlu, Nurşen: "Atipik İstihdam Biçimleri ile Çalışanların-Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Cilt: 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (Atipik İstihdam Biçimleri), s. 63.

[652] Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 63.

edilmektedir[653]. Kısmi çalışmanın, işçilerin çalışma ve yaşam dengesini sağlamaları noktasında olumlu etkileri olmasına rağmen, düşük statüler, ücretler ve daha az eğitim ve gelişim fırsatları gibi iyi bilinen kariyer cezaları da vardır[654].

Kısmi çalışmanın temel özelliği, iş süresinin kısa olmasıdır[655]. Kısmi süreli iş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 13. ve 14. maddelerinde düzenlenmektedir. Kanundaki düzenlemeye göre, *"İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir (İş K. md. 13/1)."* Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmayı diğer çalışma türlerinden ayırt etmeye yarayan unsur çalışma süresinin tam süreli çalışmaya göre önemli ölçüde daha az belirlenmesidir[656]. Ancak her tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin çalışma süresinin azaltılması o sözleşmeyi kısmi süreli iş sözleşmesi hâline getirmez[657]. Çünkü bir sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için kısmi süreli çalışmanın sürekli ve düzenli olarak gerçekleşmesi gerekir[658].

Maddede yer alan çalışma süresinin önemli ölçüde daha az belirlenmesi ifadesine ilişkin olarak Kanunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu husus İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde[659] açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin 6. maddesine göre, *"İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır."* Bu nedenle, işçinin haftalık çalışma süresinin, işyerindeki emsal çalışma süresinin üçte ikisi veya daha kısa bir süre olarak belirlenmesi durumunda, kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edilebilecektir. İş Kanunu'nun 63. maddesine göre, haftalık çalışma süresi en çok kırkbeş saattir.

---

[653] Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 14; Centel, Kısmi Çalışma, s. 18; Süzek, İş Hukuku, s. 267; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s 191; Tunçomağ ve Centel, s. 72; Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 63.

[654] Lyonette, Clare: "Part-time Work, Work Life Balance and Gender Equality", Journal **of Social Welfare and Family Law**, 2015, Cilt: 37, Sayı: 3, ss. 321, 324; Kısmi süreli çalışmanın yararları ve olumsuzlukları hakkında daha geniş bilgi için bkz., Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 14 vd.; Centel, Kısmi Çalışma, s. 17-22; Öktem Songu, Çalışma Süresi, ss. 97-98.

[655]Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 23; Centel, Kısmi Çalışma, s. 27; Tunçomağ ve Centel, s. 72; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s 191; Öktem Songu, Çalışma Süresi, s. 94.

[656] Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 23; Centel, Kısmi Çalışma, s. 27; Süzek, İş Hukuku, s. 268; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s 191.

[657] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s 192; Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 65.

[658] Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 24; Centel, Kısmi Çalışma, s. 29; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s.191; Tunçomağ ve Centel, s. 73; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 448; Öktem Songu, Çalışma Süresi, s. 95.

[659] RG.: 06.04.2004, S.: 25425.

Kanundaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kırkbeş saatin üçte ikisi otuz saattir. Bu süre, kısmi çalışmanın azami süresi olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanunda, kısmi süreli çalışmada haftalık çalışma süresinin nasıl paylaştırılacağı konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle de işçi haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın belirli günlerinde belirli bir süre, haftada bir ya da birkaç gün içinde belirli bir süre çalışma olarak kararlaştırılabilir[660].

C. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına Genel Bir Bakış

Taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde serbestçe kısmi süreli iş sözleşmesi ilişkisi kurabilirler. Ancak 6663 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun 13. maddesine eklenen 5. ve 6. fıkralar ile işverenin bu konudaki serbestisine sınırlama getirilmiştir[661]. 6663 sayılı Kanunla işverenlere ebeveynin talebi üzerine kısmi çalışma yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Çalışmamızda bu konu, kadın işçinin analığı ile bağlantılı olduğu için ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Evli ve çocuklu kadınlar için en uygun çalışma biçimi kısmi süreli çalışmadır[662]. Kısmi süreli çalışma, gebe ve anne işçilerin çalışma hayatlarına devamlarının sağlanabilmesi bakımından oldukça önemlidir. Her ne kadar ev işleri ve çocuk bakımı gibi aile sorumlulukları sadece kadının görevi olmasa da toplumumuzdaki genel anlayış bu yönde olduğu için kadın işçiler, bu gibi sorumlulukları tam gün süreli bir işle birlikte yürütmekte zorlanabilmektedirler. Bu nedenle, kısmi süreli çalışmaların tercih edilmesi yoluyla çalışma yaşamı ile eve dair sorumlulukların bağdaştırılabilmesi kolay hâle gelebilecektir[663]. Ayrıca kısmi süreli çalışma ile kadın iş gücünün çalışma hayatında girmesini kolaylaşmakta ve bunun sonucunda çalışan kadın iş gücü artmaktadır[664].

---

[660] Süzek, İş Hukuku, s. 268; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 193; Öktem Songu, Çalışma Süresi, s. 94.
[661] Süzek, İş Hukuku, s. 269.
[662] Tunçomağ, Kadının Durumu, s. 126.
[663] Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 14; Lyonette, s. 321.
[664] Süzek, İş Hukuku, s. 267.

6663 sayılı Kanun ile birlikte İş Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrasından sonra gelmek üzere, 4. fıkradaki düzenlemeyi de somutlaştırıcı nitelikte bir düzenleme yapılmıştır[665]. Söz konusu düzenlemeye göre,

> *"Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır (İş K. md. 13/5).*
>
> *Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir (İş K. md. 13/6)."*

Bu hüküm 6663 sayılı Kanunla birlikte getirilen önemli düzenlemelerden biridir. Bu düzenleme sayesinde, ilköğretim çağına gelmemiş çocuğu olan anne ve babaların kısmi süreli olarak çalışmaları kolaylaştırılmıştır ve teşvik edilmiştir[666].

4857 sayılı Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrasında, *"İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğunda kısmî süreliden tam süreliye veya tam süreliden kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur*[667]*."* düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme Arbeitsförderungsgesetz[668] (AFG) (İstihdamı Teşvik Yasası'nın) § 3 hükmü dikkate alınarak hazırlanmıştır. Söz konusu hüküm, kısmen de olsa tam süreli çalışan kadın işçilerin kısmi süreli çalışmaya geçişlerine imkân sağlamaktadır. Ancak Kanundaki bu düzenlemenin işveren üzerinde herhangi bir zorlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır[669]. Bununla birlikte, kural olarak kısmi süreli çalışma tarafların karşılıklı anlaşmasıyla gerçekleşir ve bu çalışmanın sebebinin ne olduğu önemli

---

[665] Centel, Analık, Hali, s. 14.
[666] Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 63.
[667] Öğretide, bu düzenlemeye çocuk, hasta, yaşlı veya engelli bakım yükümlülüğü gibi aile yükümlülükleri olan işçilere, istekleri hâlinde, tam süreliden kısmî süreliye geçirilmede öncelik tanınacağı ibaresinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz., Bakırcı, s. 32.
[668] Kanunun tam metni için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_3/SGB_3.pdf, (ET. 02.11.2018).
[669] Süzek, İş Hukuku, s. 269; Centel, Analık Hali, s. 14.

değildir. Oysa, 6663 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun 13. maddesine eklenen 5. fıkradaki düzenlemede yer alan kısmi süreli çalışmaya geçme imkânında sebep bellidir ve işveren üzerinde zorlayıcı etkinin varlığı söz konusudur[670]. Zira maddede belirli şartlar altında ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunabileceği ve bu talebin işveren tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu zorunluluk nedeniyle, işçinin doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkına geçiş talebi değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanımı olarak nitelendirilmektedir[671].

İşçinin iş sözleşmesi yapılırken doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından feragat etmesi mümkün değildir. Sözleşmede bu yönde kayıtlar varsa, bu kayıtlar herhangi bir geçerlilik kazanmaz[672].

Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışma, yapılabilmesi için Kanunda aranan şartların gerçekleşmiş olması ve işçinin talepte bulunması gerekir. Bu tür kısmi çalışma, bazı özellikleri nedeniyle klasik anlamda kısmi süreli çalışmadan ayrılmaktadır. Örneğin, doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçi, başka bir işverenin yanında kısmi süreli çalışma yapamaz. Zira bu hakkın tanınmasındaki amaç ebeveynin kısmi çalışmadan arda kalan sürede çocuğunun bakımı ile ilgilenmesidir. Eğer, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş yapan işçi, kısmi süreli çalışmadan arda kalan sürede başka bir işverenin yanında da kısmi süreli çalışma yapıyorsa, işveren iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesininde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri hükmüne dayanarak haklı nedenle feshedebilir. Oysaki, diğer kısmi çalışmalarda aynı anda birden fazla işveren yanında işçi kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışabilir. Buna yasal bir engel yoktur.

Belirtmek isteriz ki, ebeveynlere doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkın tanınması oldukça isabetli bir düzenlemedir. Ancak hükmün düzenleniş şekli beraberinde birçok sorunu da getirmektedir. Doğum sonrası ve evlat edinme sonrası kısmi süreli çalışma uygulaması, kısmi çalışmaya ilişkin genel hükümlere bağlı olmakla birlikte, bu

[670] Süzek, İş Hukuku, s. 269; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 202; Akyiğit, İş Hukuku, s. 160.
[671] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 49; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 90.
[672] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 129.

haktan faydalanabilmek için İş Kanunu'nda yer alan genel hükümlerin dışında bazı özel şartların da gerçekleşmiş olması gereklidir.

Kanunda yer alan bu düzenleme, birçok Avrupa ülkesi hukuk sistemlerinde ve Alman hukukunda Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nundaki ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerle kısmen benzer özellik taşımaktadır. Ebeveyn izni esas itibariyle, doğan ya da evlat edinilen çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, eğitimi ve korunması gibi ihtiyaçların karşılanması amacıyla kanunla düzenlenmiş, iş sözleşmesi sona erdirilmeksizin belli bir süre çalışmama ya da normal çalışma süresinden daha az sürelerle çalışma imkânı tanıyan bir izindir[673].

Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin düzenleme emredici nitelikte olduğundan, bu hakkın gerek bireysel gerekse toplu iş sözleşmesi ile sınırlanması ve ortadan kaldırılması mümkün değildir[674]. Alman hukukunda Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nda, ebeveyn izni hakkının bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılması ve hakkın kullanılmasının engellenmesinin mümkün olmadığı açıkça düzenlenmiştir (BEEG §15/2). Zira Alman hukukundaki düzenleme de emredici nitelik taşımaktadır[675].

Alman hukukunda ebeveyn izninde olan işçiye, belirli durumlarda işçinin hem işyeri ile bağlantısını sürdürebilmesi hem de aile gereksinimlerini yerine getirebilmesi amacıyla, izin esnasında kısmi süreli çalışma talebinde bulunma hakkı tanınmıştır[676]. İşçi ebeveyn izni esnasında üç türlü kısmi çalışma yapılabilir. İşçi, isterse kendi işverenin yanında isterse başka bir işverenin yanında ya da kısmi süreli olarak bağımsız çalışabilir. Ancak işçinin başka bir işverenin yanında ya da bağımsız bir şekilde kısmi süreli çalışma yapabilmesi için işverenin onayı gerekmektedir (BEEG § 15/4)[677]. Ebeveyn iznine ayrılmak isteyen kişi, bu izni talep ederken

---

[673] Erkul, s. 102; Eraltuğ Kökkılınç, ss. 112, 119; Sedef Koç, "İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar 2**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 208.

[674] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 202; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s.129.

[675] Peter Wedde, (Hrsg.), Arbeitsrecht Kompaktkommentar zum Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 3. überarabeitete Aufl., Frankfurt am Main 2013, Wedde-Böttcher, s. 541; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 978.

[676] Ufuk Aydın, "Aile Dostu İş Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Prof**. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, (Aile Dostu), s. 381.

[677] Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., ErfK/Gallner, s. 798-799; Buchner ve Becker, ss. 956-958 ; Willikonsky, ss. 356-357; Jochen Sievers, TzBfG Teilzeit- und Befristungsgesetz, 5. Aufl., Köln 2016, ss. 549-551; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 672-675; H. M. Peter Rambach, Teilzeit und Befristung, Arbeitsverhältnisse flexibel gestalten, 2. Aufl., Haufe, Freiburg 2015, s. 96; Weiss

çalışma saatlerinin azaltılmasını talep etmemiş olsa bile söz konusu izni kullanmaya başladıktan sonra da çalışma saatlerinin azaltılmasını talep etmesi mümkündür[678]. Nitekim, izni kullanacak kişi izni kullanmaya başladığı andan itibaren çalışma süresinin azaltılmasını talep etmek zorunda değildir. İşçi, izni kullandığı esnada da böyle bir talepte bulunabilir.

Alman hukukunda ebeveyn izninde kısmi çalışmada, Türk hukuk sisteminde olduğu gibi sadece çalışma süresinin azaltılmasına değil, aynı zamanda çalışma süresinin iş günlerine göre dağıtılmasına da imkân tanınmıştır (BEEG § 15/5)[679].

Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nda ebeveyn izninden ve bu izin esnasında kısmi çalışma hakkından kimlerin, ne zaman ve ne şekilde yararlanacakları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Tam süreli çalışma ve kısmi süreli çalışma dâhil olmak üzere ebeveyn izni her türlü iş ilişkisinde kullanılabilir[680]. İş sözleşmesinin türünün, süresinin, kapsamının ve yapılan işin niteliğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır[681]. Bu nedenle de belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi de ebeveyn izni talebinde bulunabilir[682]. Ancak söz konusu izin kullanılırken belirli süreli iş sözleşmesi sona ererse, iznin kullanılıyor olması sözleşme süresinin uzamasına neden olmaz[683].

Türk hukukunda, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından belirsiz süreli ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler yararlanabilir. Çünkü Kanunda sözleşmenin belirli süreli olup olmamasına ilişkin herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Aksi durumun kabulü hâlinde, İş Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapılamayacağına ilişkin düzenlemeye aykırılık söz konusu olur.

Susanne, s. 15; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, ss. 995-998; Patrick Burns, **Elternzeit**, 3. vollständig überarbeitete Aufl., RdW Band 237, Boorberg, Baden-Baden 2015, s. 162.

[678] BAG, 19. 4. 2005, 9 AZR 233/04, https://lexetius.com/2005, 2410, (ET. 02.01.2018).

[679] Sievers, s. 525.

[680] Buchner ve Becker, s. 943; Meisel ve Sowka, s. 559; Burns, s. 19.

[681] HWK/Gaul, s. 624; Buchner ve Becker, s. 943; Meisel ve Sowka, s. 559; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 965.

[682] Meisel ve Sowka, s. 559; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 965.

[683] Buchner ve Becker, s. 943; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 965.

İtalya'da anne ve babaya çocuğun yaşamının ilk sekiz yaşı boyunca azami altı ay ebeveyn izni alma hakkı tanınmıştır[684]. Hatta ebeveyn izni başvurusu sırasında evlenmemiş olan anneler için bu süre on ay olarak belirlenmiştir[685]. Evlenmemiş veya boşanmış olan babalar, çocuğun annesi ciddi bir şekilde hastaysa veya ölmüşse, anne tarafından çocuğun bakımı ihmal ediliyorsa ya da çocuğun bakımı babaya devredilmişse on aylık ebeveyn iznine sahip olur[686].

İsveç hukukunda, her anne ve baba, ebeveyn ödeneğine hak kazanıp kazanmadığına bakılmaksızın çocuğu on sekiz aylık olana kadar ebeveyn iznine sahiptir. Evlat edinme hâlinde ise, çocuğun evlat edinildiği andan itibaren on sekiz aylık ebeveyn izni hakkı söz konusudur. Çalışanın evlat edinmesi hâlinde bu izin hakkı, çocuk sekiz yaşını tamamladığında veya ilköğretim yaşını tamamladığı tarihte sona erer (Föräldraledighetslagen, § 5/1)[687] . Görüldüğü üzere, burada ebeveynin kendi çocuğu nedeniyle sahip olduğu ebeveyn izni süresi, evlat edinmesi hâlinde geçerli kabul edilmiştir. Bu sayede her iki durumda da hak sahibinin eşit haklardan yararlanması sağlanmıştır. Oysaki, Türk hukukunda durum çok farklıdır. Mevzuatımızda yer alan düzenlemelere göre ebeveynler her durumda ister kendi çocuğu olsun isterse evlat edinilen bir çocuk olsun, çocuğun ilköğretim çağına geldiği ayın başına kadar kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep edilebileceklerdir. Ayrıca İş Kanunu'nda bu hakkın kullanılabileceği toplam süreye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ebeveyn, İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan zorunlu izinleri kullandıktan sonra çocuğu ilköğretim çağına gelene kadar uzun bir süre kısmi süreli çalışma hakkından yararlanabilir.

---

[684] EURES, The European Job Mobility Portal, Living and Working Conditions, Italy. Retrieved from https://ec.europa.eu/eures/main.jsp?catId=8440&acro=living&lang=en&parentId=7783&coun tryId=IT&living, ET. (16.04.2014)'dan aktaran Tünzünkan, s. 320; EFILW, Parental Leave in European Companies, Establishment Survey on Working Time 2004–2005, European Foundation for The Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2007, ss.7-8'den aktaran Nurgün Kul Parlak, "Avrupa Birliği'nde İş- Yaşam Dengesine Yönelik Uyumlaştırma Politikaları: Ebeveyn İzni", **http://dergipark.gov.tr**, (ET. 10. 03.2018), s. 70.

[685] Dolce ve Luca, s. 107.

[686] Dolce ve Luca, s. 107.

[687] Ayrıca bkz., Häusig, s. 36; https://sweden.se/society/10-things-that-make-sweden-family-friendly/(ET. 08.10.2017).

Fransız hukukunda da işyerinde en az bir yıllık kıdemi olan anne ve babalara ebeveyn izni hakkı ("Congé parental") tanınmıştır[688]. Eşler bu izni birlikte kullanabileceği gibi ayrı ayrı da kullanabilirler[689]. Ebeveyn izni, çocuk üç yaşına gelene kadar herhangi bir zaman diliminde kullanılabilir[690]. Evlat edinme durumunda, evlat edinilen çocuğun eve gelişinden on altı yaşına kadar olan sürede bu izin kullanılabilir[691]. Bu izin süresi en fazla bir yıl olabilir ve çocuğun doğumundan üç yaşına kadar iki defa uzatılabilir[692]. Ancak evlat edinilen çocuk üç ile on altı yaş arasında ise, bu izin çocuğun eve gelişinden itibaren en fazla bir yıl kullanılabilir[693].

Fransız hukuk sisteminde işçi, ebeveyn iznini kullanırken çalışmasını durdurabileceği gibi çalışma süresini de kısaltabilir[694]. Ebeveyn izni kullanan kadın ve erkek işçilere ebeveyn izninde çalışmama ve kısmi çalışma durumunda farklı miktarlarda yardım yapılır. Bu yardım bir çocuğu olan ailelere altı ay boyunca, iki ve daha fazla çocuğu olan ailelere yirmi dört ay boyunca yapılmaktadır. Tek ebeveynli aileler için istisna getirilmiş ve ebeveynin bu yardımdan ilk çocuğu bir yaşına gelene kadar, sonraki çocuklar içinse üç yaşına kadar yararlanması mümkün hâle getirilmiştir[695].

Büyük Britanya'da Annelik ve Ebeveyn İznine Dair Düzenleme'nin 13. maddesine göre, en az bir yıldan beri işyerinde çalışan ve çocuğun bakımını üstlenen ebeveynler, ebeveyn izni hakkına sahiptir. Bu izin, çocuğun beş yaşına geldiği tarihe kadar kullanılabilir (MPRL md. 15). Ebeveyn izni süresi, her bir çocuk için on üç haftadır (MPRL md. 14/1).

[688] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 154.
[689] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 154; Auzero, Gilles/Dockes, Emmanuel: Droit du travail, Dalloz 2016, s. 927-928 ve Verdier, Maurice/Coeuert, Alain/Souriac, Marie- Armelle: Droit du travail, Rapports Individuels, Mementos Dalloz 16e édition, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.
[690] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 154; EFILW, Parental Leave in European Companies, Establishment Survey on Working Time 2004–2005, European Foundation for The Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2007, ss.7-8'den aktaran Kul Parlak, s. 71.
[691] Auzero/Dockes, s. 927-928 ve Verdier/Coeuert/Souriac, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.
[692] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 154; Auzero/Dockes, s. 927-928 ve Verdier/Coeuert/Souriac, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.
[693] Auzero/Dockes, s. 927-928 ve Verdier/Coeuert/Souriac, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.
[694] Auzero/Dockes, s. 927-928 ve Verdier/Coeuert/Souriac, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.
[695] Auzero/Dockes, s. 927-928 ve Verdier/Coeuert/Souriac, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.

D. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına İlişkin Düzenlemenin Uygulama Alanı

4857 sayılı Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasındaki hükmüne göre, *"Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir."* Kanunun 74. maddesindeki düzenlemelerden daha önce de belirttiğimiz gibi tüm işçiler yararlanmaktadır[696]. Zira Kanunda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmıştır. Kanunda 74. maddedeki düzenlemeden farklı olarak 13. maddede yer alan düzenlemeden İş Kanunu kapsamı dışında çalışan işçilerin yararlanabileceğine dair herhangi bir normatif hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle de doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından sadece İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçiler yararlanabilir[697]. Kanaatimizce, İş Kanunu kapsamında olmayan işçilerin de bu haktan yararlanacağı açıkça Kanunda düzenlenmelidir[698]. Alman hukukunda ayrı bir kanunla düzenlenen bu haktan yararlanacak kişilerin tabi oldukları kanuna ilişkin herhangi bir ayrım yapılmamıştır.

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanmak isteyen işçinin, bu haktan yararlanabilmesi için yaptığı işin niteliğinin, işyerinin büyüklüğünün, işçinin kıdeminin herhangi bir önemi bulunmamaktadır[699]. Kanunda bu konuda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. İşyerinde bir kişi çalışsa bile, o kişi doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanabilecektir[700]. Oysaki, Alman hukukunda işçinin bu haktan yararlanılabilmesi için işyerinde eğitim gören kişiler hariç olmak üzere, düzenli olarak en az on beş işçinin çalışıyor olması (BEEG §15/7, nr.1)[701] ve işçinin aynı işyerinde ya da işletmede kesintisiz bir şekilde altı

---

[696] Bkz., Birinci Bölüm, III, B, 7.
[697] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 56, 95; Uğur ve Yiğit, s. 92.
[698] Aynı yönde bkz., Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 56, 95.
[699] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 119; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 57; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 204; Canbolat ve Özkan, ss. 129- 130; Köseoğlu, s. 115.
[700] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 119; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 57; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 204; Canbolat ve Özkan, s. 130.
[701] Benzer düzenleme için bkz., Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit und Befristungsgesetz – TzBfG) § 8/7; Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Gernod Meinel, Judith Heyn, ve Sascha Herms, Teilzeit- und Befristigungsgesetz, Kommentar, 5. neubearbeitete Aufl.,C.H.Beck, München 2015, ss. 188-190 ; Sievers, ss. 72-74; Rambach, s. 18.

aylık kıdeme[702] sahip olması gerekmektedir (BEEG §15/7, nr. 2)[703]. Öğretide isabetli olarak, hukukumuzda da Alman hukukundaki gibi işyerinde çalışan işçi kapasitesine ilişkin sınırlamanın olması gerektiği aksi hâlde, düzenlemenin küçük işverenler için büyük bir yük getireceği belirtilmiştir[704]. Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik'te hangi sektör ve işlerde kısmi çalışma yapılamayacağına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu durumun Yönetmelikte düzenlenmesi de öğretide haklı olarak eleştirilmiştir[705]. Zira bilindiği üzere, yönetmelikler Kanunda yer alan hükümleri açıklığa kavuşturmak ve hükümlerin uygulama esas ve usullerini göstermek amacıyla çıkarılır. Bu nedenle de konunun Kanunda düzenlenmesi yerinde olacaktır[706].

Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin düzenleme 29 Ocak 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İş Kanunu'nda ya da ilgili Yönetmelikte sadece düzenleme yürürlüğe girdikten sonra meydana gelen doğumlar için bu haktan yararlanabileceğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle de düzenleme yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen doğumlar bakımından bu haktan yararlanılabileceği gibi mevzuatta hakkının kullanımı için aranan şartların gerçekleşmesi hâlinde düzenleme yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen doğumlar için de bu haktan yararlanılabilecektir[707].

[702] Kısmi süreli iş sözleşmesinde benzer düzenleme için bkz., TzBfG § 8/4; Meinel/Heyn/Herms, s. 134, Sievers, ss. 69-70; Rambach, ss. 18-19.
[703] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Buchner/Becker, s. 960; Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1894; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Litzig, s. 1149; Marcel Grobys ve Andrea Panzer-Heemeier (Hrsg.), **Arbeitsrecht, Alphabetische Gesamtdarstellung, Individualarbeitsrecht/Kollektives Arbeitsrecht/Prozessrecht**, 3. Aufl. Nomos, Baden-Baden 2017, Grobys/Panzer/Fohrmann, SWK-ArbR 2017, s. 1096; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 661; ErfK/Gallner, s. 797.
[704] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 119; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 57; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 204.
[705] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 119; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 57; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 204.
[706] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 204.
[707] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 56.

E. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçme Talebinde Bulunacak Kişiler

1. Ebeveynlerden Biri

Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, erkek ve kadın işçi tarafından kullanılabilir. İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen yarım çalışma izni sadece birlikte veya münferiden evlat edinme hâlinde erkek işçi tarafından kullanılabilirken, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı evlat edinme dışında doğum sonucunda baba olan erkek işçilere de tanınmıştır. Sonuç itibariyle, hem doğum hem de evlat edinme durumda erkek ve kadın işçi kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilecektir. Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı her ne kadar her iki cinse tanınmış olsa da, uygulamada aile içinde çocuğun bakım görevini kadının üstlenmesi nedeniyle bu hak daha çok kadınlar tarafından kullanılacaktır[708].

İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasına göre, *"Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir."* Bu fıkrada yer alan ebeveyn kelimesi anne ve babayı ifade etmektedir[709]. Bu düzenleme, kadın erkek eşitliği açısından ve çocuk ile babanın da ilgilenmesine olanak tanıdığı için yerindedir[710]. Ayrıca hakkı kullanacak olan kişinin, ebeveynlerin tercihine bırakılması oldukça isabetlidir. Zira ebeveynler ekonomik gelirlerini, çocuk ile olan iletişimlerini ya da annenin süt izninden sonra da çocuğunu emzirmeye devam etmek istemesini göz önünde bulundurarak kimin haktan yararlanacağına serbestçe karar verebilmelidirler.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, Alman hukukundaki benzer düzenleme ebeveyn izni olarak nitelendirilmekte ve ilgili kanunda, çocuğun anne babası dışında çocuğu tanıyan, tam zamanlı bakımı üstlenen ve evlat edinen kişilerin çalışan olmaları şartı ile bu haktan yararlanabilecekleri belirtilmiştir[711]. Çocuk ile ebeveyn

---

[708] Banu Metin, "İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri", **TİSK Akademi**, Cilt: 12, Sayı: 23, ss. 43-44; Balcı Gökçeoğlu, s. 1287.

[709] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 118.

[710] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 118; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 202; Canbolat ve Özkan, s.128.

[711] Buchner ve Becker, s. 944; Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 963; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, ss. 637-638; Tillmanns/ Mutschler- Tillmanns, s. 967.

izni kullanacak kişi arasında ortak ekonomik ve sosyal bir bağın varlığı aranmıştır[712]. Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nun § 15/1 ve (1a) hükmüne göre, çocuğu ile aynı evde yaşayan ebeveynler ve çocuğu evlat edinen kişiler dışında belirli şartlar altında büyükanne ve büyükbabalar[713], Sozialgesetzbuch (SGB) 8. kitabının §33 hükmü uyarınca bir çocuğun tam zamanlı bakımını üstlenen kişiler ebeveyn izni hakkından yararlanabilir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Alman hukukunda ebeveyn izninden yararlanacak kişilerin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur[714].

Türk hukuk düzeninde olduğu gibi Alman hukuk sisteminde de çalışan kişiler bu haktan yararlanabilir[715]. Bu nedenle de çalışma ilişkisi ebeveyn izni başlamadan sona ererse, bu hakkın kullanılması mümkün değildir[716]. Kanun koyucu, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından çalışan anne ve babanın aynı anda yararlanmasına imkân tanımamıştır. Zira maddede ebeveynlerden sadece birinin bu haktan yararlanabileceği düzenlenmiştir. Oysaki, BEEG §15/3'e göre, her iki ebeveyn aynı anda ebeveyn izni kullanabilir[717]. Ancak Almanya'da da ağırlıklı olarak bu izin kadın işçiler tarafından kullanılmaktadır[718].

---

[712] Buchner ve Becker, s. 945.

[713] Ebeveyn izni, çocuğun ebeveynlerinin izni kullanmadığı durumlarda, büyükanne ve büyükbaba tarafından talep edilebilir. Ancak, büyükanne ve büyükbaba tarafından bu hakkın kullanılabilmesi için çocukla aynı evde yaşamaları ve çocuğa kendilerinin bakması ve yetiştirmesi gerekir. Ayrıca, ebeveynlerden birinin ergin olmaması ya da ebeveynlerden birinin ergin olmadan başladığı mesleki eğitimine devam ediyor olması ve ve iki ebeveynin işgücünün tümünün büyük anne veya büyük babanın tek başına üstlenmesi gerektiği hüküm altına alınmış olması gerekir (BEEG §15/1).

[714]Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1883; Grobys/Panzer/Fohrmann, SWK-ArbR, s. 1090; ErfK/Gallner, s. 795; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 643; AR-Klose, s. 579-580; Willikonsky, s. 348; Tillmanns /Mutschler-Tillmanns, ss. 967-971.

[715] Buchner ve Becker, s. 943; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 643.

[716] Meisel ve Sowka, s. 561; Johannes Zmarzlik, Manfred Zipperer ve Peter Hans Viethen. **Mutterschutzgesetz Mutterschaftsleistungen Bundeserziehungsgelgesetz**, 8. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Carl Heymanss Verlag, Köln-Berlin-Bonn- München 1999, s. 621; Buchner ve Becker, s. 943.

[717] Bkz., Krause, Rüdiger: **Arbeitsrecht**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2015, s. 205; ErfK/Gallner, s. 795; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Litzig, s. 1142; Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1886; Zöllner, Loritz ve Hergenröder, s. 463; Grobys/Panzer/Fohrmann, SWK-ArbR 2017, s. 1090; Willikonsky, s. 351; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 971; Podehl, s. 89; İtalya'da her iki ebeveyn birlikte ebeveyn izninden yararlanabilir. Ancak, bu durumda toplam süre 10 ayı aşmamalıdır. Ancak, baba en az 3 ay süre ile ebeveyn izni alırsa toplam süre 11 aya çıkabilir. Örneğin, anne 5 ay baba 6 ay ebeveyn izni kullanabilir. Bkz., Dolce ve Luca, s. 107.

[718] Krause, s. 205.

2. Evlat Edinenler

Doğum yapan kadın işçinin ya da eşinin yanı sıra birlikte evlat edinen veya münferiden evlat edinen kişiler de kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilirler. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu münferiden ya da birlikte evlat edinenler, çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilir (İş K. md. 13/5). Alman hukukunda, evlat edinen kişinin ebeveyn izni kullanılabilmesi için çocuğun üç yaşından küçük olması yönünde herhangi bir şart aranmamaktadır[719]. Evlat edinme durumunda çocuğun evlat edinildiği andan itibaren çocuk sekiz yaşına gelene kadar üç yıl boyunca ebeveyn izni kullanılabilir (BEEG §15/2)[720]. İki yaşında bir çocuğun ya da beş yaşındaki bir çocuğun evlat edinilmesi durumunda ebeveyn, üç yıllık ebeveyn izni süresini çocuk sekiz yaşını tamamlayana kadar istediği zaman kullanabilecektir. Kanaatimizce, hukuk sistemimizde de evlat edinme hâlinde tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, sadece üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen kişilere tanınmamalıdır. Ayrıca çocuğun tanınması veya tam zamanlı bakımının üstlenilmesi durumunda da çocuğun en fazla sekiz yaşını tamamlamasına kadar bu izin kullanılabilir (BEEG §15/2).

Doğum nedeniyle kısmi çalışmaya geçmek isteyen kadın işçi ileride de açıklanacağı üzere, çocuğu ilköğretim çağına gelene kadar istediği zaman tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilmektedir. Örneğin, çocuk dört yaşındayken de bu hak ebeveyn tarafından kullanılabilir. Buna karşılık, dört yaşındaki bir çocuğu evlat edinen ebeveyn, üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinmediği için söz konusu haktan yararlanamamaktadır. Bu durumun adaletsizliğe neden olacağı kanısındayız. Doğum sonucu anne ve baba olan kişiye kıyasla evlat edinilen bir çocuğa annelik ya da babalık yapmak isteyen kişinin, evlat edindiği çocuk ile daha fazla vakit geçirme ihtiyacı olmasına karşılık, evlat edinen ebeveynin sırf üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinmediği için bu haktan yararlanamıyor olması kanaatimizce uygun değildir.

---

[719] ErfK/Gallner, s. 796; Marburger, Schwangerschaft, s. 80.

[720] Buchner vBecker, s. 946; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 651; Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 963; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 971; Hans-Harald Sowka, Elternzeit, 7. Aufl., Düsseldorfer Schriftenreihe, Düsseldorf 2015, s. 16.

Fransız hukukunda, çocuğun evlat edinilmesi hâlinde ebeveyn izni kullanılabileceği düzenlenmiş ve bu hakkın kullanılabilmesi için evlat edinilen çocuğun on altı yaşından küçük olması gerektiği belirtilmiştir[721]. Evlat edinilen çocuk üç ile on altı yaş arasında ise, ebeveyn izni çocuğun eve gelişinden itibaren en fazla bir yıl olarak kullanılabilir[722].

Öğretide, İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5 fıkrasındaki *"münferiden evlat edinenler"* ifadesinden evlilik ilişkisi olmaksızın kadın ve erkek işçinin tek başına evlat edinmesi olarak anlamak gerektiği belirtilmiştir[723]. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[724] hükmü gereğince evli olan kişiler de münferiden evlat edinebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 306. maddesine göre, *"Eşler, ancak birlikte evlât edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlât edinemezler."* Bu düzenleme nedeniyle, evli olan kişilerin tek başına evlat edinmesi kural olarak mümkün değildir. Evli olmayan kişiler, Türk Medeni Kanunu'nun 307. maddesine göre, otuz yaşını doldurmuş olmaları hâlinde tek başına evlat edinebilirler. Kanunda belirli durumlarda evli olan kişilerin de tek başlarına evlat edinebileceği düzenlenmiştir. Kanunun 307. maddesinin 2. fıkrasına göre,

> *"Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlât edinebilir."*

Kanunda aranan şartların gerçekleşmesi durumunda, evli olan eşler tek başlarına evlat edinebilirler. Böyle bir durumda eşler birlikte evlat edinmediği için sadece evlat edinen kişi, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilir. Diğer eşin bu haktan yararlanması söz konusu olamaz. Eşler birlikte evlat edinirse, eşlerden herhangi biri kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından yararlanabilir.

---

[721] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 154.
[722] Auzero/Dockes, s. 927-928 ve Verdier/Coeuert/Souriac, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.
[723] Ekonomi'ye göre, hükmün yazılışı farklı yorumlara ve eleştirilere neden olacak niteliktedir. Söz konusu düzenlemeden, eşlerin birlikte evlat edinebilecekleri veya eşlerden birinin tek başına evlat edinebileceği gibi bir anlam çıkarılabilir. Oysaki TMK'ya göre, evlilikte kural birlikte evlat edinmedir. İş Kanunu'ndaki *"münferiden evlat edinen"* kavramıyla TMK md. 307/2 kapsamında eşin istisnai olarak tek başına evlat edinmesine ilişkin durumun değil, evlilik ilişkisi olmaksızın kadın veya erkek işçinin tek başına evlat edinmesi hâli olarak anlaşılması gerekmektedir. Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 48-49; Aksi görüş için bkz., Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 123.
[724] Kabul Tarihi: 21.11.2001, RG.: 08.12.2001, S.: 24607.

F. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkından Yararlanma Koşulları

Doğum veya evlat edinme sonucunda çocuk sahibi olan kadın veya erkek işçi her durumda tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş yapamaz. Ebeveynlerin söz konusu haktan yararlanabilmesi için İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında yer alan şartları sağlamış olması gerekir. Aşağıda söz konusu hakkın kullanılabilmesi için aranan şartlar ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

1. İlköğretim Çağını Doldurmamış Çocuğa Sahip Olma

İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilmesi için çocuğun ilköğretim çağını doldurmamış olması gerekir[725]. 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun[726] 3. maddesine göre, *"Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter."* Ayrıca bu konuda ayrıntılı hükümler içeren Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin[727] 11. maddesinin 6. fıkrasının a ve b bendine göre,

> *"a) İlkokulların birinci sınıfına, kayıtların yapıldığı yılın eylül ayı sonu itibarıyla 66 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Gelişim yönünden ilkokula hazır olduğu anlaşılan 60-66 ay arası çocuklardan, velisinin yazılı isteği bulunanlar da ilkokul birinci sınıfa kaydedilir.*
>
> *b) Okul müdürlükleri, yaşça kayıt hakkını elde eden çocuklardan 66, 67 ve 68 aylık olanları velisinin vereceği dilekçe; 69, 70 ve 71 aylık olanları ise ilkokula başlamaya hazır olmadıklarını belgeleyen sağlık raporu ile okul öncesi eğitime yönlendirebilir veya kayıtlarını bir yıl erteleyebilir."*

[725] Ayrıca, daha önce yarım çalışma izninde bahsettiğimiz gibi izin süresi boyunca çocuğun ve annenin hayatta olması gerekir. Bkz., Birinci Bölüm, III, C, 4, d.; İş hukuku mevzuatında kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin talebinde çocuğun yaşıyor olmasına ilişkin olarak işverene belge vermesi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Çocuk ölmüş olsaydı, işverenin bundan haberi olabileceği ihtimali nedeniyle, bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı düşünülmüş olabilir. Ancak, kötüniyetli yaklaşımların ve gelecekte yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından, kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunulurken çocuğun yaşadığını gösterir bir belgenin de eklenmesi gerektiği yönünde düzenleme getirilmesi de yerinde olabilir. Bkz., Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 71.

[726] Kabul Tarihi: 05.01.1961, RG.: 12.01.1965, S.: 10705.

[727] RG.:26.09.2014, S.: 29072.

İki hükümden de anlaşılacağı üzere, kural olarak altmışıncı ayını tamamlayan ve bazı hâllerde yetmiş ikinci ayını tamamlayan çocuklar ilköğretim çağına gelmiş olur. Bu nedenle de altmış aydan veya istisnai hâllerde yetmiş iki aydan küçük çocuğa sahip olan işçilerin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabileceği söylenebilecektir.[728]. Çocuğun okul öncesi eğitim alıp almaması hakkın kullanımı bakımından önemli değildir. Zira Kanunda kısmi süreli çalışmaya geçme şartı bakımından çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmemiş olmasına yer verilmiştir[729].

Engelli çocuğa sahip olan ebeveynler de bu haktan yararlanabilmektedir. Ancak engelli çocuğun ilköğretim çağını tamamlaması durumunda haktan yararlanma söz konusu olmayacaktır. Öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere, ilköğretim çağını tamamlamış olmakla birlikte %50 ve daha fazla oranda engelli çocuğa sahip olan ebeveynlerin de bu haktan yararlandırılması isabetli bir düzenleme olur [730] . Engelli çocuğa sahip ebeveynlere bu yönde pozitif bir ayrımcılık yapılmasının yerinde bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz.

2. İş Kanunu'nun 74. Maddesinde Düzenlenen İzin Haklarını Kullanmış Olma

İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasına göre, *"Bu kanunun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir."* Bu düzenleme de beraberinde birçok sorunu getirmektedir. Öncelikle, düzenleme kısmi süreli çalışmanın başlangıcı konusunda birçok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır [731] . Bu soruları şöyle sıralayabiliriz.

- İşçi kısmi süreli çalışmaya geçmeden önce Kanunun 74. maddesindeki tüm izinleri kullanmalı mı?
- İşçinin Kanunun 74. maddesindeki tüm izinleri kullanması gerekiyorsa bu izinleri birbiri ardına mı kullanmalı?

[728] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 117-118; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 203.
[729] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 118; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, ss. 202- 203; Taşdemir, s. 137.
[730] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 119.
[731] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 94.

- İşçi maddede düzenlenen izinlerin hepsini kullanmak zorunda değilse, hangi izinden sonra kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanabilir?
- İşçi kısmi süreli çalışmaya geçiş yapmak için maddede düzenlenen izin sürelerine ilişkin sahip olduğu hakkın tamamını kullanmak zorunda mı?

Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmanın başlangıcını tespit etmek için yukarıdaki sorular gibi çeşitli bazı soruların cevaplanması gerekir[732].

Kanunun lafzından işçinin kısmi süreli çalışmaya geçebilmesi için İş Kanunu'nun 74. maddesindeki tüm izinleri kullanmış olması gerektiği anlaşılmaktaysa da 74. maddede düzenlenen izinler kanaatimizce, alternatifli olarak düzenlendiği ve işçinin maddede belirtilen tüm izinleri kullanma zorunluluğu olmadığı için işçinin tüm izin süreleri kullandıktan sonra kısmi süreli çalışmaya başlayabileceğini söylemek pek mümkün değildir[733]. Kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçi tarafından öncelikli olarak kullanılması gereken izin, doğumdan sonraki sekiz haftalık analık izni süresidir. Kanunun 74. maddesinin 1. fıkrasına göre, *"Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir."* Doğum yapan kadın işçinin bu sürelerde işveren tarafından çalıştırılması söz konusu olamayacağı için bu sürelerin kullanılması yasal bir zorunluluktur. [734]. Ancak Kanunun 74. maddesinde düzenlenen diğer tüm izinlerin işçi tarafından kullanıldıktan sonra işçinin kısmi süreli çalışmaya geçebileceği kabul edilirse, bu durum 13. maddenin 5. fıkrasındaki hükmün getiriliş amacıyla örtüşmeyecektir[735]. Ayrıca söz konusu durumun kabulü, kadın işçilerin çalışma hayatından uzun bir süre uzak kalmalarına neden olacak ve tekrar çalışma düzenine alışmalarını zorlaştıracaktır.

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'yle bu konuya açıklık getirilmiştir. Yönetmeliğin 8. maddesine göre işçi; analık izninin, ücretsiz iznin veya yarım çalışma izninin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı

[732] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 94.
[733] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 125; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 94; Uğur ve Yiğit, s. 82.
[734] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 46; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği s. 125; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 95; Uğur ve Yiğit, s. 82.
[735] Köseoğlu, ss. 115-116; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 94.

tarihi takip eden aybaşına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir (KSÇY md. 8/1). Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanmak isteyen işçi, altı aya kadar ücretsiz izin hakkı kullanmak zorunda değildir. Ancak işçi isterse kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanmadan önce ücretsiz izin hakkını kullanabilir[736]. Ayrıca Yönetmeliğin 8. maddesinin 2. fıkrasında, işçinin istediği zaman ücretsiz izin süresine son vererek kısmi çalışma talebinde bulunabileceği, yani ücretsiz izin süresinin tamamının kullanılması şartının aranmayacağı belirtilmiştir.

Öğretide yarım çalışma izninin veya altı aya kadar ücretsiz iznin, hak sahibi işçi tarafından seçilip analık izninin bitiminden itibaren kullanılmak üzere talepte bulunması gerektiği, izinlerin analık izninin bitiminden itibaren kullanılmaması durumda daha sonra işçi tarafından izinlerin kullanılmasının söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir[737]. Ayrıca bu durumun işçinin daha sonra ve uygun bir zamanda kısmi süreli çalışmaya geçme talebini ve hakkını etkilemeyeceği belirtilmiştir[738]. Öğretide ağırlıklı ve isabetli olarak, analık izninin bitiminden itibaren diğer izinler kullanılmaksızın işçinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği belirtilmektedir[739].

Öğretide başka bir görüş tarafından, Yönetmeliğin 8. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ifadeden yola çıkarak, İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen izinlerden en az ikisinin kullanılması gerektiği ve bu izinlerden birinin analık izni olacağı belirtilmiştir[740]. Kanaatimizce, işçi analık izninin bitiminden itibaren diğer izinleri kullanmadan da kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilecektir. Kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçiye seçimlik olarak tanınmış olan ücretsiz izin veya yarım çalışma iznini kullanma zorunluluğu getirilmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyiz. İşçi ücretsiz izin hakkını kullanırsa bu süre boyunca ücret alamayacağı için bu izni kullanmayı tercih etmeyebilir. Ayrıca yarım çalışma izni kullanmak isteyen işçi, bu izin boyunca yarım çalışma ödeneğine hak kazanmaya ilişkin şartları taşımadığı durumda ödeneğe hak kazanamaz. Böyle bir durumda işçiler, ücretsiz izin ve yarım çalışma iznini kullanmak istemeyebilir. Bu sebeplerden

[736] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 95; Uğur ve Yiğit, s. 81.
[737] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 47.
[738] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 47.
[739] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 47; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 125-126; Canbolat ve Özkan, s. 128; Köseoğlu, ss. 115-116; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 94-95.
[740] Uğur ve Yiğit, s. 81.

ve İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen izinler, analık izni hariç işçinin isteği hâlinde kullanılabilecek nitelikte olduğundan dolayı işçinin kısmi çalışmaya geçiş yapabilmesi için 74. maddede düzenlenen tüm izinleri kullanmak zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ayrıca unutulmamalıdır ki, doğum yapan kadın işçinin çalışması ve Kanundaki diğer şartların sağlanması durumunda kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından erkek işçi de yararlanabilir. Daha öncede belirttiğimiz üzere, İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen ilk izin analık iznidir. Kanunda daha sonra kadın işçilerin yararlanabileceği altı aya kadar ücretsiz izin ve kadın işçilere tanınmış olan doğum sonrası yarım çalışma izni düzenlenmiştir. Kanundaki düzenlemeler nedeniyle bu iki izinden sadece evlat edinme durumunda erkek işçiler yararlanabilmektedir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, çocuğun biyolojik babası altı aya kadar ücretsiz izin ve yarım çalışma izninden yararlanamamaktadır. Çocuğun babası analık izninden de sadece annenin doğum esnasında ya da analık izni kullandığı esnada ölmesi durumunda yararlanabilmektedir. Böyle bir durumda, biyolojik babanın kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanması için Kanunun 74. maddesindeki izinlerin en az ikisini kullanması mümkün değildir. Anne doğumda veya analık izni kullanırken vefat etmişse baba, anne tarafından kullanılmayan analık iznini kullandıktan sonra ücretsiz izin ve yarım çalışma iznini kullanamayacağı için doğrudan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilmelidir. Baba, anne hayattaysa ve çalışıyorsa anne tarafından kullanılan analık izni sona erdiği andan itibaren kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilir. Bu durum da göstermektedir ki, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından işçiler, en erken Kanunun 74. maddesindeki analık izninin kullanılmasından sonra yararlanabilir.

Alman hukukunda ebeveyn izni en erken çocuğun doğumu ile birlikte başlar[741]. Daha önce açıkladığımız üzere Alman hukukunda Analığın Korunması Kanunu gereğince doğumdan sonra kadın işçinin çalışma yasağı bulunmaktadır. Bu sebeple de bu süre esnasında kadın işçinin ebeveyn izni kullanması mantıken mümkün değildir. Kadın işçi, bu çalışma yasağı biter bitmez süresinde talep etmesi şartıyla ebeveyn izni kullabilir. Ancak bu durumun ebeveyn izni hakkının doğum ile başlamadığı sonucunu doğurmaz. Erkek işçi ise, çocuğun doğum anından itibaren

[741] ErfK/Gallner, s. 795; Buchner ve Becker, s. 947; Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 966; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 650; Sowka, s. 13.

ebeveyn izni kullanmaya başlayabilir[742]. BEEG § 15/2'ye göre, kadın işçilerin analık izni süreleri ebeveyn izni sürelerine dâhildir[743] . Bu nedenle de Analığın Korunması Kanunu'nda öngörülen doğumdan sonraki sekiz haftalık (erken doğum, çoğul gebelik ve çocuğun engellilik hâlinde on iki hafta) analık izni süresi annenin ebeveyn izni süresinin uzamasına yol açmaz[744].

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanmak isteyen işçi, Kanunun 74. maddesinde yer alan analık izni veya analık izni ile birlikte diğer izinleri kullanmasının ardından hemen kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanmak zorunda değildir. Örneğin, hak sahibi işsiz olup çocuğun bakımı ile ilgilenen eşinin yeniden çalışmaya başlaması, çocuğun bakıcısının işi bırakması ya da çocuğa bakan büyük annenin çeşitli nedenlerden dolayı çocuğun bakımı ile ilgilenemeyeceği gibi durumların ortaya çıkması hâlinde çocuk ilköğretim çağına gelinceye kadar herhangi bir zamanda bu haktan yararlanabilir[745].

3. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Yapacak Olan İşçinin Eşin Çalışması

İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasına göre, *"Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz…."* Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, eşlerden birinin kısmi süreli çalışma hakkından yararlanabilmesi için her iki eşinde çalışıyor olması gerekmektedir. Aslında öğretide isabetli olarak belirtildiği gibi, hükümde üst üste kullanılan olumsuz ibareler alışılan kanun yapma tekniği açısından pek uygun olmasa [746] da hükümden anlaşılması gereken, tam süreli çalışan kişinin doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçmesi için eşinin çalışıyor olması gerektiğidir. Bu düzenleme hükmün getiriliş amacı ile de örtüşmektedir. Düzenlemenin temelinde, doğan ya da evlat edinilen çocuk ile ebeveynlerden birinin ilköğretim çağına kadar ilgilenmesine imkân

[742] Buchner ve Becker, s. 946; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 650; Inge Böttcher ve Bettina Graue, **Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Basiskommentar zum BEEG**, 5. Aufl., Bund-Verlag, Frankfurt am Main 2016, (Elternzeitgesetz), s. 160; Jochem, Grönert: Erziehungsgeld, Mutterschutz, Elternzeit, Wilhelm Goldmann Verlag, München 2005, s. 86, 88; Sowka, s. 13.

[743]Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 966; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 650; Buchner ve Becker, s. 946; ErfK/Gallner, s. 795, 803; Marburger, Schwangerschaft, ss. 80, 82; Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, s. 160; Jochem, ss. 86, 88; AR-Klose, s. 580; Meisel ve Sowka, s. 561.

[744] Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 966; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 966; Marburger, Schwangerschaft, s. 80; Sowka, s. 13.

[745] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 126.

[746] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 50.

sağlamak[747] olduğu için ebeveynlerden sadece birinin çalışması[748] durumunda, çalışmayan kişinin çocuk ile ilgilenmesi mümkün olduğundan çalışan eşin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanması mümkün değildir[749]. İşçinin kısmi süreli çalışma hakkını kullandığı sırada eşinin işsiz kalması durumunda işçinin sadakat borcu gereği kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya dönmesi gerekir[750]. Çalışmayan eşin sonradan çalışmaya başlaması durumunda eşlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkının olduğunun kabulü gerekmektedir[751].

Ebeveyn izni hakkı tanıyan ülkelerin büyük bir kısmında, ebeveyn izni kullanılabilmesi için eşin çalışıyor olması koşulu aranmamaktadır. Almanya'da ebeveynlerden biri çalışmıyor olsa bile çalışan eş ebeveyn izninden yararlanabilir. Öğretideki bir görüşe göre, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının eşin çalışıyor olması koşuluna bağlanmaması gerekir ve bu hakkın, ebeveynin bakım yükümlülüğünden ziyade çocukla ebeveynler arasındaki bağın güçlendirilmesi amacına yönelik olarak kurgulanmasının daha çağdaş bir yaklaşım olacaktır. Ayrıca yazar, eşin çalışıyor olması koşulunun uygulanmasındaki güçlüğün de görüşünü destekler nitelikte olduğunu belirtmiştir[752].

Kanun hükmünde yer alan *"eş"* ifadesinden Türk Medeni Kanunu'na göre resmi nikâhlı eşin anlaşılması gerekmektedir[753]. Bu nedenle de işçinin fiilen birlikte yaşadığı ancak resmi nikâhlı olmadığı kişinin çalışıp çalışmadığı hakkın kullanılabilmesi bakımından önem taşımaz[754]. Hukuk düzenimiz resmi nikâh dışındaki beraberlikleri tanımamaktadır[755].

---

[747] *"Bu hükmün gösterdiği bir diğer sonuç da İş K. md.13/5 hükmünün esas itibariye çocuğun bakım ihtiyacını giderme amacına yönelik olduğudur. Daha açık söyleyişle kanun koyucu işçinin çocuğuna daha çok zaman ayırma, onunla olan bağlarını güçlendirmesini değil, onun bakımı ile ilgilenebilecek zamana sahip olmasını sağlamak istemiştir."* Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 120.

[748] Kanunda yer alan çalışma kavramından ne anlaşılması gerektiği ve bu kavrama açıklık getirilmesi konusuna ilişkin açıklamalar için bkz., Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 61-62.

[749] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 50; Centel, Analık Hali, s. 15; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 120; Canbolat ve Özkan, s.128; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 58.

[750] Şahin, s. 45.

[751] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 58, 61.

[752] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 124.

[753] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 120; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 203; Canbolat ve Özkan, s. 129; Köseoğlu, s. 114, dn. 56; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 57.

[754] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s.120; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 203; Canbolat ve Özkan, s. 129; Köseoğlu, s. 114, dn. 56.

[755] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 57.

Eşlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunabilmesi için her iki ebeveynin de İş Kanunu kapsamında çalışıyor olması şart değildir[756]. Sadece kısmi çalışma talebinde bulunacak kişinin İş Kanunu kapsamında çalışıyor olması yeterlidir[757]. Zira bu haktan daha öncede belirttiğimiz üzere, sadece İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler yararlanabilir[758]. Özetle, kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş hakkından yararlanabilmek için iki eşin de çalışıyor olması gerekmekte, ancak ikisinin de İş Kanunu kapsamında çalışması gerekmemektedir. Kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin eşi, devlet memuru ya da bağımsız olarak da çalışıyor olabilir[759]. Örneğin, doğum yapan kadın devlet memuruysa ve eşi İş Kanunu kapsamında çalışıyorsa, anne kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunamazken, baba kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunabilir.

Eşin çalışıyor olması, ebeveynlerin evlilik birliği içinde olmaları hâlinde aranması gereken bir koşuldur[760]. Öğretide isabetli olarak, ebeveyn ifadesinin kullanılmış olması işçinin söz konusu hakkı kullanırken evli olması gerektiğini göstermeyeceği, aksinin kabulünün medeni durum temeline dayanan bir ayrımcılık oluşturacağı ileri sürülmüştür[761]. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 2. fıkrası gereğince kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunacak işçi, evliyse eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemelidir. İşçi bu belgeyi işverene vermezse, işveren işçinin talebini kabul etmek zorunda değildir[762].

Kanunda sadece eşin çalışıyor olması koşuluna yer verilmekle yetinilmiş, çalışmanın türüne ve niteliğine ilişkin herhangi bir ayrım yapılmamıştır[763]. Eş belirli süreli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olabilir. Bununla birlikte, Kanun ve Yönetmelikte ebeveynlerden birinin tam süreli diğerinin kısmi süreli çalışıyor olması durumunda kısmi süreli çalışma hakkından kimin yararlanacağı ya da haktan yararlanılıp yararlanılamayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Mevcut düzenlemeler karşısında, böyle bir durumda haktan yararlanılamayacağına

[756] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 50; Uğur ve Yiğit, s. 92.
[757] Uğur ve Yiğit, s. 93.
[758] Ayrıca bkz., İkinci Bölüm, II, D.
[759] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 50; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 120; Canbolat ve Özkan, s. 128; Uğur ve Yiğit, s. 93.
[760] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 58, 60.
[761] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 120-121; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 203.
[762] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 120.
[763] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 60.

ilişkin açık bir engel bulunmadığından tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan eşin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilmesi gerekir. Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanılabilmesi için ebeveynlerden her ikisinin de tam süreli çalışıyor olması gerekmez. Ancak, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından sadece tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan eş yararlanır. Bununla birlikte, her iki eşinde kısmi süreli çalışıyor olması durumunda eşlerden her ikisi de söz konusu haktan yararlanamayacaktır[764]. Oysa, Alman hukukunda kısmi süreli çalışan işçiler de ebeveyn izni hakkına ve çalışma süresinin azaltılması hakkına sahiptir[765].

Öğretideki bir görüşe göre, hükmün getiriliş amacı dikkate alındığında eşlerden birinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması durumunda, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan eşin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanmaması gerekir. Aksinin kabulü hükmün getiriliş amacı ile örtüşmeyecektir[766].

a. Eşin Çalışıyor Olması Koşulunun İstisnaları

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde, belirli durumlarda kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunacak olan işçinin eşinin çalışıyor olması koşuluna ilişkin istisnalar getirilmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasına göre,

> *"Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Ancak, ebeveynlerden birinin çalışma şartı;*
> *a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi,*
> *b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması,*
> *c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi, hâllerinde aranmaz."*

Maddedeki düzenleme, hükmün getiriliş amacıyla da örtüşmektedir. Daha öncede belirttiğimiz üzere, eşin çalışıyor olması koşulunun aranmasındaki amaç, çalışmayan eşin çocuk ile ilgilenebilecek durumda olmasıdır. Kısmi süreli çalışmaya geçişe ilişkin düzenlemenin temeli, ilköğretim çağına gelene kadar çocuk ile

[764] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 61.
[765] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, ss. 658-675; Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, ss. 970-980; Tillmanns/Mutschler- Tillmanns, ss. 978-985; Burns, s. 19.
[766] Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, ss. 113-114.

ebeveynlerden birinin ilgilenmesine imkân tanınmasına dayanmaktadır. Eşin sağlık sebebiyle çocuk ile ilgilenme olanağının olmadığı ya da eşin sürekli bakıma ihtiyaç duyduğu durumlarda eşin çalışıyor olması koşulunun aranması düzenlemenin amacı ile örtüşmemektedir[767]. Kanun koyucu da bu durumu göz önüne almış ve bazı durumlarda eşin çalışıyor olması şartının aranmayacağını belirtmiştir.

Anne ve babanın boşanması durumunda çocuğun velayeti kendisinde olan kişi, evli olmadığı için eşin çalışıyor olması koşulu aranmaksızın kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunabilecektir[768]. Boşanma ile birlikte artık ebeveynler birbirinin eşi konumunda değildirler. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'ne göre de velayetin mahkeme tarafından eşlerden birine verilmesi ve çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması hâlinde eşin çalışmasına ilişkin koşul aranmaz (KSÇY md. 10/1-b). Yönetmelikte ve Kanunda boşanma aşamasında olan ve mahkeme kararıyla çocuğun geçici velayeti kendisine bırakılan eşin, kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde henüz boşanmadığı eşinin çalışıyor olması şartının aranıp aranmayacağı hususu düzenlenmemiştir. Ülkemizde görülen davaların yargılama süreleri göz önüne alındığında uygulamada bu durum ile karşılaşmak kuvvetle muhtemeldir. Mevcut düzenleme karşısında boşanma aşamasında olan eşler, dava süresince evli oldukları için diğer eşin çalışıyor olması koşulunun aranması gerektiği söylenebilir. Ancak öğretide de belirtildiği üzere, böyle bir durumda Kanunda bir boşluk olduğu kabul edilmeli ve bu boşluk hakim tarafından hakkaniyete uygun bir şekilde doldurmalıdır[769]. *Caniklioğlu*'na göre, böyle bir durumda kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunan işçinin, boşanma davası devam ederken ayrı yaşadığı eşinin çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın talebi kabul edilmelidir[770]. Kanaatimizce de boşanma davası devam ederken geçici velayeti kendisine bırakılan eş, artık çocuğun sorumluluğunu üzerine almıştır. Diğer eş çalışmıyor olsa da dava devam ederken çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ile ilgili sorumluluk velayet hakkı kendisine bırakılmış olan kişidedir[771]. Bu sebeple boşanma davası esnasında çocuğun

[767] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 122.
[768] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 121; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 203; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 58.
[769] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 121.
[770] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 121.
[771] Velayet hakkı, anne ve baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve soybağına dayanan bir haktır. Bu hak, kişiye küçüğün bakımı, yetiştirilmesi, korunması gibi amaçlar güden, kişi varlığı ve mal varlığı üzerinde sahip olduğu yetki, yükümlülük ve görevlerin tamamını ifade eder. Bkz. Mustafa

velayetine sahip olan eş, diğer eşin çalışıp çalışmadığı koşulu aranmaksızın kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanmalıdır.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, gerek Kanunda gerekse Yönetmelikte düzenlenen hükümler, bazı durumlarda diğer hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde birçok sorunu ve tartışmayı beraberinde getirmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemede, çocuğun velayetine sahip olan kişi açısından diğer eşin çalışıyor olması koşulunun aranmayacağı belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasındaysa, kısmi süreli çalışma talebinde eşin çalışıyor olmasına ilişkin şartın sadece başvuru esnasında aranacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de velayetin değiştirilmesi durumunda, velayeti kaybeden kişinin kısmi süreli çalışmaya devam edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide böyle bir durumda velayeti kaybeden eşin kısmi süreli çalışmaya işveren ile karşılıklı olarak anlaşmadıkları sürece devam edemeyeceği ve velayeti kaybettiği hususunda işvereni bilgilendirip tam süreli çalışmaya geçmesi gerektiği belirtilmiştir[772]. Kanaatimizce de böyle bir durumda velayeti kaybeden eşin bakmakla yükümlü olduğu bir çocuk olmadığı için hakkın kullanımına son vermesi gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kısmi süreli çalışmaya geçiş talebi çocuğun biyolojik anne ve babası dışında üç yaşını doldurmamış çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinen işçilere de tanınmıştır[773]. Türk Medeni Kanunu'nundaki düzenleme gereğince, evli olmayan kişi otuz yaşını doldurmuşsa tek başına evlat edinebilir (TMK md. 307/1). Böyle bir durumda, evlat edinen kişi zaten evli olmayacağı için eşinin çalışıyor olması koşulunun aranması mümkün değildir[774]. Türk Medeni Kanunu istisnai durumlarda eşlerin tek başına evlat edinebileceğini de düzenlemiştir. Hükme göre,

> *"Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlât edinebilir (TMK md. 307/2)."*

Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, C. 3, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, ss. 342-343; Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1074.

[772] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 59-60.

[773] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., İkinci Bölüm, II, E.

[774] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 122; Canbolat ve Özkan, s. 129.

Böyle bir durumda da tek başına evlat edinen kişinin eşinin çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabileceğinin kabulü gerekir[775]. Kişinin tek başına evlat edinebilmesi için eşinin ayrıt etme gücünden yoksun olması, iki yılı aşkın süredir nerede olduğunun bilinmemesi ya da eşlerin mahkeme kararıyla iki yılı aşkın bir süredir ayrı yaşaması gerekmektedir. Söz konusu durumlarda eş çalışmıyor olsa da çocuğun bakımı ile ilgilenmesi mümkün olmayacaktır.

Kanunda üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinenlerin, çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabileceğine ilişkin düzenlemeye, işçinin eşinin çalışıyor olması koşulunun öngörüldüğü hükümden sonra yer verilmiştir (İş K. md. 13/5). Bu durum, üç yaşından küçük çocuğu birlikte evlat edinen işçiler için eşin çalışıp çalışmadığı koşulun aranıp aranmayacağına ilişkin duraksama yaratacak niteliktedir [776] . Konuya ilişkin olarak öğretide faklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, evlat edinen kişinin kısmi süreli çalışmaya geçebilmesi için eşinin çalışıyor olması koşulu, kanun koyucu tarafından öngörülmüş değildir. Bu durumu evlat edinmenin niteliğiyle açıklamak mümkündür. Evlat edinmede daha çok yeni doğmuş bir çocuğun bakımının sağlanması yerine evlat edinen kişinin evlat edindiği çocukla birlikte vakit geçirmesi ve birbirlerine alışmalarının sağlanması söz konusudur. Ayrıca evlat edinmeyi özendirme bakımından da koşulların hafifletilmesi gerekmektedir[777]. Başka bir görüşe göre, biyolojik anne ve babalar için aranan eşin çalışıyor olması koşulunun birlikte evlat edinen anne ve babalar için de aranması gerekir[778]. Bununla birlikte Yönetmelikte de sadece münferiden evlat edinen kişiler için eşin çalışıyor olması koşulun aranmayacağı belirtilmiştir (KSÇY md. 10/1-c). Bu durum göstermektedir ki, birlikte evlat edinme durumunda haktan yararlanacak olan kişinin eşinin çalışıyor olması gerekmektedir.

[775] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 122.
[776] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 203; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 122.
[777] Centel, Analık Hali, s. 15.
[778] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 203; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 122; Canbolat ve Özkan, s. 129.

b. Eşin Çalışıyor Olması Koşulunun Sadece Başvuru Anında Aranması

4857 sayılı Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrasında yer alan eşin çalışıyor olması koşulu, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunduğu sırada aranması gereken bir şarttır. İş Kanunu'nunda kısmi süreli çalışmanın devamı boyunca eşin çalışıyor olmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yönetmelikte yer alan düzenlemeye göre, eşin çalışma koşulu ile bu koşulun aranmayacağı hâller sadece başvuru sırasında aranır ve bu şartların kısmi süreli çalışma sırasında kaybedilmesi durumunda söz konusu hakkın kullanımı devam eder (KSÇY md. 10/2). Bu nedenle, kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin eşinin başvuru anında çalışıyor olması yeterli olup, işçinin kısmi süreli çalışmaya başladıktan sonra, eşin çalışıp çalışmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Özetle işçi, kısmi süreli çalışmaya başladıktan sonra çalışan eşi işinden ayrılsa bile kısmi süreli çalışmaya devam eder[779].

Aslında ilk bakışta mevzuattaki bu düzenlemelerin yerinde olmadığı söylenebilecektir. Hakkın temelinde, çocuk ile ilköğretim çağına gelene kadar ebeveynlerden birinin ilgilenmesine imkân sağlamak olduğu için, hak kullanılmaya başladıktan sonra ebeveynlerden biri işsiz kalırsa diğer ebeveynin kısmi süreli çalışmasının sona ermesi ve tam süreli çalışmaya geçmesi beklenir. Ancak böyle bir durumun kabulü, işyerinde istikrarsız bir iş ilişkisinin meydana gelmesine neden olur. Bu sebeple, Yönetmelik hükmünün yerinde olduğunu söylemek gerekir [780].

Öğretideki bir görüşe göre, kısmi süreli çalışmanın devamı boyunca eşin çalışıyor olması koşulunun aranması gerektiğinin kabulü hâlinde, diğer bir ifadeyle işçinin eşinin işsiz kalması durumunda izni kullanan işçinin tam süreli çalışmaya geçmesi gerektiğini söylenmesi, Kanunda yer alan işçinin aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebileceğine ilişkin hüküm uygulanmamalıdır (İş K. md. 13/5). Dolayısıyla, işçi eşi çalışmaya başladığında tekrar kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkını kullanabilir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kısmi süreli çalışmanın devamı boyunca eşin çalışlıyor olması

[779] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 123-124; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 59; Tuaç, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, s. 2015.
[780] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 123-124.

gerektiği görüşün benimsenmesi istikrarsız bir iş ilişkisi yaratır[781].

4. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkının Talep Edilmesi

Doğum ve evlat edinme sonrası kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, işveren tarafından kendiliğinden başka bir deyişle, doğumun gerçekleşmesi ile birlikte doğrudan tanınan bir hak niteliğinde değildir[782]. Bu nedenle, işçinin bu izin hakkını kullanabilmesi için işverenden talepte bulunması gerekir[783]. Kanunda kısmi süreli çalışma izninin talep edilebileceği zaman aralığı ve işçinin kısmi süreli çalışmaya başlamadan önce talepte bulunması gereken süre düzenlenmiştir.

a. Kısmi Süreli Talepte Bulunulabilecek Zaman Aralığı

İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasındaki hükmünde, *"Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir…."* denilmektedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, işçi en erken 74. maddede düzenlenen analık iznini kullandıktan sonra kısmi süreli çalışmaya başlayabilecektir[784].

Çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ayın başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceğine ilişkin düzenlemeden ilk bakışta, bu süreye kadar işçinin talepte bulunulabileceği ve geleceğe yönelik olarak herhangi bir süre sınırı olmadan kısmi süreli çalışma yapılabileceği anlamı çıkarılabilir. Hükmün getiriliş amacına bakıldığında bu yorumun doğru olmadığını söyleyebiliriz[785]. Kanundaki düzenlemeden asıl anlaşılması gereken, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin, çocuğu ilköğretim çağını tamamlayana kadar kısmi süreli çalışma yapabileceğidir[786]. Nitekim 6663 sayılı

[781] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 124, dn. 8.
[782] Buchner ve Becker, s. 965; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 1007.
[783] ErfK/Gallner, s. 802.
[784] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 201; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 62, 65, 95.
[785] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 63.
[786] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 127; Canbolat ve Özkan, s. 130; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 63.

Kanun Tasarısının gerekçesinin[787] 18. maddesinde de *"Analık izni ve yarı zamanlı çalışma sonrasında çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadar ebeveynlere İş Kanununda düzenlenmiş olan kısmî süreli çalışma hakkı verilmesi ve bu durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir."* denilmektedir. Hükmün amacı, çocuk büyüyene kadar ebeveynlerden birine çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi için imkân tanımaktır[788]. Bu nedenle, kadın işçi çocuğun mecburi ilköğretim çağını takip eden ayın başından sonra kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunamayacak, daha önceden talepte bulunmuş olsa bile bu tarihten sonra kısmi süreli çalışma yapamayacaktır[789].

Kanunda, kısmi süreli çalışmanın ne zamandan itibaren talep edileceği değil kısmi süreli çalışmanın en son ne zaman yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme yapıldığını kabul etmek gerekir[790]. Aksi hâlde, işçinin çocuğu liseye gidene kadar ya da istediği herhangi bir zamana kadar kısmi süreli çalışmaya geçiş yapabileceğinin kabulü söz konusu olur. Açıklanan nedenlerden dolayı, işçi çocuğunun ilköğretim çağına gelmesine az bir zaman kala bu hakkını kullanacaksa geri kalan sürenin kısalığına göre kısmi süreli çalışmada kalma süresi de kısa olabilecektir[791]. Kuşkusuz, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçi ve işverenin anlaşarak çocuğun ilköğretim çağına gelmesinden sonra da bu çalışma biçimini devam ettirmeleri mümkündür[792].

Alman hukukunda evlat edinme durumu hariç olmak üzere çocuk üç yaşına gelene kadar ebeveyn izni kullanılabilir ve bu izin esnasında kısmi çalışma yapılabilir (BEEG § 15/2). Evlat edinme, çocuğun tanınması ve çocuğun tam zamanlı bakımının üstlenilmesi durumlarında ise çocuk sekiz yaşına gelene kadar bu haktan yararlanılabilir (BEEG § 15/2). Ancak belirli durumlarda, ebeveynler ebeveyn izninin on iki aylık bir kısmını işverenin onayı ile çocuğun üçüncü doğum günü ile çocuk sekiz yaşını tamamlayana kadar kullanabilir[793]. Ayrıca, her durumda ebeveyn

[787] http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0517.pdf, (ET. 10.02.2017).
[788] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 124, 126; Canbolat ve Özkan, s. 130; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 71.
[789] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 63.
[790] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 127; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 64.
[791] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 65.
[792] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 127.
[793] Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 963; Buchner/Becker, s. 947; HWK/Gaul, ss. 624-625; Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1884; Grobys/Panzer/Fohrmann, SWK-ArbR, s. 1091; Marburger, Schwangerschaft, s. 80; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 971; Sowka, s. 13.

izni en fazla üç yıllık bir süreyi kapsamaktadır[794]. Çocuğun ikiz ya da üçüz olması bu sürede herhangi bir değişikliğe neden olmaz[795]. Bu nedenle de Alman hukukunda Türk hukuk sisteminde olduğu gibi çocuk okula başlayıncaya kadar kısmi süreli çalışmadan yararlanma mümkün değildir.

Alman hukukunda söz konusu haktan yararlanma, üç yıllık bir süre sınırlamasına tabi olup belirli durumlarda bu sürenin kullanılabileceği üst sınır çocuğun sekiz yaşını tamamlamasıdır. Türk hukuk sistemindeyse, muğlâk bir ifade olan çocuğun ilköğretim çağına gelmesine kadar, diğer bir ifadeyle çocuk altmışıncı ayını bazı hâllerdeyse yetmiş ikinci ayını tamamlayana kadar kısmi çalışma yapılabilecektir. Çocuğun ilköğretim çağına gelmesi durumunun net bir şekilde hesaplanması uygulamada sorunlara neden olabilir. Kanaatimizce, Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukuku sisteminde de *"ilköğretim çağı"* ifadesi yerine belirli bir yaş sınırı getirilmesi daha isabetli olur.

Her ne kadar hukuk düzenimizde kısmi süreli çalışmaya geçiş isteği ve kısmi süreli olarak çalışmanın süresi kadın ve erkek işçiye bırakılmış olsa da Kanunda çocuğun ilköğretim çağına kadar bu hakkın kullanılmasına imkân tanınmış olması, özellikle kadın işçilerin çalışma hayatından uzaklaşmasına neden olabilir. Zira bu hakkın tanınmış olması durumunda özellikle kadın işçi, gerek ailesinin baskısı nedeniyle hakkı kullanmak zorunda kalacak gerekse de kendisine böyle bir hak tanınmış olması nedeniyle kullanmak isteyecek ve kısmen de olsa çalışma hayatından uzak kalmış olacaktır.

Ayrıca önemle belirtmek isteriz ki, işverenler doğum ve evlat edinme nedeniyle bu kadar uzun süreli ve çeşitli haklara sahip olan kadın işçilerle çalışmayı çok fazla tercih etmeyeceğinden dolayı da kadınlar çalışma hayatından uzaklaşacaklardır. Bu nedenle kanaatimizce, Alman hukukunda olduğu gibi söz konusu hakkın kullanım süresine ilişkin olarak daha net ve daha kısa bir üst sınır öngörülüp, belirli durumlarda ve belirli şartlar altında bu iznin uzatılmasına imkân tanınmış olması daha yerinde bir düzenleme olabilir.

---

[794] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 651; Podehl, s. 89; Meisel ve Sowka, s. 561; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 971; Burns, s. 25.
[795] Buchner ve Becker, ss. 949-950; Erkul, s. 110.

b. Kısmi Süreli Çalışmaya Başlamadan Önce Talepte Bulunma Süresi

Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrasındaki hükmünde, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçinin, bu durumu en az bir ay önce yazılı olarak işverene bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak ileride de değineceğimiz üzere, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanabilmesi için işverenin onayını almasına gerek yoktur[796]. Ancak işverenin menfaati ve işyerindeki çalışma düzeninin korunabilmesi amacıyla, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmeden önce bu yöndeki talebini işverene önceden iletmesi gerekir. Bu sayede işveren de gerekli hazırlıkları önceden yapabilecektir[797]. Öğretide de hükmün getiriliş amacının, işverene işyerindeki gerekli organizasyonu yapabilmesi için zaman tanınması olduğu belirtilmektedir[798].

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanmak isteyen işçi, kadın işçiyse ve hakkı Kanunun 74. maddesinde belirtilen izinleri kullandıktan hemen sonra kullanmak istiyorsa, maddede belirtilen izinlerden hangisini kullanıyorsa o iznin bitmesine bir ay kala işverenden kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunabilir. Böyle bir durumda, işçi kullandığı izin biter bitmez kısmi süreli çalışmaya başlayabilir[799].

Alman hukukunda Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nun § 16/1-1 hükmüne göre, ebeveyn izni talep etmek isteyen kişinin, çocuğun üç yaşını tamamlamasına kadar kullanacak olduğu ebeveyn iznine ilişkin talebini, izni kullanmaya başlamadan en geç yedi hafta önce işverene yazılı olarak bildirmesi gerekir[800]. Kanunun § 16/1-2 hükmüne göre de ebeveyn, çocuğun üçüncü doğum günü ile sekizinci yaşını tamamlayana kadar geçen sürede kullanmak istediği izni, en geç on üç hafta önce işverene bildirmelidir. Acil nedenlerle bu süre koşuluna uyulmaması durumunda, izni kullanmak isteyen kişiye makul bir süre tanınması mümkündür (BEEG §16/1). Örneğin, bir çocuğun evlat edinilmesi, çocuğun erken

[796] Bkz., İkinci Bölüm, II, G.
[797] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 51; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 202; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 126; Ulusoy, ss. 259-260; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 62; Taşdemir, s. 149.
[798] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 202; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 126.
[799] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 127; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 64.
[800] Ayrıntılı bilgi için bkz., Buchner/Becker, s. 948; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, ss. 677, 681; Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 964; Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1884; HWK/Gaul, s. 631; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Litzig, s. 1143; Podehl, s. 89.

doğması ya da çocukla ilgilenen kişinin ağır bir hastalık geçirmesi durumunda hak sahibine makul bir süre tanınabilir[801].

Çocuğun üç yaşına kadar kullanılacak olan ebeveyn izni süresinin de işverene yedi hafta önce yapılması gereken talep esnasında açıklanması gerekir (BEEG § 16/1). Bu açıklama genel olarak ebeveyni bağlamaktadır[802]. Ebeveyn izni talebinde bu açıklama yoksa etkili bir ebeveyn izni talebinin yapılmadığının kabulü gerekir[803]. Bu açıklama, işverenin menfaatine hizmet eder ve işverenin işçisinin yokluğunda gerekli organizasyonu yapmasını kolaylaştırır[804]. Ancak işveren ebeveyn izni için Kanunda belirtilen bu süreden feragat edebilir. Zira bu düzenleme sadece işverenin menfaatini korumaktadır [805] . Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda işverene gerekli organizasyonu yapabilmesi için daha uzun bir zaman tanınmıştır[806]. Ebeveyn izni esnasında kısmi çalışma yapmak isteyen işçi de çocuğun üç yaşını tamamlamasına kadar bu hakkı kullanacaksa yedi hafta, üç yaş ile sekiz yaşının tamamlanmasına kadar kullanacaksa on üç hafta önceden işverene yazılı olarak bildirmelidir (BEEG § 15/7, nr. 5).

İtalya'da ebeveyn izni hakkını kullanmak isteyen kişi, derhal işten ayrılmayı gerektiren ciddi veya öngörülemeyen koşullar olmadıkça, on beş gün önceden işverene ve Ulusal Sosyal Güvenlik Kurumu'na (Istituto nazionale di previdenza sociale (INPS)) talebini iletmelidir[807].

Fransız hukukunda, söz konusu hakkı kullanmak isteyen kişi, çocuğun ilk üç yaşı boyunca istediği bir zaman diliminde işverenden talepte bulunabilir. Ebeveyn izninin süresi toplamda en fazla üç yıl olarak belirlenmiştir. Ancak bir yıllık ebeveyn izninin her bir ebeveyn tarafından altı ay olarak kullanılması ve daha sonra iki kez uzatılması durumunda üç yıllık ebeveyn izninin kullanması söz konusu olabilir. Ebeveyn izninin talep edilebileceği mümkün olan en son zaman, çocuğun üçüncü doğum günü, evlat edinme hâlinde ise evlat edinilen çocuğun yeni ailesine katılışının

[801] Küttner/Poeche Personalbuch 2017, s. 1202.
[802] Wedde-Böttcher, s. 553; Marburger, Schwangerschaft, s. 79; Uta Weiss Susanne, **Arbeitsrecht für Führungskräfte**, Springer Vieweg, Wiesbaden 2015, s. 15.
[803] BAG 17.02. 1994, 2 AZR 616/93, https://www.jurion.de/urteile/bag/1994-02-17/2-azr-616_93/, (ET.02.05.2018); Wedde-Böttcher, s. 553.
[804] Wedde-Böttcher, s. 553.
[805] Wedde-Böttcher, s. 553
[806] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 678; Buchner ve Becker, s. 970; BAG 17.02.1994, DB 1994,1477; HWK/Gaul, s. 631; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Litzig, s. 1142; Schaub ArbR-HdB/Linck, ss. 1885, 1886; AR-Klose, s. 586.
[807] Dolce ve Luca, s. 106.

üçüncü yıldır[808]. İşçilerin bu yöndeki talebi işveren tarafından reddedilemez[809].

Kural olarak, işçi kısmi süreli çalışmaya geçiş talebini bir ay önceden talep edebileceği için en erken talep tarihinden bir ay sonra kısmi süreli çalışmaya başlayabilir. Ancak işveren, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde belirttiği tarihten daha erken bir tarihte işçinin kısmi çalışmaya başlamasını kabul edebilir[810]. İşçi çocuğunun mecburi ilköğretim çağına gelene kadar işverene bir ay önceden haber vermek şartıyla istediği zaman bu hakkını kullanabilecektir. Örneğin, kadın işçi analık iznini kullandıktan sonra, bir süre çalışıp daha sonra kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde bulunabilir[811]. Ancak yarım çalışma izni kullanan işçi, bu izni süresinden önce sona erdirip kısmi süreli çalışmaya geçemez[812]. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde bu hak sadece ücretsiz izin kullanan işçiye tanınmıştır (KSÇY md. 8/2)[813].

Ebeveynler kısmi süreli çalışmanın başlangıcında özgürdürler[814]. İşverene bir ay önceden bildirmek şartıyla istedikleri zaman kısmi çalışmaya başlayabilirler. Ancak ebeveynler çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ayın başına kadar bu haktan yararlanabilirler. Belirtmek isteriz ki, Alman öğretisinde de ebeveyn izninin başlangıcı hafta başı ya da aybaşı ile sınırlandırılmadığı dile getirilmiştir[815]. Hakkı kullanacak kişi, hakkın kötüye kullanma sınırına uygun olarak herhangi bir iş gününü serbestçe seçebilir. Bu durum aynı zamanda iznin sona ermesi hâlinde de geçerlidir[816].

[808] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 154.
[809] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 154; Auzero/Dockes, ss. 927-928 ve Verdier/Coeuert/Souriac, s. 198'den aktaran Koç, s. 203.
[810] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 66.
[811] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 126; Ulusoy, s. 259; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 65.
[812] Köseoğlu, s. 116; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 72; Uğur ve Yiğit, s. 93.
[813] Köseoğlu, s. 116.
[814] Buchner ve Becker, s. 950; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 650.
[815] Buchner ve Becker, s. 971; Meisel ve Sowka, s. 610; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 650-651; Rambach, s. 81; Sowka, s. 16.
[816] Buchner ve Becker, s. 971; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 651; Ebeveynlerin çocuk üç yaşını tamamlayana kadar BEEG § 16'da belirtilen bildirim süresine uygun olarak her zaman ebeveyn izni alabileceklerini ilişkin olarak bkz., BAG 17.10.1990, 5 AZR 526/87, NZA 1989, 13.

c. Talebin Yazılı Olması

Kanun koyucu, doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin, bu haktan faydalanabilmesi veya tam zamanlı çalışmaya geri dönebilmesi için bunu işverene en az bir ay önceden yazılı olarak bildirmesi gerektiğini düzenlemiştir (İş K. md. 13/5). Benzer düzenleme, Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 3. fıkrasında da yer almaktadır. Kanunda ve Yönetmelikte işverenin, işçinin talebinin karşılandığına dair cevabını da yazılı olarak vermesi gerektiği belirtilmiştir (İş K. md. 13/2, KSÇY md. 13/2).

İşçinin talebine karşı, işverenin olumsuz yanıt vermesi Yönetmelik hükmü gereğince mümkün değildir. Zira Yönetmelikte işçinin talebinin işveren tarafından karşılanacağı ve bu talebin geçerli fesih nedeni sayılmayacağı belirtilmiştir (KSÇY md. 13/5). Bununla birlikte, Yönetmelikte usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebinin, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde karşılanacağı belirtilmiştir (KSÇY md. 11/1). Öğretide işçinin talebinin ve işverenin cevabının, hatta bazı durumlarda talep ve cevaplarda meydana gelen değişikliklere ilişkin hususların da yazılı olması gerektiği yönünde düzenleme yapılmasının daha isabetli olacağı belirtilmiştir[817].

Kanunda yer alan bu şekil şartının, ispat şartı olarak kabul edilmesi gerekir[818]. Kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinin, işçi tarafından sözlü olarak bildirilmesi ve işverenin bu talebe sözlü olarak cevap vermesi mümkündür. Fakat böyle bir durumda tarafların iradesinin örtüşmemesi nedeniyle meydana çıkan uyuşmazlıkların ispatı hâlinde sorunlar yaşanacaktır[819]. Her ne kadar ileride yaşanabilecek olası sorunların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla, mevzuatta işçinin talebinin ve işverenin cevabının yazılı olması gerektiği belirtilmişse de uygulamada tarafların iradelerinin sözlü olarak uyuşması durumunda, sadece yazılı şekil şartına uyulmadığı gerekçesi ile işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş yapamayacağı söylenmemelidir[820]. Ancak yine de kısmi süreli çalışmaya geçişin yazılı olarak yapılması Sosyal Güvenlik Kurumu'nun faaliyetleri bakımından da önem arz edeceğini belirtmek gerekir.

[817] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 67-68.
[818] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 51; Canbolat ve Özkan, s. 130; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 67-68; Uğur ve Yiğit, s. 94.
[819] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 67.
[820] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 67.

Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların prim gün sayısı işveren tarafından ay içinde otuz günden az olarak bildirilir. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun uygulamaları bakımından bu durumun belgelendirilmesi istenebilecektir (SSGSSK md. 86/4)[821].

Alman hukukunda da ebeveyn izninin ve bu izin esnasında kullanılmak istenen kısmi çalışma talebinin yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir (BEEG § 15/7, nr. 5; § 16/1). Bununla birlikte, Alman öğretisinde ebeveyn iznine ilişkin yazılı talebin işverene verilmesi durumunda işçiye, işverenden talebin yapıldığına ilişkin olarak onay alması önerilmiştir[822]. Faks, elektronik posta ve kısa mesaj ile yapılan talepler gerekli yazılık koşulunu sağlamamaktadır[823]. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) §126, §126 a paragraflarına uygun yazılı şekil koşulunu yerine getirmeyen talepler geçersizdir[824]. Açıklanan nedenlerden dolayı Alman hukukunda Türk hukukunda hâkim olan görüşün aksine, yazılılık şartının ispat şartı olmadığının geçerlilik şartı olduğunun kabulü gerekir[825]. Ebeveyn izninin yazılı olarak talep edilmesi ebeveyn izni süresi hakkında gerekli açıklamanın netleştirilmesine hizmet eder. Ebeveyn izni kullanımının önemli sonuçları göz önüne alındığında yazılı şekle uyulması zorunludur[826].

d. Kısmi Süreli Çalışma Talebinde Yer Alması Gereken Hususlar

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, kısmi süreli çalışma talebinde bulunması gereken hususlara yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre, kısmi süreli çalışma talebinde bulunacak olan işçi, talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi, tüm iş günlerinde çalışacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatlerini, haftanın belirli günlerinde çalışacak olması hâlindeyse, çalışmayı tercih ettiği iş günlerini belirtmelidir. İşçi talepte bulunurken, kısmi süreli çalışmaya

[821] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 68.
[822] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 681.
[823] Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1886; Grobys/Panzer/Fohrmann, SWK-ArbR, s. 1092; ErfK/Gallner, s. 802; Tilmanns/Mutschler-Tilmanns, s. 1008; Burns, s. 29.
[824]BAG 10. 5. 2016 – 9 AZR 145/15, lexetius.com/2016,2434, (ET. 02.01.2018) ; Buchner ve Becker, s. 965; Schaub ArbR-HdB/Linck s. 1886; ErfK/Gallner, s. 802.
[825] BGB § 125' de belirtilen yazılı şekil koşuluna uymak ebeveyn izninin şartıdır. (BAG 26.06.2008, 2 AZR 23/07, NZA 2008,1241).
[826] Tillmanns/Mutscher-Tillmanns, s. 1008

başlayacağı tarihi belirtmezse işveren, işçiden bu tarihi belirtmesini isteyebilir[827]. Ancak işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrası ve 8. maddesinin 3. fıkrası birlikte ele alındığı zaman, işçinin talebinde kısmi süreli çalışmaya başlamak istediği tarihin yer almaması durumda, işçinin talep tarihinden bir ay sonra kısmi süreli çalışmaya başlayabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nun § 15/7 hükmünde, ebeveyn izni esnasında çalışma süresinin azaltılmasına ilişkin talepte yer alması gereken unsurlara yer verilmiştir. İşçi talebinde, azaltılarak yapılacak olan çalışmanın günlük ve haftalık çalışma saatlerine, talep edilen azaltılacak çalışma süresinin hangi günlerde yapılacağına, çalışma saatlerinin gün içindeki dağılımına yer vermelidir. Özetle, işçi talebinde kısmi çalışmasının başlangıcına, kapsamına, süresine ve dağılımına ilişkin hususları belirtmelidir[828].

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, işçi eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemelidir. İşçinin eşinin çalışmasının aranmayacağı hâller söz konusuysa (KSÇY md. 10), işçi bu duruma ilişkin bilgi ve belgeleri de talebine eklemelidir. Kanun koyucu, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebine çocuğun yaşadığına ve yaşına dair ya da evlat edinme durumunda çocuğun evlat edinildiğine dair belgeyi eklemesine ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Kanaatimizce, İş Kanunu'nda da uygulamada kötüye kullanmaların önüne geçilmesi amacıyla, bu konulara ilişkin belgelerin taleple birlikte işverene verilmesi yönünde düzenleme yapılması yerinde olur[829].

Kanun koyucu, işçinin talebinde yer alması gereken hususları düzenledikten sonra, uygulamada yaşanacak sorunları önleyebilmek amacıyla, işçinin talep dilekçesinin ve eklerinin işçinin özlük dosyasında saklanması gerektiğini düzenlemiştir (KSÇY md. 9/3).

---

[827] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 65.

[828] Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1893; Buchner ve Becker, s. 962; ErfK/Gallner, s. 798; BAG 19.04.2005, NZA 2005, 1354; Marburger, Schwangerschaft, s. 87; Tillmanns/Mutschler -Tillmanns, s. 983; Winfries Boecken ve Jacob Joussen, Teilzeit- und Befristungsgesetz Hadnkommentar, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2018, s. 559.

[829] Aynı yönde bkz., Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 129; Ocak'a göre, çocuk ölmüş olması durumunda işverenin bundan haberi olabileceği ihtimali nedeniyle bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Ancak kötüniyetli yaklaşımların ve gelecekte yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından talepte bulunulurken çocuğun yaşadığını gösterir bir belgenin de eklenmesi gerektiği yönünde düzenleme getirilmesi de yerinde olabilir. Bkz., Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 71.

İtalya'daki düzenlemeye göre, ebeveyn izni almak isteyen kişinin, izin talebine çocuğunun doğum belgesini ve çocuk için daha önce kullanılan analık ve babalık izin sürelerine ilişkin ebeveynlerin ifadelerini eklemeleri gerekmektedir[830].

G. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Talebinin İşverence Karşılanması

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının işverenden talep edilmesi bu hakkın işverenin onayına tabi olduğunu göstermez. İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında, *"...Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz..."* denilmektedir. Benzer düzenlemeye Yönetmelikte de yer verilmiştir. Yönetmelik hükmüne göre, *" İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz (KSÇY md. 11/4). "* Bu düzenlemeler göstermektedir ki; işverenin, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesine ilişkin talebinin değerlendirilmesi konusunda kural olarak takdir hakkı bulunmamaktadır[831]. Bununla birlikte, işveren işçinin bu yöndeki talebi nedeniyle iş sözleşmesini sona erdiremez.

Kural olarak, Alman hukukunda da işçinin ebeveyn izni hakkını kullanılabilmesi için işverenin onayına gerek yoktur[832]. Bu nedenle de istisnai hâller dışında işveren, işçinin talebini kabul etmek zorundadır. İşveren, ebeveyn izni talebi nedeniyle işçinin iş sözleşmesini sona erdiremez[833].

Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrasında, işveren tarafından işçinin talebinin karşılandığının, yazılı olarak işçiye bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar mevzuatta, işçinin talebinin olumlu bir şekilde cevaplandığının yazılı olarak işçiye bildirilmesi gerektiği belirtilmiş olsa da, işveren bazı durumlarda işçinin talebine karşı herhangi bir cevap vermeyebilir, sözlü olarak olumlu ya da olumsuz

---

[830] Dolce ve Luca, s. 107.

[831] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 202; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 129; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 91; Tunçomağ ve Centel, s. 190; Canbolat ve Özkan, s. 130; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 72, 93; Değer Ermumcu, s. 2007; Ulusoy, s. 756; Uğur ve Yiğit, s. 94; Koç, s. 206; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 361; Alman hukukunda da kural olarak ebeveyn izninin kullanılabilmesi için isverenin onayına gerek yoktur. Ancak §16/1'e göre ebeveyn izninin iki döneme bölünmesi mümkündür. Bu durumda işverenin onayı aranır. Schaub ArbR-HdB/Linck, s. 1885; Podehl, s. 89-90; BAG 12. 5. 2011 – 2 AZR 384/10, lexetius.com/2011,5122, (ET.03.01.2018) , Kısmi süreli çalışmaya geçişin işverenin taktirine bağlı olan durumlar için bkz., İkinci Bölüm, II, H.

[832] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 650; Rambach, s. 77;

[833] Burns, s. 161.

cevap verebilir ya da yazılı olarak olumsuz bir cevap verebilir[834].

Yönetmeliğin 11. maddesinin 3. fıkrasına göre, *"İşveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi hâlinde, talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır."* Örneğin, işçi kısmi süreli çalışma talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi, talep tarihinden iki ay sonrası olarak belirtmiş olsa dahi, işveren başvurudan itibaren bir ay içinde işçinin talebi hakkında işçiye cevap vermesi gerekir. İşveren işçiye cevap vermemiş olsa bile, işçi talebinde belirttiği tarihte kısmi çalışmaya başlayacaktır[835].

Yönetmelik hükümden de anlaşılacağı üzere, işverenin yazılı olarak işçinin talebine olumlu cevap vermesi ile cevap vermemesi arasında herhangi bir sonuç farklılığı bulunmayacaktır. Zira hükümde, işverenin işçinin talebine cevap vermese de işçinin talebinde belirttiği tarihte kısmi süreli çalışmaya başlayabileceğine yer verilmiştir[836]. İşveren, işçi tarafından usulüne uygun bir şekilde yapılan kısmi süreli çalışma talebini reddetse de işçi kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir[837]. Nitekim Yönetmelikte belirtilen istisnai hâller dışında işverenin işçinin talebini reddetme hakkı yoktur.

Kanun koyucu, işveren tarafından işçiye yapılacak olan bildirimin yazılı yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buradaki yazılılık koşulu da tıpkı işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinde olduğu gibi geçerlilik koşulu değil, ispat koşuludur. Düzenleme ile kanun koyucu, ileride taraflar arasındaki ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıkları engellemek istemiştir. Ancak talebin işveren tarafından karşılanacağına ilişkin düzenlemeye rağmen, işveren işçinin talebine sözlü olarak olumlu ya da olumsuz cevap verebilir.

Yönetmeliğin 11. maddesi hükmünde, talebin işveren tarafından karşılandığının yazılı olarak bildirileceği belirtilmekte; ancak usule uygun yapılmayan taleple ilgili olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Kanaatimizce dürüstlük kuralı gereği, talebin usulüne uygun olmadığı durumlarda işverenin bu durumu işçiye bildirmesi gerekir. Zira işçi işveren tarafından kendisine cevap verilmediği durumlarda, talebinin usulüne uygun olduğunu ve talep tarihinden

[834] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 73; Ulusoy, s. 756; Uğur ve Yiğit, s. 94.
[835] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 66.
[836] Ulusoy, s. 756; Ocak, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, s. 73; Uğur ve Yiğit, s. 94.
[837] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 73; Ulusoy, s. 756;

itibaren bir ay içinde kısmi çalışmaya başlayacağını düşünebilir[838].

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, işçinin kendisine kanunen tanınmış olan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanması, işveren açısından geçerli bir fesih nedeni sayılmaz. Ancak belirtmek isteriz ki, gerek Kanunda ve gerekse Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde, işçinin kısmi süreli çalışma talebinin geçerli fesih nedeni sayılmayacağına ilişkin açık bir şekilde düzenlenme yer almasa da Kanuna dayalı bir hak kötüye kullanılmadığı sürece hakkın kullanımı fesih sebebi olarak değerlendirilemeyecektir. Ayrıca haklı veya geçerli nedenle fesihlere ilişkin olarak Kanunda yer alan düzenlemelere bakıldığında da kısmi süreli çalışma hakkının kullanılmasının fesih sebebi olarak kabul edilemeyeceği söylenebilecektir [839] . Bilindiği üzere, geçerli fesih nedenleri haklı fesih nedenlerinden daha ağır olmayan hâller olmasına karşılık, iş ilişkisinin devamının işverenden beklenemeyeceği hâller olarak kabul edilmektedir[840]. Bu nedenle, işçinin doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanarak kısmi süreli çalışma yapmaya başlaması, işveren açısından geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilemeyeceği için haklı fesih nedeni olarak da değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak kanun koyucu uygulamada yaşanabilecek olan sorunların önlenmesi amacıyla, bu konuyu mevzuatta açıkça düzenlemeyi tercih etmiştir[841]. Tüm bu düzenlemelere rağmen, işveren işçiyi bu hakkı kullandığı için işten çıkarırsa, işçi iş güvencesi kapsamındaysa işe iade davası açabilir; eğer iş güvencesinin kapsamında değilse kötüniyet tazminatı talep edebilir[842]. Bununla birlikte, işçi Kanundan doğan diğer haklarını da talep edebilir.

İşveren tarafından işçinin talebinin karşılanmaması durumunda işçi, işverenin çalışma şartlarına uymadığı gerekçesiyle haklı nedenle iş sözleşmesini fesih edebilir (İş K. md. 24/II-f)[843]. Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin başvuruda bulunması, işverenin başka bir işçinin iş sözleşmesini feshi bakımından geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacağı da

[838] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 66.
[839] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 76, 77.
[840] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Süzek, İş Hukuku, ss. 575-578.
[841] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 76- 77.
[842] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 129; Köseoğlu, s. 115; Ulusoy, s. 260.
[843]Çelik, Canbolat ve Caniklioğlu, s. 202; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 129; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 92; Köseoğlu, s. 115; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 75; Değer Ermumcu, s. 2008.

unutulmamalıdır[844].

İşveren, kısmi süreli çalışmaya başlayacak işçiyi, işçinin talebinde belirttiği tarihte ya da ilk gün veya ilk hafta, sonraki gün ya da sonraki hafta işyerine almaması durumunda işçi, iş sözleşmesi sona ermediği için işgörme edimini işverene sunmasına rağmen işveren tarafından kendisine iş verilmese de ücrete hak kazanacaktır[845]. Zira böyle bir durumda işverenin temerrüdü söz konusu olur[846]. İşçinin ücreti, işveren tarafından ödenmezse işçi, İş Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasının e bendinde yer alan, "*İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse…"* hüküm uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Ancak işçi böyle bir durumda ihbar tazminatından, iş güvencesine ilişkin hükümlerden, iş güvencesi kapsamı dışındaysa kötüniyet tazminatından yararlanamayacaktır. İşçi fesih sonrası 4447 sayılı Kanunu'nda işsizlik sigortasından yararlanabilmek için aranan gerekli şartları sağlaması durumunda işsizlik ödeneği alabilecektir[847]. Ayrıca böyle bir durumda işçi, isterse işveren tarafından çalışma koşullarına uyulmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle de feshedebilecektir (İş K. md. 24/II-f)

Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nun §15/7 hükmüne göre, işveren işçi tarafından talep edilen çalışma süresindeki azaltmayı veya dağılımı acil işletmesel nedenlerle reddedebilir[848]. İşveren, izin talebi çocuğun doğumu ile üçüncü yaş günü arasındaki süreye ilişkinse en geç dört[849]; çocuğun üçüncü yaş gününden sekizinci yaş gününü tamamlamasına kadar olan sürede kullanmaya yönelikse, en geç sekiz hafta içinde yazılı olarak sebeplerini belirterek reddedebilir. Bu süre içinde işçinin talebini reddetmeyen işveren, çalışma süresinin dağılımda işçinin isteklerini dikkate almalıdır. Başka bir ifadeyle, işçinin talebini Kanunda belirtilen dört hafta içinde reddetmeyen işveren, talebi kabul etmiş olur (BEEG §15/7).

---

[844] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 49.
[845] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 52; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 75.
[846] İşverenin temerrüdü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Kenan Tunçomağ, "Borçlar ve İş Kanunu Açısından İşi Kabulden Kaçınma", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 1968, http://istanbul-universitesi.dergipark.gov.tr/iusskd/issue/910/10246, (ET. 12.02.2018), ss. 93-114; Soyer, M. Polat: **İşçinin İş Görme Borcu**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1979, ss. 162-184; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, ss. 670-675.
[847] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 75.
[848] Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, s. 162; Buchner ve Becker, ss. 960-961; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 649, 659; Roos/Bieresborn-Othmer MuSchG/BEEG, s. 974.
[849] BAG 15.12.2009, 9 AZR 72/09, NZA 2010 /447, https://lexetius.com/2009,4226, (ET. 05.07.2018); Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, s. 168; Buchner/Becker, s. 962.

İşveren, işçinin çalışma süresinin azaltılması ve iş günlerine dağılımı konusundaki talebini zamanında reddederse, işçi sorunu iş mahkemesinde çözmek zorunda kalacaktır (BEEG §15/7). Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda işçi ve işverenin menfaati arasında denge kurulmaya çalışılmış ve ilgili düzenlemeler Kanun düzeyinde herhangi bir sorun teşkil etmeyecek şekilde açık ve net bir şekilde yapılmıştır[850].

İşverenin, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme yönündeki talebine olumsuz cevap vermesi durumunda, işçi kendiliğinden kısmi süreli çalışmaya başlarsa, işverenin iş düzenini sekteye uğratması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, işçi ile işverenin anlaşma yoluyla işçinin yasal hakkını kullanmasını sağlamaları her iki taraf için de ideal çözüm olacaktır[851]. Ancak Kanun ve Yönetmelikte bu konuda işvereni zorlayıcı düzenlemelere yer verilmemesi, tarafların anlaşamama hâlinde herhangi bir çözüm öngörülmemiş olması önemli bir eksikliktir[852].

Mevzuattaki düzenlemelerden işverenin, işçinin kısmi çalışma talebini kabul etmek zorunda olduğu anlaşılmakla birlikte, bu hükme aykırılığın idari ceza hükümleriyle karşılanmaması, düzenleme ile istenilen amaca ulaşılabilmesini güçleştirmektedir [853] . Bu nedenle de kanaatimizce hükmün uygulanabilirliğini kolaylaştırmak amacıyla, işveren tarafından hükme aykırı hareket edilmesi durumunda idari para cezası öngörülmesi yerinde bir düzenleme olur[854]. Kanunun 104. maddesinde işin düzenlemesine aykırılık hâlinde uygulanacak olan idari para cezası, işverenin işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebini kabul etmemesi ve işçiye kısmi süreli çalışma imkânı tanımaması durumunda uygulanmayacaktır. Zira bu hükümde, İş Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenen doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin herhangi bir yaptırım hükme bağlanmamıştır. Kanaatimizce bu konuya ilişkin Kanunda yasal bir düzenlemeye yer verilmesi gerekir.

---

[850] Bkz., Caniklioglu, s. 132.
[851] Ulusoy, s. 756.
[852] Taşdemir, s. 161.
[853] Centel, Analık Hali, s. 14; Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 56; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 206; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 87-88; Değer Ermumcu, s. 2009.
[854] Aynı yönde bkz., Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 206; Ekonomi'ye göre, İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen, buna dayalı olarak doğrudan iş hukukunun sözleşmelere ait özel hukuk bölümünde yer alan bir konuda idari para cezası getirilmemesi isabetli bir yaklaşımdır. Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 56.

H. İşverenin Onayı Olmaksızın Kısmi Süreli Çalışma Yapılamayacak İşler

Her ne kadar işçi doğum veya evlat edinme nedeniyle koşulları varsa işverenden onay almaksızın tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş yapabilecekse de bu konuya ilişkin bazı sınırlamalar getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, bazı durumlarda işçinin talebinin işveren tarafından reddedilmesi mümkün kılınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda 13. maddesinin 6. fıkrasında, *"Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir"* hükmü ile kısmi süreli çalışma talebinin yapılabileceği sektörler ve işlerin sınırlandırılabileceği belirtilmiştir. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 12. maddesinde, bazı işlerde ancak işverenin onayı alındıktan sonra kısmi süreli çalışma yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelikteki düzenlemeye göre,

- Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde[855],
- Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde[856],

---

[855] Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre, *"Bu Yönetmeliğin uygulanmasında, sağlık hizmetinden sayılan işler; tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, hemşire, ebe ve optisyenler ile 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları tarafından yerine getirilen işleri ifade eder."* 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'n Ek. 13. maddesinde, klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni sağlık meslek mensubu olarak sıralanmış ve tanımlanmıştır. Bu işlerde çalışan işçilerin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakları, işverenlerinin uygun bulması hâlinde mümkün olacaktır.

[856] Bu türdeki işyerlerine örnek olarak yüksek fırınlar, cam ve seramik üretilen işlerdeki fırınlar, işyeri güvenliği, makine ve demirbaş eşyaların, hammaddelerin bozulmasının önlenmesi gibi işler örnek olarak verilebilir. Bkz., Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 45-46.

- Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,
- İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde işverenin uygun bulması hâlinde kısmi çalışmaya geçiş yapılabilir *(KSÇY md. 12/1).*

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar Yönetmeliğin 12. maddesinin başlığı *"Kısmi Süreli Çalışma Yapılabilecek İşler"* olsa da maddede belirtilen işler işverenin onayı ile tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş yapılabilecek işlerdir. Bu nedenle, maddede belirtilen istisnai işler dışında diğer tüm işlerde işverenin onayı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilecektir (KSÇY md. 12/2). Yönetmelikte belirtilen işlerde, kısmi süreli çalışma yapılıp yapılamayacağı konusunda takdir yetkisi işverenindir. Bu nedenlerden dolayı öğretide haklı olarak, 12. maddenin başlığının *"İşverenin Uygun Bulma Kararı Olmadan Kısmi Süreli Çalışma Yapılamayacak İşler"* ya da *"Kısmi Çalışmanın İşverenin Uygun Bulma Kararına Bağlı Olduğu İşler"* şeklinde olması gerektiği belirtilmiştir[857]. Bununla birlikte, söz konusu istisnaların Yönetmelikle değil, Kanunla düzenlenmesi daha uygundur[858].

Yönetmelikte sayılan işler sınırlı niteliktedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu sınırlama sadece doğum veya evlat edinmeye bağlı olarak yapılacak olan kısmi süreli çalışmalar için geçerlidir. İş Kanunu'nun 13. maddesine 5. fıkrasında düzenlenen kısmi çalışma dışında yapılacak olan kısmi süreli çalışmalar bakımından bu sınırlamalar söz konusu değildir. Aksinin kabulü de mümkün değildir. Yönetmelikte, kısmi süreli çalışma yapabilmek için işverenin onayı aranan işler nitelikleri gereği süreklilik arz etmektedir. Buna rağmen, klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bu işlerde çalışabiliyorken, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmanın bu işlerde yapılamıyor olması Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır[859].

[857]Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 79.
[858] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 80.
[859] Değer Ermumcu, s. 2010.

Yönetmeliğin 13. maddesine göre, "*18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu*[860] *hükümlerine göre bağıtlanan toplu iş sözleşmelerinde kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler, 12 nci madde hükümlerine bağlı olmaksızın ayrıca taraflarca da belirlenebilir."* Bu hüküm toplu iş hukukunun ve toplu iş sözleşmesinin amacına uygun düşmektedir. Zira toplu iş sözleşmesi hükümleri, yürürlükteki sosyal mevzuat hükümlerinin öngördüğü hakların, işçilerin yararına olmak üzere daha fazlasının sağlanmasını mümkün kılacak şekilde serbestçe belirlenebilir. Ancak, hükmün düzenleniş şeklinde sorunlar bulunmaktadır. Maddede, toplu iş sözleşmelerinde kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler, 12. madde hükümlerine bağlı olmaksızın taraflarca belirlenebilir denilmektedir. Oysaki, zaten 12. maddedeki istisnalar dışında işçiler, işverenin onayı olmadan kısmi süreli çalışma yapabilirler. Bu nedenle, tarafların toplu iş sözleşmesi ile kısmi süreli çalışma yapılabilecek işleri belirlenmesine gerek yoktur. Düzenlemeden anlaşılması gereken, toplu iş sözleşmelerinde Yönetmeliğin 12. maddesinde belirtilen işlerin daraltılabileceği veya işçi lehine olmak üzere kısmi çalışma yapabilmek için işverenin uygun bulmasına tabi tutulan işlerin bu sınırlamanın dışında bırakılabileceğidir[861]. Aksinin kabulü hâlinde, Kanun ile işçilere sağlanan bir hak, toplu iş sözleşmesi ile işverenin rızasına bağlanmış ve hakkın kullanımı daraltılmış ya da hak tamamen kullanılmaz hâle getirilmiş olacaktır[862]. Tarafların bireysel iş sözleşmesi ile Yönetmeliğin 12. maddesinde belirtilen işleri daraltmaları ya da maddede belirtilen işlerde işverenin onayının aranmayacağını kararlaştırmaları mümkün değildir. Yönetmelikte sadece toplu iş sözleşmesi ile bunun yapılabileceği belirtilmiştir.

Daha öncede belirttiğimiz üzere, Yönetmelikte belirtilen istisnalar dışında işverenin, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmeye yönelik talebine olumsuz cevap vermesi mümkün değildir. İşveren, işçinin talebine olumsuz yönde cevap verse bile işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep ettiği iş Yönetmelikte belirtilen işlerden değilse, işçi kısmi süreli çalışmaya başlayabilir [863].

[860] RG.: 07.11.2012, S.: 28460.
[861] Köseoğlu, s. 116; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 80; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 121; Değer Ermumcu, s. 2010.
[862] Köseoğlu, s. 116; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 80.
[863] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 78; Baskan, Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, s. 121.

Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge ((Teilzeitund Befristungsgesetz - TzBfG) Alman Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu) § 8 hükmünde kimlerin hangi şartlar altında çalışma saatlerinin azaltılmasını (kısmi süreli çalışma) talep edebileceği düzenlenmiştir[864]. Bu maddede işverenin, işçinin çalışma saatlerinin azaltılmasına ilişkin şartları taşıyan talebini ancak işletmesel nedenlerle reddebileceği ve bu işletmesel nedenlerin neler olabileceği belirtilmiştir (TzBfG §8/4).

İşletmedeki iş akışının, iş güvenliğinin ve iş organizasyonun ciddi oranda bozulduğu ve talebin işletmede orantısız maliyetlere neden olduğu durumlarda işletmesel nedenlerin varlığı kabul edilir. Böyle bir durumda işveren, işçinin çalışma süresinin azaltılması yönündeki talebini reddedebilecektir (TzBfG §8/4)[865]. Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nda ise, işçinin çalışma sürelerinin azaltılması yönündeki talebinin acil işletmesel nedenlerle reddedilebileceği düzenlenmiştir (BEEG §15/7 nr. 4)[866]. Fakat Kanunda acil işletmesel nedenlerin neler olabileceğine ilişkin açıklamaya yer verilmemiştir[867]. Acil işletmesel nedenler zorlayıcı ve önemli olmalıdır[868]. Bu sebeple, işveren yüksek maliyetlerden kaçınmak için işçinin çalışma süresinin azaltılması yönündeki talebini reddedemez[869]. İşçinin çalışma süresinin azaltılması yönündeki talebi iş organizasyonunun önemli ölçüde bozulmasına, işyerinin güvenliğinin bozulmasına ve orantısız maliyetlere neden olması durumu işverene, işçinin talebini reddetme hakkı vermemektedir. Bu gibi durumlar, Alman doktrininde acil işletmesel nedenler olarak kabul edilmemektedir[870]. Ayrıca söz konusu durumlar, yukarıda da belirtildiği üzere TzBfG § 8/4 hükmü gereğince işletmesel neden olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Alman doktirininde çalışma süresinin azaltılması talebinde bulunan işçinin yerine uygun bir işçi bulunamaması durumunda işçinin talebinin reddedilebileceği belirtilmektedir. Ancak

[864] Alman hukukunda klasik anlamda kısmi çalışma ve ebeveyn izninde kısmi çalışma karşılaştırması için bkz., Weiss Susanne, s. 16.
[865] Bu konuya ilişkin daha geniş bilgi için bkz., Meinel, Heyn ve Herms, ss. 150-176; ErfK/Preis, ss. 2832-2837; Sievers, ss. 71-99; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, ss. 991-994; MHdB ArbR/Reichold, s. 874; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Litzig, s. 1150.
[866] Acil işletmesel nedenlerinin varlığı her durumda sıkı şartlara tabi olması gerekmektedir. İşletmenin temel işleyişi, iş süreci, işletmenin güvenliği veya orantısız maliyet acil işletmesel neden değildir. Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, s. 164.
[867] Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 990.
[868] Sowka, s. 43; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 991.
[869] Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, s.165.
[870] Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, s.165.

çalışma süresinin azaltılmasını isteyen işçinin yerine uygun bir işçi bulunması durumunda da acil işletmesel nedenler göz önünde bulundurulmalıdır[871].

Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara göre, işverenin işçinin işyerinde herhangi bir çalışması olmadan da ebeveyn izni kullanmasının mümkün olduğu ve işçinin bu yöndeki talebine işveren tarafından itiraz edilemeyeceği hususu dikkate alınmalıdır. Bu nedenle de işçinin ebeveyn izni esnasında kısmi çalışma talebinin işveren tarafından reddedilebilmesi için bu talebin işverenin iş organizasyonunda önemli bozulmalara yol açması gerekmektedir[872].

Söz konusu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere ebeveyn izni süresince çalışma süresinin azaltılmasını isteyen ve bunun için gerekli olan şartları sağlayan işçinin talebi, işveren tarafından Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak sadece acil işletmesel nedenlerle reddedilebilir. Alman hukuk sisteminde çalışma sürelerinin azaltılmasına ilişkin olarak getirilen sınırlamalar, işletme düzeyinde ve işvereni koruyucu nitelik taşımaktayken; Türk hukuk sistemindeki sınırlamalar kısmi süreli çalışılmak istenen işin niteliğine ilişkindir[873].

Alman hukukunda klasik kısmi süreli çalışma acil işletmesel nedenler dışında da herhangi bir işletmesel nedenle reddedilebilirken, ebeveyn izni esnasında kısmi çalışma talebi sadece acil işletmesel nedenlerle reddedilebilir. Bu nedenle, ebeveyn izni esnasında kısmi çalışmanın işveren tarafından reddedilmesinin daha istisnai hâllerde söz konusu olduğu söylenebilecektir. Oysa, Türk hukukunda durum tam tersidir. Klasik kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma durumunda Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 12. maddesindeki işler söz konusu olsa bile işverenin onayı aranmazken, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş durumunda aranmaktadır.

[871] Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, s.165.
[872] BAG 19.04.2005, 9 AZR, 233/04, https://lexetius.com/2005,2410, (ET. 22.08.2018).
[873] Değer Ermumcu, s. 2010.

İ. Kısmi Süreli Çalışma Zamanının Belirlenmesi

Kısmi süreli çalışma, işçinin işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçinin haftalık çalışmasının üçte ikisi oranında yapılan çalışma olarak tanımlanmaktadır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreli Yönetmeliği'nde kısmi çalışmanın ne şekilde belirleneceği düzenlenmiştir. Hükme göre, *"Kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir (ÇSY md. 15/1)."*

İş Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında emsal işçiden söz edilmektedir. Emsal işçi kavramı, Kanunda açıkça tanımlanmıştır. Kanundaki tanıma göre *"emsal işçi"*, aynı işyerinde, aynı veya benzer bir işi yapan ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçidir. İşyerinde böyle bir işçinin bulunamaması durumunda ise *"emsal işçi"*, aynı iş kolunda, işyerindeki şartlara uygun bir işyerinde, aynı veya benzeri bir iş yapan ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçidir (İş K. md. 13/III). Doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin kendisi emsal işçidir. Söz konusu işçi, işyerinde yeni çalışmaya başlayan biri değildir. Bu nedenle işçi, kısmi süreli çalışmaya geçiş yapmadan önce tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı için kendisine uygulanan haftalık çalışma süresi dikkate alınıp bu sürenin üçte ikisine kadar olan çalışma, kısmi çalışmada uygulanacak haftalık çalışma süresi olarak belirlenir[874].

Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nunda yer alan düzenlemeye göre, ebeveyn izni esnasında kısmi süreli çalışmak isteyen ebeveynin, iş sözleşmesinde yer alan çalışma süresinin aylık ortalama haftada on beş saat ile otuz saat arasında olacak şekilde azaltılmış olması gerekmektedir (BEEG§ 15/7 nr. 3) . Ebeveyn izni esnasında yapılacak olan kısmi süreli çalışmanın süresi otuz saati aşamaz (BEEG§ 15/4) [875]. Alman hukukunda işçi ebeveyn izni boyunca kısmi süreli çalışma yapmak zorunda değildir. Ancak ebeveyn izni sırasında kısmi çalışma en az iki ay için talep edilebilir (BEEG§ 15/7 nr. 3). İki aydan kısa bir süre ebeveyn izninde kısmi çalışma yapılamaz.

[874] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 53.
[875] Wedde-Böttcher, s. 542; Burns, s. 63; LAG, Schleswig-Holstein, 18.06.2008, 6 Sa 43/08, https://judicialis.de/Landesarbeitsgericht-Schleswig-Holstein_6-Sa-43-08_Urteil_18.06.2008.html, (ET. 01.02.2018).

İsveç hukukunda ebeveynler, çocuk sekiz yaşına gelinceye kadar normal çalışma saatlerini %25'e kadar azaltma hakkına sahiptirler[876](Föräldraledighetslagen § 3/3, § 6). Böyle bir durumda ebeveyn izni haftanın tüm günlerine dağıtılabileceği gibi, belirli gün ya da günlerine de dağıtılabilir (Föräldraledighetslagen § 12).

Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'na göre, ebeveyn izni talep eden işçi, ebeveyn izninden önce kısmi süreli iş sözleşmesi çalışıyorsa, bu durum ebeveyn izni kullanılması esnasında da devam edebilir (BEEG § 15/5)[877]. İlgili Kanunu'nun § 15/7 numara 3'de yer alan hükmüne göre, ebeveyn izni esnasında kısmi zamanlı çalışma süresinin saat aralığı belirlenirken önceki çalışma süresinin tam zamanlı çalışma olması gerektiği belirtilmemiştir[878]. Kanunda sadece işçinin iş sözleşmesinde yer alan çalışma süresinin kaç saat olabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle de haftada otuz saat çalışan bir işçi, ebeveyn izni esnasında bu çalışma süresini on beş saate kadar düşürebilir[879]. Özetle, kısmi zamanlı çalışma yaparken ebeveyn izni kullanmak ve kısmi zamanlı çalışmaya devam etmek isteyen işçinin kısmi zamanlı çalışmasının haftada otuz saati geçmemesi ve BEEG § 16/1 hükmü uyarınca, ebeveyn izni kullanımı konusunda işverenin bilgilendirmiş olması gerekir[880]. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, bazı Avrupa ülkelerinde işçi, ister tam süreli iş sözleşmesi ile çalışsın isterse kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışsın çalışma süresi azaltma hakkına sahiptir[881] Türk hukuk sisteminde daha önce açıklamış olduğumuz nedenlerden dolayı sadece tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi doğum veya evlat edinme nedeniyle çalışma süresinde azaltma diğer bir deyişle kısmi süreli çalışma yapılabilir.

Kanaatimizce, Türk hukuk sisteminde de İsveç ve Alman hukukunda olduğu gibi kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye de bu hak tanınmalıdır. Zira haftalık otuz saat kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi de çocuğunun bakımı ile daha fazla ilgilenmek isteyebilir. Ancak mevcut düzenleme nedeniyle bu durumun kabulü mümkün değildir. Oysaki, Alman hukukunda olduğu gibi mevzuatta işçinin iş sözleşmesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin azaltılabileceği asgari ve azami bir süre düzenlenirse, klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler de söz

[876] https://sweden.se/society/10-things-that-make-sweden-family-friendly (ET. 01.02.2018).
[877] Ayrıca bkz., HK - MuSchG/BEEG/Rancke, ss. 658-659; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 980.
[878] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 662; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s. 980.
[879] Buchner ve Becker, ss. 958-959; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 662.
[880] ErfK/Gallner, s. 796; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, ss. 659-660.
[881] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 662; ErfK/Gallner, s. 794; Tillmanns/Mutschler-Tillmanns, s.1016; https://sweden.se/society/10-things-that-make-sweden-family-friendly , (ET. 01.02.2018).

konusu haktan yararlanabilirler. Ayrıca bu sayede tam süreli iş sözleşmesi ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi arasında ayrım yapılmamış olur.

İş Kanunu'nda işçinin doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçebileceği belirtilmekle yetinilmiş olup, kısmi süreli çalışan işçinin haftalık kaç saat süre çalışacağı belirtilmemiştir. Bu durum uygulamada bazen işçi ve işverenin iradelerinin örtüşmemesine ve uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olabilir. Böyle bir durumda, işçi ve işveren arasındaki anlaşmaya göre kısmi süreli çalışmanın haftalık çalışma süresi belirlenmelidir.

Kısmi çalışma; yarım gün çalışma, öğleden önce, öğleden sonra ya da akşamları çalışma şeklinde yapılabilir. Ayrıca kısmi çalışma haftanın sadece belli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli bir süre olarak veya haftanın bir ya da birkaç gününde çalışmak üzere yapılabilir[882].

Yönetmelikte de daha önce belirttiğimiz üzere, kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçi talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile işçi tüm iş günlerinde çalışacaksa çalışmanın başlama ve bitiş saatlerini, işçi haftanın belirli günlerinde çalışacaksa tercih ettiği iş günlerinin yer alması gerektiği belirtilmiştir (KSÇY md. 9/1). Bu düzenleme nedeniyle, haftanın hangi günlerinde ve haftada kaç saat çalışılacağına işçi karar verecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin işyerinde mesai saatleri dışında çalışması mümkün olmadığı için mesai saatleri dışında kısmi çalışma yapılması mümkün değildir[883]. İşçi, söz konusu hakkı kullanırken işverenin durumunu göz önünde bulundurmak ve hakkı dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmak zorundadır. İşçi, işverenin ifa menfaatinin kalmayacağı kadar kısa bir çalışma süresi için talepte bulunursa ya da işverene aşırı yük getirecek kısmi çalışma düzeni talep ederse, hakkı dürüstlük kuralına aykırı kullanmış olur[884].

Yönetmeliğin 15. maddesine göre, kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenecektir. Bu düzenleme ile işverene takdir hakkı tanınmakta ve işin yapılacağı zaman aralığına ilişkin nihai kararın işveren tarafından verilmesine imkân

[882] Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 18; Centel, Kısmi Çalışma, s. 36; Süzek, İş Hukuku, s. 268; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 193; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 450; Öktem Songu, Çalışma Süresi, s. 94.
[883] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 68.
[884] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 131.

sağlanmaktadır[885]. İşveren, söz konusu kararı verirken işçinin talebini ve o yerin geleneklerini dikkate alarak hareket etmelidir (KSÇY md. 15/1).

Hükümde yer alan ve kısmi çalışmanın nasıl uygulanacağını belirten düzenlemelerin uygulamada sorun teşkil edebileceği göz ardı edilmemelidir. İşçi, tarafından sunulan çalışma planının, işveren tarafından dikkate alınarak kısmi çalışmanın haftanın belirlenen gün ve saatlerine yaygınlaştırılması her zaman sorunsuz olmayacaktır. İşveren, sunulan çalışma planını kabul etmediğini belirterek; yeni bir kısmi süreli çalışma planını işçiye sunabilecektir[886]. Öğretide, işçinin hangi günlerde ya da saat aralıklarında çalışacağına karar verme hak ve yetkisinin işverene bırakılmasının isabetli olmadığı, düzenlemenin temelinde işçinin ve çocuğunun ihtiyaçlarının karşılanması söz konusu olduğu için çalışılacak zaman aralığının tespitinde işçinin talebinin geçerli olması gerektiği ve aksi hâlde kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının işverenin takdirine bırakılmış olacağı belirtilmiştir[887]. Böyle bir durumda da işveren, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesini istemiyorsa, işçinin kısmi süreli çalışacağı zamanı, işçinin koşullarına uymayacak şekilde belirleyerek, işçiyi ya bu haktan vazgeçmeye ya da iş sözleşmesini fesh etmeye zorlamış olacaktır[888]. Her ne kadar öğretideki görüşe katılsak da mevcut düzenleme göz önünde bulundurulduğunda; işverenin çalışma saatlerini işçinin çocuğunun bakımını sağlayabileceği saatleri ve işin niteliğini de dikkate alarak dürüstlük kuralına uygun bir şekilde belirlemesi gerektiği unutulmamalıdır[889]. Başka bir deyişle, işveren işçinin talebi ile birebir bağlı olmamakla birlikte, tamamen bu talebe uzak bir çalışma aralığı da belirleyemeyecektir. Aksi hâlde, yönetim hakkı işveren tarafından kötüye kullanmış olacaktır[890].

Bu konuda Alman hukukunda, işçi tarafından ebeveyn izni kullanmaya yönelik olarak talebin ve talepte belirtilen sürenin tek taraflı değiştirilemeyeceği belirtilmiştir. Taraflar, aralarında yapılacak yeni bir anlaşma ile hakkın kullanımı konusunda değişiklik yapabilecektir. Ebeveyn izninin bu bağlayıcı etkisi işvereni ve

[885] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 68.
[886] Uğur ve Yiğit, s. 94.
[887] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 130 -131.
[888] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 131.
[889] Değer Ermumcu, 2013; Uğur ve Yiğit, ss. 94-95.
[890] Değer Ermumcu, 2013.

işverenin iş organizasyonunu korumaktadır[891].

J. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçen İşçinin Ücret ve Eklerinde Meydana Gelen Değişiklikler

Tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin, yarım çalışma izni kullanan işçide olduğu gibi, tam süreli çalıştığı döneme kıyasla haftalık çalışma süresi azalmaktadır. Bu nedenle de işçinin ücret ve eklerinde değişiklik meydana gelmektedir. Ancak yarım çalışma izni kullanan işçiden farklı olarak, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesinde değişiklik meydana gelmektedir. Yarım çalışma izni kullanan işçinin iş sözleşmesi aynı şekilde geçerliliğini devam ettirmekteyken, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş yapan işçinin iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir.

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 15. maddesinin 2. fıkrasında, kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin çalıştığı süreyle orantılı olarak ödeneceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu hususun Yönetmelikte düzenlenmemiş olması herhangi bir eksiklik yaratmazdı. Zira İş Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye kıyasla farklı bir işleme tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca hükümde kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreyle orantılı ödeneceği belirtilmektedir.

Tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçi, kısmi süreli olarak çalıştığı süreye ilişkin ücretini alabilecek, çalışmadığı, iş görme borcundan kurtulduğu süreye ilişkin olarak herhangi bir ücret alamayacaktır[892]. Ancak işçinin çalışma düzeni, işyerinde işçilere sağlanan sosyal yardım niteliğindeki ek menfaatlerden yararlanma imkânı veriyorsa, bu ek menfaatlerin tam karşılığının işçiye verilmesi gerekir[893]. Kıdeme bağlı haklar açısından da işe başlangıç tarihi ile

[891] Buchner ve Becker, s. 973.
[892] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 36-37; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 93.
[893] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 37.

iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi kadar geçen süre dikkate alınmalıdır[894].

K. Kısmi Süreli Çalışmadan Vazgeçme ve Tam Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanmış olan işçi, çocuğuna aile yakınlarından birinin bakmaya başlaması, eşinin işten ayrılması ve çocuğu ile ilgilenmesi, çocuğuna bir bakıcının bakması ya da ekonomik nedenlerle tam süreli çalışmaya geçme talebinde bulunabilir[895]. Kanun koyucu bu durumu dikkate almış ve bu konuya ilişkin düzenleme yapmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinin 5. fıkrasında,

> "*Kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir"*

hükmü yer almaktadır. Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nde de *"Kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam süreli çalışmaya dönebilir. Tam süreli çalışmaya geri dönmek isteyen işçi, işverene en az bir ay önce yazılı olarak talebini bildirir (KSÇY md. 13/2). "* denilmektedir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin, konuya ilişkin talebini en az bir ay önceden işverene bildirmesi gerekmektedir. Ancak tam süreli çalışmaya geçmek isteyen işçi, aynı çocuk için tekrar kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı kullanamaz (İş K. md. 13/5). Kısmi süreli çalışmaya geçiş işverenin iş organizasyonu bakımından büyük bir önem arz etmektedir. İşveren, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya geçen işçinin yerine yeni bir işçi istihdam etmek zorunda kalacaktır. İşçinin tekrar tam süreli çalışmaya geçmesi hâlinde yerine alınan işçinin iş sözleşmesi sona erer (İş K. md. 13/5). Bu nedenlerden dolayı, tam süreli çalışmaya geçiş yapan işçinin tekrar kısmi süreli

[894] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 96.
[895] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 61, 87.

çalışmaya geçebileceğinin kabulü birçok sorun da beraberinde getirecektir[896]. Kanun koyucu, bu durumu dikkate alarak isabetli bir düzenleme yapmıştır. İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullandıktan sonra tekrar bir çocuğu olması ya da evlat edinmesi söz konusu olursa tekrar kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanması mümkündür[897].

Kanunda sadece kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçen işçinin aynı çocuk için tekrar kısmi süreli çalışmaya geçemeyeceği belirtilmiştir. Burada akla, kısmi süreli çalışmaya geçmeyen ebeveynin, kısmi süreli çalışma hakkını kullanıp tam süreli çalışmaya geri dönen eşinin kısmi süreli çalışma hakkından geriye kalan süreyi kısmi süreli çalışarak kullanıp kullanamayacağı sorusu gelmektedir. Öğretide isabetli olarak, Kanun ve Yönetmelikte diğer eşin söz konusu hakkı kullanamayacağına ya da kullanılabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmadığı, bu nedenle de bu soruya olumlu cevap verilmesi gerektiği belirtilmiştir[898]. Örneğin, kadın işçi analık iznini kullandıktan sonra kısmi süreli çalışmaya başlamış ve çocuğu dört yaşına geldiğinde tam süreli çalışmaya geri dönmüşse bu andan itibaren İş Kanunu kapsamında tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan baba, Kanunda aranan diğer şartları sağlaması durumunda tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş yapabilir.

İş Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrasında *"İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğunda kısmî süreliden tam süreliye veya tam süreliden kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur."* denilmektedir. Bu düzenleme, klasik anlamda iş sözleşmelerinde uygulanacaktır. Zira kanun koyucu doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmeye ilişkin ayrı düzenlemeler getirmiştir. Bu konuya ilişkin hükümler, bazı yönleriyle klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemelerden ayrılmaktadır. Örneğin, klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya geçme yönündeki talebini işveren her durumda kabul etmek zorunda değildir. Zira Kanunda işçinin niteliklerine uygun açık yer bulunduğunda işveren

[896] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 86.
[897] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 206; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 133-134; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 92; Köseoğlu, s. 118; Canbolat ve Özkan, s. 131; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 87.
[898] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 61.

tarafından talebin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Oysaki, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya geçiş talebi Kanunda belirtilen hususlara uygun olarak yapılmışsa, işveren tarafından kabul edilmelidir[899]. Zira kanun koyucu, tam süreli çalışmaya geçme talebinin bir ay önceden işverene yazılı olarak bildirilmesi hâlinde işverene herhangi bir takdir hakkı tanımamıştır (İş K. md. 13/5). Nasıl ki, kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı, işçinin iradesine bırakılmış ve kural olarak işverenin onayı aranmamışsa, kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçme hakkı da işçinin iradesine bırakılmıştır[900].

İşçinin tam süreli çalışmaya geçiş talebinin işveren tarafından kabul edilmemesi hâlinde, işçinin ne gibi haklara sahip olduğu konusunda Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir[901]. Tam süreli çalışmaya geçiş talebinde bulunan işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilirse yapılan fesih, geçersiz feshin [902] sonuçlarını doğurur. Talebi kabul edilmeyen işçi, haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir[903]. Ancak burada feshin kim tarafından yapıldığının tespiti büyük önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, iş sözleşmesi işçi tarafından haklı nedenle feshedilirse, feshe bağlı olarak İş Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasındaki hakları saklı kalmak üzere bir yıldan fazla kıdemi varsa kıdem tazminatına hak kazanabilecektir[904]. Ancak iş sözleşmesi işveren tarafından haksız feshedilirse, işçi iş güvencesi kapsamındaysa işe iade davası açabilecek, feshe bağlı olarak ihbar tazminatı ve bir yıldan fazla kıdemi varsa kıdem tazminatı talep edebilecektir. İşçi, iş güvencesi kapsamında değilse, kötüniyet tazminatı, ihbar tazminatı ve yine şartları gerçekleşmişse kıdem tazminatı talep edebilir. Feshe bağlı bu farklı sonuçlar nedeniyle, işverenin işçiyi feshe zorlayıp zorlamadığının tespiti gerekmektedir. İşverenin işçiyi feshe zorladığı tespit edilirse, işveren tarafından yapılmış bir haksız feshin var olup olmadığının incelenmesi gerekir[905].

---

[899] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 202; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 133; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 87; Değer Ermumcu, s. 2012.
[900] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, 134; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 87;
[901] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 206.
[902] Değer Ermumcu, s. 2012.
[903]Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 206; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 88; Köseoğlu, ss. 117-118; Değer Ermumcu, s. 2012.
[904] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 206; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 88; Köseoğlu, ss. 117-118.
[905] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 88.

Daha öncede belirttiğimiz üzere, Kanunda kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin bu yöndeki talebini bir ay önceden işverene yazılı olarak iletmesi gerektiği belirtilmiştir (İş K. md.13/5). Bu sayede işveren işyerinde gerekli iş organizasyonu yapabilecektir. Ancak öğretide, işverene gerekli organizasyonu yapabilmesi için daha uzun bir süre tanınmasının daha isabetli olacağı dile getirilmiştir[906]. İşçi, bir aydan daha fazla süre önceden de tam süreli çalışmaya geçmek istediğine ilişkin talebini işverene bildirebilir. Hatta böyle bir durumda işveren, işyerindeki iş organizasyonu daha rahat bir şekilde yapabilecektir. Ancak işçi bir aydan kısa bir süre önce bildirimde bulunursa, işveren işçinin talebine olumlu cevap vermek zorunda değildir[907]. Böyle bir durumda işçi, işverenden talepte bulunduğu tarihten itibaren bir ay sonra tam süreli çalışmaya başlayabilecektir[908]. İşçinin geç yapmış olduğu talep işveren tarafından kabul edilirse, işçi bir aydan önce tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başlayabilecektir[909].

İş Kanunu'nunda, işçinin çocuğunun ölmesi ya da çocuğunun ilköğretime başlaması hâlinde tam süreli çalışmaya geçmek zorunda olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, böyle bir durumda Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için sözleşmenin kendiliğinden tam süreli iş sözleşmesine dönüşmeyeceği belirtilmiştir[910]. Böyle bir durumda işveren, işçinin kısmi süreli olarak çalışmaya devam etmesine itiraz etmezse, işçi kısmi süreli çalışmaya devam edebilecektir[911]. İşveren, işçinin kısmi süreli çalışmaya devam etmesine örtülü olarak ya da açıkça onay verebilir. İşverenin onayı ile birlikte iş sözleşmesi artık klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesi hâlini alacaktır. Bu andan itibaren işçinin tam süreli çalışmaya geçmek istemesi hâlinde, İş Kanunu'nun 13. maddesindeki 4. fıkra hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir[912]. Söz konusu işçi hakkında İş Kanunu'nun 13. maddesindeki 5. fıkra hükümleri uygulanmayacaktır.

---

[906] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 134.
[907] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 86.
[908] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 86-87.
[909] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 87.
[910] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Köseoğlu, s. 118; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 89; Aksi yönde görüş için bkz., Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 54.
[911] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 127; Köseoğlu, s. 118.
[912] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 89.

Kanunda, tam süreli çalışmaya geçme talebi işçiye tanınmıştır. Bu nedenle de işveren, işçiden tam süreli çalışmaya geçmesini talep edemez. Hatta, çocuğun ilköğretim çağına gelmesi ve okula başlaması durumunda da işverenin böyle bir yetkisi bulunduğuna ilişkin Kanunda herhangi bir düzenlenme bulunmamaktadır[913]. Her ne kadar Kanunda açık bir düzenleme bulunmasa da öğretide işverenin, çocuğun ilköğretim çağına başlaması durumunda işçiye bildirimde bulunarak işçinin tam süreli çalışmaya geçmesini isteyebileceği belirtilmiştir[914]. Böyle bir durumda işçinin tam süreli çalışmaya dönmesi gerekir. Aksi hâlde, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir[915].

Türk hukuk sisteminde olduğu gibi Alman hukukunda da ebeveyn izni kullanan veya bu izin esnasında kısmi süreli çalışma yapan işçi, çeşitli nedenlerle izni kullanmayı ve kısmi çalışmayı sona erdirebilir. Diğer bir ifadeyle, ebeveynin üç yıl boyunca bu izni kullanma zorunluluğu yoktur. İşçi ebeveyn iznini talebinde belirttiği süreden önce sona erdirmek isterse, bunun işveren tarafından kabul edilmesi gerekir. Zira daha öncede belirttiğimiz üzere Alman hukukunda işçinin talebinde belirttiği süre her iki taraf için de bağlayıcıdır. İşveren, işçinin izin talebindeki esaslar dikkate alınarak iş organizasyonu düzenlenmiştir. Bu bakımdan işverenin işçinin bu yöndeki talebini kabul etmeme hakkı olduğunu anlayışla karşılamak gerekir[916].

L. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçen İşçinin Yerine Alınan İşçinin (İkame İşçinin) Hukuki Durumu

İşveren, doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine başka bir işçi istihdam edebileceği gibi etmeye de bilir. Kanun koyucu, bu durumu göz önünde bulundurmuş ve Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrasında, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine alınan işçinin (ikame işçi), iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini belirtmiştir. Bu düzenleme birçok yönüyle tartışmalara

[913] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 134.
[914] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, ss. 206- 207; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 134; Köseoğlu, s. 118; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 89.
[915] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Köseoğlu, s. 118; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 89.
[916] Erkul, s. 115.

neden olacak ve ikame işçi bakımından adaletsiz sonuçlar doğuracak nitelikte kaleme alınmıştır[917].

İlk olarak, ikame işçinin iş sözleşmesinin türünün ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Zira Kanunda ve ilgili diğer mevzuatta ikame işçinin sözleşmesinin türüne ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide ikame işçinin, iş sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli mi olduğu noktasında kanun koyucunun bilinçli olarak sözleşme türünü belirtmediği ileri sürülmüştür. Ancak konuya ilişkin Yönetmelik hükmü ile de farklı bir sonuç ile karşılaşıldığı belirtilmiştir[918].

Bilindiği üzere, İş Kanunu'nda asıl olan sözleşme türü belirsiz süreli iş sözleşmesidir. İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen şartlar varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Hükme göre, *"İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı hâlde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir (İş K. md. 11/1)."* Bu düzenleme ve Kanunun 13. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme birlikte ele alındığında, ilk olarak ikame işçinin iş sözleşmesinin niteliğinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu söylenebilir[919]. Öğretide de Kanundaki 13. maddenin 5. fıkrasındaki düzenlemenin temelinde, ikame işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu düşüncesinin yattığı dile getirilmiştir[920]. Ancak düzenlemenin kaleme alınış şekli bu konuda tartışmalara yol açmıştır.

İkame işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğunu savunan görüşe göre, işyerinde yürütülen normal faaliyetin veya olağan durumun dışında bir olgunun ortaya çıkması ve geçici olarak iş gücüne ihtiyaç duyulması hâlinde, tarafların gerçekleşmesi muhakkak ama gerçekleşme tarihi önceden bilinmeyen bir olayın vade olarak belirlemelerinin mümkün olduğu, taraflar açıkça bir vade kararlaştırmamış olsalar da sözleşmenin konusu olan işten de sözleşmenin belirli

[917] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 134-135; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 92; Köseoğlu, s.119; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 80.
[918] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 81.
[919] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 80; Ulusoy, s. 757.
[920] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 136; Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 51; Koç, s. 206; Çalışkan, s. 131.

süreli olduğu sonucu çıkarılabilecektir. Bu nedenle de ikame işçinin iş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında yer alan *"belirli bir olgunun ortaya çıkması*" objektif koşula dayandığı için belirli süreli iş sözleşmesidir[921].

Ekonomi, Alman hukukunda Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu'nda, işyerinde başka bir işçinin yerine çalıştırılmak üzere yapılan iş sözleşmelerinin kanunda aranan objektif nedeni sağladığı (TzBfG § 14/1, nr. 3)[922] ve bu sözleşmelerin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edileceği hükmü dikkate alarak Türk hukukunda, ikame işçinin iş sözleşmesinin yerine alındığı işçinin tam süreli sözleşmeyle çalışmaya başlaması ile kendiliğinden sona ereceği belirtildiği ve bu durumunda Kanunda yer alan objektif neden olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu nedenle de ikame işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunu belirtilmiştir[923].

Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nun § 21 hükmünde analık izninde, ebeveyn izninde, toplu iş sözleşmelerinde, işletme sözleşmelerinde ya da bireysel iş sözleşmelerinde bir çocuğun bakımı için düzenlenen çalıştırma yasağı nedeniyle çalışamayan işçinin yerine alınacak olan işçinin durumu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile çalıştırma yasağı kapsamında olan işçinin yerine çalıştırılmak üzere başka bir işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının esaslı nedene dayandığı kabul edilmiştir[924]. Ancak bunun için izni kullanan işçinin işe geri döneceği varsayılmalıdır. İzne ayrılan işçinin işe geri dönmeyeceği biliniyor ise belirli süreli iş sözleşmesi yapılması ihtiyacından bahsedilemeyeceği için Kanunun 21. paragrafının uygulanması da mümkün olmayacaktır[925]. Söz konusu durumlarda, çalışma yasağı nedeniyle çalışamayan işçinin yerine ikame işçi almak amacıyla yapılacak olan iş sözleşmesinin süresinin önceden belirlenmesi veya belirlenebilir olması ya da ikame

[921] Köseoğlu, s. 120; Aynı yönde görüş için bkz., Koç, ss. 206-207.
[922] TzBfG §14/1'e göre, bir işçiyi temsilen onun yerine alınan işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Gernod Meinel, Judith Heyn ve Sascha Herms, Teilzeit- und Befristigungsgesetz, Kommentar, 5. neubearbeitete Aufl., C.H.Beck, München 2015, ss. 332-333; Sievers, ss. 271, 492; Löwisch, M.; Arbeitsrecht, 7. Aufl., Düsseldorf 2004, s. 394.
[923] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 55.
[924] Buchner ve Becker, s. 1015; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 10810; HK-MuSchG/BEEG/Rancke, ss. 729-730; Boecken ve Joussen, s. 570; Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, İstanbul 1998, (Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi), s. 97; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, Vedat Yayınevi, İstanbul 2012, s. 220.
[925] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, ss. 731-732.

amacını içermesi gerekir[926]. Bu düzenleme ile ikame işçinin iş sözleşmesinin yasal olarak belirli bir süre ile sınırlandığı kabul edilmiştir[927]. İkame işçinin iş sözleşmesi belirli bir süreyle, belirli bir amaçla ya da hem belirli bir süreyle hem de belirli bir amaçla (Doppelbefristung (çifte sürelendirme)) sınırlandırılmış olabilir[928]. Zira ikame işçinin iş sözleşmesi, ebeveyn izninde olan işçinin ebeveyn izni süresi ile sınırlı olarak ve işçinin yokluğunda işlerin aksamaması amacıyla yapılmaktadır. Böylece, Alman hukukunda ikame işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca böyle bir durumda, özel olarak Kanunda yer alan objektif nedenlerden birinin varlığı söz konusudur[929]. Ebeveyn İzni Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nda özel bir düzenleme olmasa da yukarıda da belirttiğimiz üzere Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki düzenleme nedeniyle ebeveyn izni kullanan işçinin yerine alınan ikame işçinin sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir (TzBfG §14/1) .

Öğretide, ikame işçi ile yapılan iş sözleşmesinin azami süreli iş sözleşmesi[930] olup olmayacağı da tartışılmıştır. Daha öncede belirttiğimiz üzere[931], Kanunda doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin ne zaman tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başlaması gerektiği ya da sözleşmenin ne zaman kendiliğinden tam süreli iş sözleşmesine dönüşeceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle de öğretide ikame işçinin iş sözleşmesinin sona ereceği tarih konusundaki belirsizliğin sözleşmenin azami süreli iş sözleşmesi olarak

[926] Zmarzlik, Zipperer ve Viethen, s. 709; Wedde-Böttcher, s. 564; Buchner ve Becker, s. 1021; Marburger, Schwangerschaft, s. 89; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 220.
[927] Zmarzlik, Zipperer ve Viethen, s. 709; Wedde-Böttcher, s. 564.
[928] Maschmann/Sieg/Göpfert-Beckschulze, s. 473; ErfK/Müller-Glöge, s. 817; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 729; Rambach, s. 178; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 1094-1095; Boecken ve Joussen, s. 573; Bozkurt Gümrükçüoğlu, ss. 123-124.
[929] Maschmann/Sieg/Göpfert-Beckschulze, s. 474; ErfK/Müller-Glöge, s. 816; Buchner ve Becker, s. 1015; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 1081; MuSchG/BEEG/Rancke, s. 1085; Burns, ss. 101-102.
[930] Azami süreli iş sözleşmeleri, tarafların aralarında yaptıkları anlaşmayla azami bir süre belirledikleri, ancak bu süre içerisinde bildirimli fesih hakkını saklı tutukları ve bu itibarla belirlenen süre içerisinde sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edildiği, azami süre sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği iş sözleşmesi türüdür. Azami süreli iş sözleşmesi için bkz., Devrim Ulucan, "4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri", **Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşveren Sendikası**, Çeşme 2003, ss. 51 vd.; Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, ss. 13-14; Şükran Ertürk, " Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akidlerine Genel Bir Bakış", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2000, s. 233; Bozkurt Gümrükçüoğlu, ss. 28-31.
[931] Bkz., İkinci Bölüm, II, M.

nitelendirilmesine engel teşkil ettiği belirtilmiştir[932]. Ancak taraflar kısmi süreli iş sözleşmesinin ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin bir anlaşma yapmışlar ve sözleşmeyi bu anlaşmaya uygun bir şekilde sürelendirmişlerse, taraflarca sözleşmede bir üst sınır belirlendiği, her zaman sözleşmenin süreli fesih hakkının saklı tutulduğu ve belirlenen sürenin sonunda sözleşme kendiliğinden sona ereceği için sözleşmenin azami süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilir[933].

Öğretideki başka bir görüşe göre, ikame işçinin iş sözleşmesi Kanunda açıkça belirli süreli iş sözleşmesi olarak yapılabileceği belirtilmediği, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için gerekli olan objektif koşullar bulunmadığı, iş hukukunda da asıl olan sözleşme türünün belirsiz süreli iş sözleşmesi olmasından dolayı sözleşmeyi belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirmek yerinde olacaktır[934]. Ancak, bu yorum söz konusu düzenlemeye ilişkin sorunları çözmeye yetmeyecektir. Bu nedenle de öğretide sözleşmede kendiliğinden sona erer ifadesi, madde metninde çıkarılmalı ve işçinin sözleşmeden ve sözleşmenin sona ermesinden doğan haklarının neler olduğu uygulamada tereddüde yer bırakmayacak şekilde Kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir[935]. Bu görüşe göre, İş Kanunu'nun 11. maddesindeki şartlar gerçekleşmişse, işveren ikame işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapabilir[936].

Kanaatimizce, ikame işçinin iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Zira Kanunda ikame işçinin iş sözleşmesinin, yerine alındığı işçinin tam süreli sözleşmeyle çalışmaya başlaması ile sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir. Bu sebeple, kanundan doğan bir objektif neden söz konusudur. Ancak kanaatimizce, Alman hukukunda olduğu gibi ikame işçi ile yapılacak olan sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi için gerekli olan objektif kriteri sağladığına Kanunda açıkça yer verilmelidir. Bu sayede konuya ilişkin olarak ilerleyen zamanlarda farklı yargı kararlarının ortaya çıkması önlenmiş olur.

---

[932] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 136; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 208; Taşdemir, s. 179.
[933] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 136-137; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 208; Koç, ss. 206-207.
[934] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 137; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 208; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 84; Taşdemir, s. 179.
[935] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 137.
[936] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 137.

1. İkame İşçinin İşçilik Hakları

Alman hukukunda, ikame işçiye ilişkin düzenlemeler iş sözleşmesinin türünün belirtilmesi ile sınırlı kalmamış, ikame işçinin iş sözleşmesinin ne zaman ve hangi şartlarda sona ereceği belirtilerek işçiye belirli bir süre iş güvencesi imkânı tanınmıştır. Ebeveyn izni kullanan işçi, iznini çocuğun ölümü nedeniyle süresinden önce sona erdirme talebini işverene bildirilirse (BEEG §16/4) ya da işçi ebeveyn iznini yeni bir çocuğunun doğması ya da başka bir özel nedenden dolayı erken sona erdirmek isterse (BEEG § 16/3), işveren ikame işçinin belirli süreli iş sözleşmesini en az üç haftalık bildirim süresine uyarak sona ermesi gereken süreden önce feshedebilecektir (BEEG §21/4). Bu durumda kanun koyucu, feshe ilişkin genel düzenlemelerin uygulanmayacağını ayrıca belirtmiştir (BEEG § 21/5) . Ancak ikame işçinin iş sözleşmesi istisnai olarak BGB § 626[937]' daki şartların gerçekleşmesi durumunda önceden haber verilmeksizin feshedilebilir[938].

Alman hukukunda ebeveyn izninin, Kanunda öngörülen üst sınırın sona ermesi ile ya da çalışanın iş ilişkisine geri dönme talebi ile sona ereceği kabul edilmektedir[939]. Ebeveyn izni sona erdiğinde kısmi süreli çalışan işçi, eski çalışma süresi ile çalışmaya başlar [940]. İkame işçinin iş sözleşmesi, ebeveyn izninde olan işçinin ebeveyn izni süresinin sona ermesi ile fesih bildirimine gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer [941] . Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda ebeveyn izni süresince hem işverenin hem de ikame işçinin hakları, sözleşmenin niteliğinin açıkça belirli süreli olduğunun belirtilmesi ile güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeler sonucunda haftada kırk saat çalışan bir işçi, ebeveyn izni süresi boyunca hafta on beş saat çalışmak isterse, işverenin kalan yirmi beş saatlik süre için ebeveyn izni sonuna kadar belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırabileceğinin kabulü gerekir.

---

[937] Alman Medeni Kanunu' nun (BGB) 626. paragrafında iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi düzenlenmektedir.
[938] Wedde-Böttcher, s. 567; ErfK/Müller-Glöge, s. 818; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 733; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 1098; Boecken ve Joussen, s. 574.
[939] Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Litzig, s. 1144,
[940] Wedde-Böttcher, s. 542; Rambach, s. 96.
[941] Wedde-Böttcher, s. 566.

İş Kanunu'nunda kadın işçilerin ve belirli durumlarda eşlerinin, çocuklarını daha kolay yetiştirip büyütebilmeleri için yakın zamanda birçok düzenleme yapılmış ve bu düzenlemeler yapılırken bir yandan işverenin de iş organizasyonu korunmaya çalışılmıştır. Kısmi süreli çalışmaya başlayan işçinin yerine yeni işçi alınmasına ilişkin düzenleme de ise, üçüncü kişi olan bir başka işçi düzenlemenin kaleme alınışı nedeniyle birçok haktan mahrum bırakılmıştır. Kanunda, ikame işçinin iş sözleşmesi, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tekrar tam süreli çalışmaya geçmesi ile kendiliğinden sona ereceği belirtildiği için işçinin iş sözleşmesi bir yıldan fazla sürmüş olsa bile işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacak[942], işveren işçiye ihbar süresi tanınmak zorunda olmayacak, işçi iş güvencesinden yararlanamayacak ve yeni iş arama iznine sahip olamayacaktır[943].

İkame işçi, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve iş güvencesi haklarından yararlandırılmalıdır. Ayrıca ikame işçinin iş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdiğinin kabulüne ilişkin düzenleme yapılmalı ve böyle bir durumda işveren feshin son çare ilkesini de göz önünde bulundurarak ikame işçinin iş sözleşmesine son vermelidir. Özetle, sözleşmede kendiliğinden sona erer ifadesi, madde metninde çıkarılmalı ve işçinin sözleşmeden ve sözleşmenin sona ermesinden doğan haklarının neler olduğu uygulamada tereddüde yer bırakmayacak şekilde Kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir[944].

Bu noktada şunu da vurgulamak gerekir ki, söz konusu düzenleme sadece iş hukuku açısından olumsuz sonuçlar doğurmakla kalmayıp sosyal güvenlik hukuku bakımından da birçok sorunları beraberinde getirmektedir. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 50. maddesinde belirtilen şartları yerine getiren kişiler, işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler de Kanunda belirtilen diğer şartların da gerçekleşmesi koşuluyla işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır (İSK md. 51/1-d). İş Kanunu'nda ikame işçi, iş sözleşmesi kısmi süreli

---

[942] Ocak'a göre, *"Kanunda yer alan "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine alınan işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erer." şeklinde yer alan düzenleme sözü edilen işçinin iş sözleşmesini belirli süreli olarak nitelendirilmesine neden olmayacağından kıdem tazminatı almasına da engel olmayacaktır. Bu bağlamda kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi sona erecek olsa bile, sözleşmesi sona eren işçi koşulların varlığı halinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır."* Bkz., Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 84.

[943] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 135; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 92; Köseoğlu, s. 119; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 84; Değer Ermumcu, s. 2012.

[944] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 137.

çalışan işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya dönmesi durumunda kendiliğinden sona ereceği belirtildiği için işsizlik ödeneğinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu akla gelmektedir[945]. Kanaatimizce, ikame işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu kabulü gerektiği için diğer şartlarında gerçekleşmesi ile işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanmasının kabulü gerekir. Başka bir görüşe göre, tarafların kendilerinin şartların varlığı durumunda klasik anlamda belirli süreli iş sözleşmesi ya da anlaşarak azami süreli iş sözleşmeleri yapmaları durumunda, işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması mümkün olacak, aksi durumlarda işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması söz konusu olmayacaktır[946].

2. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçen İşçinin İş Sözleşmesini Feshetmesi Durumunda İkame İşçinin İş Sözleşmesinin Durumu

Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği'nin 14. maddesinin 4. fıkrasına göre, *"Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde, yerine alınan işçinin iş sözleşmesi yazılı onayı olması koşuluyla fesih tarihinden itibaren belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşür."* Bu hüküm de eleştirilere neden olmaktadır. Aslında bu düzenleme, temel olarak İş Kanunu'ndaki *" İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğunda kısmî süreliden tam süreliye veya tam süreliden kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur (İş K. md. 13/4)."* düzenlemesine dayanmaktadır. Ancak Yönetmelikteki düzenleme Kanundaki düzenlemeden oldukça farklıdır[947].

İş Kanunu'nda, işveren tarafından tam süreli çalışmaya geçmek isteyen işçilerin isteklerinin dikkate alınması gerektiği ve işyerindeki boş yerleri işçilere zamanında bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Yönetmelikte ise, işverene herhangi bir yükümlülük yüklenmemiş ve işçinin iş sözleşmesinin onay vermesi hâlinde kendiliğinden belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine dönüşeceği belirtilmiştir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda,

[945] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 135.
[946] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 135-136; Aksi görüş için bkz., Köseoğlu, s. 119, dn. 68; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 84; Çalışkan, s. 135.
[947] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 138; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 84.

işveren bu işçinin yerine yeni bir işçiye ihtiyaç duyarsa, dürüstlük kuralı gereği ikame olarak aldığı işçi ile tam süreli olarak çalışması beklenir[948]. Ancak böyle bir düzenlemenin Yönetmelikle yapılması öğretide eleştirilere neden olmuştur[949]. İşveren işçinin yazılı onayına rağmen, ikame işçi yerine başka bir işçiyle tam süreli iş sözleşmesi yapar ve ikame işçinin iş sözleşmesini feshederse bu fesih geçersiz sayılmalıdır[950]. Yönetmelikte işçinin yazılı onayı ile birlikte sözleşmenin belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüştüğü belirtilmiş ve bu konuda işverene herhangi bir taktir hakkı tanınmamıştır[951].

Yönetmelikte kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin ölmesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi ya da iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi hâlinde, ikame işçinin iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddede, sadece kısmi süreli çalışan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde ikame işçinin iş sözleşmesinin belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine dönüşeceği düzenlenmiştir. Öğretide söz konusu durumlarda da benzer düzenlemenin yapılmasının isabetli olacağı, aksi hâlde uygulamada sorunlar yaşanacağı belirtilmiştir[952]. Bu sorunların ortadan kaldırılması amacıyla maddede yer alan mevcut düzenleme yerine hükmün *"Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi halinde,…"* biçiminde başlaması isabetli olacaktır[953].

Yönetmelikte, ikame işçinin iş sözleşmesinin belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesine dönüşebilmesi için işçinin yazılı onayının olması gerektiği belirtilmiştir (KSÇY md.14/4). Söz konusu durum, işçinin çalışma sürelerinde değişiklik meydana getireceği ve bu durum çalışma koşullarında esaslı değişiklik[954] (İş K. md. 22) olarak nitelendirildiğinden dolayı işçinin yazılı onayının aranması yerinde olmuştur[955]. Bilindiği üzere, Kanunda kısmi süreli çalışan işçinin tekrar tam süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya başlaması durumunda iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği belirtilmiştir. Öğretide, kısmi süreli çalışmaya geçen işçi tarafından iş sözleşmesinin

[948] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 138.
[949] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 138; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 84, 85.
[950] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 138.
[951] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 83-84.
[952] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 138; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, ss. 83-84.
[953] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 85.
[954] Çalışma koşullarında esaslı değişiklik için bkz., Süzek, İş Hukuku, ss. 659-677; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, ss. 390-398; Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, ss. 58-77.
[955] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 83.

feshedilmesi durumunda, kanun koyucu tarafından ikame olarak alınan işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin önüne geçilerek iş güvencelerinin sağlandığı ve bu nedenle de işçinin yazılı onay vermemesi durumunda kısmi süreli çalışmaya devam edeceği belirtilmiştir[956]. Ancak ikame işçinin onay vermemesi hâlinde, işveren bazı durumlarda iş gücü ihtiyacını başka bir işçi ile iş sözleşmesi yaparak gidermek zorunda kalabilir. Bu durum işverenin iş organizasyonu açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Kanaatimizce, işçinin onay vermemesi hâlinde, ikame işçinin iş sözleşmesinin akıbeti hakkında açık bir düzenlemeye yer verilmelidir.

İstisnai hâllerde de olsa işverenin, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya geçen işçisinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, iş sözleşmesi sona eren işçinin iş gücüne ihtiyacı kalmamış olabilir. Böyle bir durumda işveren, ikame işçi ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışmak istemeyebilir. Ancak işçinin tam süreli çalışmaya geçmek istemesi durumunda bu hususun ne şekilde çözümleneceğine ilişkin İş Kanunu'nunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, öğretide işverenin onayının alınması gerektiği belirtilmiştir[957]. Yönetmelikte sadece kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesinin feshetmesi hâlinde, işverenin iş gücüne duyulan ihtiyacın artması göz önüne alınarak düzenleme yapılmıştır. Ancak bazı durumlarda işveren ikame işçi ile kısmi süreli çalışmaya devam etmek isteyebilir ya da işçinin iş gücüne ihtiyacı kalmadığı için işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek isteyebilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmaya geçen işçi, çeşitli nedenlerle tam süreli çalışmaya geçmek istemeyebilir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ayın başı geçmiş olmasına rağmen, işçi kısmi süreli çalışmaya devam ederse, sözleşme zımni olarak kısmi süreli sözleşme olarak varlığını sürdürecektir. Zira kanun koyucu sözleşmenin kendiliğinden tam süreli sözleşmeye dönüşeceğine ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Böyle bir durumda, ikame işçinin sözleşmesi de kısmi süreli iş sözleşmesi olarak varlığını sürdürecektir[958].

[956] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 83.
[957] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 83.
[958] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 86.

3. İkame İşçinin Özel İstihdam Bürosu Aracılığı İle Karşılanması

İşveren, doğum veya evlat edinme nedeniyle işçinin tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmesi sonucu işyerinde meydana gelen iş gücü eksikliğini özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurarak karşılayabilir[959]. İş Kanunu'nun 13. ve 74. maddelerinde belirtilen hâllerde, özel istihdam bürosu aralığıyla işçi temin edilebileceği Kanunda açıkça düzenlenmiştir (İş K. md.7/2-a). Böyle bir durumda, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışacak olan işçinin yerine alınacak olan geçici işçinin işvereni özel istihdam bürosu olacak ve kendisini geçici olarak çalıştıran işveren ile arasında herhangi bir iş sözleşmesi ilişkisi kurulmayacaktır (İş K. md.7/11).

Kısmi süreli çalışmaya geçen işçi, tam süreli çalışmaya geçerse, geçici iş ilişkisi sona ermiş olacaktır. Ancak bu durum geçici olarak çalıştırılan işçi ile onun işvereni olan özel istihdam bürosu arasındaki iş sözleşmesine herhangi bir şekilde etki etmeyecektir[960]. *Akyiğit'*e göre, kısmi süreli çalışmaya geçen işçi yerine geçici işçi çalıştırma, ebeveyne çocuğun zorunlu ilköğretim çağının başladığı tarihi izleyen ay başına kadar olan süre içindir. Bu süre bitince geçici işçi çalıştırmanın da bitmesi gerekir[961]. Yazar, bu durumun sözleşmeyle uzatılmasının mümkün olup olmadığının tartışılabilir olduğu, ancak sözleşmesel uzatımın geçerli olmayacağı düşüncesindedir[962].

Kanaatimizce kısmi süreli çalışmanın sona ermesi durumunda özel istihdam bürosu aracılığıyla çalıştırılan geçici işçinin iş ilişkisi sona ermelidir. Geçici işçinin iş sözleşmesinin uzatılması söz konusu olmamalıdır. Zira geçici işçi çalıştırma durumu ortadan kalkmıştır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere taraflar çocuğun ilköğretim çağına başlamasına rağmen, zımni olarak kısmi süreli çalışmanın devamına karar verdikleri durumda geçici işçinin durumunun ne olacağı tartışılabilir. Burada taraflar yeni bir kısmi süreli çalışma ilişkisi yaratmaktadır. Geçici işçinin

---

[959] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 208; Süzek, İş Hukuku, s. 292; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı**, Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, (Ders Kitabı), s. 124; Akyiğit, İş Hukuku, s. 167; Ali Güzel ve Hande Heper, "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!.... Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 52, 2017/1, s. 32; Köseoğlu, s. 85; Koç, s. 207; Şahin, s. 44; Çalışkan, s. 130.

[960] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 85.

[961] Akyiğit, İş Hukuku, s. 167.

[962] Akyiğit, İş Hukuku, s. 167; Güzel ve Heper, s. 53.

istihdamına neden olan durumun ortadan kalktığının kabulü gerekir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Kanunda kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin kısmi süreli çalışmasının tam olarak ne zaman sona ereceği açıkça belirtmemesi, birçok işçinin mağduriyetine ve birçok uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir.

M. Kısmi Süreli Çalışmanın Sona Ermesi

İş Kanunu'nda doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmanın hangi hâllerde sona ereceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin bu hakkı kullanırken sözleşmenin süresi sona ererse, iş sözleşmesi sona erdiği için hakkın kullanımı da sona erer. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçi, tam süreli çalışmaya başlamaya yönelik talebiyle kısmi sureli çalışmasını sona erdirebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, çocuğun ilköğretim yaşına gelmesi kısmi süreli çalışmayı kendiliğinden sona erdirmez[963]. Bu konuda Kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Alman hukukunda ebeveyn izni, Kanunda öngörülen üst sınırın sona ermesi ile ya da çalışanın iş ilişkisine geri dönme talebi ile sona ermektedir[964]. Ayrıca Ebeveyn Parası ve Ebeveyn İzni Kanunu'nda, çocuğun ölümü hâlinde, ebeveyn izninin ölümden en geç üç hafta sonra talepte belirtilen süreden önce sona ereceği düzenlenmiştir (BEEG § 16/4). Bu durum ebeveyn izninin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla verilmesinin sonucudur[965]. Taraflar karşılıklı anlaşma ile çocuğun ölümünden hemen sonra iş ilişkisine başlayabilir[966]. Ebeveynin talebinde belirttiği izin süresinden önce çocuk ölürse artık hakkın kullanımı söz konusu olmaz[967]. Ebeveyn izni için aranan şartlardan biri, izni kullanılırken ortadan kalkarsa söz konusu hakkın kullanımı da sona erer[968].

---

[963] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 207; Köseoğlu, s. 118; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 89; Aksi görüş için bkz., Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 54.
[964] Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Litzig, s. 1144.
[965] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 686; Buchner ve Becker, ss. 976-977.
[966] HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 686.
[967] ErfK/Gallner, s. 805; HWK/Gaul, s. 633; Meisel ve Sowka, s. 622.
[968] Buchner ve Becker, s. 945; Zmarzlik/Zipperer/Viethen, s. 668-669; MünchArbR/Heenen, § 228, rn 222.; LAG Nürnberg 10.04.2002 AZ 4 Sa 344/01, *"Evlat edinmek için verilen bir çocuğun biyolojik annesi tarafından geri alınması halinde 3 haftalık bildirim süresi ile ebeveyn izninin kullanımı sona erer."*

Türk hukukukunda, çocuğun ölümü hâlinde kısmi süreli çalışmaya geçmiş olan işçinin sözleşmesinin akıbetinin ne olacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, çocuk öldüğü için kısmi süreli çalışmaya geçiş amacının ortadan kalktığı, hakkın sona erdiği ve işçinin tam süreli çalışmaya başlaması gerektiği söylenebilir[969].

Kısmi süreli çalışmaya geçiş için aranan şartlardan birinin ortadan kalkması durumunda, işçinin tam süreli çalışmaya dönmesi gerekir. Ancak kanun koyucunun talep esnasında aradığı eşin çalışmıyor olması şartının hakkın kullanımı esnasında ortadan kalkması, hakkın sona ermesine neden olmayacaktır[970]. Zira Yönetmelikte bu şartın sadece talep esnasında aranacağı belirtilmiştir (KSÇY md. 10/2).

Kısmi süreli çalışmaya geçen kadın işçinin bu süre esnasında tekrar bir çocuğu olması durumunda kanaatimizce, işçinin kısmi çalışmasına son verilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda işçi, analık iznini ve isterse İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan diğer izinlerini kullanabilecek ve bu izinlerin kullanılmasından sonra tekrar kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Ancak bu durumda yeni bir kısmi süreli çalışmanın varlığı söz konusu olacak ve işçi ikinci çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ayın başına kadar bu haktan yararlanabilecektir. Özetle işçinin kısmi süreli çalışma talebinde belirttiği süre, yeni bir çocuğun doğması ile sona erecektir. Hatta doğum ile birlikte değil, annenin doğumdan önce kullanması gereken zorunlu analık izni ile birlikte kısmi çalışma sona erer. Alman hukukunda bu konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. BEEG §15/2'ye göre, birden fazla çocuğa sahip olan kişinin izin süreleri çakışsa bile her bir çocuk için ayrı ebeveyn izni talep edilebilir.

İşçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesi, tarafların fesih hakkını kullanmasında herhangi sınırlama oluşturmamaktadır. İşveren, kısmi süreli çalışmaya devam eden işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak feshedebileceği gibi işçi de feshedebilir. Böyle bir durumda, işçi iş güvencesi kapsamında yer alıyorsa işveren sadece geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesi geçerli sebep sayılmaz. Ayrıca, kısmi süreli çalışma devam ederken her iki tarafta haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. Yarım çalışma izninde olduğu gibi kısmi süreli çalışmaya geçen işçi,

[969] Aynı yönde görüş için bkz., Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 54.
[970] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., İkinci Bölüm, II, F, 3, b.

çocuğu ile ilgilenmesi gereken zamanda başka bir işverenin yanında çalışmaya başlarsa, işçi sadakat borcuna aykırı davranmış olur. Bu durum söz konusu olduğunda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İş K. md. 25/II e). Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışma yaparken işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilir, işçi işe iade davası açar ve kazanırsa, işverenin işçinin işe başlamasını kabul etmesi durumunda, işçi çocuğunun yaşaması şartıyla kısmi süreli çalışmaya devam eder[971].

III. ANALIK İZNİNİN KULLANILMASINDAN SONRA KADIN İŞÇİNİN İŞE GERİ DÖNMESİ

A. Uluslararası Belgelerdeki Düzenlemeler

İstihdam ve Meslek Hususunda Kadın ve Erkek için Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Hakkındaki 2006/54 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 15. maddesi *"Analık İzninden Dönüş"* başlığı taşımaktadır. Maddeye göre, *"doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve yokluğu sırasında çalışma koşullarında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır."* Direktifin bu hükmü sayesinde, analık izni kullanan işçi, iznin bitiminden sonra kendi işine ya da eşdeğer bir işe, aynı koşullarla ve işe devam etmediği dönemde çalışma koşullarında meydana gelen iyileşmeden yararlanma hakkı saklı kalmak kaydıyla, geri dönme hakkına sahip olmuştur. Özetle, analık izni kullanan kadın işçinin, izin almış olması nedeniyle işveren ile arasındaki iş sözleşmesi ilke ve koşulları bakımından herhangi bir kayba uğramadan devam edecektir. İzni kullanan işçi, çalışma koşullarındaki iyileştirmeden yararlanma hakkından mahrum edilmemelidir. Bu bağlamda, işverenin analık iznine ayrılan kadın işçi ile izne ayrılmayan ve aynı işi yapan işçi arasında eşit davranma borcu olduğuna vurgu yapılmıştır[972].

[971] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 55.
[972] Ayrıca bkz., Fuchs ve Marhold, s. 173.

2006/54 sayılı Direktifte, Direktif hükümlerinin üye devletlerin babalık ve/veya evlatlık iznine ilişkin hakların tanınmasına engel teşkil etmeyeceği de düzenlenmiştir. Üye devletler tarafından bu izinler tanınmışsa; üye devletler, bu hakları kullanan kadınları ve erkekleri korumak için gerekli tedbirleri almak ve bu izinlerin dönüşünde eski işlerine veya eski işlerine eşdeğer pozisyonlara, kendileri için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yoklukları sırasında yararlanmış olacakları her türlü iyileştirmeden yararlanma hakları olmasını sağlamakla yükümlüdür (md. 16). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere üye devletler, babalara ve evlat edinenlere de izin hakkı tanınması durumunda, bu kişilerinde izin dönüşünde eski işlerine geri dönmesi ve işyerindeki iyileştirmelerden yararlanmalarına dair düzenlemeler yapmakla yükümlü kılınmıştır.

183 sayılı Analığın Korunması Hakkındaki Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nde, analık izni sona eren kadın işçinin iş güvencesi sağlanmıştır. Sözleşmede yer alan düzenlemeye göre, kadın işçinin, analık izninin sonunda aynı pozisyonda veya aynı oranda ücret ödenen eşdeğer bir pozisyona çalışmaya geri dönme hakkı bulunmaktadır (md. 8/2)[973].

İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmede ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207 Sayılı Konsey Direktifi'ni Değiştiren 2002/73/EEC Sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde, kadınların annelik özelliklerinin çalışma hayatında eşitsizlik yaratmasını engellemeye yönelik hükümlere yer verilmiştir. Direktife göre, analık izni alan bir kadın çalışanın bu iznin bitiminde, işine ya da koşulları daha az lehine olmamak kaydıyla işine denk başka bir işe dönmeye ve yokluğunda oluşan çalışma koşullarında iyileştirmelerden yararlanmaya hakkı bulunmaktadır (değ. md.2/7).

Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin 156 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nde, aile sorumlulukları sebebiyle işten ayrılan kişilerin tekrar işe dönebilme imkânının getirilmesi gibi düzenlemelerle kadını ve aileyi koruyan ve istihdam güvencesi getiren hükümlere yer vermiştir[974]. Bu hükümlerle, sadece kadın işçilerin değil ebeveyn izni kullanan tüm işçilerin iş güvenceleri sağlanmaya çalışılmıştır.

[973] Ayrıca bkz., Landau ve Beigbeder, s. 136.
[974] Soysal, s. 17.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, uluslararası birçok belgede kadınların analık izni sonrası eski işlerine geri dönmeleri ve işyerindeki çalışma koşullarında meydana gelen değişiklerden yararlanmaları sağlanarak ayrımcılığa uğramaları engellenmeye çalışılmıştır. Hatta bazı düzenlemeler de ebeveyn izni, babalık izni ve evlat edinme durumunda izin kullanan kişilerin de aynı imkânlardan yararlanması gerektiği belirtilmiştir.

B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk hukukunda, analık izni kullanan kadın işçilerin, izin sonrasında eski işlerine veya eski işlerine eşdeğer bir işte çalışmaya başlamalarına ya da izni kullandıkları süre boyunca diğer işçilerin işçilik haklarında meydana gelen iyileşmeden yararlanma hakkına sahip olduklarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda, işverenin iş ilişkisinin devamı süresince eşit davranma borcundan ve iş sözleşmesinin askı hâlinin sona ermesinin sonuçlarından hareket etmek gerekir.

Bazı nedenlerden dolayı, iş sözleşmesinin tarafları bazı borçlarını yerine getirememektedir. Gebelik ve doğumda bu durumlardan biridir. Gebelik ve doğum nedeniyle işçi, geçici bir süre iş görme borcunu ifa edememektedir. Bu sebeple, bu süre boyunca iş sözleşmesinin maddi imkânsızlık nedeniyle askıda olduğunu kabul etmek mümkündür [975] . Askı hâlinde olan iş sözleşmesi varlığını devam ettirmektedir[976].

---

[975] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 32; Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Savaş Yayınevi, Ankara 1989, (İş Akdi), s. 4, 46; Sarper Süzek, "İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı 2007, (Ücretsiz İzinler), s. 122; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 36; Tunçomağ ve Centel, s. 200; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 493; Akyiğit, Şerh II, s. 2058; Nurhan Süral, "Compatibility of Turkey's Legal Rules on Pregnancy and Maternity with the EU *Acquis",* **European Gender Equality Law Review**, No. 2/2009, ss. 15-22, (Pregnancy and Maternity), s. 19; Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s. 251; Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, ss. 104-105; Alman Hukuku'nda ebeveyn izni süresi boyunca iş sözleşmesinin askıda olduğuna ilişkin olarak bakınız, Maschmann/Sieg/Göpfert-Viethen-Viethen, s. 1038

[976] Yarg. 7. HD. 15.09.2015, 2015/28095 E., 2015/15036 K., http://www.kazanci.com, (ET. 02.06.2018), "*4857 Sayılı İş Kanununda, iş sözleşmesinin askıya alınma hali ayrıca ve açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında hukuki sınırlar içinde kalmak suretiyle sözleşmenin süresini, konusunu, görev ve yükümlülüklerini, alacak ve borçlarını serbestçe düzenleyebilir. Sözleşmenin kurulmasında ve devamında tarafların tasarrufta bulunma hakkı bulunduğu gibi aynı durum iş sözleşmenin askıya alınması halinde de söz konusu olacaktır. Sürekli bir borç (iş) ilişkisini ortaya koyan iş sözleşmesi, ortaya çıkacak bazı nedenlerden dolayı geçici süre ile askıya alınabilir. İş sözleşmesinin askıya alınması için çeşitli nedenlerin birlikte*

İş sözleşmesinin askı hâlinin sona ermesi ile birlikte, iş sözleşmesi taraflar arasında hiçbir değişikliğe uğramaksızın aynen devam ettiği için kadın işçi, analık izninden önceki işini ifa etmeye devam etmelidir[977]. Analık izni sona eren işçi, çalışmasına engel bir durum bulunmadığına dair doktor raporu ile işverene başvurarak yeniden çalışmaya başlayabilir[978]. İşverenin işçiye izin kullanmadan önceki işini verme imkânı ortadan kalkmışsa, işveren eski işine denk veya ona uygun bir işi, işçinin ücretinde azalma olmaksızın vermek zorundadır[979].

Analık izni boyunca iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiği için işveren izinde olan işçi ile diğer işçiler arasında ayrım yapmamalıdır. İzinde olan kadın işçi ile aynı pozisyonda olan diğer işçilerin kadın işçinin analık izni süresi boyunca yararlandığı haklardan, izinden dönen kadın işçi de yararlandırılmalıdır. İşveren, iş sözleşmesi askıda olduğu için analık izni boyunca işçiye ücret ödemekle yükümlü değildir[980]. Ancak sözleşme askıda olduğu süre boyunca diğer işçilerin ücretlerinde meydana gelen değişikliklerden, sözgelimi ücret artışından işe başladığı tarihten itibaren analık izninden dönen işçi de yararlandırılmalı ve buna göre işçiye ücret ödemesi yapılmalıdır[981]. Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde yer alan ücret dışındaki ek ödemelerden örneğin; sosyal yardımlardaki artışlardan, doğum yapan kadın işçi işe başladığında yeni miktarlara göre belirlenmiş olan hâliyle yararlandırılacaktır[982]. Kanaatimizce bu hususlar analık izninin baba tarafından kullanması ile üç yaşından küçük bir çocuğun evlat edinilmesi durumda izin kullanan erkek iş ((İş K. md. 74/1) bakımından da geçerli olmalıdır.

Fransız İş Kodu'nda, analık ve evlat edinme iznine ek olarak, belirli miktarda aile yardımı ile birlikte çocuklarının bakımı ve eğitimi için ebeveyne, işverenden izin talep etme olanağı tanınmaktadır. Fransız İş Kodu gereğince, hem analık ve evlat edinme hem de ebeveyn izni döneminin sonunda işveren, bu izinleri kullanan işçileri

---

bulunması gerekir. Söz konusu nedenler işçi ya da işverene dair nedenler olabilir. İşçi yönünden işçinin hastalık, iş kazası, doğum, gebelik, askerlik veya diğer kamusal ödevin yerine getirilmesi, işçinin işe devamını engelleyen mücbir sebepler, greve katılma veya lokavta maruz kalma başlıca askı halleri olarak sıralanabilir."

977 Süzek, İş Akdi, s. 117; Civan, s. 221.

978 Ekonomi, Süt İzni, s. 44; Yuvalı, s. 110.

979 Süzek, İş Akdi, s. 117.

980 Süzek, İş Hukuku, s. 681; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 778; Özdemir, Burhan: "Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 16, Aralık 2009, s. 104.

981 Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 31.

982 Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 31.

önceki işlerinde ya da önceki işlerine benzer nitelikte bir işte, en az önceki ücretine eşit bir ücretle istihdam etmek zorundadır[983].

Avrupa Adalet Divanı'nın önüne gelen bir uyuşmazlık, kadın işçinin ulusal hukuk uyarınca analık izninde olduğu sırada işyerinde yapılan performans değerlendirmesine bağlı olarak kazanması muhtemel bir terfi hakkından mahrum bırakılmasına ilişkindir [984] . Dava konusu olayda, kadın işçi verimlilik değerlendirmesine göre çalışanlara verilen promosyondan gebe olduğu süre boyunca yararlandırılmamıştır. Analık izninde olan işçinin iş ilişkisi devam etmektedir. Bu nedenle de kadın işçinin, hem kadına hem de erkeğe uygulanmakta olan çalışma koşullarının yararlarından mahrum edilmemesi gerekmektedir[985].

Yargıtay'ın 2011 yılında vermiş olduğu bir kararda isabetli olarak belirttiği gibi analık izni sona eren işçinin eski işinde çalışmaya devam etmesi mümkün olmasına rağmen, işveren tarafından işçinin eski işi yerine eski işine göre daha alt bir pozisyonda çalışmasının istenmesi ayrımcılık olarak kabul edilmelidir[986].

---

[983] Nuray Gökçek Karaca ve Fatma Kocabaş, "Fransa'da Aile Yardımları", **Çimento İşveren Dergisi**, https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale110.pdf, s. 12

[984] CJEU Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyne Thibault, 30.04.1998, In Case C-136/95, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43809&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5447445, (ET. 17.10.2017).

[985] Ellis, ss. 234- 235, Kaya, s. 220; Fahrettin Korkmaz, ve Seyhun Nihat Alp, "Avrupa Adalet Divanı Kararları Işığında İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkek Arasında Eşit Davranılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması", **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan**, Cilt: 1, İÜHFM, Cilt: 74, Özel Sayı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 546.

[986] Yarg. 9. HD. 29.11.2011, 2009/19835 E., 2011/46440 K., http://www.kazanci.com, (ET. 04.06.2018), *"Dava, feshin geçersizliği ve işe iade istemine ilişkindir ve uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçlan noktasında toplanmaktadır. İşverenin ayrım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde işlem yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemeyecektir. Davacı işçinin daha önce açtığı işe iade davasında, doğum izninde olduğu bir dönemde davacının yerine başka bir kişinin atanması ve izin sonrası davacıya başka bir görev teklifi İş Kanunu hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmiş ve davacının yapılan görev değişikliğini kabul etmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshi haklı ve geçerli bulunmamış, davacının önceki işine iadesine karar verilmiştir. Ancak, kesinleşen karara dayanılarak davacı işçi tarafından yapılan işe başvuru da işverence reddedilmiş ve işe başlatılmayarak tazminatları ödenmiştir. Kesinleşen işe iade kararı da işverence yapılan değişikliğin geçerli bir nedene dayanmadığını ortaya koymaktadır. Davacı tanıkları üçkadın işçi olup, davacının doğum izni sonrasında bir alt göreve atanmak istendiğini, yeni görevin sık sık şehir dışına seyahatleri gerektireceğini açıklamışlardır. Yine davacı tanıkları, işverence doğum izninin kullandırmama yönünde baskıları ifade etmişler, tanıklardan biri bu yüzden işten ayrıldığını, diğeri ise doğum izni kullanmadığı için doğum sonrası terfi ettirilerek işe başlatıldığını açıklamıştır. Yapılan bu açıklamalara, dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin*

Sadece analık izni kullanan kadın işçi değil, doğum sonrası ücretsiz izin kullanan kadın işçi de izin dönüşü eski işine ya da eski işine benzer bir işte çalıştırmalıdır. Zira ücretsiz izin süresi boyunca tıpkı analık izninde olduğu gibi iş sözleşmesi askıdadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2018 yılında vermiş olduğu bir karara göre, doğum sonrası ücretsiz izin kullanılması kanunla işçiye tanınan bir haktır. Bu hakkın kadın işçi tarafından kullanılmış olması işçinin işyerindeki pozisyonunu kaybetmesine neden olmamalıdır[987].

Analık izninde dönen kadın işçiye farklı işlem yapıldığına dair başka bir uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme,

> *"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 dayanamayarak iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca feshetmek 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. Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan iş gücü 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 kullanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir. 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[988]."*

---

feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum nedeniyle ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir."

[987] YHGK. 14.03.2018, 2015/22- 1621 E., 2018/484 K., http://www.kazanci.com, (ET. 10.08.2018), *"...Mahkemece, davacının davalı işyerinde istifa etmesinin doğum yapmış olmasına bağlı olduğu, kullandığı izin ve ücretsiz iznin, davacının doğum yapmış olmasından kaynaklandığı, davacının kullandığı izinlerin kanundan kaynaklanan bir hak olduğu, davacının çalışmış olduğu bölüme, davacının izinde olması sebebiyle yeni bir işçi alımına ihtiyaç duyulduğunun davalı işverenlikçe ispatlanamadığı, davacıya teklif edilen yeni görevin önceki görevine göre daha alt seviyedeki pasif bir görev olduğu, davacının bu anlamda istifaya zorlandığı, bu haliyle davalı işverenliğin ayrımcılık yaptığı, eşit davranma ilkesini ihlal ettiği, kadınlar yönünden pozitif ayrımcılığın düşünüldüğü bir noktaya gelindiği çağımızda, bir bayan işçinin doğum yapması sebebiyle somut olayda olduğu üzere bir uygulamaya tabi tutulmasının hukukumuzca kabul görmeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir."*

[988] Yarg. 9. HD. 23.06.2008, 2007/41015 E., 2008/17093 K., http://www.kazanci.com, (ET. 08.09.2018).

şeklinde karar verilmiştir. Her şeyden önce şunu belirtelim ki, işçinin kanuni izinlerini kullanarak işinden uzunca bir süre ayrı kalması üzerine bu pozisyonun doldurulması, analık izni dönüşünde işçinin işinin değiştirilmesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz[989]. Dava konusu uyuşmazlıkta kadın işçinin de ileri sürdüğü gibi işverenin doğum için izne ayrılan işçinin yerine dışarıdan başka bir işçi ile sürekli iş ilişkisini kurması, doğum dolayısıyla işveren tarafından farklı bir işlem yapıldığını göstermektedir. Yüksek mahkemece açıklandığı üzere, analık iznine ayrılan yönetici pozisyonundaki kadın işçinin yerine dışarıdan belirli süreli iş sözleşmesi ile geçici bir işçi alınabilir ya da uygun nitelikte işyerinde bulunan çalışan işçiler arasından başka bir işçi görevlendirilebilirdi[990]. Bu sayede de analık izni sona eren işçi, izinden önce çalıştığı işine geri dönmüş olurdu.

Aynı kararda Yargıtay,

> *"……. izin bitiminde daha alt bir görevde çalışmasının teklif edildiği ve 6 işgünü içinde yazılı cevap verilmesinin istendiği anlaşılmaktadır. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kullanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren uygulama uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir. Davalı işverenin uygulaması İş Kanunu'nun 22. maddesine de aykırıdır. Davacı işçi, önerilen işte çalışmayacağını belirtmesine rağmen davalının önceki işte çalıştırmayacağını açıklaması iş sözleşmesinin davalı işverence eylemli olarak feshedildiği anlamında yorumlanmalıdır. Davacının daha sonra verdiği istifa dilekçesi feshin davalı işverence yapıldığı gerçeğini değiştiremez. İşverenin çalışma koşullarında değişiklikte ısrar ederek; elektronik posta ile istifa metnini gönderip, davacıdan iş sözleşmesini feshetmesini istemesi, onu ihbar tazminatından ve en önemlisi de iş güvencesi hükümlerinden mahrum etmeye yönelik haksız bir davranıştır. Böyle bir baskı altında verilen istifa dilekçesinin serbest irade ürünü olduğu kabul edilemez. Davacı da istifa dilekçesini baskı altında verdiğini ileri sürmüştür. İş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. İşe iade davasının kabulüne karar verilmelidir[991]."*

demiştir. Kararın bu kısmından da anlaşılacağı üzere, analık izni sona eren kadın işçi, izinden önceki işinde çalıştırılmazsa ya da daha alt bir iş teklif edilirse, iş sözleşmesinin işveren tarafından eylemli olarak feshedildiğinin kabulü gerekecektir.

---

[989] Özdemir, s. 108.
[990] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 27; Özdemir, s. 108.
[991] Yarg. 9. HD. 23.06.2008, 2007/41015 E., 2008/17093 K., http://www.kazanci.com, (ET. 06.10.2018).

Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak vermiş olduğu başka bir kararına göre, mevsimlik işçi olarak çalışan işçi yeni mevsim başladığında analık izni bitmişse, işçinin iznin sona erdiği andan itibaren çalışmaya başlaması gerekir. İznin bitim tarihinde yeni mevsim başlamamış ve iş sözleşmesi askıdaysa, işverenin yeni mevsim başladığında işçiyi usulüne uygun şekilde çalışmaya davet etmesi gerekir[992].

IV. ANALIĞIN KADIN İŞÇİNİN ÜCRETİNE ETKİSİ

Kadın işçinin gebelik ve doğum nedeniyle kanunen çalışmasının yasak olduğu dönemde çalışmaması, işçinin iş ilişkisinden doğan hakları açısından mağduriyetine yol açmamalıdır[993]. Bu bağlamda, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de kadınlara işini, kıdemini veya sosyal haklarını kaybetmeden ücretli olarak veya buna benzer menfaatler sağlanarak analık izni verilmesi gerektiği belirtilmiştir (md. 11/2). Sözleşmede yer alan bu hüküm nedeniyle kadın işçi, kıdem tazminatına ve yıllık izne hak kazanma ve ücretin hesaplanması konularında gebeliği ve anneliği nedeniyle mağdur edilmemelidir.

A. İş Kanunu

Ülkemiz tarafından onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 100 sayılı *"Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme"* hükümleri dikkate alınarak İş Kanunu'nunda, cinsiyet ayrımı nedeniyle kadın işçinin ücreti konusunda farklı işlem yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir (İş K. md. 5/4). Hükme göre, "*Aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz."* Cinsiyet ayrımı yasağı bağlamında *"ücret"*, asıl ücret yanında ücret eki niteliğinde işçiye tanınmış olan tüm avantajları kapsar[994]. Bununla birlikte Kanunda, işçinin cinsiyeti nedeniyle işçiye özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı belirtilmiştir (İş K. md. 5/5). Bu nedenle de iş sağlığı ve güvenliği veya biyolojik

[992] Yarg. 9. HD. 13.11.2000, 2000/11110 E., 2000/16200 K., Günay, s. 2293.
[993] Onaran Yüksel, s. 245.
[994] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 740; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, ss. 198-199.

nedenlerle mevzuatta bazı koruyucu hükümlerin uygulanması, kadın işçinin gebeliği dolayısıyla hafif işlerde çalıştırılması veya süt izni verilmesi işçiye daha düşük ücretin ödenmesini haklı göstermeyecektir[995]. İşveren analık hâlinde olan kadın işçinin, performans düşüklüğünü sebep göstererek işçinin ücretinde herhangi bir indirim yapamaz[996].

Analık izninde olan kadın işçiye, izin süresi boyunca işveren tarafından ücret ödenmesine ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nda da doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır[997]. Alman hukukunda konuya ilişkin olarak açık düzenleme bulunmaktadır. Analığın Korunması Kanunu'na göre, sigortalı olan kadın işçiye, analık izni (koruma süresi) boyunca gelir kaybına uğramasını önlemek amacıyla sigorta kurumu tarafından net aylık ücreti, analık parası (Mutterschaftsgeld) adı altında ödenmektedir (MuSchG § 19). Ancak bu paranın tamamı her durumda kurum tarafından ödenmemektedir. Kurumun ödediği miktar işçinin alması gereken analık parasını karşılamıyorsa aradaki fark işveren tarafından ödenir (MuSchG § 20/1).

Analık parasını bir ücret olarak nitelendirmemek gerekir. Ücret bir çalışmanın karşılığı olarak ödenmesine rağmen, analık parası işçiye çalışmadığı süreye ilişkin olarak ödenmektedir. Bu nedenle de analık parasını gebe kadın işçinin mali durumunu korumak amacına yönelik bir ödenek olarak nitelendirmek daha doğru olur[998]. Ayrıca analık parasının gebelik dolayısıyla kadın işçinin içine düştüğü ekonomik kaybı önlemek amacı göz önüne alındığında, tatil günleri ve noel günlerine ilişkin işyerinde yapılan bir ödeme varsa, analık izninde (koruma süresinde) olan kadın işçiye de bu ödemeler yapılmalıdır. Bu durumun bir başka gerekçesi de analık izni (koruma süresi) sürelerinin çalışma süresinden sayılmasıdır[999].

---

[995] Bacak ve Yiğit, s. 7

[996] Erkul, ss. 27-28.

[997] *"İş Kanunu'nun 74/5 hükmünde, 18 haftalık gebelik ve doğum izni süresine ilave olarak işçinin isteği hâlinde 6 aya kadar ücretsiz izin verilmesine ilişkin hükmüne göre, ücrete tabi olmayan izin, 18 haftayı, takiben istek hâlinde verilen 6 aylık süredir. Bu sebeple, 18 haftalık analık izni ücrete tabidir. Aynı dönem için işçinin hak kazandığı geçici iş göremezlik ödeneği ücretten indirilmelidir."* Bkz., Çil, Şahin: **İş Hukukunda İşçinin Ücreti**, Turhan Kitapevi, Ankara 2010, (İşçinin Ücreti), s. 36.

[998] Erkul, s. 28; Analık parasına ilişkin olarak daha geniş bilgi için bkz., Roos/Bieresborn-Roos MuSchG/BEEG, s. 499-548 ; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 347-367.

[999] Erkul, s. 34; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 85, 320.

İngiltere'deki yasal düzenlemelerde, iş sözleşmesinin analık hâli nedeniyle askıya alınmasına özgü olarak ücretin işveren tarafından ödenmeye devam edeceğine yer verilmiştir (ERA md. 68/1, Management of Health and Safety at Work Regulations 1999, md. 16/3).

Avrupa Adalet Divanı Gillespie kararında, Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 141. maddesi ve ve 75/117 sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlara Eşit Ücret Direktif'inde [1000], analık ödeneğinin miktarına ilişkin tam bir ölçüt öngörülmemiş olsa da asgari bir seviyenin belirlendiğini belirtmiştir. Kararda, üye devletlerin analık döneminde kadın çalışanlara normal ücretlerini aynen ödenmek zorunda olmadıklarına, analık izni sırasında ödenecek olan ödeneğin hesaplanmasına ilişkin zorunlu bir kriterin olmadığı, ancak ödenecek olan ödeneğin analık izninin amacını tehlikeye atacak kadar düşük olmaması gerektiği belirtilmiştir[1001].

4857 sayılı İş Kanunu açısından gebe ve anne işçinin analık izni süresi içinde ücret alıp alamayacağı hususu, maktu ücret ve diğer ücret türleri olmak üzere iki ayrı ücret sistemine göre incelenmesi gerekmektedir. İşveren tarafından işçiye hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hâllerde dahi tam olarak ödenen ücret maktu ücrettir (İş K. md. 49/4). Maddede yer *"sair sebepler"* ifadesinden hareketle, gebelik ve doğum hâli maktu ücret ödenecek hâller kapsamına dâhil edilebilir[1002]. Maktu ücrette, çalışılmış günler toplanarak ücret tespiti yapılmaz, her ay aynı miktarda belirli bir ücret işçiye ödenmektedir. Bu sebeple, maktu ücretle çalışan kadın işçiler, gebelik ve doğum nedeniyle çalışamadığı sürelerde dahi ücret isteme hakkına sahiptirler[1003].

İş Kanunu'nun 48. maddesinin 2. fıkrasında, hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edileceği belirtilmiş, ancak analık hâline ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, analık hâlinde maktu ücret alan ve geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanan işçiye, işveren tarafından

[1000] Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 45, 19.2.1975.
[1001] CJEU, Gillespie and Others v Northern Health and Social Services Board and Others, 13.02.1996, In Case C-342/93, https://eur-lex.europa.eu, (ET. 17.10.2017).
[1002] Tuncay, İzin ve Ücret, s. 40; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 133; Nuray Kovancı, **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Borçlanması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 215.
[1003] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 245; Kovancı, s. 215.

ödenecek olan ücretin miktarı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, gebelik ve analık durumu maktu ücretle çalışan kadın işçinin ücretini etkilemeyeceği için işçiye ödenen ücretten geçici iş göremezlik ödeneği tutarı indirilemez. Kadın işçinin ücreti Kanun ile garanti altına alındığı için işveren tam ücret ödemekle yükümlüdür[1004].

Öğretideki bizimde katıldığımız başka bir görüşe göre, geçici iş görmezlik ödeneği ödenmesinin amacı, ücret kaybının telafi edilmesidir. Maktu ücretle çalışan işçiler açısından ise, diğer ücret türleri ile çalışan işçilerde olduğunun aksine telafi edilecek ücret kaybı söz konusu değildir. Bu nedenle, işveren tarafından işçiye ödenecek olan maktu ücret tutarı, işçinin maktu ücretinden geçici iş göremezlik ödeneği miktarı düşüldükten sonra bulunan ücret miktarı kadar olacaktır[1005].

Maktu ücretten geçici iş görmezlik ödeneğinin indirilmesi gerektiği yönündeki diğer bir görüşe göre, işçiye hem maktu ücretin hem de geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi durumunda işçi çalışırken elde ettiği ücretten daha yüksek bir gelir elde eder ki, İş Kanunu'nun 48. maddesinin 2. fıkrasının böyle bir amacı bulunmamaktadır[1006]. Bu görüşün kabulü hâlinde, işçiye maktu ücretten geçici iş göremezlik ödeneğinin çıkarılması sonucu bulunan fark bir ücret olduğu için analık izninde olan kadın işçiye yapılacak fark ücret ödemelerine, ödemenin yapıldığı tarihlerde işyerinde yapılan ücret zamlarının da eklenmesi gereklidir[1007].

Maktu ücretle çalışan kadın işçiler dışında diğer ücret türleriyle çalışan kadın işçilerin, analık izni boyunca ücrete hak kazanıp kazanmadığı hususuna ilişkin İş Kanunu'nun 74. maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunun 25. maddesinde doğum ve gebelik hâllerinde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle

---

[1004] Sözer, Hamilelik, s. 1061; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 40.

[1005] Sözer, Hamilelik, s. 1062; Süzek, İş Akdi, s. 105; Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 31; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 337; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 134; Tulukçu, Doğum İzni, s. 1360; Yarg. 9 HD. 20.04.2010, 2008/23522 E., 2010/11355 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.06.2018), *"... Davacı işçinin doğum sebebiyle çalışmadığı dönemde kurum tarafından verilen geçici iş göremezlik ödeneği verilmiş olmasına rağmen aylık ücretlerinin atm olarak ödendiği tartışma dışıdır. Bu halde işçi mükerrer yararlanmış olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 48/2. maddesi hükmüne göre sözü edilen ödemelerin işçi ücretlerinden mahsubu gerekir. Böyle olunca davalı işverence yapılan fazla ödemenin iadesi yönünde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir…."*.

[1006] 1475 sayılı İş Kanunu döneminde ileri sürülen bu görüş ve tartışmalar için bkz., Centel, Ücret, s. 244-245; Geçici iş göremezliği ödeneği alan işçiye, aylık maktu ücreti işveren tarafından tam olarak ödenmişse, ödeneğin işçiden geri alınmasının uygun olmayacağı yönündeki görüş için bkz., Ali Güzel, A. Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 434.

[1007] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 31.

derhal fesih hakkına ilişkin sürenin Kanunun 74. maddedeki sürenin bitiminde başlayacağı öngörüldükten sonra, işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işe gidemediği sürelerde ücrete hak kazanamayacağı düzenlenmiştir (İş K. md. 25/I, b- (a)).

Kural olarak, maktu ücret dışında diğer ücret türleri ile çalışan kadın işçi, iş sözleşmesi analık izni boyunca askı hâlinde olduğu için ücrete hak kazanamayacaktır. Ancak taraflar iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle analık izninde olan kadın işçiye, işveren tarafından ücret ödenmesini kararlaştırabilirler[1008].

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinde, belirli durumlarda işçi iş görme borcunu ifa etmese de işverenin ücret ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Maddeye göre; uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse, işveren başka bir yolla karşılanmadığı takdirde o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür. Maddede, işgöremezlik hâlleri olarak hastalık, askerlik ve kanundan doğan çalışma durumları sayıldıktan sonra *"benzeri sebeplerle"* ifadesi yer aldığı için işin ifa edilememesi sebepleri arasına analık hâli da girer. Genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nda, kadın işçiye kısa bir süre de olsa işverenden ücret isteme hakkı tanınırken, özel kanun niteliğinde olan İş Kanunu'nda işçiye gebelik, doğum ve annelik gibi geçici imkânsızlık hâllerinde bu hak tanınmamıştır[1009]. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu'nun 409. maddesi İş Kanunu kapsamında olan işçiler bakımından uygulama alanı bulmayacaktır[1010]. Öğretide iş sözleşmesinin analık hâli nedeniyle askıya alınmasına özgü olarak ücretin işveren tarafından ödenmeye devam edileceğinin yasal olarak düzenlenmesi gerektiği ya da Türk Borçlar Kanunu'nun kapsamına tartışmaya yol açmayacak şekilde açıkça diğer iş kanunlarına tabi işçilerin de alınması, kadın işçilerin korunması ve analık hâlindeki kaygılarının en aza indirilmesi bakımından düşünülmesi gereken bir seçenek olduğu ileri sürülmüştür[1011].

[1008] Centel, Ücret, s. 247; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 40; Tunçomağ ve Centel, s. 187; Akyiğit, İş Hukuku, s. 470; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 137; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 134.

[1009] Süzek, İş Akdi, s. 104; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 40; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 338; Tulukçu, Gebe ve Anne, s. 132-133.

[1010] Tuncay, İzin ve Ücret, s. 40; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 338; Centel, Ücret, s. 248; Tulukçu, Gebe ve Anne, s. 132.

[1011] Civan, s. 220, dn. 40.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında sigortalı olan kadınlara, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından analık izni boyunca ücretlerinin 2/3'ü oranında geçici iş göremezlik ödeneği ödenir[1012]. Kanaatimizce, analık izninde olan kadın sigortalıya Kurum tarafından geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesiyle yetinilmeyip, izinde olan işçinin izinde olmayıp çalışması hâlinde alacağı ücret ile Kurum tarafından analık izni boyunca ödenen geçici iş göremezlik ödeneği arasındaki farkın işveren tarafından işçiye ödenmesi yönünde düzenleme yapılması daha isabetli olur[1013]. Bu sayede, kadın işçi analık hâli nedeniyle ücret kaybına uğramamış olur. Ancak unutulmamalıdır ki, mevcut düzenlemeler tarafların iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle analık izni esnasında kadın işçiye işveren tarafından tam ücretinin veya analık sigortası kapsamında alacağı geçici iş göremezlik ödeneğiyle ücreti arasındaki farkın ödeneceğinin kararlaştırmasına ve bu sayede işçinin izin süresi boyunca gelir kaybına uğramasının önlenmesine engel değildir[1014].

İş Kanunu'nda, analık hâline ilişkin bazı Kanun hükümlerin uygulanmasının kadın işçinin ücretini etkilemeyeceği doğrudan veya dolaylı olarak belirtilmiştir. Örneğin; kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat verilen süt izninin iş süresinden sayılacağı öngörüldüğünden (İş K. md. 74/7), bu izin işçinin ücret hakkını etkilemeyecektir. Ayrıca Kanunda gebe işçiye doğum öncesi verilen iznin ücretli izinlerden olduğu ve çalışılmış günler gibi hesaba katılacağı öngörüldüğü için (İş K. md. 46) periyodik kontroller (İş K. md. 74/4) de kadın işçinin ücret hakkını etkilemeyecektir[1015].

İş Kanunu'nun 74. maddesinde, analık izninde olduğu gibi iznin doktor raporu ile arttırılması durumunda da artırılan süre boyunca işçiye ücret ödenip ödenmeyeceğine yer verilmemiştir. Buna karşılık, yukarıda da belirttiğimiz üzere İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, doğum ve gebelik nedeniyle devamsızlık da dahil olmak üzere fesih için geçmesi gereken süre İş Kanunu'nun 74. maddesindeki sürelerin bitiminden sonra başlar ve işçinin işine gidemediği süreler için ücret ödenmez (İş K. md. 25/I-b, (a)). Şüphesiz ki, *"işçinin işine gidemediği süreler"* ifadesinin, İş Kanunu'nun 74. maddesindeki süreleri ve

[1012] Bu konuya ilişkin geniş bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, d, (2).
[1013] Aynı yönde bkz., Sözer, Hamilelik, ss. 1062, 1069; Onaran Yüksel, s. 249.
[1014] Akyiğit, Şerh II, s. 2059.
[1015] Sözer, Hamilelik, s. 1063.

haklı nedenle derhal fesih için aranan ek süreyi birlikte içerdiği sonucuna varılabilir[1016]. Bu durumun kabulü hâlinde İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan on altı veya on sekiz haftalık analık izni süreleri ile doktor raporuyla arttırılan analık izni süreleri boyunca işçiye ücret ödenmeyecektir[1017].

İsteği hâlinde kadın işçiye, analık izni süresinin tamamlanmasından sonra altı aya kadar izin verilir. Ancak, bu süre boyunca işçiye herhangi bir ücret ödenmez. Zira Kanunda bu iznin, ücretsiz izin niteliğinde olduğu belirtilmektedir (İş K. md. 74/6). Ücretsiz izin süresi boyunca kadın işçiye geçici iş göremezlik ödeneği ödenip ödenmeyeceği konusunda gerek İş Kanunu'nda gerekse Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır[1018].

Alman hukukunda, analık parası dışında belirli durumlarda kadın işçiye annelik ücreti ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Annelik ücretinin ödenmesi doğum öncesi ve doğum sonrası analık izni (koruma süreleri) dışında söz konusu olur[1019]. Koruma süresi boyunca genel ya da özel çalıştırma yasağı söz konusu olsa bile analık ücreti ödenmez[1020]. Zira koruma süresi boyunca kadın işçi, analık parasına hak kazanmaktadır[1021]. Analığın Korunması Kanunu'nun § 18 hükmüne göre, kadın işçinin gebeliği nedeniyle doğum öncesi ve sonrası çalıştırılması yasak olan süreler dışında çalıştırılma yasağı nedeniyle kısmen veya tamamen çalıştırılmaması durumunda işçiye, işveren tarafından ödenen ücrete annelik ücreti denilmektedir[1022]. Annelik ücreti ödenmesi gereken süre esnasında, doktor tarafından tespit edilen bir hastalık nedeniyle iş göremezliğin ve çalıştırma yasağının söz konusu olması durumunda annelik ücreti ödenmeyecektir[1023].

[1016] Akyiğit, Şerh II, s. 2059.

[1017] Akyiğit, Şerh II, s. 2059; Söz konusu durumda, kadın işçiye geçici iş göremezlik ödeneği ödenip ödenmeyeceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Üçüncü Bölüm, A, 2, d, (2), (i).

[1018] Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz., Üçüncü Bölüm, A, 2, d, (2), (i).

[1019] Tillmanns/Mutschler- Schmiegel, s. 422; Wolfgang Däubler, Jens Peter Hjort, Michael Schubert ve Martin Wolmerath, (Hrsg.), **Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen Handkommentar**, 4. Aufl.,Nomos, Baden-Baden 2017, HK-ArbR/Velikova/Briegel, ss. 2065-2066; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 320.

[1020] Tillmanns/Mutschler- Schmiegel, s. 422; Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 80.

[1021] HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 346; Roos/Bieresborn-Roos MuSchG/BEEG, s. 499.

[1022]Tilmannss/Mutschler-Schmiegel, s. 419; Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid - Bantle, s. 1956; Marburger, Schwangerschaft, s. 33; Podehl, s. 88

[1023] Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 80.

Ödenecek olan annelik ücretinin miktarı işçinin gebeliğinden önce çalıştığı son üç aylık süre içinde aldığı net ücret ortalamasının bir günlük miktarıdır[1024]. Eğer, iş ilişkisi gebelikten sonra başlamışsa, annelik ücretinin hesaplanmasında iş ilişkisinin başladığı ilk üç aylık net ücret esas alınır. Annelik ücreti ödemesi, çalıştırma yasağı nedeniyle çalışmanın ya da ücret türünün değişmesi hâlinde de geçerlidir.

- Doktor raporu ile gebe olan kadın işçinin çalışmasının yasaklandığı süre boyunca (MuSchG § 16/1) [1025],
- İşveren tarafından gebe ve emziren kadın işçinin çalışmasına uygun koşullar oluşturulmadığı durumlarda kadın işçinin çalışmadığı süre boyunca (MuSchG § 10/3, §13/1, nr. 2 - 3),
- Fazla çalışma, gece çalışması, haftasonu ve tatil süresince çalışmanın yasak olduğu sürelerde (MuSchG § 4, § 5, § 6) annelik ücreti ödenir.

Annelik ücreti normal ücret gibi vergi ve sosyal güvenlik primleri kesintilere tabidir[1026]. Bu nedenle bu ödeme normal ücret olarak kabul edilmektedir[1027].

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda gerek analık izni süresi boyunca gerekse doktor raporu ile analık hâlinde olan kadın işçinin çalışmasının yasaklanması ve ilgili kanunda belirtilen diğer durumlarda kadın işçinin gelir kaybına uğranmasını önlemek amacıyla kadın işçiyi koruyucu birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Bu sayede, kadın işçinin ve çocuğunun sağlığı korunmakta ve işçinin ekonomik durumu güvence altına alınmaktadır [1028] . Kanaatimizce, benzer durumlarda Türk hukukunda da kadın işçinin gelir kaybını önlemeye yönelik düzenlemelere yer verilmelidir.

[1024] Marburger, Schwangerschaft, s. 33; Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 80; Podehl, s. 88; Däubler, s. 847.
[1025] BAG 13. 2. 2002, 5 AZR 588/00 https://lexetius.com/2002,594 (ET. 02.03.3018).
[1026] Tillmanns/ Mutschler- Schmiegel, s. 420; HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 104; HK-ArbR/Velikova/Briegel, s. 2605; Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 84.
[1027] Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 84.
[1028] HK - MuSchG/BEEG/Pepping, s. 347; Tillmanns/ Mutschler- Schmiegel, ss. 430, 570-571.

B. Basın İş Kanunu

İş Kanunu'ndan farklı olarak Basın İş Kanunu'nda, analık izninde olan kadın işçiye, işveren tarafından ücret ödeneceğine dair düzenleme bulunmaktadır[1029]. Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinin 7. fıkrasında, kadın gazetecilere analık izinleri boyunca izne ayrılmadan önce aldıkları son ücretin yarısının ödenmesi gerektiği belirtilmiştir[1030]. Kanunda ayrıca işçinin bu ücretin yanı sıra geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme sayesinde analık izninde olan kadın işçi, hem ücretinin yarısına hem de geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacaktır. Kanunda kadın gazetecinin, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan veya bağlı bulunduğu kurumlardan alacağı ödemelerin, ücret ödemesini etkilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Kanaatimizce, İş Kanunu'nda da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi hem kadın işçiler arasında eşitliğin sağlanması hem de analık hâli nedeniyle kadınların mağdur olmamaları açısından isabetli olur. İşverenin tek taraflı veya sözleşmeyle Basın İş Kanunu'nda yer alan ücretle ilgili hükümleri bertaraf etmesi düşünülemez. Fakat işveren isterse tek taraflı olarak veya sözleşmeyle ödenecek olan ücret miktarını arttırabilir[1031].

Daha öncede belirttiğimiz üzere, İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan düzenlemeler, diğer iş kanunları kapsamında çalışan işçiler için de uygulanacaktır[1032]. Ancak İş Kanunu'nda analık izninde olan kadın işçiye ücret ödeneceğine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, hâlen yürürlükte olan Basın İş Kanunu'nun analık izninde olan kadın işçiye ücret ödenmesine ilişkin hüküm, Basın İş Kanunu kapsamında olan işçiler bakımından uygulanmaya devam etmelidir[1033].

Basın İş Kanunu'ndaki analık hâlinde kadın işçiye ücret ödenmesine ilişkin düzenlemeler yukarıda sözü edilen durumlarla sınırlı kalmamıştır. Kanunda ayrıca doğumun gerçekleşmemesi veya çocuğun ölü doğması hâlinde bir ay süreyle kadın

---

[1029] A. Can Tuncay, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, Evrim Basım, İstanbul 1989, (Basında İşçi), s. 58.

[1030] Yarg. 9. HD. 13.07.2011, 2009/32873 E, 2011/23974 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.06.2018), *"5953 Sayılı Yasanın 16/7 maddesinde belirtilen ücret ödemesi kadın gazetecinin, çalışmadığı doğum izni süresince ödenmesi gereken bir ücret olup, dosyadaki bilgi ve belgelerden davacıya bu süreye dair tam ücretinin ödendiği anlaşılmaktadır. Maddede belirtilen ödeme, normal ücretten ayrı fazladan bir ödeme değildir…".*

[1031] Akyiğit, İş Hukuku, s. 472.

[1032] Bkz. Birinci Bölüm, III, B, 7.

[1033] Akyiğit, İş Hukuku, s. 472.

işçiye ücretinin yarısının ödeneceği düzenlenmiştir (BİK md. 16/7). Böyle bir durumda bir aylık süre, doğumun gerçekleşmediği ya da çocuğun ölü doğduğu tarihten itibaren başlamaktadır. Kadın işçinin düşük yapması durumu, doğumun gerçeklemediği hâl olarak kabul edilmeli ve düşüğün gerçekleştiği andan itibaren işçi bir ay süreyle son ücretinin yarısına hak kazanmalıdır.

Kadın gazetecinin analık izni ve ücret ödenmesi gereken dönem, kişiye ve olaya göre değişkenlik gösterdiği için subjektiftir[1034]. Gebeliğinin yedinci ayında çocuğunu kaybeden kadın gazeteci bir ay; gebeliğinin yedinci ayında doğum yapan kadın gazeteci iki ay; gebeliğinin dokuzuncu ayında canlı bir doğum gerçekleştiren kadın işçi ise, beş ay doğum iznine ve ücrete hak kazanacaktır[1035]. Kanunda kadın gazetecinin analık izni süresi içinde iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilip edilemeyeceği açıkça düzenlenmemiştir. *Çil*'e göre, Kanunda işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü olduğu için fesih yapılamayacak, aksi durumda geçerli nedene dayanmayan bir fesih gerçekleşmiş olacaktır[1036].

C. Deniz İş Kanunu

Deniz İş Kanunu'nda daha öncede belirttiğimiz üzere, kadın işçinin gebeliği ve anneliği hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanunu'nun 48. maddesinde, *"Bu kanun hükümleri, gemi adamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akdi, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemi adamlarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz."* hükmü yer almaktadır. Öğretide bu hüküm göz önünde bulundurularak, Deniz İş Kanunu kapsamına giren kadın işçiler bakımından da Basın İş Kanunu kapsamındaki kadın işçilere uygulanan Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinin 7. fıkrasındaki düzenlemenin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bunun sonucunda, Deniz İş Kanunu kapsamında olan kadın işçinin gebeliğin yedinci ayından başlayarak,

[1034] Göktaş, Seracettin ve Şahin Çil, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, 4857 Sayılı İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitapevi Ankara 2003, ss. 245-246.
[1035] Göktaş ve Çil, s. 246.
[1036] Çil, İşçinin Ücreti, s. 818.

doğumun ikinci ayın sonuna kadar ücretin yarısına hak kazanması gerektiği belirtilmiştir[1037].

Kanaatimizce, bu görüşün kabulü pek mümkün değildir. Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu iki ayrı özel kanun niteliğindedir. Bu nedenle de Deniz İş Kanunu'ndaki boşluğun Basın İş Kanunu hükmü ile doldurulması uygun değildir. Kaldı ki, maddede Deniz İş Kanunu hükümlerinin gemi adamına daha elverişli hak ve menfaat sağlayan kanun hükümlerine hâlel getirmeyeceği belirtilmektedir. Basın İş Kanunu'nda da gemi adamlarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı için Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinin 7. fıkrasının uygulanması söz konusu olmaz.

V. ANALIĞIN KADIN İŞÇİNİN KIDEMİNE BAĞLI HAKLARINA ETKİSİ

A. Genel Olarak

İşçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süreler çalışma süresidir (ÇSY md. 3). İşçinin bazı işçilik alacaklarını elde edebilmesi için işyerinde çalıştığı süre önemlidir. İş Kanunu'nun 66. maddesinde, çalışma süresinden sayılan süreler düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan durumlarda, işçi her ne kadar işini fiilen yapmasa da çalıştığı kabul edilir. Örneğin, çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için kullandıkları süreler, çalışma süresinden sayılmaktadır (İş K. md. 66/1-e). İşçinin çalışma süresi ve çalışma süresinden sayılan sürelerin tespiti oldukça önemlidir. Zira işçinin iş güvencesi hakkından yararlanması, kıdem ve ihbar tazminatına, yıllık izne hak kazanabilmesi için belirli bir kıdeme sahip olması gerekir.

Çalışmanın daha önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere, İş Kanunu'nda 2016 yılında yapılan önemli değişikliklerle, kadın işçiyi gebelik ve analık hâlinde koruyucu birçok yeni düzenleme getirilmiştir. Yapılan değişikliklerle beraber, Kanunun 74. maddesinde yer alan analık izni ve diğer izin sürelerinin kadın işçinin kıdemine etki edip etmeyeceği önemli bir husustur. Kadın işçinin kıdeme bağlı hakları elde edebilmesi için bu izin sürelerinin dikkate alınıp alınmayacağının tespiti gerekmektedir.

[1037] Sözer, Hamilelik, s. 1063; Tulukçu, Gebe ve Anne, s. 135, Tulukçu, Doğum İzni, s. 1362.

İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen analık izni esnasında kadın işçi kendi kusuru olmaksızın maddi ifa imkânsızlığı nedeniyle geçici olarak iş görme borcunu ifa edememektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde *"...İşçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hâllerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hâllerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17.maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar..."* hükmü yer almaktadır. Bu maddedeki düzenlemeye göre, doğum ve fesih hâlinde olan bir işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesi için İş Kanunu'nun 74. maddesinde öngörülen sürenin bitmesi gerekmektedir. Kanunun 74. maddesinde öngörülen süreler analık izni süresidir. Bu sürede işveren çalıştırma yasağı nedeniyle kadın işçiyi çalıştıramaz. Bu bağlamda, sözleşmenin askıda olduğu analık izni süresinin işçinin kıdeminin esas alındığı yıllık izin süresinin, ihbar süresinin, iş güvencesinden yararlanmak için gerekli olan altı aylık sürenin ve kıdem tazminatının miktarı hesaplanırken dikkate alınıp alınmayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Kadın işçinin cinsiyeti nedeniyle gebelik ve doğum hâlinde Kanunda yer alan koruyucu hükümlerden yararlanması ve bu hükümlerde işçinin işe devamsızlığına yasal olarak imkân tanınması, kadın işçinin kıdemin önemli olduğu durumlarda daha az sürenin esas alınmasına neden olmamalıdır[1038]. Aksinin kabulü, İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırılık teşkil eder.

B. Analık İzninin Kıdem ve İhbar Tazminatına Etkisi

Analık izni süresinin kadın işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda kıdem ve ihbar tazminatına etkisinin tespiti kadının ekonomik olarak korunması açısından ve analığı nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaması bakımından önemlidir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre,

> *"4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde "... İşçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17.*

[1038] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 23.

maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar... " şeklinde yer alan kural uyarınca doğum veya gebeliğe dayanan devamsızlık süresi işverenin bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerekir. Bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurulan bu sürenin bildirimli fesihte dikkate alınmaması çelişki oluşturur. Diğer yandan, aynı Kanunu'nun "Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan İzinler" başlığını taşıyan 55. maddenin (b) bendinde kadın işçilerin 74. madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günlerin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre davacının doğum nedeniyle kullandığı izin süresinin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğinden 4 haftalık önele göre fark ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır[1039]."

Yüksek mahkemenin vermiş olduğu bu karara göre, nasıl ki işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğabilmesi için kadın işçinin sahip olduğu analık izninin ve ihbar süresinin sona ermesinin dikkate alınması gerekiyorsa, işverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken de kadın işçinin analık izni süresinin kıdemine eklenmesi ve ihbar süresinin eklenen süreye göre belirlenmesi gerekir. Bununla birlikte kararda, analık izninde geçen sürenin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[1040].

Yargıtay, analık izninde olan ve bu sürede iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimli olarak feshedilmesi sonucunda kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacakları ödenmesi amacıyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta, feshin analık izni bitim tarihi itibariyle sonuç doğuracağına, kıdem tazminatı esas kıdemin bu süre dikkate alınarak hesaplanması gerektiğine karar vermiştir[1041]. Kanaatimizce, karar isabetli değildir. Kadın işçinin kullanmış olduğu analık izni süreleri dikkate alınarak işçinin ihbar süresi belirlenmeli ve analık izni süresi ile ihbar süreleri dikkate alınarak işçinin kıdemi belirlenmelidir. Çünkü ihbar süreleri işçinin kıdemine dâhildir[1042].

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde, kıdem tazminatına esas alınacak olan kıdemin hesabında *"iş yılı"* ölçütü yerine, işçinin işe başladığı tarihten iş sözleşmesinin bitimine kadar geçen takvim süresinin dikkate alınacağı kabul

[1039] Yarg. 9. HD. 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 16, 2008/ 1, ss. 272-274.
[1040] Benzer yönde karar için bkz., Yarg. 22. HD. 25.09.2017, 2016/7451 E., 2017/19053 K., http://www.kazanci.com, (ET., 10.04.2018).
[1041] Yarg. 9. HD. 27.06.2018, 2017/8469 E., 2018/14042 K., http://www.kazanci.com, (ET., 10.09.2018).
[1042] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 456; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, ss. 364-365; Yarg. 9. HD. 21.06.2010, 2008/35581 E., 2010/19534 K., http://www.kazanci.com, (ET., 10.09.2018).

edilmiştir. Bu nedenle de kıdem tazminatına esas alınacak kıdemin hesaplanmasında iş sözleşmesinin devam ettiği sürenin dikkate alınması gerektiği için iş sözleşmesinin askıya alındığı grev hariç olmak üzere tüm sürelerin kıdeme dâhil edilmesi gerekir[1043]. İş sözleşmesinin askı döneminde işçinin iş görme yükümlülüğü, işverenin de ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalksa da sözleşmenin varlığı devam ettiğinden dolayı tarafların iş sözleşmesinden doğan diğer hak ve borçları devam etmektedir[1044]. Kendi kusuruna dayanmayan nedenlerle iş görme edimini yerine getiremeyen, bu sebeple iş sözleşmesi askıya alındığı için kural olarak ücret alamayan işçinin bir de kıdeme bağlı haklardan yoksun bırakılması modern iş hukukunun amacıyla bağdaşmamaktadır[1045]. Sonuç itibariyle, analık izninde olan işçinin kullanmış olduğu izin süreleri boyunca iş sözleşmesi askıda kaldığı için bu sürelerin işçinin kıdeminin hesaplanmasında dikkate alınması gerekir[1046].

Öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, sadece doğum nedeniyle Kanunda düzenlenen analık izni süresinin değil, doktor raporuyla arttırılan izin sürelerinin de işçinin kıdeminin hesaplanmasında dikkate alınması gerekir[1047]. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, "*…4857 Sayılı İş Kanunu'nun 55 (a) bendi uyarınca aynı kanunun 25/I.b fıkrasında belirtilen işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi*

[1043] Turhan Esener, **İş Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 249; M. Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden Grev ve Lokavt Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun Sistematik Tetkiki ve İlgili Mahkeme İçtihatları**, Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967, s. 104; Süzek, İş Akdi, ss. 110-113; Süzek, İş Hukuku, s. 754; Akyiğit, Ercan: **En Son Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010, (Kıdem Tazminatı), s. 486; Ekonomi, İş Hukuku, s. 244; Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 23; Ünal Narmanlıoğlu, **Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, (Kıdem Tazminatı), s. 123; Nurşen Caniklioğlu, **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, (Hastalık), s. 158; Onaran Yüksel, ss. 246-247; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun md. 67/3 hükmüne göre, grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz.

[1044] Süzek, İş Hukuku, ss. 492, 754; Narmanlıoğlu, Kıdem Tazminatı, s. 120; Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 90.

[1045] Süzek, İş Akdi, s. 111-112, 116.

[1046] Esener, s. 249; Süzek, İş Akdi, ss. 115-116; Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 23; Akyiğit, Şerh II, s. 2060; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 556; Köseoğlu ve Kaya, s. 59; Onaran Yüksel, s. 247; Hatice Duygu Özer, "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 21, 2009/2, (Doğum İzninin Etkisi), s. 132.

[1047] Ekonomi, İş Hukuku, s. 338; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 335; Ercan Akyiğit, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007 (İş Güvencesi), s. 237; Ercan Akyiğit, **1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Yıllık Ücretli İzin Türk/Alman/İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı (Öğreti-Uygulama)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, (Yıllık İzin), s. 189; Akyiğit, Şerh II, s. 2060; Caniklioğlu, Hastalık, s. 165; Onaran Yüksel, s. 248.

hallerde işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı haftayı aşan raporlu süre kıdem tazminatına esas süreye eklenemez[1048]*."* Yargıtay bu uyuşmazlıkta, işçinin bildirim süresi ve altı haftayı içine alan süreye ilişkin doktor raporunun kıdeme dâhil edileceğine, bu süreleri aşan raporun ise kıdeme dâhil edilmeyeceğine karar vermiştir. Analık izni sürelerin doktor raporu olmaksızın tarafların yaptıkları bireysel iş sözleşmeleriyle ya da toplu iş sözleşmeleriyle arttırılması durumunda da arttırılan süreler, işçinin kıdeminin dikkate alındığı tüm durumlarda kıdeme dâhil edilmelidir[1049].

Doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin kısmi süreli çalıştığı sürenin kıdem tazminatına esas olan kıdem süresinde dikkate alınıp alınmayacağı sorusu cevaplanmalıdır. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların kıdem tazminatının hesabı konusunda mevzuatta normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu yargı kararları ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu konuda Yargıtay'ın kararları zaman içinde farklılık göstermiştir. Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu ilk kararlarında, işçinin kısmi süreli çalışarak geçirdiği sürelerin toplamının işçinin kıdemini belirleyeceğini kabul etmiştir[1050]. Daha sonra Yargıtay bu görüşünü değiştirmiş ve kısmi süreli çalışmanın başladığı tarih ile sona erdiği tarihi arasında geçen çalışılan ve çalışılmayan gün ayrımı yapılmaksızın tüm sürenin kıdemden sayılması gerektiğine karar vermiştir[1051]. Öğreti tarafından da bu görüş isabetli bulunmuştur[1052].

Kanaatimizce de Yargıtay'ın görüşünü değiştirmesi yerinde olmuştur. Zira mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun hâlen yürürlükte olan 14. maddesinde, *"işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için*

[1048] Yarg. 22. HD. 25.09.2017, 2016/7451 E., 2017/19053 K., http://www.kazanci.com, (ET. 27.06.2018).
[1049] Akyiğit, Yıllık İzin, s. 189; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 237.
[1050] Yarg. 9. HD. 21.02.2000, 1999/19719 E., 2000/1899 K., TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 16, Sayı:4-5, Kasım 2000-Şubat 2001, s. 81; Benzer yönde görüş için bkz., Demir, İş Hukuku, s. 97.
[1051] Yarg. 22. HD. 05.07.2018, 2017/ 14154 E., 2018/17030 K.; Yarg. 22 HD. 01.03.2018, 2017/10930 E., 2018/5308 K., http://www.kazanci.com, (ET. 10.09.2018); Yarg. 9. HD, 21.05.2001, 2001/6063 E., 2001/8620 K., TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 16 Sayı: 6 Mayıs 2001, Clt: 17, Sayı:1, Ağustos 2001, s. 60-61; Yarg. 9. HD. 04.04.2001, 2001/2036 E., 2001/5526 K., YKD, Şubat 2002, 217-218.
[1052] Süzek, İş Hukuku, s. 756; Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s. 66; Centel, Kısmi Çalışma, s. 69; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, ss. 655-657; Nuri Çelik, "Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı", **Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan**, Kamu-İş, Cilt: 6, Sayı: 4, Ankara 2002, (Kısmi Süreli Çalışmada Kıdeminin Hesabı), s. 99; Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s. 351; Caniklioğlu, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, s. 198.

işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir" denilmektedir. Maddede, tam süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesi ayrımı yapılmaksızın kıdem tazminatının hesabında iş sözleşmesinin devam ettiği sürenin esas alınacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin kıdeminin hesabında kısmi süreli olarak çalıştığı saatler değil, kısmi süreli çalışmanın başladığı ve sona erdiği sürenin tamamının dikkate alınması gerekir[1053].

İş Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan düzenleme, ihbar sürelerinin hesabında iş ilişkisinin devam ettiği sürelerin dikkate alınması şeklinde yorumlanmaktadır[1054]. Bu nedenle de iş ilişkisinin devam ettiği sürenin esas alınması gereken durumlarda, işçinin fiilen çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın kanunda açıkça istisnalar getirilmedikçe yasal ve sözleşmeye dayalı tatil, izin, askıda kalma süreleri ihbar süresinin hesabında dikkate alınır[1055]. Bu sebeple, analık izni kullanan kadın işçinin kullanmış olduğu izinlerin, ihbar süresinin tespitinde esas alınması gereken hizmetin hesaplanmasında dikkate alınması gerekir[1056].

C. Analık İzninin Yıllık İzne Etkisi

İş Kanunu'nun "*Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan izinler"* başlığını taşıyan 55. maddesinin b bendinde, kadın işçilerin Kanunun 74. maddesi gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günlerin, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme nedeniyle, analık izni süresi yıllık izne ilişkin kıdemin hesaplanmasında dikkate alınacaktır. Aksinin kabulü, anneyi ve bebeği korumak amacıyla getirilmiş kanundan doğan bir hakkın kullanılması nedeniyle kadın işçinin bir takım haklardan faydalanmasının kısıtlanması, kadının biyolojik işlevi ve bu işlevinden ileri gelen görevleri nedeniyle

[1053]Süzek, İş Hukuku, s. 756; Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, ss. 64- 66; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 199; Çelik, Kısmi Süreli Çalışmada Kıdeminin Hesabı, s. 98; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, ss. 1141-1142; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, s. 323; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 257.
[1054] Ekonomi, Feshe Karşı Korunma, s. 22.
[1055] Ekonomi, Feshe Karşı Korunma, ss . 21-23.
[1056] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, ss. 21-23; Centel, Bireysel İş Hukuku, s. 210; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 556; Özer, Doğum İzninin Etkisi, s. 132; Yarg. 9 HD. 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743 K., Akyiğit, Şerh II, s. 2068.

mağdur edilmesine yol açacaktır[1057].

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, 6663 sayılı Kanunla evlat edinen işçiye ve annenin ölmesi durumunda babaya da analık izni kullanma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, bu düzenleme ile uyumlu olarak İş Kanunu'nun 55. maddesinde değişiklik yapılmalı ve bu kişilerin de kullandıkları izin sürelerinin yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin süresinin hesabında dikkate alınması gerekir[1058].

İş Kanunun 74. maddesinde, analık izni dışında işçinin talebi hâlinde işçiye ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir. Kadın işçinin doğum sonrası işverenden talep ettiği altı aylık ücretsiz izin süresinin yıllık ücretli izne hak kazanma açısından dikkate alınmaması gerekir (İş K. md. 74/6). Bu nedenle de bu süre çalışılmış gibi sayılmayacaktır. Benzer düzenleme Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'inin 7. maddesinin 3. fıkrasında da yer almaktadır. Öğretide, bu sürenin sadece yıllık izne hak kazanma ve izin süresinin hesabında değil, iş sözleşmesinin süresinin dikkate alındığı diğer haklar açısından ve dolayısıyla da kıdem tazminatı yönünden de dikkate alınmayacağı belirtilmiştir[1059]. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, ücretsiz izin süresi boyunca işçinin çalışması söz konusu olmadığı için bu sürelerin hizmet süresinden sayılmaması gerektiğini belirtmiştir[1060]. Bu nedenle de Yargıtay'a göre, hem yıllık izne hem de kıdem tazminatına esas kıdemin hesaplanmasında dikkate alınacak olan kıdem süresine, ücretsiz analık izni süresinin eklenmemesi gerekmektedir[1061]. Yargıtay'ın bu görüşün kısmen yerinde bulmakla birlikte, ücretsiz

---

[1057] Onaran Yüksel, s. 247; Özer, Doğum İzninin Etkisi, s. 132.
[1058] Köseoğlu, s. 105, dn. 34.
[1059] Köseoğlu, s. 111; Köseoğlu ve Kaya, s. 59; Özer, Doğum İzninin Etkisi, s. 133.
[1060] Yarg. 22. HD. 19.10.2017, 2015/17136 E., 2017/22214 K., http://www.kazanci.com, (ET. 12.08.2018).
[1061] Yarg. 9. HD. 26.01.2016 2014/29360 E., 2016/1935 K., http://www.kazanci.com, (ET. 12.08.2018), "*Somut uyuşmazlıkta, davacının 23.7.2007-30.9.2013 tarihleri arasında davalı bankada çalıştığı ihtilaf konusu olmayıp davacının hizmet süresi 6 yıl 2 ay 7 gündür. Bilirkişi raporunda davacının 10.12.2010-1.5.2011 tarihleri arasında 4 ay 21 gün ücretsiz doğum izni kullandığı ve bu sürenin kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin ücreti hesabında dikkate alınamayacağı belirtilerek davacının 6 yıl 2 ay 7 gün olan hizmet süresinden ücretsiz izin süresi olan 4 ay 21 gün düşülerek davacının hizmet süresi 5 yıl 9 ay 26 gün olarak hesap edilmiş ve kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti bu süre göz önüne alınarak hesap edilmiştir. Aynı şekilde bilirkişi raporunda davacının hizmet süresi boyunca 5 senelik izin hakkı bulunduğu, senelik 14 gün hesabı ile 70 günlük izin hakkı bulunduğu,davacıya 89 gün izin hakkı kullandırıldığı,davacının 19 gün fazladan izin kullandığının hesaplandığı, davacının yıllık izin hakkı bulunmadığı ve davacıdan tahsil edilen 2.473,00 TL nin davacının fazladan kullandığı tespit edilen 14 günlük izne ait olduğunun görüldüğünden hesaplama yapılmamıştır. Mahkemece bilirkişi raporunun aksine hizmet süresi 6 yıl 2 ay 7 gün olarak kabul edilerek, resen kıdem ve yıllık ücretli izin alacağı hesap edilerek hüküm kurulmuştur. 4857 Sayılı İş*

iznin kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacak kıdem süresine dâhil edilmemesi anlayışına katılmamaktayız. Kanun koyucu bu sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmamasını isteseydi, yıllık izin hakkına ilişkin olarak yapmış olduğu özel düzenleme gibi ayrı bir düzenleme yapardı. Bu nedenle ve daha öncede belirttiğimiz gerekçelerle, altı aylık ücretsiz izin süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerektiği aksi durumun kadın işçinin mağduriyetine yol açacağı kanaatindeyiz. Öğretide de bir görüş, yıllık izin dışında diğer kıdeme bağlı işçilik hakları bakımından Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından ve iş sözleşmesi hukuken varlığını sürdürdüğü için bu dönemin kıdeme dâhil edilmesi gerektiğini savunmaktadır[1062].

Öğretide, altı aylık kanuni ücretsiz izin miktarının sözleşmeyle arttırılması durumunda, arttırılan kısmın yıllık ücretli izin hesabında İş Kanunu'nun 55. maddesinin j bendi gereğince, *"İşveren tarafından verilen diğer izinler"* den olduğu kabul edilerek hizmet süresine dâhil edilmesi gerektiği belirtilmektedir[1063].

Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da kadın işçilerin doğum öncesi ve doğum sonrası çalıştırılmalarının yasak olduğu sürelerin yıllık izin hesabında çalışılmış gibi kabul edileceği düzenlenmiştir. (MuSchG § 24). Ayrıca Alman hukukunda kadın işçinin hak kazandığı yıllık izin süresinin analık izninden önce tamamen ya da kısmen kullanılamaması durumunda, analık izninin sona ermesi hâlinde işçinin mevcut kullanmadığı ve hak kazandığı yıllık izin hakkını kullanabilmesine imkân tanınmıştır (MuSchG § 24). Türk hukuk öğretisinde ise, analık izninin tamamlanmasından sonra İş Kanunu'nunda kadın işçiye talebi hâlinde

---

Kanunu'nun 74.maddesinde analık halinde çalışma ve süt izni hakkı düzenlenmiş olup; ücretli yasal izin hakkı maddenin birinci paragrafında doğumdan önce sekiz vedoğumdan sonra sekiz olmak üzere toplam onaltı haftalık süredir. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 74.maddesinin beşinci paragrafında ise "İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından sonra veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre ,yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz. Dosya içesinde bulunan belgelerden davacının 9.8.2010-28.11.2010 tarihleri arasında yasal doğum izin hakkı olarak 112 gün, 24.11.2010-6.12.2010 tarihleri arasında 11 gün,7.12.2010-9.12.2010 arası 3 gün yıllık ücretli izin hakkını kullandığı ve 10.12.2010-1.5.2011 tarihleri arasında 143 gün kendi istemi ile ücretsiz izne ayrıldığı görülmektedir. Mahkemece dosyada bulunan bilirkişi raporuna itibarla,davacının kullanmış olduğu ücretsiz izin süresinin hizmet süresinden düşülerek kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı hakkında karar verilmesi gerekirken hatalı değerledirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır." Aynı yönde karar için bkz., Yarg. 9. HD. 04.04.2016, 2014/38073 E., 2016/8117 K.., http://www.kazanci.com, (ET. 07.09.2018).

[1062] Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 498; Onaran Yüksel, s. 247; Aksi görüş için bkz., Ömer Ekmekçi, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2001 (Değerlendirme 1999), s. 108.

[1063] Akyiğit, Yıllık İzin, s. 190.

altı aya kadar ücretsiz izin verileceğinin belirtildiği, bu nedenle de analık izninin tamamlanmasından sonra kadın işçiye önce yıllık izin verilmesi veya işçinin talep etmesi durumunda arkasından ücretsiz izin verilmesinin, İş Kanunu'nun 74. maddesinin 6. fıkrasına aykırı olduğu ve bu uygulamanın yıllık iznin amacı ile de bağdaşmadığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, yıllık izin ile işçiye ücreti de ödenmek şartıyla yılın belirli dönemlerinde dinlenme imkân tanınmıştır. Oysaki, analık iznini takiben yıllık izin hakkının kullanılması durumunda kadın işçinin, çocuğunun bakımı ve sağlığını korumak için çaba göstereceğinden dolayı, yıllık izinden beklenen dinlenme ve tekrar verimli bir şekilde işine dönme imkânı elde edemeyeceği düşünülmektedir[1064].

Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışma yapan işçinin yıllık izin hakkından tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı dönemde yararlandığı şekilde yararlanması gerekmektedir. Zira İş Kanunu'nun 51. maddesinde yıllık izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılan hâller sıralanmaktadır. Yıllık izin süresinin hesabında dikkate alınacak kıdemde sadece işçinin çalıştığı günler değil, Kanunun 66. maddesinde gösterilen ve çalışılmış gibi kabul edilen günler de hesaba katılacaktır. Kısmî süreli çalışmada işçinin çalıştığı günlerin belirlenmesinde iş sözleşmesine göre çalışması gereken günlerde çalışmasını sürdürmüş olması yeterlidir. Başka bir ifadeyle, kısmi çalışma yapan işçinin yıllık izne hak kazanması için geçmesi gereken bir yıl, fiilen çalıştığı günlerle çalışılmış gibi sayılan sürelerin toplanması suretiyle bulunmaz[1065]. Sonuç itibariyle, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen ebeveynin yıllık izne esas alınacak kıdeminin hesabı, tam süreli çalıştığı dönemde yapıldığı şekilde yapılmaya devam etmelidir.

[1064] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 26.
[1065] Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, ss. 58-59; Centel, Kısmi Çalışma, s. 66; Çelik, Kısmi Süreli Çalışmada Kıdeminin Hesabı, s s. 101-102.

VI. ANALIĞIN KADIN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE ETKİSİ

A. Uluslararası Belgelerde Analığın İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi

1. Hizmet (İş) İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Hizmet (İş) İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşmesi'nde,[1066] hizmet ilişkisine işveren tarafından geçerli bir neden olmaksızın sona verilmesi durumunda işçilerin korunması amaçlanmıştır[1067]. Sözleşme, tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen kişilere uygulanacaktır (md. 2). Sözleşme henüz ülkemiz tarafından onaylanmıştır.

Sözleşmenin 4. maddesine göre, işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça işveren tarafından hizmet ilişkisine son verilemez. Sözleşmede iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde geçerli neden oluşturmayacak hâller sayılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesine göre, sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma, işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak, işvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hâl, aile sorumlulukları, gebelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, analık izni esnasında işe gelmeme iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilebilmesi için geçerli neden olarak kabul edilemez.

158 sayılı Sözleşme dışında 183 sayılı Analığın Korunması Hakkında Sözleşme'de kadın işçilerin iş sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. 183 sayılı Sözleşme hükümlerine göre, kadın işçinin

[1066] Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), ILO Kabul Tarihi: 02.06.1982, Yürürlük Tarihi: 23.11.1985, Uygun Bulma Kanunu Tarihi: 09.06.1994, S. 3999, RG.: 18.06.1994, S.: 21964.
[1067] Kaya, s. 46.

gebeliği esnasında iş sözleşmesine son verilmesi ve analık izni hakkının kullandırılmaması hukuka aykırıdır. Ayrıca işverenin kadın işçinin iş sözleşmesini analık izni esnasında ya da izinden döndükten sonraki bir süreçte gebelik, doğum ve doğumun sonuçları ya da emzirme ile ilgili sebeplerle feshetmesi hukuka aykırıdır. Kadın işçinin iş sözleşmesine son verilmesi durumunda feshin, gebelik veya doğum ile ilgili olmadığını ispatlama yükümlülüğü işverene yüklenmiştir (md. 8/1).

2. Avrupa Konseyi Belgelerinde

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda, üye devletlerin bir kadının işverenine gebe olduğunu bildirmesi ile doğum iznine ayrılması arasındaki dönem içinde veya süresi bu döneme rastlayacak şekilde işverenin, işten çıkarma bildiriminde bulunmasını yasadışı saymayı taahhüt etmeleri gerektiği belirtilmiştir (md. 8).

Avrupa Sosyal Şartı'nda, sadece işverenin kadın çalışana doğum izni sırasında işten çıkarma bildiriminde bulunması veya doğum nedeniyle izinli olduğu sırada süresi sona erecek bir bildirimde bulunması yasaklanmışken (md.8/2), Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda korumanın kapsamı genişletilerek, bir kadının işverenine gebe olduğunu bildirmesi ile analık iznine ayrılması arasındaki dönem içinde yapılan hizmet sözleşmesini fesih bildirimlerinin de hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. (md. 8/2). Ayrıca Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda, sözleşmeye taraf devletlerin her bir ebeveyne, süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler ya da uygulama tarafından belirlenecek, doğum izni sonrasındaki bir dönemde, çocuğa bakmak için aile izni verilmesi olanağını ve bu tür ailevi sorumlulukların, geçerli bir işe son verme nedeni oluşturmamasını sağlamak konusunda akit devletler tarafından uygun önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir (md. 27). Şartın bu hükmü ile ebeveyn izni kullanan kişilerin de iş güvencesi sağlanmaya çalışılmıştır.

3. Avrupa Birliği Belgelerinde

Temel hakların önemini vurgulamak, Avrupa Birliği çerçevesinde temel hakları garanti altına almak ve korumak suretiyle hukuk güvenliğini ve şeffaflığını sağlamak amacıyla kabul edilen[1068] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın[1069] 23. maddesinde *"Kadın-Erkek Eşitliği"* düzenlenmiştir [1070] . Bu maddeye göre, *"Kadınlar ve erkekler arasındaki eşitlik, istihdam, iş ve ücret konuları da dâhil olmak üzere her alanda sağlanmalıdır."* . Şartın 33. maddesinde, aile ve meslek hayatına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, aile ve meslek hayatını uzlaştırmak üzere, herkes bir çocuğun doğması ya da evlat edinilmesinin ardından doğuma, ücretli analık izni ve babalık izni hakkına bağlı bir sebeple işten çıkarılmaya karşı korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İstihdam ve Meslek Hususunda Kadın ve Erkek için Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Hakkındaki 2006/54 Sayılı Avrupa Birliği Direktif'ine göre, üye devletler tarafından doğumda babaya babalık izni ve evlat edinme durumunda evlatlık izni tanınmışsa, hak sahiplerinin bu izinleri kullanması durumunda izni kullanmalarından dolayı işten çıkarılmalarına karşı korunmalıdır (md. 16).

92/85/EEC sayılı Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkındaki Avrupa Birliği Direktif'inin 10. maddesi işten çıkarılma yasağı başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre üye devletler, gebeliğin başlangıcından analık izni süresinin sonuna kadar kadın işçinin işten çıkarılmasını önlemeye yönelik gerekli önlemleri almakla yükümlüdür (md. 10/1). Aynı maddenin 2. fıkrasında, gebelik nedeniyle işten atılan işçinin işverenden yazılı gerekçe isteme hakkı düzenlenmektedir. Tüm bu düzenlemelere rağmen, gebe işçinin işten çıkarılmasının gerçekleşmesi durumunda üye devletler, işten çıkarılan gebe, lohusa veya emzikli kadının işten çıkarılması sebebiyle doğacak sonuçlardan korunmasına yönelik

[1068] Oğuz Şimşek, "Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 73, Sayı: 1, Ocak 2008, s. 131.
[1069] Charter of Fundamental Rights of the European Union, 14.12.2007, 2007/C, 303/1, Official Journal of the European Union, charter-of-fundamental-rights-of-the-european-union-2007-c_303-01_en.pdf, (ET. 05.08.20187).
[1070] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan diğer haklar hakkında bilgi için bkz., Şimşek, ss. 124-125.

tedbirleri almakla yükümlüdür (md. 10/3). Direktifin 10. maddesi, koruma süresi boyunca kadın işçinin iş sözleşmesinin gebelik ve/veya anne olmaları nedeniyle feshini değil, bu sebeplerle yapılacak olan fesihler bakımından koruma süresinin bitiminden önce hazırlık işlemlerinin yapılmasını da yasaklamaktadır [1071] . Bu bağlamda, işveren tarafından kadın işçinin işten çıkarılmasına ilişkin kararın alınması ve söz konusu çalışanın yerine daimi olarak çalışmak üzere yeni birini bulunarak işçiyi işten çıkarmaya yönelik hazırlık faaliyetlerinin yapılması fesih yasağı kapsamında kabul edilmelidir[1072].

Direktifin 10. maddesinde yer alan fesih yasağı, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından da geçerlidir. Hatta, analık izni nedeniyle belirli süreli sözleşmenin önemli bir kısmında çalışamayacak olan kadın işçiler de bu hüküm kapsamına girmektedir[1073]. Bu hususta ayrıca belirtmek gerekir ki, kadın işçinin gebeliği nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmemesi Direktifin 10. maddesi kapsamında iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yasağı kapsamında değerlendirilemez. Ancak bu durum, 76/207 sayılı Direktifin 2 ve 3 maddelerine göre kadın erkek eşitliğine aykırılık teşkil eder[1074].

İş sözleşmesinin fesih dışındaki gebeliğe dayalı ayrımcılık durumlarında 92/85/EEC sayılı Direktif hükümleri değil, 2006/54 sayılı Direktif hükümlerine başvurulması daha isabetli olacaktır. Çünkü 92/85/EEC sayılı Direktifin 10. maddesinde analık izni esnasında feshe karşı koruma sağlamaktadır [1075]. Açıklanan nedenlerden dolayı, lohusa bir çalışanın, analık izni süresi sona erdikten sonra ayrımcı bir muamele ile karşılaşması durumunda 2006/54 sayılı Direktifin koruması kapsamına dâhil olması gerekir[1076].

[1071] CJEU, Nadine Paquay contro Société d'architectes Hoet + Minne SPRL, 11.10.2007, C-460/06, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=69846&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=728281, (ET. 06.10.2017), Ayrıca bkz., Blanpain, s. 568; Watson, s. 224; EUArbR/Risak, s. 1084.

[1072] Watson, s. 224.

[1073] Watson, s. 224; Ayrıca bkz., CJEU, Tele Danmark A/S v Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark, 04.10.2001, C-109/00, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46667&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=787304, (ET. 06.10.2017).

[1074] Watson, s. 224; Ayrıca bkz., CJEU, Maria Luisa Jiménez Melgar v Ayuntamiento de Los Barrios, 04.10,.2001, C- 438/99, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=102196&doclang=en, (ET. 06.10.2017).

[1075] Ellis, s. 264; Kaya, s. 211.

[1076] Foubert, s. 119; Kaya, s. 211.

B. Türk Hukukunda Analığın İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi

1. Analığın İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Ermesine Etkisi

İş sözleşmesi kesin geçersizlik ya da iptal sebebi taşıyorsa, işçi analık izninde olsa bile işveren sözleşmenin kesin geçersizliğini veya iptalini ileri sürülebilir. Böyle bir durumda analık izni bitmeden iş sözleşmesi sona ermiş olur. Diğer bir ifadeyle, işçinin analık izninde olması[1077], İş Kanunu'nun 74. maddesinde belirtilen diğer izinleri kullanması ya da doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmesi iş sözleşmesinin geçersizliğini veya iptalini ileri sürmeye engel olmaz. Alman hukukunda da Analığın Korunması Kanunu'nda yer alan feshe karşı korunma hükümlerine rağmen gerekli şartların gerçekleşmesi durumunda kadın işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından iptalinin istenebileceği kabul edilmektedir[1078].

Geçici iş ilişkisi esnasında ortaya çıkan gebelik, iş sözleşmesinin süresinin geçersizliğine yol açamaz[1079]. İşveren, işçinin gebeliği nedeniyle geçici iş ilişkisini sona erdiremez. Sözleşme, geçici iş ilişkisinde öngörülen süre sonunda sona erer.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin gebe olması sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesine yol açmaz. Ancak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve analık izni kullanan işçinin iş sözleşmesinin süresi analık iznindeyken sona erebilir[1080]. Bu durum göstermektedir ki, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan kadın işçinin analık izni kullandığı süre, sözleşmenin süresinin işlemesine engel olmaz[1081]. Başka bir ifadeyle, analık izninin kullanılması belirli süreli iş sözleşmesinin süresini uzatmaz[1082].

[1077] Akyiğit, Şerh II, s. 2061.
[1078] Zmarzlik/Zipperer/Viethen/Vieß, s. 225; Buchner ve Becker, s. 339-340.
[1079] Inken Gallner, Wilhelm Mestwerdt ve Stefan Nägele, (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, Handkommentar, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2015, HaKo-Böhm, s. 1696.
[1080] Ekonomi, Feshe Kaşı Koruma, s. 14; Akyiğit, Şerh II, s. 2060; Süral, Pregnancy and Maternity, s. 19.
[1081] Sözer, Hamilelik, ss. 1066-1067; Süzek, İş Akdi, ss. 90, 117; Emine Tuncay Kaplan, "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, (Feshe Karşı Koruma), s. 1236.
[1082] Reşat Atabek, İş Aktinin Feshi, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938, (İş Aktinin Feshi), s. 84; Süzek, İş Akdi, s. 117; Akyiğit, Şerh II, s. 2060.

Avrupa Adalet Divanı'nın vermiş olduğu bir karara göre, işçinin gebeliği nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmemesi cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmaktadır. 92/85/EEC sayılı Direktifin 10. maddesi kapsamında işten çıkarma yasağı, hem belirsiz hem de belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanmasına rağmen, belirli süreli iş sözleşmesinin normal süresi sonunda yenilenmemesi 10. maddenin yasakladığı bir fesih olarak değerlendirilmemektedir. Fakat sözleşmenin gebelik nedeniyle, yenilenmemesi Avrupa Birliği'nin 9 Şubat tarihli 76/27 sayılı İşe, Mesleki Eğitime, Terfi ve Çalışma Koşullarına Erişim Konusunda Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Direktifi'nin 2/1 ve 3/1 maddelerine aykırı olarak doğrudan cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmektedir[1083].

Analık izninde olan kadın işçinin iş sözleşmesi tarafların karşılıklı anlaşmasıyla sona erdirilebilir[1084]. Gebelik sürecinde ve analık izni esnasında kadın işçinin iş sözleşmesi her ne kadar ikale sözleşmesi ile sona erdirilebilirse de işçinin Kanunda yer alan analık hâline yönelik izin ve imkânlardan yararlandığı esnada işveren tarafından yapılan ikale talebi sonucunda imzalanan ikale sözleşmesinin geçerliliğine temkinli yaklaşmak gerekir. Zira işveren gebe kadın işçiyle çalışmak istemeyebilir ve işçiyi ikale sözleşmesini imzalamak zorunda bırakmış olabilir. Bununla birlikte, gebe olan kadın işçi gebeliği boyunca kendi sağlığı ve bebeğinin sağlığı için çalışmak istemeyebilir. Nitekim, işçi kıdem tazminatı ve bazı işçilik alacaklarını almak şartıyla, iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesini işverenden talep edebilir. Bu nedenle de tüm ikale sözleşmelerinde olduğu gibi ikale talebinin kimden geldiği, işçinin haklarının verilip verilmediği ve işçiye makul yarar sağlanıp sağlanmadığı hususları titiz bir şekilde araştırılmalıdır.

Dava konusu bir olayda, yirmi iki haftalık gebe olan kadın işçinin iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmemesi tehdidiyle ikale sözleşmesi yapılarak sona erdirilmiştir. Davacı kadın işçi, imzalanan ikale sözleşmesinin geçerliği olmadığını, iş sözleşmesinin davalı şirket tarafından geçersiz sebeple feshedildiğini, 2009 tarihinden beri çalıştığını ve yirmi iki haftalık gebe olduğunu, ikale sözleşmesi ile diğer yasal tazminat ve hakları dışında ek bir menfaat sağlanmadan sözleşmeyi sona erdirmek istemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, analık izni

[1083] 04.10.2001, C-438/99, https://lexetius.com/2001,1090, (ET. 05.03.2018); Benzer yönde karar için bkz., 04.10.2001, C-109/00; lexetius.com/2001,1084 , (ET. 05.03.2018).
[1084]Tillmanns/Mutschler-Just, s. 399; Podehl, 88 .

kullanmasına on hafta kaldığını, ikale sözleşmesi ile iş güvencesiyle elde edebileceği haklarını kaybettiğini iddia ederek yapılan feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı şirket, işçinin kendi el yazısı ile

> *"…21.07.2009 tarihinden bugüne... tanıtım ve satış sorumlusu olarak görev yapmaktayım, işim gereği şehir dışlarına sık sık seyahatler yapmaktayım, Hamileliğimin 22. haftasındayım ve hamileliğim ilerledikçe bu seyahatlerin sağlığımı daha çok zorlayacağını düşündüğümden firmadaki tüm kanuni ve akdi haklarımı tarafıma eksiksiz ödenmesi şartı İle karşılıklı antlaşma çerçevesinde ayrılacağımı taahhüt eder, gereğinin yapılmasını rica ederim.*"

içerikli dilekçe yazdığını, davacı işçinin talebi doğrultusunda iş sözleşmesinin sona erdirildiğini, bu kapsamda davalı şirket tarafından davacı işçiye 17.750,47 TL brüt kıdem tazminatı, 5.554,62 TL brüt ihbar tazminatı, makul yarar olarak da iki aylık ücretine denk gelen 4.816,00 TL ödeme yapılması konusunda anlaşma yapıldığını, söz konusu ödemelerinin hepsinin davacı işçinin hesabına yatırıldığını, davalı şirket ile hiçbir işçilik alacağı bulunmadığını, davacı işçinin üniversite mezunu ve uzun yıllar iş tecrübesine sahip biri olup kendisine iradesi dışında ikale sözleşmesi imzalatıldığı iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, davacı işçinin çalıştığı süre boyunca tüm ücretlerini zamanında ve eksiksiz olarak ödendiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir. Yerel mahkeme tarafından dava kabul edilmiştir. Yargıtay ise, iş hukukunda hâkim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymakla birlikte, davacının el yazısı ile düzenlediği dilekçe ile davalı işverene ikale teklif ettiği, teklifin davacı işçiden gelmesi nedeni ile ilke kararı gereğince makul yarara gerek olmadığını belirtmiştir[1085]. Kanaatimizce, gebe bir kadın işçinin iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi durumunda ikale sözleşmesinin geçerliliği için aranan hususların dışında, işverenin işyerinde gebe ve anne olan kadın işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirip erdirmediğinin, bu işçilere erkek işçilere kıyasla ayrım yapıp yapmadığının, bu işçileri iş sözleşmelerini feshe zorlayıp zorlamadığının da araştırılması gerekir. Yapılacak olan bu araştırma sayesinde, işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesindeki

[1085] Yarg. 9. HD. 20.3.2017, 2016/8068 E., 2017/4299 K., https://www.lexpera.com.tr, (ET. 12.10.2018).

amacı tespit edilebilecektir. Böylece işverenin gebe ve anne olan işçi ile çalışmak isteyip istemediği ve ayrımcılık yapıp yapmadığı ortaya konulacaktır.

Alman hukukunda Analığın Korunması Kanunu'nda, analık hâlinde iş sözleşmesinin feshine ilişkin sınırlamalar yer almaktadır. Bu Kanunda yer alan feshe karşı koruma hükümleri sadece iş sözleşmesinin feshinde değil, iş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmek istenmesi durumunda da uygulama alanı bulacaktır[1086]. Diğer bir ifadeyle, işçi ve işveren sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde Analığın Korunması Kanunu'nda yer alan analık hâlinde feshe karşı korumaya ilişkin §17 hükümüne uygun bir şekilde ikale ile sona erdirebilirler. Türk hukukunda kadın işçinin analığı nedeniyle fesih yapılmasını engelleyen hükümlerin işveren tarafından yapılan ikale teklifi sonucunda imzalanan ikale sözleşmeleri için de uygulanması sağlanmalıdır. Örneğin, analık izninde olan kadın işçinin iş sözleşmesinin işverenin talebi ile yapılan ikale teklifi sonucunda sona erdirilememesi gerekir.

Alman doktrininde, kadın işçinin işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesine rıza göstermesinin veya işveren tarafından yapılan fesihte işçinin analık hâlinde feshe karşı korumaya ilişkin hükümlerden yararlanmayı reddetmesinin geçerli bir ikale sözleşmesinin varlığının kabulü için yeterli olmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde, işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmek istenmesi durumunda kadın işçinin susmasının ikale sözleşmesi için rıza gösterdiği anlamına gelmeyeceği kabul edilmiştir[1087].

[1086] Zmarzlik, Zipperer, Viethen ve Vieß, s. 235; Buchner ve Becker, s. 351; HK - MuSchG/BEEG/Schöllmann, s. 287; ErfK/Schlachter, s. 2479; Willi Gross, **Arbeitsrecht I**, 2. überarbeitete Aufl., Springer Wiesbaden 1992, s. 214, Tillmanns/Mutschler-Just, s. 399; Türk hukukunda ise, iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesi fesih niteliğinde olmadığı için fesih ile ilgili koruyucu hükümlerin ikale sözleşmeleri bakımından uygulanmayacağı ileri sürülmektedir. Bkz., E. Tuncay Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı-Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadıoğlu Matbaası, Ankara, 1987, (Fesih Hakkı), s. 11.

[1087] Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 72; Marburger Horst, **Mehr Geld für Mütter und Vater Elternzeit-Elterngeld-Kindergeld-Mutterschutz, Soziale Leistungen für Eltern**, 13. aktulisierte Aufl., Walhalla, Regensburg 2018, (Elternzeit), s. 43.

2. Analığın İş Sözleşmesinin Fesih ile Sona Ermesine Etkisi

a. Genel Olarak

Kadın işçilerin gebelik ve analık gibi durumları nedeniyle, geçici olarak iş performanslarında azalmalar meydana gelebilir veya işveren bir takım mali ve hukuki yükümlülüklere katlanmak zorunda kalabilir[1088]. Ancak bu gibi durumlar kadın işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirilebilmesi için geçerli veya haklı neden olarak değerlendirilemez.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre, işveren tarafından gebelik ve doğum süreci yaşayan kadın işçinin, söz konusu durumu gözetilmeksizin soyut olarak diğer çalışanların elde ettiği performans ile kıyaslanarak yapılmış olan feshin geçerli nedene dayandığı ileri sürülemez[1089]. Aksine söz konusu durumlarda, işverenin bu işçilere yönelik özel koşulları oluşturmak, onları daha hafif işlerde çalıştırmak, hatta bazı durumlarda hiç çalıştırmamak gibi yükümlülükleri vardır.

Kanun koyucu, iş hukuku alanında kadın işçilerin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin olumsuz sonuçlara maruz kalmalarını engellemek amacıyla gebelik ve annelik hâlleri sebebiyle özel koruyucu düzenlemeler getirmiştir. Kadın işçilerin gebelik ve doğum hâline ilişkin çalıştırma yasağı ve iş sözleşmesinin askıda kalması sonucu, işverenin fesih hakkının sınırlandığına dair ilk düzenleme Umumi Hıfzıssıhha

---

[1088] Onaran Yüksel, s. 251.

[1089] Yarg. 7. HD. 21.12.2016, 2016/31743 E., 2016/21732 K., http://www.kazanci.com, (ET. 10.04.2018), *"Mahkemece, davacının 2012 yılında hamilelik, 2013 yılında doğum ve doğumla ilgili izinler aldığı, 2013 ve 2014 yılı performansının başarısız bulunmasına rağmen, fesih öncesi yarıyıl notunun beklenen başarı düzeyinin üstünde olduğunun tespit edilmesinin davacı işçinin özel durumuna bağlı olumsuzlukları aştığına işaret ettiği, genel gidiş nazara alınmadan iki yıl olumsuz performans gösterilmesinin iş akdinin sona ermesi için yeterli olmayacağı, işveren tarafından eğitim vb. önlemlerin alındığına dair herhangi bir kanıtın dosyaya girmediği, fesih bildirimindeki sebepler ile cevap dilekçesindeki savunmanın farklı temellere dayandığı, bu durumun davacının şahsına dönük somut bir fesih gerekçesinden çok uygun sebeplerle kadro azaltımı fikriyle hareket edildiğini düşündürdüğü, hamilelik ve doğum koşullarını yaşayan bir kadın çalışanın bu durumu gözetilmeden soyut olarak başka çalışanların elde ettiği sonuçlarla mukayese edilemeyeceği, kaldı ki davacının da belirli alanlarda takdir ifadeleri ile karşılanan başarılar gösterdiği, davalı bankanın feshin geçerli ve haklı bir sebebe dayandığını ispat edemediği, feshin en son çare olduğu ilkesinin hayata geçirilmesi için çaba gösterildiğine dair bir arayışın dosyaya yansımadığı gerekçesiyle davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücret tutarında belirlenmesine, davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin gerektiğine karar verilmiştir."*

Kanunu'nunda yer almıştır. Bu Kanunun 155. maddesine göre, *"Kadın işçinin kendisinin ve doğacak çocuğunun sağlığına zarar vermeyeceği doktor raporu ile belirlenmedikçe, doğumdan önce üç hafta ve doğumdan sonra üç hafta içinde fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması yasaktır."* Kanunda belirtilen sürelerde iş sözleşmesi askıda olup haklı bir nedenle iş görme borcu ifa edilmemektedir. Bu durumda, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemeyeceği gibi bildirimli fesih ile iş sözleşmesi sona erdirilmek isteniyorsa bildirim süresi kadın işçinin analık izninde olduğu sürede işlemez[1090]. Bu durum iş sözleşmesinin kadın işçi tarafından bildirimli feshinde de geçerlidir. Analık izninde işçinin kendisine karşı da bir koruma söz konusudur[1091].

İş Kanunu'nun 5. maddesi gereğince, işveren iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yapamaz. İşveren kadın işçinin gebeliği ve anneliği nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirirse, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmış olur. Kural olarak, hiçbir fesih nedeni gebelikten kaynaklanamaz[1092]. Bu çerçevede ele alınması gereken bir diğer husus, iş sözleşmesinde işverenin isteği üzerine tarafların anlaşarak kadın işçinin gebeliği hâlinde iş ilişkisinin sona ereceğine dair hükmün bulunmasıdır. Her ne kadar sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkesi kişilerin istedikleri şartları sözleşme hükmü olarak koymaları anlamı taşısa da iş sözleşmesi kurulurken işçi karşısında işverenin ekonomik ve sosyal gücünün büyüklüğü dikkate alındığında, bu gücün sosyal adalet ilkesi gereğince sınırlamaya tabi tutulması gerekmektedir. Bununla birlikte, tarafların irade özerkliği, Anayasa'da güvence altına alınmış eşit davranma ilkesi ve cinsiyete dayalı ayrım yapma yasağı ilkesi ile de sınırlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda da hukuki işlemlerle insanların kişilik haklarından kanuna aykırı bir şekilde feragat etmesine veya sınırlamasına izin verilmemiştir (TMK md. 23/2). Sonuç itibariyle, iş sözleşmesine tarafların anlaşarak kadın işçinin gebeliği hâlinde iş ilişkisinin sona ereceğine dair koydukları hüküm geçersizdir (TBK md. 27/2)[1093].

[1090] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 910; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, s. 211; Arslan Ertürk, Kadın İşçiler, s. 359.
[1091] Akyiğit, Şerh II, s. 2061.
[1092] Medem, s. 364.
[1093] Onaran Yüksel, s. 257.

Avrupa Adalet Divanı vermiş olduğu bir kararında, analık iznine ayrılacak olan kadın işçinin yerine belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak üzere alınan kadın işçinin işe başlamasından itibaren kısa bir süre geçtikten sonra gebe olduğunun anlaşılması nedeniyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin davada, feshin cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir[1094] .

Kadınlara Karşı Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlemesi Sözleşmesi'nde (CEDAW), gebelik veya analık izni sebebiyle işe son verilmesinin ve medeni duruma dayanılarak işten çıkarma şeklinde ayrımcılık yapılmasının cezaya tabi tutularak yasaklanması gerektiği belirtilmiştir (md. 11/2). Türk hukukunda, kadın işçinin analığı nedeniyle ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hâlinde işveren veya işveren vekili İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan cinsiyet veya gebelik nedeniyle iş sözleşmesinin sona ermesinde doğrudan veya dolaylı olarak farklı bir işlem yapamayacağına dair hükme aykırı davrandığı için iki yüz on dokuz Türk lirası idari para cezası ödemekle yükümlüdür (İş K. md. 99/1-a). Bu idari para cezasının caydırıcı olabilmesi için arttırılması gerektiği kanaatindeyiz.

İşveren gebe bir işçisinin iş sözleşmesini, gebelik durumu hakkında bilgi sahibi olmaksızın feshetmişse, bu fesih cinsiyet ayrımcılığına dayanmıyor olabilir[1095]. İşveren, kadın işçinin gebe olma isteği nedeniyle işçiye yönelik bir ayrımcılık yaparsa ya da işçinin iş sözleşmesini bu nedenle feshederse, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmış olur[1096]. Kadın işçiye analık izni kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edilmesi ve işçi tarafından bu görevin kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda, kadın işçinin analık hâli nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığının ve ayrımcılık tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir[1097].

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, sadece kadın işçilerin çalıştığı bir işyerinde işçinin gebeliği nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir. Konuya ilişkin olarak, öğretideki bir grup yazara göre; iş sözleşmesinin bildirimli veya haklı nedenle feshinde kural

---

[1094] CJEU, Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd, 14. 7. 1994; Case C-32/93, [1994] ECR I-3567; Ayrıca bkz., Landau ve Beigbeder, ss. 145-148.
[1095] BAG 17.10.2013, 8 AZR 742/12, NZA 2014, 303.
[1096] Wolfgang Däubler ve Martin Bertzbach, (Hrsg.), **Allgemeins Geleichbehandlungsgesetz Handkommentar**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2013, Däubler/ Bertzbach- Däubler, s. 129.
[1097] Yarg. 9. HD. 29.11.2011, 2009/19835 E., 2011/46440 K., https://legalbank.net, (ET. 22.06.2018).

olarak işverenin eşit davranma borcundan söz edilemez[1098]. Bu görüşteki yazarlar, işverenin sözleşme özgürlüğü ve seçim serbestisinin öne çıktığı alanlarda ağırlıklı olarak sözleşme serbestisinin eşit işlem yapma borcuna baskın olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, fesih serbestinin mutlak olmadığını, işverenin bu hakkı kötüye kullanmaması gerektiğini ifade etmişlerdir [1099]. Doktrindeki başka bir grup yazara göre, iş sözleşmesinin feshinde eşitlik ilkesi çok sınırlı uygulama alanı bulacaktır[1100]. Tüm bu görüşlere karşılık, diğer bir grup yazar tarafından iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunduğu ifade edilmektedir[1101].

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, altı aylık gebe olan kadın çalışanın rahatsızlanmasının ve gece servisini kaçırmasının haklı bir mazeret olarak kabul edilmesine ve iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[1102]. Kanaatimizce de Yargıtay'ın vermiş olduğu karar yerindedir. Gebe olmayan kadın işçinin rahatsızlanması ve servisi kaçırması durumunda kural olarak işverenin doğrudan fesih hakkını kullanması beklenilmez. Karara konu olayda ise, işveren gebe işçisi ile çalışmak istemediği için servisin kaçırılmış olmasını sebep olarak göstermekte ve diğer işçiler ile gebe işçi arasında ayrımcılık yapmaktadır. Bu bağlamda, işveren tarafından yapılan feshin kötüniyetli fesih olduğunun kabulü gerekir.

Kadın işçinin gebelik ve annelik nedeniyle feshe karşı korunmasında iş sözleşmesinin türünün herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Sözleşme belirli süreli, belirsiz süreli, kısmi süreli veya deneme süreli iş sözleşmesi olabilir. İşveren, deneme süreli iş sözleşmesi yaptığı kadın işçinin iş sözleşmesini işçinin gebe olması nedeniyle deneme süresi sonunda fesh ederse, doğrudan cinsiyet ayrımcılığı yapmış

[1098] Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 407; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 726; Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 8, 2005, (Eşit Davranma Borcu), s. 1630.

[1099] Centel, Bireysel İş Hukuku, s. 168; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, ss. 407-408; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 726; Uşan, Eşit Davranma Borcu, ss. 1630-1631.

[1100] Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 69; Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Türk-İş, Ankara 2007, (Değerlendirme 2005), ss. 94-95.

[1101] Ekonomi, İş Hukuku, ss. 157-158; Süzek, İş Hukuku, s. 463; Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma, s. 213; Ertük, Temel Haklar, ss. 113-115; Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 257 vd.

[1102] Yarg. 9. HD. 17.06.2004, 2004/2841 E., 2004/15146 K., Demir, İş Hukuku, s. 163.

olur. Böyle bir durumda işveren fesih hakkını amacı dışında kullanmış olur[1103]. Deneme süresinde tarafların her zaman iş sözleşmesini sona erdirme hakkını elinde bulundurmaları bu hakkı karşı tarafa zarar verecek şekilde kullanabilecekleri anlamına gelmez. İşveren tarafından deneme süresi içinde fesih hakkı kötüye kullanıldığında tazminat ödemesi gereklidir[1104].

Avrupa Birliği Adalet Divanı Brown[1105] kararında, gebeliği sırasında gebeliğe bağlı bir rahatsızlık nedeniyle işe gelemeyen kadın çalışanın iş sözleşmesinin feshini incelemiştir. Dava konusu uyuşmazlıkta Mary Brown, Rentokil adlı şirkette şoför olarak çalışmaktadır. İşçi, işverene gebe olduğunu bildirmiştir. Gebeliğin ilerleyen zamanlarında işçi, gebeliğe bağlı hastalıklar yaşadığı için çalışamamıştır. Ancak taraflarca imzalanan iş sözleşmesinde yirmi altı haftadan fazla süren hastalık durumunda iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilebileceğine dair hüküm bulunmaktadır. İşveren, 9 Kasım tarihinde Mary Brown'a bildirimde bulunarak on üç haftayı doldurduğunu ve 8 Şubat tarihi itibariyle çalışmaya başlamaması durumunda yirmi altı haftalık sürenin dolduğunu, bu nedenle de iş sözleşmesinin sona erdirileceğini bildirmiştir. Bildirilen sürede işçi işine dönmediği için sözleşmesine işveren tarafından işçinin gebe olmasına rağmen son verilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, iş sözleşmesinde feshe ilişkin olarak yer alan hükmün erkek işçilere göre daha dezavantajlı olan gebe işçilere de doğrudan uygulanmasını kabul etmemiştir. Bu sebeple, gebeliğin başlangıcı ile analık izni arasındaki sürede alınan hastalık izinlerinin fesih için gerekli olan izin süreleri içinde değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir[1106].

Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde açıkladığımız üzere, belirli durumlarda evlat edinen bireylerin evlat edinmeye, babaların da doğuma bağlı olarak izin hakları bulunmaktadır. Kanaatimizce, mevzuatımızda bu kişilerin söz konusu izinleri kullanmaları durumunda işveren tarafından yapılacak feshe karşı korunmalarına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi isabetli olacaktır. Nitekim bu hususa Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer verilmiştir. Şartın 33. maddesinde

[1103] Onaran Yüksel, s. 255.
[1104] Ekonomi, İş Hukuku, s. 88; Onaran Yüksel, s. 255.
[1105] CJEU, Mary Brown v Rentokil Ltd, 30.06.1998, In Case C-394/96, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43972&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5445107, (ET. 10.08.2018).
[1106] Ayrıntılı bilgi için bkz., EUArbR/Risak, s. 1083; Kaya, s. 213; Korkmaz ve Alp, ss. 545-546.

aile ve meslek hayatına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, aile ve meslek hayatını uzlaştırmak üzere, herkes bir çocuğun doğması ya da evlat edinilmesinin ardından doğuma, ücretli doğum izni ve babalık izni hakkına bağlı bir sebeple işten çıkarılmaya karşı korunma hakkına sahiptir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de ailevi sorumlulukların, kadın ya da erkek çalışan olup olması önemli olmaksızın işveren tarafından işten çıkarılabilmesi için geçerli bir sebep sayılmayacağı belirtilmiştir. Sözleşme her ne kadar ülkemiz tarafından onaylanmamış olsa da mevzuatımızda analık hâlinde kadın işçiyi ekonomik olarak koruyan ve işten çıkarılmalarını önleyen hükümler bulunmaktadır[1107]. Sözleşmedeki ailevi sorumlulukların işçinin işten çıkarılması için geçerli neden oluşturmayacağına ilişkin düzenleme, kanaatimizce İş Kanunu'ndaki 5. ve 18. maddelerdeki hükümlere karşılık gelmektedir[1108].

b. İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Analığın Etkisi

(1) Genel Olarak

İş sözleşmesinin bildirimli feshi, 4857 sayılı Kanunun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, Kanunda belirtilen belirli bir sürenin sonunda taraflarca sona erdirilebilir. Analık izninde olan kadın işçinin iş sözleşmesi, her ne kadar askı hâlinde olsa da bildirimli fesih yoluyla sona erdirilebilir[1109]. Ancak

[1107] Tünzünkan, s. 320.
[1108] Aynı yönde bkz., Tünzünkan, 320.
[1109] Oğuzman, s. 101; Ekonomi, İş Hukuku, s. 222; Süzek, İş Akdi, s. 90- 91; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri**, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, (Toplu İş İlişkileri), s. 717; Fevzi Şahlanan, "Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002 (Feshe Karşı Korunma), s. 156; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 445; A. Can Tuncay, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994**, MESS Yayını, İstanbul 1996, (Değerlendirme 1994), s. 44; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 174; Fevzi Demir, **İş Güvencesi Hukuku**, 2. Bası, Barış Yayınları, İzmir 1999 (İş Güvencesi), s. 79; Kaplan, Feshe Karşı Koruma, s. 1236; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 41; Caniklioğlu, Hastalık, s. 176; Akyiğit, Şerh II, 2061; Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 37.

askı döneminde bildirim süreli işlemeyecektir[1110]. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesinin askı hâlinde olması fesih bildirimi yapılmasına değil, bildirim sürelerinin işlemesine engel olur[1111]. Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinde yer alan düzenlemeye göre de hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hâllerde fesih bildirim süreleri işlemez (TBK md. 432/6).

Analık izninde olan kadın işçinin iş sözleşmesinin, bildirimli fesih yoluyla sona erdirilebilmesi için Kanunun 74. maddesinde belirtilen izinlerin bitiminden itibaren Kanunun 17. maddesine göre hesaplanacak sürenin geçmesi gerekir[1112]. Analık izni esnasında işveren tarafından fesih bildirimi yapılırsa, bu fesih bildirim beyanı en erken analık izni ve işçinin sahip olduğu bildirim süresi sona erdiği tarihten itibaren sonuç doğuracaktır[1113]. Ancak böyle bir durumda, kadın işçi tarafından işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı ileri sürülebilir. Zira bu durum, işverenin iş sözleşmesini gebelik veya annelik nedeniyle fesh ettiğinin göstergesi olarak kabul edilebilir[1114]. Örneğin, işveren tarafından gebe olan bir işçinin iş sözleşmesi performans düşüklüğü sebebiyle bildirimli feshedilirse, yapılan feshin gebeliğe dayandığı, bu nedenle de fesih hakkının kötüye kullanıldığının kabulü gerekir[1115]. Vermiş olduğumuz örnekte, işveren her ne kadar gebeliğe dayanmamış olsa da, kadın işçinin gebeliği sonucunda olağan olarak kabul edilmesi gereken performans düşüklüğünü fesih nedeni olarak belirtmektedir. Bu durumda işveren tarafından yapılan fesih, belirli cinsiyete özgü nedenlerden dolayı meydana gelen doğal ve biyolojik bir olaya dayanmaktadır[1116].

[1110] Oğuzman, ss. 100-101; Süzek, İş Akdi, ss. 90- 91, 95; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 174; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 717; Şahlanan, Feshe Karşı Korunma, ss. 156-157; Tuncay, Değerlendirme 1994, s. 44; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 493; Demir, İş Güvencesi, s. 79; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, s. 211; Kaplan, Feshe Karşı Koruma, s. 1236; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 41; Caniklioğlu, Hastalık, s. 176; Akyiğit, Şerh II, 2061; Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 37; Onaran Yüksel, s. 241.

[1111] Tuncay, Değerlendirme 1994, s. 44; Şahlanan, Feshe Karşı Korunma, s. 156; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 910.

[1112] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 910; Kaplan, Feshe Karşı Korunma, s. 1236; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 92; Kandemir, s. 443; Onaran Yüksel, s. 245; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, ss. 159-160.

[1113] Onaran Yüksel, s. 245.

[1114] Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 160.

[1115] Onaran Yüksel, s. 252.

[1116] Onaran Yüksel, s. 252; Aksi yönde, Yarg. 9. HD. 15.09.1987, 1987/7104 E. 1987/ 858 K., Çimento İşveren Dergisi, C. 1, S. 6, Kasım 1987, ss. 24-25, *" ....Hamilelik nedeniyle, işverimliliği noktasında işverenin taktir hakkına dayanan ve işverene fesih hakkı tanıyan hallerde ise işverenin kötüniyetli olduğu benimsenemez. Kötüniyet kavramı genişletilemez."*

İşveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan kadın işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshedilmesi durumunda, bildirim süreleri sona ermeden kadın işçinin İş Kanunu'ndaki analık izni sürelerinden yararlanması söz konusu olursa, bildirim süresi bu andan itibaren durur ve analık izni süresinin sona erdiği tarihten itibaren tekrar işlemeye başlar[1117].

Analık izni süresi boyunca askı hâlinde olan iş sözleşmesinin bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi yoluyla feshedilmesi mümkün değildir[1118]. Böyle bir durumda yapılan fesih, analık izni sona erdiği anda sonuç doğurur[1119]. Ancak yapılan fesih, kötüniyetli bir fesih olmamalıdır. İşçi feshin kötüniyete dayandığını ileri sürerek dava açabilir. Zira işçi analık iznindeyken yapılan bir fesih var ve derhal sonuç doğurması için ihbar tazminatının peşin ödenmesi söz konusudur.

(2) İş Kanunu Bakımından

(i) İşveren Tarafından İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçilerin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi

4857 sayılı İş Kanunu ile hukukumuzda iş güvencesi sistemine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile birlikte, fesih serbestîsi ilkesi kaldırılmış, bildirimli fesih hakkının doğumu Kanunda belirtilen geçerli nedenlerin varlığına bağlanmıştır. Geçerli nedenlerin varlığını ispat yükü işverene yüklenmiştir. Kanunda belirtilen geçerli nedenler gerçekleşmeden yapılan fesihlerde, işveren tarafından işçinin işe iadesine, iade edilmediği takdirde işçiye iş güvencesi tazminatı ödenmesi hükme bağlanmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 Sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşmesi gereğince de işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinde, işverenin geçerli bir nedene dayanma zorunluluğu bulunmaktadır (md. 4).

[1117] Atabek, İş Aktinin Feshi, s. 83; Süzek, İş Akdi, ss. 95, 118; Akyiğit, Şerh II, s. 2061; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 910; Kaplan, Feshe Karşı Korunma, s. 1236; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 92; Senyen-Kaplan, Kadın İşçi, s. 210.

[1118] Oğuzman, s. 101; Ekonomi, İş Hukuku, s. 222; Süzek, İş Akdi, s. 96; Tuncay, Değerlendirme, s. 44; Akyiğit, Şerh II, s. 2061; Akyiğit, İş Hukuku, s. 268; Demir, İş Güvencesi, ss. 79, 92; Şahlanan, Feshe Karşı Korunma, ss. 156-157; Tuncay, Değerlendirme 1994, s. 44; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 717; Caniklioğlu, Hastalık, s. 181; Kaplan, Kadın İşçi, s. 211.

[1119] Süzek, İş Akdi, ss. 96, 118; Şahlanan, Feshe Karşı Korunma, s. 157; Akyiğit, İş Hukuku, s. 268.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde, işçiler bakımından *"iş güvencesine"* ilişkin hükümler bulunmaktadır. Maddede yer alan düzenlemeye göre, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Maddede, belirli durumların fesih için geçerli sebep oluşturmayacağı özellikle belirtilmiştir. Bu bağlamda cinsiyet, medeni hâl, aile yükümlülükleri, gebelik veya doğum fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacaktır (İş K. md.18/3-d). Kanundaki bu madde, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan *"Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken"* ve *"Doğum izni esnasında işe gelmemenin"* iş sözleşmesine işveren tarafından son vermek için geçerli neden teşkil etmeyeceğine ilişkin düzenlemeleri ile uyumludur.

İş Kanunu'nun 74. maddesi gereğince, analık izninde olan kadın işçinin çalıştırılması yasaktır. Bu maddede öngörülen ve kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi, işveren açısından geçerli bir fesih sebebi sayılmayacaktır (İş K. md.18/3-e). Zira kadın işçi Kanunda yer alan yasak nedeniyle işe devam edememektedir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, kadın işçinin gebe olmasının ya da gebelik sebebiyle rapor alarak işe devamsızlık yapmasının ya da doğum yapmış olmasının geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir[1120]. İşveren, tarafından başka nedenlerle fesih gerçekleştirilmiş olsa bile

[1120] Yarg. 7. HD. 26.05. 2016, 2016/3497 E., 2016/11599 K., http://www.kazanci.com, (ET.02.04.2018), *"Davacı 13.01.2015 tarihli savunmasında, 2013 yılının Haziran ayında gebe kaldığını, gebelik sürecinin kötü geçtiğini, bu sebeple aralıklı rapor aldığını, çalışma sistemi 3 vardiya olduğu ve 3 vardiyada da gebe olmasına rağmen çalışmak zorunda kalması sebebiyle sıkıntılar yaşadığını, doğum izni bittikten sonra sadece gündüz çalıştığı için doktora gitmesi gerektiğinde yıllık izin kullandığını, çocuğun devam eden rahatsızlıkları bulunduğunu, iş yoğunluğu ve çocuğunun rahatsızlığı sebebiyle kendisinin de hastalandığını, ara ara rapor almak zorunda kaldığını, çocuğunda süt alerjisi olması sebebiyle emzirdiği için kendisinin de süt ürünleri tüketememesine bağlı olarak besinsiz kaldığı için rahatsızlandığını, kalsiyumsuz kaldığı için sol bacağında ağrılar oluştuğunu, fıtıktan şüphelenildiğini, son olarak kulağından lokal anestezi yapıldığını belirtmiştir. Davalı işveren tarafından dosyaya sunulan sağlık raporları ve davacının savunması birlikte değerlendirildiğinde, Tarsus fabrikasında ambalaj işçisi olarak 02.07.2007 tarihinden beri çalışan davacının 2013 yılının Haziran ayında gebe kaldığı, gebelik sürecinde ağırlıklı olarak gebelikte yaşanan kusma, ağrı, düşük tehdidi v.s. gibi nedenler ile rapor aldığı, 09.01.2014-28.02.2014 tarihleri arasında doğum öncesi 8 hafta izin kullandığı, 01.03.2014 tarihinde doğum yaptığı ve 02.03.2014 tarihinden itibaren ise 56 gün doğum izni kullandığı, doğum sonrası alınan sağlık raporlarının ise davacının savunmasında samimi bir şekilde ifade ettiği üzere doğum sonrası ortaya çıkan sağlık sorunları sebebiyle alındığı, davalı işverence alınan bu raporların gerçeği yansıtmadığı yönünde bir iddiada bulunulmadığı gibi buna dair dosyaya yansıyan bir bilgi ve belge*

işçi, işverenin yapmış olduğu fesihte asıl nedenin gebeliği ve anneliği olduğunu düşünüyorsa, iş güvencesi hükümlerine dayanarak feshin geçersizliği hakkında dava açabilir[1121]. Bununla birlikte, işverenin maddi zarara uğrayacağını ileri sürerek ya da işletme gereklerine dayanarak gebe olan kadın işçiyi işten çıkarması durumunda da geçerli sebebin varlığı söz konusu değildir[1122].

İşveren, işletme gerekleriyle yapacağı fesihlerde, iş sözleşmesi feshedilecek işçiler arasında seçim yaparken, İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ayrımcılık nedenleri hariç olmak üzere dilediği sosyal ölçütlere başvurabilir[1123]. İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen mutlak ayrım yasağı dışında, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde işvereni bağlayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır[1124]. İşverenin iş sözleşmesi feshedilecek olan işçiyi analık izni kullanan kadın işçiler arasından seçmesi durumunda, işveren tarafından ayrımcılık yapıldığı iddiası gündeme gelebileceği için işverenin bu seçimini haklı kılan objektif nedenlere dayanması gerekmektedir[1125]. İşveren, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde evli işçiyi veya çocuklu işçiyi haklı bir neden olmaksızın seçerse, İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının d bendine aykırı olarak medeni hâl ve aile yükümlülükleri nedeniyle işlem yapmış sayılacaktır. Bu durum da feshi geçersiz kılacaktır [1126].

İş güvencesi kapsamında olan kadın işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından cinsiyet veya gebelik nedeniyle feshedilirse, işçi iş sözleşmesinin haksız feshi sonucunda elde edeceği hakların yanı sıra İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası

---

de olmadığı, 8 yıla yakın çalışması olan davacıya, alınan savunması sonrasında feshin son çare olması ilkesi kapsamında ücretsiz izin v.b. gibi bir uygulama teklif edildiğine dair bir delilin de sunulmadığı, işverence davacının savunmasının yetersiz bulunmasının nedeni somut bir şekilde ortaya konulmadığı gibi davacının sağlık sebebiyle mazeretli olarak yapmış olduğu devamsızlıklar sebebiyle işyeri düzeninin bozulduğunun, iş akışının etkilendiğinin ve işyerinde olumsuzluklar meydana geldiğinin de yöntemince ortaya konulamadığı, bu haliyle feshin ölçülü olmadığı anlaşıldığından ispat yükü üzerinde olan işverenin feshin geçerli nedene dayandığını ispatlayamadığının kabulüyle davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken; mahkemece, hukukun genel ilkelerine, analığın korunmasına dair yasal ve anayasal düzenlemelere de aykırı olacak şekilde yasal doğum izninde geçirilen dönem de dahil edilerek davacının 11.12.2013-10.12.2014 tarihleri arasında 145 gün rapor almasının iş akışını bozduğunun kabul edilmesi hatalı olup bozma nedenidir."

[1121] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 23.

[1122] Doğan Yenisey, Eşit Davranma İlkesi, ss. 999-1000; Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 67; Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 82.

[1123] Kökkılınç, s. 92; Tuaç, Çalışan Annelerin Sahip Oldukları Haklar, s. 137; Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (Kündigungsschutzgesetz), kapsamında yer alan sosyal seçim kritelerine ilişkin açıklamalar için bkz., Erhan Birben, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006, ss. 261-270.

[1124] Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, ss. 727-728; Birben, s. 271.

[1125] Alpagut, Değerlendirme 2005, s. 94; Tuaç, Çalışan Annelerin Sahip Oldukları Haklar, s. 137.

[1126] Kökkılınç, s. 92.

uyarınca dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatına hak kazanacaktır. İşveren işe iade kararı sonucunda, işçiyi işe başlatıp iş güvencesi tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulsa bile cinsiyet veya gebelik nedeniyle fesih yapıldığı için ayrımcılık tazminatı ödemekle yükümlüdür. Zira ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatına ilişkin düzenlemeler farklı iki eyleme ilişkin düzenlemelerdir. O nedenle de mahkeme tarafından aynı olayda bu iki tazminatına ilişkin karar verilmesi mümkündür[1127].

Yargıtay'ın 2015 yılında vermiş olduğu bir karara göre, kadın işçinin gebeliği nedeniyle yapılan feshe karşı açılan işe iade davasında, mahkeme feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına karar veremeyecektir. Yüksek Mahkemeye göre, işe başlatmama tazminatının fesih sebebine göre belirlenmesi, ayrımcılığı da yaptırıma bağlayacaktır[1128]. Açıklamış olduğumuz nedenlerden dolayı bu karara katılmamaktayız.

[1127]Süzek, İş Hukuku, s. 467; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 749; Ertürk ve Gürsel, s. 451; Sur, Eşitlik İlkesi, s. 50; Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, ss. 78-79, Yıldız, Eşit İşlem Borcu, s. 336; Aksi yönde görüşe göre, aynı davranıştan dolayı iki farklı yaptırıma karar verilemez. Bkz., Nuri Çelik, "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 14, 2007, s. 493; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 36-37; Astarlı, Muhittin: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Sona Erme ve Kıdem Tazminatı), ss. 318-319.

[1128] Yarg. 9. HD. 17.09.2015, 2015/18355 E., 2015/26031 K., www.kazanci.com.tr, (ET. 10.06.2018), *"4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18/3-d bendinde işçinin hamileliğinin fesih için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Yasanın 21. maddesinde, işverenin yaptığı feshin geçersizliğine ve işçinin iş iadesine karar verilmesine rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin, en az 4 aylık en çok 8 aylık ücret tutarındaki tazminatı, işçiye ödemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanun'un 5. maddesinde ise, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım yapılamayacağı, buna aykırı davranan işverenin, işçinin 4 aya kadarki ücreti tutarında tazminat ile yoksun bırakılan haklarını ödemesi gerektiği, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, davacı işçi fesih işleminin hamileliği sebebiyle yapıldığını ileri sürerek; işe iadesinin yanı sıra İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı da istemektedir. Hamilelik sebebiyle yapılan fesih işlemi, İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde 21. madde uyarınca iş güvencesi tazminatına hükmedilecektir. İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme sebebiyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Zira bu neden doğrudan geçersiz kabul edilmiştir. Bu sebeple fesihte işe başlatmama tazminatının fesih sebebine göre belirlenmesi, ayrımcılığı da yaptırıma bağlayacaktır. Diğer taraftan 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. Somut uyuşmazlıkta yerel mahkemece fesih nedeni de*

(ii) İşveren Tarafından İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçilerin İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi

Kanunda, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin bildirimli olarak feshedilmesi için herhangi bir fesih nedeni belirtme zorunluluğu aranmamıştır. Bununla birlikte, işverenin bildirimli feshi gerektirecek haklı bir sebebe dayanma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu nedenle işveren, iş güvencesinden yararlanmayan kadın işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin feshedebilir[1129]. İşverene tanınan bu serbesti, sözleşmenin fesih zamanının seçilmesini ve fesih sebebinin belirlenip belirlenmemesini de kapsamaktadır[1130]. Ancak işverenin fesih hakkının sınırsız olduğunu kabul etmek mümkün değildir. İşveren, sahip olduğu fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmak zorundadır. Aksi hâlde, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı kabul edilir. İşveren, kadın işçinin iş sözleşmesini feshederken, gerçekte sözleşmeyi fesh etme nedeni, bunu söylememiş olsa bile, işçinin gebeliği ve anne olması ise, bildirim süresine uymuş olsa bile fesih hakkını kötüye kullanmış olur. Böyle bir durumda İş Kanunu'nunda fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemenin yer aldığı 17. maddesinin 6. fıkrasında, işverenin işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödeneceği belirtilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre,

> *"Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi*

---

dikkate alınarak iş güvencesi (işe başlatmama tazminatının) tazminatı miktarı, işçinin 5 aylık ücreti tutarında belirlenmiştir. Davalının ayrımcılık yasağını ihlal eden davranışının, feshin geçersizliği noktasında ve işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışıldığı bu sebeple aynı zamanda ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceği gözetilmeksizin talebin reddi gerekirken hüküm altına alınması hatalıdır. Kabule göre de ayrımcılık tazminatının üst sınırdan kabulü da doğru değildir.4857 Sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir…." Kararın değerlendirmesi için bkz., Astarlı, Sona Erme ve Kıdem Tazminatı, ss. 317-321; Benzer yönde kararlar için bkz., Yarg. 9. HD. 14.04.2016, 2015/29051 E. 2016/9441 K.; Yarg. 9. HD. 18.06.2012, 2010/13065 E., 2012/23353 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.06.2018).

[1129] Süzek, İş Hukuku, s. 517; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 462; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, ss. 934-935; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, s. 272; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 350.

[1130] Süzek, İş Hukuku, s. 517; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 463; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 350.

kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötüniyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir[1131]*."*

Yargıtay bu konudaki başka bir kararında, analık iznine ayrılan ve buna ilişkin raporu işverene sunan kadın işçinin, işveren tarafından aynı gün kıdem ve ihbar tazminatının peşin ödenerek iş sözleşmesinin fesih bildiriminde bulunulması durumunda, yapılan feshin gebeliğe dayandığını ve kötüniyetli olduğunu kabul etmiştir[1132].

İş güvencesinin kapsamı dışında olan kadın işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı olarak başka bir anlatımla, kadın işçinin gebeliği nedeniyle sona erdilirse, işçi feshin geçersizliğini ileri sürerek dava açabilir. İşçi, işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanıldığını ya da gebelik veya doğum sebebiyle farklı işlem yapıldığının ispat etmekle yükümlüdür[1133]. Ancak kadın işçi gebelik veya doğum nedeniyle farklı işleme tabi tutulduğunu güçlü biçimde ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır (İş K. md. 5/7).

(3) Diğer Kanunlar Bakımından

Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde, İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29 maddeleri hükümlerinin Basın İş Kanunu'na tabi işçilere kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme sayesinde Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere de iş güvencesi sağlanmıştır. Bu nedenle, yukarıda iş güvencesi kapsamında olan kadın işçilere ilişkin yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

Deniz İş Kanunu'nda, kadın işçinin gebeliğine ve anneliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Deniz İş Kanunu'nda yer alan *"Aktin Çözülmesinde Bildirim"* başlıklı 16. madde kadın işçiler için de uygulanacaktır.

[1131] Yarg. 9. HD. 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743 K., https://legalbank.net , (ET. 05.06.2018).
[1132] Yarg. 9. HD. 28.04.2005, 2004/25538 E., 2005/14932 K., http://www.kazanci.com , (ET. 05.06.2018).
[1133] Süzek, İş Hukuku, s. 548; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 463; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 941; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, s. 275; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 395; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 192, Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 193.

Kanundaki düzenlemeye göre, gemi adamı ve işveren bildirim sürelerine uymak kaydıyla belirsiz süreli iş sözleşmesini feshedebilecekdir (DİK md. 16). Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanmaları söz konusu olmaz. Zira bu işçiler bakımında ne İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi hükümlerinden yararlanacakları ne de Deniz İş Kanunu'nda ayrı bir iş güvencesi hükmü öngörülmüştür.

c. İşverenin Bildirimli Fesih Hakkının Gebelik ve Annelik Nedeniyle Feshe Karşı Korunması Açısından Değerlendirme

Mevzuatımızda analık hâlinde olan kadın işçinin ve çocuğun sağlığının korunmasına yönelik birçok düzenleme bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce, mevcut düzenlemeler karşısında, gebelik ve annelik nedeniyle işveren tarafından yapılan bildirimli fesihlere karşı, kadın işçilerin tam olarak korunduğunu ve iş güvencelerinin sağlandığını söylemek pek mümkün değildir[1134].

Daha öncede belirttiğimiz üzere, Kanunda iş güvencesi kapsamında olan kadın işçinin, gebeliğinin (İş K. md. 18/3-d) ve analık izni boyunca işe gelmemesinin (İş K. md. 18/3-e) fesih için geçerli neden olarak kabul edilmemesi gerekir. Kanunda yer alan düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Türk hukuk sisteminde iş güvencesi kapsamında olan kadın işçi, sadece gebelik ve analık izni süresi boyunca feshe karşı korunmaktadır. İş güvencesi kapsamında olmayan kadın işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından gebeliğin öğrenildiği andan itibaren herhangi bir neden gösterilmeksizin feshedilebilir. Böyle bir durumda yapılan fesih, kötüniyetli fesih olarak kabul edilip işçi kötüniyet tazminatına hak kazanmakta[1135] ; fakat işçi yapılan kötüniyetli fesih sonucunda işini kaybetmektedir. Bu bağlamda,

[1134] Aynı yönde bkz., Onaran Yüksel, s. 231, Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 160.

[1135] Yarg. 9. HD. 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743K., http://www.kazanci.com, (ET., 10.04.2018), *"Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötün niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile reddi ayrı bir bozma nedenidir."*

ülkemizde sadece iş güvencesi kapsamında olan kadın işçilerin, gebelik ve annelik nedeniyle işveren tarafından yapılan fesihlere karşı kısmen korunduğunu kabul etmek mümkündür. Kanaatimizce iş güvencesi kapsamı dışında olan kadın işçilerin de analık hâli nedeniyle işveren tarafından yapılacak feshe karşı korunmaları ve bu işçilerin de iş güvencelerinin sağlanması gerekmektedir.

d. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshinde Analığın Etkisi

(1) İş Kanunu Bakımından

İş sözleşmesinin devamı taraflardan biri için dürüstlük kuralları gereğince çekilmez hâle gelirse, lehine fesih hakkı doğan taraf bildirim süresinin sona ermesini beklemeksizin iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir[1136]. Kanunda her ne kadar gebelik ve annelik nedeniyle kadın işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi belirli durumlarda önlenmeye çalışılmışsa da, bir yandan işverenin de hakları korunmaya çalışılmıştır. Gebelik ve annelik hâli dışında iş sözleşmesinin devamı işveren tarafından çekilmez bir hâl almışsa ya da işçinin gebelik ve annelik nedeniyle yapmış olduğu devamsızlık İş Kanunu'nda belirtilen süreyi aşmışsa, iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedilebilir.

İş sözleşmesinin gebelik nedeniyle askıya alınması hâlinde sözleşmenin bildirimli fesih yoluyla feshedilememesi ve bildirim sürelerin işlememesi, bu dönemde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine engel değildir[1137]. Ancak bu noktada vurgulamak gerekir ki, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanırken iş sözleşmesinin askıya alınmasına neden olan gebelik hâline dayanması mümkün değildir[1138]. Zira kadın işçinin gebe kalması ve bu nedenle geçici olarak iş veriminde düşüklüğün yaşanması ya da işverenin bu sebeple bazı ekonomik ve hukuki zorluklara katlanmasının gerekmesi, işverenin fesih hakkını kullanmasında haklı bir

[1136] Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Süzek, İş Hukuku, ss. 679-718; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, ss. 574-615; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 795; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, ss. 405-464.
[1137] Atabek, İş Aktinin Feshi, s. 82, dn. 19; Oğuzman, s. 100; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 493; Akyiğit, Şerh II, s. 2061; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, ss. 716-717; Caniklioğlu, Hastalık, s. 180;
[1138] Süzek, İş Akdi, s. 89; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 137; Onaran Yüksel, ss. 244- 245

neden olarak kabul edilemez. Aksinin kabulü hâlinde, işveren kadın işçiyi cinsiyetine özgü bir niteliği nedeniyle mağdur etmiş olacaktır. Böyle bir durumda, işveren tarafından yapılan fesih, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır[1139]. Bu bağlamda işveren, kadın işçinin gebeliği, işçinin iş görme edimini imkânsızlaştırdığı veya önemli ölçüde etkilediği durumlarda dürüstlük kuralına uygun bir şekilde iş sözleşmesini feshedebilir[1140].

92/85/EEC sayılı Direktif uyarınca, gebelik döneminin başından analık izninin sonuna kadar kadın işçiler istisnai hâller dışında işten çıkarılamaz. Bu dönemde gerçekleşecek ve kadın işçinin gebeliğine bağlı olmayan nedenlerden kaynaklanan istisnai fesihlerde işveren haklı nedenleri yazılı olarak kadın işçiye bildirmelidir (md.10). Direktifin 10. maddesinde yer alan bu hüküm, hem belirli süreli iş sözleşmelerinin hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin gebelik nedeniyle feshedilemeyeceğine ilişkindir.

(i) Doğum ve Gebelik Nedeniyle Yapılan Devamsızlığın İş Kanunu'nun 25. Maddesinde Belirtilen Süreyi Aşması

Kadın işçinin doğum sonrası belirli bir süre geçmiş olmasına rağmen, işine geri dönmemiş ve konuya ilişkin işverene herhangi bir rapor sunmamış olması, işverene haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme hakkı verir[1141]. Bu fesih hakkının kullanılmasında kadın işçinin iş sözleşmesinin türünün herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 25. maddesinin a bendinde sayılanlar dışında, kadın işçinin doğum ve gebelik gibi hâllerde işveren bakımından iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; işe devamsızlığın kadın işçinin işyerindeki çalışma süresine göre İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen bildirim sürelerinin altı haftayı aşmasından sonra doğar. Bu düzenleme göstermektedir ki, Türk hukuk sisteminde gebelik konusu yabancı hukuk sistemlerinden farklı olarak, belirli koşullar altında işverene fesih hakkı veren bir hâl olarak kabul edilmektedir. Kanundaki bu hüküm,

[1139] Onaran Yüksel, s. 251; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 191.
[1140] Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 162, 191.
[1141] Süral, Pregnanacy and Maternity, s. 19; Bu konuya ilişkin Avrupa Adalet Divanı Kararları için bkz., Case C-394/96 Brown v Rentokil Ltd., Hantel, s. 116-117; Case C-400/95 Handels- og Kontorfuntionerernes Forbund i Danmark, acting on behalf of Larsson v Dansk Handel & Services, acting on behalf of Fotex Supermarked A/S, 29.05.1997, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=, (ET.01.06.2018).

gebelik ve annelik durumunun işverene geciktirilmiş bir fesih hakkı verdiğini göstermektedir[1142].

İşverenin bildirimsiz fesih hakkının doğması için gerekli olan süre Kanunun 74. maddesinde belirtilen analık izni sürelerinin bitiminden itibaren başlar[1143]. Zira analık izni esnasında iş sözleşmesinin askı hâlinde olduğu kabul edilmektedir[1144]. Kanunda belirtilen sürenin dolmasına rağmen kadın işçi işine dönmezse, işveren işçinin devamsızlık yaptığı süre boyunca bildirimsiz fesih hakkını kullanılabilir[1145]. Bu durumun yanı sıra işveren, devamsızlık yapan kadın işçisi işe başladıktan sonra gebelik veya doğum nedeniyle yaptığı devamsızlığa dayanarak bildirimsiz fesih hakkını kullanılamaz[1146].

Ancak şu husus gözardı edilmemelidir ki, işveren tarafından kadın işçinin devamsızlığı nedeniyle haklı nedenle fesih hakkının doğabilmesi için doğumdan itibaren kadın işçinin çalışmasının yasak olduğu sekiz haftalık süreye, kadın işçinin kıdemine göre eklenecek olan bildirim süresi ve bu sürenin üzerine de altı haftalık sürenin eklenmesi gerekmektedir[1147]. Kadın işçinin doğum sonrası izin süresi, doktor raporu ile arttırılırsa, bu sürelerin bitiminden itibaren bildirim süresi ve Kanunda öngörülen süre altı haftayı geçtikten sonra sözleşme işveren tarafından bildirimsiz

---

[1142] Onaran Yüksel, ss. 239-240.

[1143] Yarg. 9. HD. 05.03.1981, 1981/645 E., 1981/3076 K., http://www.kazanci.com, (ET. 10.05.2018), *"Davacının doğum öncesi gebelik raporu ile 25.04.1977 tarihinde işyerinden ayrıldığı ve 04.07.1977 tarihinde doğum yaptığı, doğum sonrası 6 haftalık istirahat süresinin bitimini müteakip iki gün üst üste işe gelmemiş olması nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Doğum sonrası 6 haftalık istirahat süresi, hesap dışı bırakılması gereken doğum gününden sonra başlar. Davacı, 04.07.1977 tarihinde doğum yapmış olduğuna göre, 42 günlük süre 16.08.1977 tarihinde sona ermiş olacaktır. Bu durumda, davacının hizmet sözleşmesinin devamsızlık gibi bir nedene dayanılarak feshi haklı sayılamaz. Kaldı ki, işçi ve işveren ilişkilerinde objektif iyiniyet kurallarına uygun davranış esastır. İddia olunduğu gibi iki gün işe gelmeme söz konusu olsa dahi, uzun bir süreden beri işyerinde çalışan ve doğum yaptığı bilinen işçnin işe gelmemesi sebebi araştırılmadan, hemen ikinci gün iş saati hitamından akdin feshi, iyiniyet kurallarıyla bağdaştırılacak nitelikte değildir. O halde, davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmaldır."* Kararın değerlendimesi için bkz, Savaş Taşkent, İş K. md. 17, **İHU 1981/II**, No:14, ss. 1-2.

[1144] Kaplan, Fesih Hakkı, s. 137; Süzek, İş Hukuku, s. 509; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, İş Hukuku, s. 769; Ders Kitabı, s. 211.

[1145] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 32.

[1146] Ekonomi, Feshe Karşı Koruma, s. 32; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 216.

[1147] Ekonomi, İş Hukuku, s. 204; Süzek, İş Hukuku, s. 681; Kandemir, s. 443; Kaplan, Feshe Karşı Korunma, s. 1236; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 135; Demir, İş Güvencesi, s. 88; Caniklioğlu, Hastalık, s. 255; Senyen-Kaplan, Kadın İşçi, s. 210; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 137; Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, (Şerh I) s. 1131; Onaran Yüksel, s. 240-241; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, ss. 152- 153.

feshedilebilecektir[1148]. Tarafların bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile bildirim süresini arttırması durumunda, fesih için gereken süre arttırılan bildirim sürelerine altı hafta eklenmesi suretiyle bulunacaktır[1149].

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, kadın işçinin kanundan doğan ücretsiz izin hakkını kullanması, işverene işçinin devamsızlığına dayanarak sözleşmeyi bildirimsiz fesih ile sona erdirme hakkı vermez. Böyle bir durumda, analık izninden sonra ücretsiz izin kullanan işçinin iş sözleşmesi, izin süresine işçinin hak kazandığı bildirim sürelerinin ve bu sürelere de altı haftanın eklenmesiyle bulunan sürenin sonunda işe devamsızlık yapması durumunda işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir[1150]. Zira Kanunda *"Doğum ve gebelik hâllerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar (İş K. md. 25/I, b, a)."* ifadesi yer almaktadır. Bu hüküm de göstermektedir ki, sadece analık izni süresi değil maddede yer alan gebelik ve analık nedeniyle kadın işçinin sahip olduğu tüm izinlerde söz konusu düzenlemenin dikkate alınması gerekmektedir[1151].

[1148] Sözer, Hamilelik, s. 1067; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 215-216; Tunçomağ, Kadının Durumu, s. 122; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 137; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 135; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, s. 240; Caniklioğlu, Hastalık, ss. 255-256; Sümer, H. Hadi: "Yargıtay Kararlarının Işığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Türk Ağır Sanayi Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 1998, s. 208; Onaran Yüksel, s. 242; Yarg. 22. HD. 23.05.2017, 2017/8052 E., 2017/11987 K., http://www.kazanci.com , (ET. 05.06.2018), *"Somut olayda; davacının iş akdi, davalı işveren tarafından 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-son maddesine göre, davacı işçinin doğum sonrası aldığı 111 günlük rapor süresinin, 17. maddedeki düzenlemeye göre, davacının 3 yılı aşkın kıdemine göre 8 hafta olan bildirim süresine, 6 hafta ilave edilmesi suretiyle belirlenen 98 gün olan bildirim süresi sınırını aştığı geçerli nedene dayalı olduğu iddiasıyla kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilmiştir. Ancak, 25/I-son madde metni düzenlemesine göre, doğum ve gebelik halinde belirtilen sürelerin 74. maddedeki sürenin bitiminden itibaren başlayacağı düzenlenmiş olmakla, Mahkemece, sunduğu sağlık raporu doğum ertesinde olan davacının rahatsızlığının doğum ile ilgili olup olmadığı, 25/I-son madde kapsamına girip girmediği, İş Kanunu 74. maddedeki sürelerin dikkate alınıp alınmayacağı araştırılmamıştır. Mahkemece, eksik kalan incelemenin yapılarak, feshin süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerekmektedir."*

[1149] Sümer, s. 208; Tunçomağ ve Centel, s. 211; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Ders Kitabı, s. 239; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 215; Akyiğit, Şerh I, s. 1131; Onaran Yüksel, s. 244; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 153.

[1150] Tunçomağ ve Centel, s. 227; Kaplan, Fesih Hakkı, s. 135; Akyiğit, Şerh I, s. 1131; Akyiğit, İş Hukuku, s. 295; Onaran Yüksel, s. 242; Akdeniz, s. 121.

[1151] Aynı yönde görüş için bkz., Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 153; Sözer'e göre, genel çalışma yasağı süresi dışında işçiye en fazla altı haftalık işten uzak kalabilme süresi tanınmaktadır. Ancak, işçinin sağlık durumu veya işin niteliği kadın işçiyi, işinden daha uzun bir süre uzak kalmasını gerektiriyorsa, yani özel bir çalışma yasağı söz konusu ise ve bu süre altı haftayı aşıyorsa, kadın işçi ne kendisinin, ne çocuğunun ve ne de toplumun sağlığı dikkate alınmaksızın mazeretsiz olarak devam ettiği kabul edilip feshe maruz kalabilecektir. 1457 sayılı İş K. md. 17/1, b.2'de, ek altı haftalık devamsızlık hakkının genel çalışma yasağı süresinin bitiminden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. İşçi, eğer genel çalışma yasağı başlamadan önce veya bittikten kısa bir süre sonra özel çalışma yasağı nedeniyle çalışamazsa, bu süredeki devamsızlığı hakkında gebe olmasına rağmen, hastalıkla ilgili fesih kuralları uygulanmalıdır. Sözer, Hamilelik, s. 1067.

İşverenin haklı nedenle fesih hakkının doğması için geçmesi gereken sürelerin, her bir gebelik ve doğum için ayrı ayrı dikkate alınması gerekir. Bu sebeple de her bir gebelik ve doğumda anılan süreyi aşmayan bir devamsızlığa dayalı olarak işverenin haklı fesih imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca bunu sözleşmeyle de getirmek mümkün değildir[1152] .

İşverenin kadın işçinin iş sözleşmesini, İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının b bendine dayanarak fesh etmesi hâlinde işçiye kıdem tazminatı vermesi gerekmektedir (mülga İş K. md. 14). Ayrıca iş sözleşmesinin haksız feshi hâlinde, fesih iradesinin açıklanması hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek nitelikteyse kadın işçi, işverenden kötüniyet tazminatı da talep edebilir[1153] . Kadın işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıyorsa ve iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedildiğini düşünüyorsa, fesih bildiriminin kendisine tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurabilecektir (İş K. md. 20).

(ii) Kadın İşçinin Analık İzni Kullandığı Sırasında Hastalanması

Gebelik ve doğum, doğal ve biyolojik bir olaydır. Bu nedenle de gebelik hastalık olarak nitelendirilemez[1154]. Ancak kadın işçinin gebeliği normal seyrinde gitmiyorsa, iş göremezlik sonucunu ortaya çıkaran alışılmışın dışında belirtiler söz konusu olursa, bir hastalığın varlığının kabulü gerekir[1155].

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu bir kararına göre, 76/207/ EEC sayılı Konsey Direktifinin erkek ve kadınlara yönelik eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin madde istihdama erişim, mesleki eğitim, terfi ve çalışma koşulları, gebelik veya analık izninden kaynaklanabilecek hastalık nedeniyle işe gelmemesinin bir sonucu olarak işten çıkarmayı kapsamaktadır. Direktifte, gebelik veya doğuma bağlı bir hastalık durumuna ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte Direktif, gebelik ve analık izni gibi kadınların özel haklarını garanti altına alan hükümleri kabul etmektedir. Analık izni sırasında, kadının işçinin işten

[1152] Akyiğit, İş Hukuku, s. 295.
[1153] Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 401; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 156.
[1154] Arnold Erlenkämper ve Wolfgang Fichte, Sozialrecht Allgemeine Rechtsgrundlagen Sozialegesetze Verfahrensrecht, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Luchterhand, München 2007, s. 352.
[1155] Philipp Hessel, **Krankeit im Arbeitsrecht**, Werlagsgesell schaft Recht und Wirtschaft MBH, Heidelberg 1957, s. 16; Sözer, Hamilelik, s. 1064; Caniklioğlu, Hastalık, s. 254.

çıkarmaya karşı korunması gerekir. Kadın işçinin gebeliğe veya doğuma bağlı olmayan ve tekrarlanan hastalık dönemleri nedeniyle işten çıkarılması, cinsiyete dayalı olarak doğrudan ayrımcılık teşkil etmemektedir. Bu tür hastalık izinleri bir erkek işçinin de işten çıkarılmasına yol açacaktır[1156].

Kadın işçi, gebeliği esnasında gebeliğe bağlı bir nedenle hastalanır ve işe gelemezse, işveren işçinin iş sözleşmesini işe gelmediği süre içerisinde devamsızlık nedeniyle feshedemez. Çünkü analık izni süreleri, işçinin sağlık durumuna ve işin niteliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse arttırılabilir[1157]. Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın da kararında belirttiği üzere kadın işçinin gebeliğe bağlı olmayan nedenden dolayı bir hastalığı söz konusu ise erkek işçi ile aynı hükümlere tabi olması gerekir[1158]. Aksinin kabulü eşitlik ilkesine aykırı olur.

Analık izninde olan kadın işçi, gebeliğe bağlı olmayan bir nedenden dolayı hastalanabilir[1159] . Bu hastalık, analık izninin sona ermesinden sonra da devam

---

[1156] CJEU, Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, 08. 11. 1990; Case C-179/88 [1990] ECR I-3979, Ayrıca bkz., Landau ve Beigbeder, ss. 144-145; Fuchs ve Marhold, s. 174.

[1157] Onaran-Yüksel, s. 241; Yargıtay 9. HD., 17.6.2004 tarihli 2004/2841 esas ve 2004/15146 sayılı kararında, işyeri ısısının oda sıcaklığından az ve zeminin sürekli ıslak olmasının yanı sıra altı aylık hamile olan kadın işçinin kansızlığının doktor raporu ile belgelenmesi hususlarının birlikte değerlendirilmesi hâlinde, kadın işçinin rahatsızlanması ve işe gelememesi mazeretlerini haklı bulmuş ve işçinin işe iade edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz., Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, ss. 512-513.

[1158] CJEU, Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, 08. 11. 1990; Case C-179/88 [1990] ECR I-3979, Ayrıca bkz., Landau ve Beigbeder, ss. 144-145; Fuchs ve Marhold, s. 174.

[1159] YHGK 08.05.1991, 1991/9-148 E., 1991/245 K., https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-1991-9-148-k-1991-245-t-08-05-1991-iscinin-fesih-yazisini-tebellug-etmekten-imtina-etmesi/628161/do%C4%9Fum+izni, (ET.26.06.2018), *"Davacı doğumdan sonra 6 haftalık doğum iznini kullandıktan sonra 2.11.1989 tarihine kadar hekim raporları almak suretiyle istirahatlı kalmıştır. Rapor bitiminde, 2.11.1989 tarihinde işyerine gelmiştir. İşveren aynı gün tazminatı vermek suretiyle iş aktini feshetmek istemiş, fakat davacı fesih yazısını tebellüğ etmekten imtina etmiştir. Aynı gün emzirme izni istemiş, emzirme izni verilmeyince vizite kâğıdı talep etmiş, vizite kâğıdıda alamayınca özel bir doktora giderek toplam 17 günlük iki defa rapor almıştır. Bu arada işveren fesih yazısını 2.11.1989 günü noterlik aracılığıyla tebliğe çıkarmış, bu tebligat davacıya 15.11.1989 tarihinde yapılmıştır. Görülmektedir ki işveren fesih iradesini 2.11.1989 tarihinde açıklamış, davacı fesihten haberdar olmuş, fakat fesih yazısını tebellüğden imtina etmiştir. Böylece fesih beyanı 2.11.1989 tarihinde davacıya ulaşmış ve feshin hukuki sonuçları aynı gün hasıl olmuştur. Davacının içeriğini bildiği halde fesih yazısını tebellüğden imtina etmesi iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Doğumdan sonra 6 aylık süre ile günde 2 saat olmak üzere verilmesi gereken emzirme izninde doğumdan sonraki 6 haftalık doğum izninin bitiminden itibaren 2'şer saatin toplamını oluşturan gün süresi olarak hesaplanması gerekir. Ne var ki davacı bu süreyide aşacak şekilde rapor almıştır. Bu durumda artık emzirme süresinin raporunun bitiminden itibaren başlaması gerekeceğinin kabulü isabetli olamaz. Kaldı ki, emzirme izninin raporun bitiminden işverenin iradesi dışında hemen ve kendiliğinden başlayacağı da düşünülemez. Buna göre feshin raporun bitiminde ve emzirme izninin gerçekleşmesinden önce yapıldığının kabulü gerekir. Öte yandan raporların içeriğinden bunların doğum izni süresinin arttırılması niteliğinde olmadığı da görülmektedir.*

edebilir. Böyle bir durumda, analık izninin sona ermesinden sonra kadın işçiye hastalığa bağlı olarak geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi gerekir[1160]. Kadın işçinin analık izninden sonra ortaya çıkan bir hastalığı nedeniyle işten çıkarılması, hastalık gebeliğe veya doğuma bağlı olsa bile doğrudan cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmez[1161].

(2) Diğer Kanunlar Bakımından

Deniz İş Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında olan kadın işçilerin gebe ve doğum yapmaları hâlinde, işveren tarafından yapılacak olan feshe karşı koruyan özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler, İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan analık izninlerinden yararlanacakları ve bu süre zarfından iş sözleşmesi kanundan doğan bir nedenle askı hâlinde olduğu için gebe ve doğum yapmış olması sebebiyle iş sözleşmeleri feshedilemeyecektir[1162]. Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesi de Kanunun 16. maddesinde belirtilen analık izni boyunca feshedilemeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işverenin, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretinin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir (TBK md. 434). Bu hüküm nedeniyle, işveren gebe ve anne olan kadın işçinin iş sözleşmesini kötüniyetle feshederse ve bu durum ispatlanırsa, işçi fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminata hak kazanır. Ayrıca gebe ve anne olan işçiden dürüstlük kuralı gereği hizmet sözleşmesini sürdürmesini beklenemeyen durum ve koşullar söz konusuysa, işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir (TBK md. 435/2).

Hastalığın başka bir sebebe ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bütün bu sebeplerden dolayı davacının iş akdinin 2.11.1989 tarihinde sona erdiğinin kabulü gerekir. Ve bu tarih esas alınmak suretiyle doğan haklara karar verilmeli, doğmayan haklar ise reddedilmelidir. Bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir."

[1160] Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 2, d, (2), (i).

[1161] Schleusener, Suckow ve Voig, s. 83.

[1162] Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere, Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinde, analık iznine ilişkin özel bir düzenleme olduğu için İş Kanunu'nun 74. maddesindeki analık izni süresi değil, Basın İş Kanunu'ndaki analık izni süresinin uygulanması gerekir. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Birinci Bölüm, III, B, 7.

Basın İş Kanunu'nda 10, 11 ve 12. maddelerinde iş sözleşmesinin feshine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun 12. maddesinde, iş sözleşmesinin hastalık hâlinde feshine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre, gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemez. Bu düzenleme göstermektedir ki, gazetecinin uğradığı hastalık doğrudan işverene sözleşmeyi haklı nedenle fesh etme hakkı vermez[1163]. Ancak bu hastalığın altı aydan fazla uzaması hâlinde tazminat verilmek suretiyle sözleşme feshedilebilir. Basın İş Kanunu'nda, kadın işçinin analık izni süresinin gerekli görülmesi hâlinde doktor raporu ile arttırılabileceğine dair hükme yer verilmemiştir. Ancak İş Kanunu'nun 74. maddesinde, doktor raporu ile analık izninin arttırılabileceğine dair düzenlemenin aynı maddenin 8. fıkrası gereğince Basın İş Kanunu kapsamındaki kadın işçiler için de uygulanması gerekir. Bu nedenle, kadın işçinin gebelik ve doğuma bağlı bir hastalığı altı aydan fazla sürmüş olsa bile iş sözleşmesinin feshine neden olmamalıdır.

C. Bazı Ülkelerde Analığın İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi

Alman hukukunda genel feshe karşı koruma hükümlerinin yanı sıra analık hâlinde kadın işçilerin feshe karşı korunmasına yönelik özel düzenlemeler bulunmaktadır. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşlerindeki Güvenliği ve Sağlığı İle İlgili Düzenlemeleri Teşvik Edici Önlemler Alınması Hakkındaki 92/85/EEC sayılı Direktif'in 10. maddesi dikkate alınarak Alman hukukunda analık hâlinde fesih yasakları düzenlenmiştir[1164]. Hem mülga Analığın Korunması Kanunu'nda hem de yürürlükte olan Analığın Korunması Kanunu'nda analık hâlinde feshe ilişkin özel kanuni düzenlemeler yer almaktadır. Her iki Analığın Korunması Kanunu'nda işverenin fesih hakkına ilişkin oldukça önemli sınırlamalar yer almaktadır[1165]. Bu düzenlemeler ile kadın işçilerin analık hâli nedeniyle belirli bir süre işveren tarafından iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi önlenmiştir. Bu sayede kadın işçiler gebelik ve doğum ile ilgili izinlerini, kullandıkları sırada işlerini ve dolayısıyla geçim kaynakları kaybetmemiş

[1163] Tuncay, Basında İşçi, s. 80.
[1164] Medem, s. 364; Graue, s. 123; Roos/Bieresborn-Evers-Vosgerau MuSchG/BEEG, s 307; HK-ArbR/Velikova/Briegel, s. 2599.
[1165] Gross, s. 212.

olacaklardır. Özetle, Almanya'da analık hâlinde olan kadın işçilerin iş güvencesi bulunmaktadır[1166]. Nitekim Alman doktrininde anne olan kadın işçilerin işten çıkarılma yasağına ilişkin düzenlemelerin, kadın işçinin iş kaybının ekonomik dezavantajlarından ve diğer yandan işten çıkarmanın veya işsizliğin neden olduğu psikolojik sorunlardan korumak için tasarlandığı belirtilmektedir[1167].

Öncelikle belirtmek gerekir ki, analık hâlinde olan kadınların fesih yasağına ilişkin düzenlemelerden yararlanabilmesi için işçi olması gerekmektedir[1168]. Her iki Kanunda da bildirimli ve bildirimsiz fesih, değişiklik feshi, toplu işçi çıkarma ve işverenin iflası hâlinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesine karşı kadın işçiler korunmuştur[1169]. Bu sebeple, Analığın Korunması Kanunu'nda mutlak fesih yasağının düzenlendiği söylenebilir. Yetkili merciin izni alınarak yapılan fesihler saklı kalmak kaydıyla gebe kadın işçinin iş sözleşmesinin gebeliği süresince her türlü feshi yasaktır.

Fesih yasağına ilişkin düzenlemeler, kısmi süreli iş sözleşmesi çalışan kadınlar dâhil olmak üzere tüm iş sözleşmesi türleri için geçerlidir[1170]. Analık hâlinde olan kadın işçilere ilişkin olarak Analığın Korunması Kanunu'nda yer alan fesih yasağına ilişkin düzenlemeler emredici niteliktedir[1171]. Kanunda yer alan kadın işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin düzenlemeleri bertaraf eden iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir[1172]. Toplu iş sözleşmesi ile de işveren tarafından bu düzenlemelere uyulmayacağı kararlaştırılamaz[1173]. Kadın işçinin analık hâlinde feshe karşı korunmasına ilişkin hükümler işveren tarafından yapılan fesihler için geçerlidir[1174]. Bu bağlamda, kadın işçi isterse, gebelik sırasında veya doğumdan sonra iş ilişkisini sona erdirebilir[1175].

[1166] Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, s. 633.
[1167] Böttcher ve Graue, Mutterschutzgesetz, s. 197.
[1168] Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 68.
[1169] HaKo-Böhm, s. 1679; Eugen Stahlhacke, Ulrich Preis ve Reinhard Vossen, Kündigung und Kündigungschutz im Arbeitsrecht, 11. völlig neu bearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 2015, SPV/Vossen, s. 605; ErfK/Schlachter, s. 2475; Buchner ve Becker, s. 332; HK - MuSchG/BEEG/Schöllmann, s. 265; Hromadka ve Maschmann, s. 492; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 392; Onaran Yüksel, s. 234.
SPV/Vossen, s. 598; Marburger, Schwangerschaft, s. 43; Roos/Bieresborn-Evers- Vosgerau MuSchG/BEEG, s. 310; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 378; Hromadka ve Maschmann, s. 492.
[1171] Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 71.
[1172] Onaran Yüksel, s. 234.
[1173] Gross, s. 212.
[1174] Preis, s. 630.
[1175] Zmarzlik, Zipperer, Viethen ve Vieß, s. 235; Buchner ve Becker, s. 348; Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 71.

Alman hukukunda kadın işçinin analık hâlinde feshe karşı korunması ilişkin düzenlemeler yapılırken işçinin gebeliği, ölü doğum yapması ve doğumdan sonraki koruma süresi dikkate alınmıştır. Kadın işçinin analık hâlinde feshe karşı özel korunmadan yararlanabilmesi için işverenin gebelikten ya da doğumdan bilgisi olması gerekir[1176]. İşverenin kadın işçinin gebeliği konusunda bilgi sahibi olma konusunda ihmalkârlığı feshe karşı özel korunmadan yararlanma açısından önemli değildir[1177]. Hatta, işverenin bu konuya ilişkin işyerindeki söylentileri araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır[1178]. İşverenin gebelik hakkında ne şekilde bilgi sahibi olduğu feshe karşı korunma hükümlerinin uygulanması açısından önemli değildir[1179]. Analığın Korunması Kanunu'nundaki düzenlemeye göre kadın işçi, gebeliği hakkında bilgi sahibi olur olmaz işvereni bilgilendirmelidir (MuSchG § 15/1). Kadın işçinin bu konu hakkında insan kaynaklarını bilgilendirmesi yeterlidir[1180].

Mülga Kanundaki düzenlemeler ile mevcut düzenlemeler biraz farklılık göstermektedir. Almanya'da yürürlükte olan Analığın Korunması Kanunu'nun § 17 hükmüne göre, kadın işçinin gebeliği sırasında, gebeliğin on ikinci haftasından sonra düşük bir doğum sonrası dördüncü ayın bitimine kadar ve doğum sonrası koruma sürelerinin sonuna kadar ve en azından doğum sonrası dört ayın sonuna kadar işveren tarafından yapılan fesih geçersizdir. Bu düzenleme göstermektedir ki, Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda tüm kadın işçiler, gebelikleri boyunca feshe karşı korunmaktadır. Mülga Kanunun § 9 hükmündeki düzenlemeye göre, kadın işçinin gebeliği sırasında ve doğumdan sonraki dört ay boyunca işveren tarafından yapılan fesihler yasaktır. Yürürlükteki Kanunda, gebeliğin on ikinci haftasından sonra düşük doğum yapan kadın işçi belirli bir süre feshe karşı korunmuştur.

İşverenin Kanunda sayılan durumları bilmeden fesih yapması hâlinde, gebeliğin farkına varması durumunda veya gebeliğin on ikinci haftasından ya da fesih sırasında doğumdan sonra ya da fesih yapıldıktan sonraki iki hafta içinde kadın

[1176] Roos/Bieresborn-Evers- Vosgerau MuSchG/BEEG, s. 315; Hromadka ve Maschmann, s. 493; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 384.
[1177] Buchner ve Becker, s. 353; Hromadka ve Maschmann, s. 493; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 384.
[1178] HK - MuSchG/BEEG/Schöllmann, s. 274; Hromadka ve Maschmann, s. 493.
[1179]HK - MuSchG/BEEG/Schöllmann, s. 278; Hromadka ve Maschmann, s. 493.
[1180] Hromadka ve Maschmann, ss. 493-494.

işçi tarafından durumun işverene bildirilmesi hâlinde yapılan fesih geçersiz kabul edilecektir (MuSchG § 17/1). Söz konusu hâllerde, işverenin gebelik hakkında bilgilendirilmesi özel bir şekle tabi değildir. Başka bir ifadeyle işçi, gebeliğin varlığı tıbbi bir belgeyle kanıtlamak zorunda değildir. Bununla birlikte, işveren işçiden böyle bir belge talep edebilir (MuSchG § 15/2)[1181]. Sürenin aşılması, kadın işçinin sorumlu olmadığı bir sebepten kaynaklanıyorsa ve bu sebep ortadan kalkar kalkmaz bildirim derhal yapılırsa önemli değildir (MuSchG § 17/1).

Kadın işçi, gebeliğinin başlangıcından önce iş sözleşmesini sona erdirebilir. Böyle bir durumda sözleşmenin sona erme tarihi Analığın Korunması Kanunu'nun § 17/1 hükmü kapsamında feshe karşı koruma süresi içinde olsa bile geçerlidir[1182].

İstisnai olarak iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu kurum veya kurumun en yüksek il yetkilisi, gebelik sırasında kadının durumuna bağlı olmayan istisnai durumlarda, gebeliğin on ikinci haftasından sonra, doğumdan veya düşükten sonra geçerli fesih beyanını açıklayabilir. Böyle bir durumda mülga Kanunda olduğu gibi fesih yazılı olarak yapılmalı ve fesih sebebini belirtmelidir (MuSchG § 17/2). Yazılı olarak yapılan fesihte fesih sebebi yer almıyorsa yapılan fesih geçerli bir sonuç doğurmaz[1183].

Analığın Korunmasın Kanunu'nun § 17/1 hükmü uyarınca, fesih yasağının uygulanabilmesi için gebeliğin varlığının tıbbi olarak tespit edilmesi gerekir[1184]. Gebeliğin başlangıcı da yasağın başladığı anın tespiti için önemlidir. Gebeliğin başlangıcı, doktor veya ebe sertifikasında belirtilen beklenen doğum tarihinden itibaren iki yüz seksen gün geri sayılarak belirlenecektir[1185].

Alman Federal Mahkemesi 2015 yılında verdiği bir kararında doğal yollarla döllenme dışında meydana gelen gebelik durumunda (in vitro fertilizasyon) da fesih yasağının geçerli olduğuna ve fesih yasağının döllenmiş yumurta hücresinin kadın işçinin rahmine yerleştirilmesiyle (embriyo transferi) birlikte başlayacağı kabul

---

[1181] Hromadka ve Maschmann, s. 494; Tillmanns/Mutschler- Just, s. 380.
[1182] Tillmanns/Mutschler-Just, s. 393.
[1183] Buchner ve Becker, s. 399; HaKo-Böhm, s. 1691; Wickede, René von: **Sonderkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis**, **Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**, Band 272, Duncker & Humblot, Berlin 2009, s. 106.
[1184] HaKo-Böhm, s. 1680; HWK/C.W.Hergenröder, s. 2728; SPV/Vossen, s. 601.
[1185] BAG, 12.12.1985, 2 AZR 82/85, USK 85194; Buchner/Becker, s. 329; Graue, s. 125; Marburger, Schwangerschaft, s. 42; HaKo-Böhm, s. 1685; Köker, s. 944.

edilmiştir[1186]. Aksi hâlde, döllenmiş yumurtaların dondurulması süresi boyunca kadın işçinin iş akdinin feshine ilişkin olarak Analığın Korunması Kanunu'ndan sağladığı korumadan yararlanması söz konusu olur[1187].

Avrupa Adalet Divanı'nın vermiş olduğu bir karara göre, gebe çalışan kavramı gebeliğin başlangıcından analık izninin sonuna kadar geçen süreyi kapsar. Bu sürede işçinin iş sözleşmesinin feshi yasaktır. 76/207 sayılı Direktif gereğince, tüp bebek tedavisi (in vitro fertilizasyon) gören kadın işçinin iş sözleşmesi feshedilirse, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık söz konusudur[1188].

Belirli süreli iş sözleşmesi süresinin sonunda veya sözleşmede öngörülen amacın gerçekleşmesi hâlinde herhangi bir fesih beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer[1189]. Bu nedenle Analığın Korunması Kanunu'nun § 17/1 hükmü, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi için geçerli değildir[1190]. Kanunda belirtilen feshe karşı koruma süreleri sona erse bile, belirli süreli iş sözleşmesi varlığını sürdürür[1191]. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresi işçinin feshe karşı koruma süresi esnasında sona erebilir. Örneğin, gebe olan kadın işçi feshe karşı koruma hükümlerinden yararlanır. Ancak bu işçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa, sözleşmede öngörülen süre bittiğinde gebeliğe rağmen belirli süreli sözleşme son bulur[1192]. İşçinin feshe karşı koruma süresi kapsamında olması sözleşmesinin süresinde sona ermesine engel değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, analık hâlinde olan kadın işçinin belirli süreli iş sözleşmesi devam ederken sözleşmenin TzBfG § 15/3 hükmüne göre işveren tarafından sona erdirilmesi mümkünse fesih ancak Analığın Korunması Kanunu'ndaki fesih yasağına uygun olarak yapılabilir[1193].

[1186] BAG 26. 3. 2015 – 2 AZR 237/14, (lexetius.com/2015,1153); Tillmanns/Mutschler- Just, s. 379.
[1187] BAG 26. 3. 2015 – 2 AZR 237/14, (lexetius.com/2015,1153), Karar hakkında geniş bilgi için bkz., Nilüfer Köker, "Alman Federal İş Mahkemesi Kararı (2 AZR 237/14-26.03.2015)", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan** Cilt: 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss. 942-948.
[1188] CJEU, Sabine Mayr v Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG, 27.11.2007, C-506/06, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CC0506 (ET. 02.06.2017).
[1189] HK - MuSchG/BEEG/Schöllmann, s. 287; Zmarzlik, Zipperer, Viethen ve Vieß, s. 226; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 398.
[1190] Gross, s. 215; Tillmanns/Mutschler-Just, s. 398; Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 72; Marburger, Elternzeit, s. 42.
[1191] Tillmanns/Mutschler-Just, s. 398.
[1192] Preis, s. 630.
[1193] Tillmanns/Mutschler-Just, s. 399; Gross, s. 215.

Türk hukukunda doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesi kısmi çalışma yaptığı süre boyunca işçi ve işveren tarafından bildirim süresine uyarak ya da haklı nedenle feshedilebilir. Kanun koyucu bu süreçte feshe karşı özel bir koruma öngörmemiştir. Kanunda, sadece kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin talebinin işveren tarafından karşılanacağı ve geçerli fesih nedeni olmayacağı belirtilmiştir.

Alman hukukunda analık izninden sonra ebeveyn izni kullanan kadın işçinin, feshe karşı koruma süresi uzar[1194]. İşveren, gerek kadın gerekse erkek işçinin iş sözleşmesini ebeveyn izninin sekiz hafta öncesinden başlamak suretiyle ebeveyn izni süresince feshedemez. Söz konusu hak BEEG § 18 hükmü gereğince, ebeveyn izni süresince haftada otuz saate kadar işveren yanında kısmi süreli çalışma yapanlar ile ebeveyn izni kullanmayan ama en fazla on dört aya kadar ebeveyn ücreti (Elterngeld) hakkı olup bu hakkı kullananlar bakımından geçerlidir[1195]. Bu fesih yasağı bildirimli fesih olmak üzere her türlü fesih için geçerlidir[1196]. Kanunun § 15 hükmünde belirtilen ebeveyn izni süresi aşılırsa feshe karşı koruma ebeveyn izninin kanunen sona ermesi gereken tarihten itibaren geçerli olmaz[1197]. Özetle, ebeveyn izninin sona ermesi ile birlikte feshe ilişkin koruma da sona erer[1198].

Ebeveyn izni sonunda işçi ve işveren, üç aylık ihbar süresine uyarak iş sözleşmesini sona erdirebilir (BEEG § 19). Bu açıklamalar, ebeveyn izni esnasında kısmi süreli çalışan işçiler için de geçerlidir[1199]. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Alman hukukunda ebeveyn izninde olan ve bu izin boyunca kısmi süreli çalışan işçinin iş güvencesi bulunmaktadır. Bu düzenleme, ebeveyn izni süresince kısmi süreli olarak aynı işverenin yanında çalışan kişileri korumaktadır[1200]. Bu fesih yasağı, ebeveyn izni esnasında ilk işverenin rızası ile başka bir işverenin yanında kısmi süreli olarak çalışılması durumunda başka bir işveren ile kurulan iş ilişkileri için geçerli değildir[1201]. Zira işçi ikinci işverenden ebeveyn izni talep etmemiştir.

[1194] HaKo-Böhm, s. 1686.
[1195] HK - MuSchG/BEEG/Ranke, s. 706; Marburger, Schwangerschaft, s. 89; Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz s. 200.
[1196] Marburger, Schwangerschaft, s. 90; HK - MuSchG/BEEG/Rancke, s. 399; HWK/Gaul, s. 635.
[1197] HWK/Gaul, s. 636.
[1198] HWK/Gaul, s. 635.
[1199] HWK/Gaul, s. 636; Marburger, Elternzeit, s. 131; Böttcher ve Graue, Elternzeitgesetz, ss. 207-208.
[1200] BAG 02.02.2006, - 2 AZR 596/04, NZA 2006, 678.
[1201] HWK/Gaul, s. 636.

Kanaatimizce de Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçi bakımından özel bir fesih yasağına ilişkin düzenleme yapılmalıdır. Öğretide, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin talebin gerçekleştiği süreden başlayarak hakkın kullanılmasının sonuna kadar hak sahibi işçinin iş sözleşmesinin feshi yasaklanması gerektiği belirtilmiştir[1202].

İtalya'da gebeliğin başlangıcından çocuk bir yaşına gelene kadar kural olarak kadın işçinin iş sözleşmesi feshedilemez[1203]. Ancak işyerinin kapatılması ve belirli süreli iş sözleşmesinde belirtilen sürenin sona ermesi durumunda kadın işçinin iş sözleşmesi sona erdirilebilir[1204].

Fransız hukukunda analık izninde olan kadın işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih hakkı izin süresince ve izinden sonraki on hafta boyunca sınırlıdır. Bu düzenlemenin yanı sıra, 8 Ağustos 2016 tarihli 2016-1088 sayılı *"Sosyal Diyaloğun Modernizasyonu ve Kariyerlerin Korunması"* kanunu ile Fransız İş Kodu'nda yapılan değişiklikle babanın da iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine karşın, çocuğun doğumundan sonraki on hafta boyunca korumaya alınmıştır[1205].

Fransa'da, işçinin gebeliği hakkında bilgisi olan işveren, iş sözleşmesini çok sınırlı hâllerde feshedebilir. İşçinin gebeliğinden kaynaklanmayan büyük bir kusuru ya da ciddi bir iş görme ediminin ihmalinin gerçekleşmiş olması gerekir. İşveren, ayrıca gebelik ve doğum dışı nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin devamının mümkün olmadığını kanıtlarsa sözleşmeyi feshedebilir. İşveren, işçinin gebeliği hakkında bilgisi olmaksızın iş sözleşmesini sona erdirirse, işçi iki hafta içinde doktor raporunu sunarak bu feshin yapılmamış sayılmasını sağlayabilir. Böyle bir durumda, yine yukarıdaki nedenlere dayanarak işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkündür. Doktor raporuna rağmen, işveren kadın işçiyi çalıştırmaya devam etmek istemezse, işçi analık izninin sona ermesinden sonra on haftaya kadar yani analık nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin kural olarak mümkün olmadığı süre boyunca, ücreti tutarında tazminata hak kazanır. Fesih nedeniyle, işçinin daha fazla zararı gerçekleşmişse işçi bunların tazminini de

[1202] Taşdemir, ss. 165-166.
[1203] Dolce ve Luca, s. 106; Matteis, Aldo de, Paola Accardo ve Giovanni Mammone (2011), National Labour Law Profile, Italy, ILO'dan aktaran Tünzünkan, s. 320.
[1204] Dolce ve Luca, s. 106
[1205] Kammerer ve Kirsch Roβ, s. 152.

işverenden talep edebilir[1206].

Büyük Britanya hukuk sisteminde gebelik, analık izni ve ebeveyn izni ile ilgili iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda yapılan fesihler otomatik olarak haksız işten çıkarma sayılmaktadır. Ancak gebelik ve analık hâline ilişkin izinlerle ilgili olmayan nedenlerle işveren tarafından fesih yapılması mümkündür. Ayrıca taraflar anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirebileceği gibi kadın işçi de bu süre esnasında iş sözleşmesini feshedebilir[1207].

[1206] Kammerer ve Kirsch Roβ, s.153.
[1207] Tröger ve Kirsch Roβ, s. 97.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN ANALIK

I. ULUSLARARASI NORMLARDA SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

A. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Sayılı Sözleşme'si[1208], sosyal güvenliğin temel norm ve standartlarını belirlemektedir. Sözleşme, sosyal sigortalar ve sosyal yardımlardan oluşmaktadır. 102 sayılı Sözleşme, ILO'nun sosyal güvenlik alanında kabul ettiği ilk ve en kapsamlı sözleşme olma özelliğine sahiptir. Sözleşme ile analık sigortası, sosyal güvenliğin asgari normlarından biri olarak kabul edilmiştir. Sözleşmede sağlık yardımları, hastalık ödenekleri, işsizlik, yaşlılık, iş kazası ve meslek hastalığı, analık, sakatlık, ölüm hâlleri ve aile yardımları olmak üzere dokuz risk grubu sayılmıştır. Bu Sözleşme ile geçici iş göremezlik yaratan ve bir sosyal sigorta riski olarak kabul edilen analık, uluslararası alanda da koruma altına alınmıştır.

Türkiye, Sözleşmenin 2. maddesinde öngörülen sosyal güvenlik kollarından işsizlik ve aile yardımlarına ilişkin yardımlar hariç olmak üzere, 29 Temmuz 1971 tarihli ve 1451 sayılı Kanunla Sözleşmeyi onaylamayı uygun bulmuş[1209] ve 5 Nisan 1973 tarihli ve 7/6217 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla[1210] da kabul etmiştir. Bu bağlamda, Türkiye sadece hastalık ödeneklerine ilişkin 3., ihtiyarlık yardımlarına ilişkin 5., iş kazalarıyla meslek hastalıkları hâlinde yapılacak yardımlara ilişkin 6., maluliyet yardımlarına ilişkin 9. ve ölüm yardımlarına ilişkin 10. bölümlere ait mükellefiyetleri kabul etmiştir. Sağlık yardımlarına ilişkin 2. ve analık yardımlarına ilişkin 8. bölümlere ait mükellefiyetleri ise, Sözleşmenin 3. maddesinde öngörülen yetkiye dayanılarak 9. maddesinin d fıkrası ile 48. maddenin c fıkrasındaki geçici istisna hükümlerinden yararlanmak kaydıyla onaylamıştır.

[1208] Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102), ILO Kabul Tarihi: 28.06.1952, Yürürlük Tarihi:27.05.1955, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102, (ET. 30.05.2018).

[1209] RG.: 10.08.1971, S.: 13922.

[1210] RG.: 09.06.1973, S.: 14559.

102 Sayılı Sözleşme'de gebelik ve doğum, sağlık yardımı yapılacak bir hâl olarak kabul edilmiştir (md. 8). Bu bağlamda, Sözleşmede analık yardımlarına yer verilmiştir. Sözleşmenin 47. maddesinde gebelik, doğum ve bunların doğurduğu sonuçlarla kazancın geçici olarak durduğu kabul edilmiş ve bu durumların analık yardımı yapılacak hâller olduğu belirtilmiştir.

Sözleşmede, analık yardımı kapsamında kimlerin korunacağı da düzenlenmiştir. Bütün işçi ve hizmetlilerin yüzde ellisinden az olmamak üzere, mevzuatla tayin olunan işçi ve hizmetli kategorileri içindeki kadınlarla analık, sağlık yardımlarına taallük eden hususlarda, bu kategorilere dâhil erkeklerin eşleri veya bütün mukimlerin %20 sinden az olmamak üzere mevzuatla tayin olunan faal nüfus kategorileri içindeki kadınlarla, analık sağlık yardımlarına taallük eden hususlarda bu kategorilere dâhil erkeklerin eşleri veya Sözleşmenin 3. maddesine göre bir beyanın yapılmış olması hâlinde en az yirmi kişi çalıştıran sınai işyerlerindeki işçi ve hizmetlilerin yüzde ellisinden az olmamak üzere mevzuatla tayin olunan işçi ve hizmetli kategorilerine dâhil kadınlar ile, analık sağlık yardımlarına taallük eden hususlarda bu kategorilere dâhil erkeklerin eşleri analık yardımı kapsamında korunan kişilerdir (md. 48).

Sözleşmeye göre gebelik, doğum ve bu hâllere bağlı olarak ortaya çıkan hastalık hâlinde asgari düzeyde yapılacak yardımlar doğumdan önce, doğum esnasında ve doğumdan sonra hekim veya diplomalı ebe tarafından yapılan muayene ve tedaviler ile gereken hâllerde bir hastaneye yatırmadır (md. 49). Bununla birlikte, Sözleşmenin 50. maddesinde, gebelik, doğum ve bunlardan ileri gelen hastalık nedeniyle meydana gelen iş göremezlik hâlinde geçici iş göremezlik ödeneği ödeneceği ve bu ödemenin periyodik olarak yapılacağı, ayrıca periyodik ödemelerin miktarı vak'anın devam ettiği süre içinde değişebileceği belirtilmiştir. Periyodik ödemeler on iki hafta ile sınırlanabilir, ancak Sözleşmenin 49. ve 50. maddesinde düzenlenen diğer yardımlar, yardımı gerektiren olayın devamı boyunca yapılmalıdır (md. 52). Sözleşmeyi onaylayan devletler, milli mevzuatlarında gebelik ve doğum nedeniyle işten ayrı kalma hâlini Sözleşmedeki düzenlemeye göre, daha uzun devam edeceğine dair hüküm bulunması durumunda periyodik ödemelerin süresi mevzuatta belirtilen süreden daha kısa olmaz (md. 52).

B. Avrupa Birliği Belgelerinde

1. Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkekler Arasında İşlem Eşitliği İlkesinin Aşamalı Olarak Uygulamaya Konulmasına İlişkin 79/7/EEC Sayılı Konsey Direktifi

79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkekler Arasında İşlem Eşitliği İlkesinin Aşamalı Olarak Uygulamaya Konulmasına yönelik olarak çıkarılan Direktifin amacı[1211], sosyal güvenlik alanında ve Direktifin 3. maddesinde öngörülen sosyal korumanın diğer sosyal güvenlikle ilgili konularda kadınlar ve erkekler arasındaki eşit davranma ilkesinin kademeli olarak uygulamasıdır (md. 1). Bu Direktif, üye devletlerin zorunlu sosyal güvenlik planlarına uygulanmaktadır.

Direktifin 4. maddesinde, eşit davranma ilkesine yer verilmiştir. Maddeye göre eşit davranma ilkesi, özellikle planların uygulama alanı ve bunlara giriş koşulları, prim ödeme yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması, eşe ve bakmakla yükümlü olunan kişilere ilişkin olan tamamlayıcı yardımlar ve yardımlardan yararlanma hakkının süresine ve korunmasına ilişkin koşullar dâhil olmak üzere yardımların hesaplanması konularında, özellikle evlilik veya aile durumuna dayanarak, doğrudan ya da dolaylı şekilde cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanması olarak tanımlanmıştır (md.4/1). Maddede, kadının analık hâli nedeniyle korunmasına ilişkin özel düzenlemelerin eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği de hükme bağlanmıştır (md. 4/2).

Çocuklarını yetiştirmek amacıyla iş yaşamını sonlandıran kadınlar, Direktifin kapsamı dışında tutulabilir. Direktifin 7. maddesine göre üye devletler, yaşlılık ve emeklilik aylığı almaya esas olacak yaşın, aylık ve diğer yardım miktarlarının belirlenmesi, çocuk büyüten kişilere yaşlılık planlarında avantaj sağlanması, çocuk yetiştirme nedeniyle çalışmaya ara verilmesini takiben yardımlara hak kazanılması, bağımlı evli kadın için uzun dönemli maluliyet, iş kazaları ve meslek hastalıkları gelirlerinde artış görülmesi, bu Direktifin yürürlüğe girmesinden önce yasalarda öngörülen sosyal güvenlik haklarına tabi olup olmama hususunda kullanılan seçimlik

[1211] Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 6, 10.1.1979.

hakkın sonuçları konularındaki ulusal düzenlemelerini Direktif kapsamı dışında tutabilirler. Bu kadınlar, ancak iş aradıkları sırada Direktifin 3. maddesinde belirtilen risklere maruz kalırlarsa Direktif kapsamına dâhil olurlar[1212]. Avrupa Birliği Adalet Divanı vermiş olduğu bir kararında, çocuklarını yetiştirmek için çalışmaya ara veren kadınların sosyal yardımlara hak kazanmasına ilişkin düzenlemelerin üye devletlere bırakıldığını belirtmiştir[1213].

2. 86/378/EEC sayılı Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi ile Bu Direktifi Değiştiren 96/97/EC Sayılı Direktif

79/7/EEC sayılı Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkekler Arasında İşlem Eşitliği İlkesinin Aşamalı Olarak Uygulamaya Konulmasına İlişkin Direktif'ten farklı olarak 86/378/EEC sayılı Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif[1214] özel sosyal güvenlik planlarında uygulanmaktadır. 86/378 sayılı Direktif ile zorunlu sosyal güvenlik planı açısından kabul edilen ve geçerli olan ilkeler, özel sosyal güvenlik planları açısından da uygulama alanı bulmuştur[1215].

Direktifin kişi bakımından kapsamı bağımsız çalışanlar, faaliyetleri bir hastalık, analık, kaza veya irade dışı işsizlik nedeniyle kesintiye uğrayan işsizler ve iş arayan kimseler dâhil aktif nüfus, emekli çalışanlar ve malul çalışanlar olarak belirlenmiştir (md. 3).

Direktifte eşit davranma ilkesi 79/7 sayılı Direktif'e benzer şekilde tanımlanmıştır. Direktife göre, özellikle sosyal güvenlik planlarının uygulama alanı ve bunlara giriş koşulları, prim ödeme yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması, eşe ve bakmakla yükümlü olunan kişilere ilişkin olarak tamamlayıcı yardımlar ve yardımlardan yararlanma hakkının süresine ve korunmasına ilişkin koşullar dâhil

---

[1212] Barış Faruk Mutlay, **Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 89.
[1213] CJEU, Johnson v Chıef Adjudıcatıon Officer, 11.07.1991, C-31/90, http://swarb.co.uk/johnson-v-chief-adjudication-officer-ecj-11-jul-1991, (ET. 31.05.2018).
[1214] Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 225, 12.08.1986.
[1215] Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 109.

olmak üzere yardımların hesaplanması konularında, kişilerin özellikle medeni ve ailevi durumlarına bağlı olarak doğrudan ya da dolaylı şekilde cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanması olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Direktifte yer alan hükümlerin, kadınların analık hâlinde korunmalarına ilişkin hükümlere etki etmemesi de kararlaştırılmıştır (md. 5).

86/378 sayılı Direktifte 20.12.1996 tarih ve 96/97 sayılı Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkek İçin Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair Direktif[1216] ile değişiklik yapılmıştır. 86/378 sayılı Direktifin kadın ve erkekler için farklı emeklilik yaşı belirlenebileceğine dair düzenlemesi 96/97 sayılı Diektif ile değiştirilmiş ve özel sosual güvenlik planlarında kadın ve erkek için aynı emeklilik yaşı getirilmiştir.

C. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin sosyal güvenliği daha yüksek bir düzeye ulaştırmalarını özendirmek amacıyla 16 Nisan 1964 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü İşbirliği ile Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu imzalanmış[1217] ve 17 Mart 1968 yılında yürürlüğe girmiştir. ILO'nun 102 sayılı Sözleşmesi esas alınarak hazırlanan ve 1964 tarihinde kabul edilen Kodu, Türkiye 4. ve 7. bölümleri hariç[1218], 13 Mayıs 1964 tarihinde imzalamıştır. Ülkemiz 21 Eylül 1978 tarihli ve 2170 sayılı Kanunla Kod'un onaylanmasını uygun bulmuş ve 28 Şubat 1979 tarihli, 7/17346 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla da kabul etmiştir[1219]. Kod, Türkiye açısından 8 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu ile birlikte aynı tarihte Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu Protokolü imzalanmıştır[1220]. Türkiye yine aynı tarihte kabul edilen Ek Protokol'ü, 13 Mayıs 1964 tarihinde imzalamış ama halen onaylamamıştır.

[1216] Council Directive 96/97/EC of 20 December 1996 amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 46, 17/2/1997.
[1217] http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/048.htm (ET. 15.06.2018).
[1218] İşsizlik ve aile yardımına ilişkin bölümler.
[1219] RG.: 29.09.1978, S.: 16419, RG.: 23.07.1979, S.: 16705.
[1220] http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/048A.htm (ET. 15.06.2018).

Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu sosyal güvenliğin *"çekirdek"* yapısı olarak kabul edilen sağlık (tıbbi tedaviler), hastalık, işsizlik, yaşlılık, iş kazaları ve meslek hastalıkları, aile yükleri, analık, maluliyet ve ölüm risklerinden ibaret olan dokuz sosyal sigorta koluna ilişkin düzenlemeler içermektedir. Kodda yer alan düzenlemeler, ILO'nun 102 sayılı Sözleşmesiyle hemen hemen örtüşmektedir. Kodun başlangıç bölümünde, Avrupa Konseyi'nin sosyal programının hedeflerinden birinin, üye devletlerin sosyal güvenlik sistemlerinin geliştirilmesi ve ILO'nun 102 sayılı Sözleşmesi'nin sağladığı korumadan daha yüksek düzeyde bir korumanın sağlanması olduğu ifade edilmektedir. Bu sayede, üye ülkeler açısından sosyal güvenliğin kapsamının daha da genişletilmesi hedeflenmektedir[1221].

Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu' nun 2. bölümünde sağlık yardımlarına yer verilmiş ve gebelik, doğum ve bunların doğurduğu sonuçlar, sağlık yardımı yapılması gereken durumlar olarak kabul edilmiştir (md. 8). Analık hâlinde yapılacak yardımlar en azından doğumdan önce, doğum sırasında ve doğumdan sonra bir hekim veya diplomalı ebe tarafından yapılan muayene ve tedavileri, ayrıca gerekli hâllerde hastaneye yatırılarak yapılan tedavileri karşılamalıdır (md. 10/1). Ayrıca analığa ilişkin sağlık yardımlarını sağlamakla görevli devlet daireleri veya kurumlar, korunan kadınları kamu daireleri veya bu dairelerce tanınmış diğer kuruluşlar tarafından emirlerine hazır bulundurulan genel sağlık hizmetlerinden yararlanmaları için uygun görülebilecek her türlü araçlarla teşvik etmelidirler.

Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu' nun 8. bölümünde, analık yardımlarına yer verilmiştir. Bu bölümde de gebelik ve doğum ile bunların doğurduğu sonuçlar ve milli mevzuatla tayin edildiği biçimde kazancın kesilmesi hâlleri analık hâlinde yardım edilmesi gereken hâl olarak kabul edilir (md. 47). Bu bölümde, analık hâli nedeniyle yardım edilecek kişilerin kimler olduğuna yer verilmiştir. Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu' nun 48. maddesindeki düzenlemeye göre, bütün işçilerin yüzde ellisinden az olmamak üzere mevzuatla tayin edilen işçi sınıfına dâhil bütün kadınlarla, analık sağlık yardımı bakımından, bu sınıfa dâhil erkek işçilerin eşleri veya ülkede oturanların yüzde yirmisinden az olmamak üzere mevzuatla tayin edilen çalışan nüfus içindeki bütün kadınlarla, analık sağlık yardımı bakımından bu sınıfa dâhil erkeklerin eşleri Kodda belirtilen analık yardımlarından yararlanır.

[1221] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 39.

Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu' nun 50. maddesinde gebelik, doğum ve bunlardan ileri gelen rahatsızlıklar sonucu kazancın kesilmiş olması hâlinde yapılacak yardımın Kodun 65. ve 66. maddedeki esaslara uygun olarak hesaplanacak periyodik ödeme biçiminde olacağı belirtilmiştir. Yapılan periyodik ödemenin miktarı yardım yapılması gerektiren hâlin devam ettiği süre içinde değişebilir. Ancak ortalama yardım miktarının ilgili maddelerde belirtilen esaslara göre hesap edilen miktara uygun olması şarttır. Kodda, analık hâline ilişkin olarak yer alan yardımlar, yardım yapılmasını gerektiren hâlin devamı süresince sağlanmalıdır. Ancak periyodik ödemeler on iki hafta ile sınırlandırılabilir. Üye devletlerin milli mevzuatlarında analık hâli nedeniyle işten ayrı kalma hâlinin daha uzun bir süre devam etmesi gerektiğine veya devam edebileceğine ilişkin bir hüküm bulunduğu takdirde, periyodik ödemelerin süresi bu süreden daha kısa olamaz (md. 52).

II. TÜRK HUKUKUNDA ANALIĞIN SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA ETKİLERİ

Anayasa'nın 2. maddesi gereği, Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir. Bu nedenle de devlet, vatandaşlarının sosyal ve ekonomik durumlarıyla ilgilenmek ve onlara asgari bir yaşam düzeyi sağlamakla görevlidir[1222]. Türkiye Cumhuriyeti'nde, herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu hakkı sağlayacak gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmakla yükümlüdür (AY. md. 60) . Sosyal güvenlik hukukunun temelini oluşturan sosyal güvenlik hakkı, bir insan hakkı olarak kişiye insan onuruna yaraşan bir yaşam düzeyi sağlamak için gereken önlemlerin tümünü kapsamaktadır.

Sosyal sigorta tekniğinde amaç, sosyal risklerin bireyler üzerindeki olumsuz etkilerini gidermektir[1223]. Bu amaç iş kazası, hastalık, analık, yaşlılık, işsizlik gibi kazançların elde edilmesini ya da kullanımını etkileyen sosyal risklerde, bireylere bunlara karşı ekonomik bir güvence sağlama şeklinde belirginleşir. Kadın sigortalının analık hâlindeyken korunması sosyal güvenlik hakkının ve sosyal devlet olmanın bir gereğidir.

[1222]Şebnem Gökçeoğlu, **Sosyal Güvenlik Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1994, s. 106.
[1223] Kabakçı, s. 59.

Kadın sigortalı gebelikte, doğum sırasında ve doğum sonrasında bazı risklerle karşılaşabilir ve hatta bu riskler bazı durumlarda sigortalının ölümüyle de sonuçlanabilir. Bu nedenle de annenin ve bebeğin bu risklere karşı korunması gerekmektedir. Türk sosyal güvenlik sisteminde, anne olan kadın sigortalıya özgü başta analık sigortası olmak üzere erken emeklilik, yardımcı üreme yöntemlerinden yararlanma ve doğum borçlanması gibi hakların dışında bazı sosyal yardım ve sosyal hizmetlerden yararlanma imkânı tanınmıştır.

A. Kısa Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Gebe ve Anne Olan Kadın İşçilerin Korunması

1. İş Kazası Sigortası

a. Analık Hâlinde İş Kazasına Uğrayan Kadın İşçinin Korunması

5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde iş kazasının tanımı yapılmamış, hangi hâllerde meydana gelen kazaların iş kazası olarak kabul edileceği belirtilmiştir. İş kazası, işçinin işyerinde veya işverenin otoritesi altında bir yerde bulunduğu sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla ani ve harici bir şekilde meydana gelen ve sigortalıyı bedenen ve ruhen zarara uğratan olay olarak tanımlanabilir[1224].

5510 sayılı Kanunun 13. maddesine göre iş kazası,

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

[1224] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 349; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 378; Ali Nazım Sözer, "Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Uygulanması", Prof**. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, (İş Kazası), s. 1894; Savaş Taşkent, "İş Kazası Kavramı", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, (İş Kazası), s. 1951; Müjdat Şakar, **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, (Sosyal Sigortalar Uygulaması), ss. 196-197; M. Refik Korkusuz ve Suat Uğur, Sosyal **Güvenlik Hukuku**, Son Mevzuata Göre Geliştirilerek Güncellenmiş 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 286.

d) 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.

Maddedeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bendi kapsamında olan kişilerin uğradıkları kazalar belirli durumlarda iş kazası sayılmaktadır. Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamında olan kişiler, kısa vadeli sigorta kollarından yararlanmadıkları için Kanunda yer alan iş kazasına ilişkin hükümlerden yararlanamazlar.

Maddede, emziren annelerin süt izni esnasında uğradıkları kazanın iş kazası sayılacağına ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak unutmamak gerekir ki, analık hâlinde olan bir kadın sigortalının maddenin diğer bentleri kapsamına giren bir kazaya uğraması durumu da iş kazası olarak kabul edilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, gebe olan sigortalı işyerinde geçirdiği bir iş kazası sonucunda çocuğunu düşürürse, sosyal sigortalar hukukunun koruyucu felsefesi ve iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasının sigortalılar açısından biraz daha avantajlı olduğu göz önüne tutulduğunda, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına ilişkin hükümler dikkate alınmalıdır[1225].

b. Süt İzni Esnasında Kadın İşçinin İş Kazasına Uğraması

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre sigortalı olan kadına İş Kanunu gereğince bir yaşından küçük çocuklarını emzirmesi için tanınan bir buçuk saatlik süt izni süresi (İş K md. 74/7) içinde meydana gelen, meydana geldiği anda ya da sonradan sigortalıyı bedenen ya da ruhen özre uğratan olay iş kazası sayılmaktadır (SSGSSK md. 13/1-d)[1226]. Kanunda bu düzenlemeye yer verilmeseydi de kanaatimizce işveren tarafından verilmesi zorunlu olan süt izni

[1225] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 450.

[1226] 5510 sayılı Kanunun 4/1- b bendi kapsamında olan kadın sigortalının çocuklarına süt vermeleri sırasında meydana gelen kazalar, iş kazası sayılmamaktadır.

süresi, İş Kanunu'nun 66. maddesinin e bendi gereğince çalışma süresinden sayıldığı için bu izin esnasında meydan gelen kazaların iş kazası sayılması gerekecekti (İş K. md. 74/7). 5510 sayılı Kanunun 13. maddesindeki düzenlemeyle birlikte, bu konuya ilişkin uygulamada yaşanabilecek tereddüt ortadan kaldırılmış oldu.

Kanundaki düzenlemeye göre, emziren kadın sigortalının uğradığı kazanın iş kazası sayılması bakımından kazanın nerede, ne şekilde ve neden meydana geldiğinin kural olarak herhangi bir önemi bulunmamaktadır[1227]. Kazanın işyerinde meydana gelip gelmemesi de önemli değildir. Bu sebeple, sadece işyerinde emzirme odasında çocuğun emzirilmesi hâlinde değil, Kanunda belirtilen süt izni süresince işyeri dışında çocuğunu emzirmek amacıyla eve veya kreşe gidip gelirken ya da bu yerlerde meydana gelen tüm kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir[1228]. Örneğin, her ne kadar süt izninin kullanılması amacına uygun düşmese de uygulamada işe geç gelerek bu izni kullanan işçinin, mesai başladığı saatten itibaren evde ya da yolda uğramış olduğu kaza, iş kazası sayılacaktır[1229].

Kazanın, iş kazası olarak kabul edilmesi için kaza sırasında sigortalının çocuğu fillen emziyor olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır[1230]. Önemli olan kazanın emzirmeye ayrılan zaman dilimi içinde gerçekleşmiş olmasıdır[1231]. Süt izni esnasında evde çocuğunu emziren kadın işçinin evinde doğalgaz patlaması sonucunda vefat etmesi durumu, iş kazası olarak kabul

---

[1227]Nurşen Caniklioğlu, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt 3, 2006, (Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın), s. 388; Ebru Pakin Akın, **Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği**, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, s. 38.

[1228] Taşkent, İş Kazası, s. 1962; Yusuf Alper, **Sosyal Sigortalar Hukuku**, Dora Yayıncılık, Güncellenmiş 9. Baskı, Bursa 2018, ss. 267-268; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 345; Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın, s. 388; Sözer, İş Kazası, s. 1907; Canbolat, s. 21; Alper, ss. 267-268; Özgür Oğuz ve Tuğçe Arslanpınar, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Kadın Çalışanlara İlişkin Düzenlemeler", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 54, 2017, s. 769; YHGK 10.6.1983, 328/652 , *"İki saat emzirme (süt) izni verilen sigortalı, bu izin süresi içinde işyerine gelmek üzere yolda karşıdan karşıya geçerken davalının kullandığı motorlu taşıtın çarpması sonucu vefat etmiştir. İş K. 62'ye göre, "emzikli kadın işçilerin çocuklarına süt vermek için belirtilen süreler", iş süresinden sayılır ve iş süresinden sayılan zaman içerisinde işyerine gelirken uğranılan kaza da iş kazasıdır. Nitekim SSK.11/A-a,d hükmü de "emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda meydana gelen sigorta olaylarının iş kazası sayılacağını belirtmiş bulunmaktadır. Her iki kanun hükmü, insani düşüncelerle kabul edilmiş, sosyal içerikli, işçileri koruyan ve aslında çalışma yok iken varsayan, farazi çalışmayı öngören kurallar olduğu ortadadır."* Mustafa Çenberci, **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s. 121; Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın, s. 388.

[1229] Sözer, İş Kazası, s. 1907; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 345; Canbolat, s. 21.

[1230] Levent Akın, **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, (Maddi Tazminat), s. 34; Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın, ss. 388-389.

[1231]Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın, s. 389; Akın, Maddi Tazminat, s. 34; Pakin Akın, s. 38; Canbolat, s. 21; Oğuz ve Arslanpınar, s. 767.

edilmelidir.

Öğretide süt izninin amacı dışında kullanılıyor olması durumunda, izin esnasında meydana gelen kazanın iş kazası sayılmayacağı belirtilmektedir[1232]. Kanunda, süt izni esnasında uğranılan kazanın iş kazası olduğu belirtilmekle yetinilmiş ve herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu sebeple, süt izninde olan kadın işçinin hayatın olağan akışı nedeniyle gerçekleştirdiği alışveriş yapma, yemek pişirme gibi diğer faaliyetleri esnasında geçirdiği kazalar da iş kazası olarak kabul edilmelidir. Bir kadının süt izni boyunca sürekli çocuğunu emzirmesi beklenemez. Bu çerçevede, eve gelir gelmez çocuğunu emziren ve daha sonra yemek hazırlayan kadının yemek pişirirken kolunu yakması iş kazası sayılmalıdır[1233].

Süt izninin amacı ile bağdaşmayan durumlarda meydana gelen kazalar, iş kazası sayılmamalıdır. Örneğin, çocuğu emmeyen kadın sigortalı süt izninde çocuğuna süt sağmış, sütü içirmesi için bakıcıya teslim etmiş ve izin esnasında alışveriş yaparken bir kaza geçirmişse, bu kaza iş kazası sayılmamalıdır. Zira izindeki amaç, aynı zamanda çocuk ile annenin vakit geçirmesidir. Oysa, vermiş olduğumuz örnekte, sigortalı kadın hiçbir şekilde çocuğu ile vakit geçirmemiş ve izni amacı dışında kullanmıştır. Ancak süt izni esnasında sigortalı kadın eve gittiği esnada manavdan alışveriş yaparken bir kazaya uğrarsa, bu kaza iş kazası sayılmalıdır[1234]. Zira burada tam olarak süt izninin amacı dışında kullanıldığı söylenemez.

Kadın işçinin işyerinde emzirme odasında uğradığı kaza, süt izni esnasında meydana gelsin ya da gelmesin emzirme odaları işyerinden sayıldığı (İş K. md. 2) için, 5510 sayılı Kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında iş kazası sayılacaktır[1235]. Bir kazanın işyerinde veya işyeri dışında meydana gelmesi, kolluk kuvvetlerine ve Kuruma bildirim süresi açısından önemlidir. Kural olarak, meydana gelen iş kazası işveren tarafından o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal ve Kuruma da en geç kazadan sonraki üç iş günü içinde bildirilmelidir (SSGSSK md. 13/2-a). İş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi durumunda ise, işverenin Kuruma ve kolluk kuvvetlerine bildirme süresi iş kazasının öğrenildiği

[1232] Reşat Atabek, **İş Kazası ve Sigortası**, Erdini Basım ve Yayınevi, İstanbul 1978, (İş Kazası), s. 65; Sözer, İş Kazası, s. 1908; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 345.
[1233] Canbolat, s. 21.
[1234] Aynı yönde görüş için bkz., Canbolat, s. 21.
[1235] Atabek, İş Kazası, s. 65; Taşkent, İş Kazası, s. 1962; Pakin Akın, s. 38; Mutlay, s. 227.

tarihten itibaren başlar (SSGSSK md. 13/2-c).

Kanunda analık izninde meydana gelen kazaların iş kazası olarak kabul edileceğine ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu izin boyunca kadın sigortalı iş hayatına devam etmemekte, işyerinde bulunmamakta ve iş sözleşmesi askıda kalmaktadır. Bu nedenle, analık izni esnasında meydana gelen kazalar, iş kazası olarak kabul edilmemektedir.

Alman Sosyal Kanunu'nun Kanuni Kaza Sigortası başlıklı 7. kitabının (Siebtes Buch Sozialgesetzbuch, Gesetzliche Unfallversicherung - SGB VII) § 8. hükmünde, iş kazası kavramı geniş bir şekilde ele alınmış ve iş kazası kavramının kapsamı belirtilmiştir. Alman Sosyal Kanunu'nun 7. kitabında yer alan düzenlemeye göre, bir sigortalının Kanunda açıkça belirtilen bir sigortalılık faaliyetinden doğan kaza, iş kazasını ifade etmektedir. Kanunda nelerin iş kazası olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Hükme göre, iş kazası için öncelikle somut bir sigortalılık faaliyeti mevcut olmalıdır (SGB 7, § 8/1). Sigortalılık faaliyeti, sadece bizzat meslekten doğan faaliyetleri değil; sigortalılık faaliyetiyle bağlantılı olarak faaliyetin görüleceği yere gidiş gelişleri ve çocukların gözetimi ile bağlantılı olarak yaşanan yol kazalarını da içermektedir (SGB 7, § 8/2).

c. İş Kazasına Uğrayan Sigortalıya Yapılan Yardımlar

(1) Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Sağlanan Sağlık Yardımları

İş kazasına uğrayan kadın sigortalıya yapılan sağlık yardımları, genel sağlık sigortası kapsamından karşılanmaktadır. İş kazası sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hâllerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla, hangi hizmetlerin Kurum tarafından karşılanacağı 5510 sayılı Kanunun 63. maddesinde düzenlenmiştir. Kadın sigortalıya, genel sağlık sigortası kapsamında sağlanan sağlık yardımlarını ilerleyen bölümlerde ayrı bir başlık altında ele alacağız.

(2) Parasal Yardımlar

(i) Geçici İş Göremezlik Ödeneği

İş kazası sonucunda geçici bir süre çalışamayacağı doktor raporuyla tespit edilen sigortalıya çalışamadığı her gün için Kurum tarafından geçici iş göremezlik ödeneği ödenir[1236]. Bu ödenek, uğramış olduğu iş kazası nedeniyle çalışamayan ve ücret gelirinden yoksun kalan kadın sigortalının, gelir kaybını telafi etme, başka bir ifadeyle ekonomik güvencesini sağlamaya yöneliktir[1237]. Bu itibarla ödenek, geçici olarak iş göremezlik hâlinin başladığı tarihten sigortalının yeniden çalışabilir duruma geleceği tarihe kadar geçen süre içinde verilir[1238].

5510 sayılı Kanunda kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin olarak ödenmesi öngörülen geçici iş göremezlik ödeneğinin koşulları ve kapsamı iş göremezliğin kaynaklandığı sosyal riske göre farklılık arz etmektedir. Kanunun 18. maddesine göre, iş kazası uğrayan sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmesi için belirli bir süre çalışması ve prim ödemesi şart değildir[1239]. Buna karşılık, analık sigortası kapsamında geçici iş göremezliğe hak kazanabilmek için belirli bir süre sigortalı olma ve prim ödeme koşulu aranmaktadır[1240]. Bu nedenle de ilk defa işe başlayan ve işe başladığı gün iş kazasına uğrayan kadın sigortalı geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacaktır[1241].

Kanunda geçici iş göremezlik ödeneğin miktarında iki ayrım öngörülmüştür. Yatarak tedavilerde, Kanunun ilgili hükmüne göre hesaplanacak günlük kazancın yarısı, ayakta tedavilerde ise üçte ikisi kadın sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği olarak ödenecektir (SSGSSK md. 18/3).

[1236] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 378; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 410; Arıcı, Kadir: **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, (Sosyal Güvenlik Hukuku), s. 348; Şakar, Sosyal Sigorta Uygulaması, s. 205; Korkusuz ve Uğur, s. 295.

[1237] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 378; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 410; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 205.

[1238] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 382; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 410.

[1239] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 379; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 205; Korkusuz ve Uğur, s. 296.

[1240] Bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 3, c, (2), (i).

[1241] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 379; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 410.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin hesaplanması açısından, günlük kazancın belirlenmesi ve hangi dönem kazançlarının dikkate alınacağı önem taşımaktadır. Analık hâli nedeniyle ödenecek olan geçici iş göremezlik ödeneği için de günlük kazancın hesaplanma yöntemi aynı esaslara tabidir. Bu nedenle de bu konu analık hâlinde ödenmesi gereken geçici iş göremezliği ödeneği başlığı altında detaylı bir şekilde ele alınmıştır[1242].

(ii) Sürekli İş Göremezlik Geliri

İş kazası meydana gelmesi durumunda, Kurum tarafından sağlanan parasal nitelikteki bir diğer yardım sürekli iş göremezlik geliridir (SSGSSK md. 16). Kurum tarafından yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları tarafından yapılan tedaviye rağmen sigortalı, Kanunun ilgili hükümde yer alan %10 oranından az olmayacak şekilde meslekte kazanma gücünü yitirmişse ve bu durum ilgili sağlık kurulu tarafından verilen raporlara istinaden Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilirse, sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanır (SSGSSK md. 19/1). Kadın sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması için sigortalının sürekli iş göremez hâle gelmiş olması gerekir. Sürekli iş göremezlik hâli, sigortalının uğramış olduğu iş kazası sonucunda meydana gelen hastalık ve engeller nedeniyle, mesleğinde hiç çalışamayacak ölçüde kazanma gücünü tümden yitirmiş olmasını ya da mesleğinde çalışmasını sürdürebilmekle birlikte, kazanma gücünün en az %10 azalmış olmasını ifade eder (SSİY md. 41/7)[1243].

İş kazasına uğrayan kadın sigortalı, meslekte kazanma gücünü tamamen kaybetmişse, sürekli ve tam iş göremezlik hâli ortaya çıkar. Meslekte kazanma gücü %10'dan fazla %100'den az olacak şekilde kaybedilmişse, sürekli ve kısmi iş göremezlik hâli ortaya çıkar (SSİY md. 41/7). Sürekli iş göremezlik hâlinin kısmi ve tam olmasına göre kadın sigortalıya ödenecek olan sürekli iş göremezlik geliri miktarı değişiklik göstermektedir. Başka bir ifadeyle; sigortalıya ödenecek olan sürekli iş göremezlik geliri, sigortalının meslekte kazanma gücünün kayıp oranına göre hesaplanır (SSGSSK md. 19).

[1242] Bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 3, d, (2), (iii).

[1243] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 386; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 411; Korkusuz ve Uğur, s. 297.

Uğramış olduğu iş kazası sonucunda meslekte kazanma gücünü tamamen kaybetmiş olan sigortalı kadın, Kanunun 17. maddesi uyarınca hesaplanan aylık kazancının %70'i oranında sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanır. Kaza sonucunda sigortalı başkasının sürekli bakımına muhtaç hâle gelirse, aylık kazancının %100'ü oranında sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanır (SSGSSK md. 19/3).

Kadın sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması için sigortalının çalıştığı işinden ayrılması gerekli değildir (SSİY md. 41/3). Bu nedenle de sürekli iş göremezlik geliri almakta olan kadın sigortalı, sağlık durumu elverişliyse çalışmaya devam edebilir[1244]. Sürekli iş göremezlik geliri, geçici iş göremezlik ödeneğinin sona erdiği tarihi takip eden aybaşından itibaren ödenir. Eğer kadın sigortalı, geçici iş göremezlik hâli tespit edilmeden sürekli iş göremezlik durumuna girmişse, bu duruma ait sağlık kurulu rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren sürekli iş göremezlik geliri ödenir (SSGSSK md. 19/8).

İş kazasına uğrayan kadın sigortalının, doktor tarafından bildirilen önlemlere uymaması ve yapılan önerileri dikkate almaması sürekli iş göremezlik gelirini olumsuz etkilemektedir. Ceza sorumluluğu olmayanlar ile kabul edilebilir bir mazereti olanlar hariç, sigortalının iş kazası nedeniyle hekimin bildirdiği tedbir ve tavsiyelere uymaması sonucu tedavi süresinin uzamasına, iş göremezlik oranının artmasına veya malul kalmasına neden olması hâlinde, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak sürekli iş göremezlik gelirinin dörtte birine kadarı Kurum tarafından eksiltilir (SSGSSK md. 22/1, a).

2. Hastalık Sigortası

a. Genel Olarak

5510 sayılı Kanunda hastalık, sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlık hâli olarak tanımlanmaktadır (SSGSSK md. 15/1). Hastalık sigortasında bireyler hastalık riskine karşı

[1244] Ali Rıza Okur, "Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, (Çalışmanın Etkisi), s. 2147; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 370; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 411.

korunmaktadır. Bu sigorta Kanunda kısa vadeli sigorta kolu olarak düzenlenmiştir[1245]. Biz bu başlık altında genel olarak hastalık sigortasına ilişkin açıklamalar yapmak yerine kadın sigortalının analığı ve hastalık sigortası arasındaki ilişkiye yer verdik.

b. Hastalık Sigortası ve Analık Sigortası İlişkisi

5510 sayılı Kanunda analık sigortası, hastalık sigortasından ayrı bir sigorta kolu olarak düzenlenmiştir. Zira analık hâli kişide iş göremezliğe neden olmakla birlikte, gebelik kadın bedeninin doğal bir işlevi ve tıbben hastalık kavramına girecek anormal bir bedensel rahatsız teşkil etmemektedir[1246]. Bununla birlikte, gebelik alışılmış ölçüyü aşan özel bir rahatsızlığa neden olursa, doğacak işgöremezlik ve/veya tedavi gerekliliği nedeniyle bir hastalığın varlığı kabul edilir[1247].

Bazı durumlarda hastalık ve analık olguları bir arada bulunabilir. 5510 sayılı Kanundaki düzenlemeye göre, *"……gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri analık hali kabul edilir (SSGSSK md. 15/2)."* Bu düzenlemeden kadın sigortalının gebeliğinin başlaması ve İş Kanunu'nun 74. maddesine göre analık izni kullanması gereken süreye kadar olan dönemde de analık hâline bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik hâllerinde de geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanması sonucuna ulaşılması gerekirken Kanunun 18. maddesindeki düzenleme buna engel olmuştur[1248]. Maddede yer alan düzenlemeye göre, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilâve edilerek çalışmadığı her gün için kadın sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ödenir. Gebelik ile analık izni arasında kalan dönemde, analık hâli nedeniyle meydana gelen geçici iş göremezlik hâli sonucunda kadın sigortalının mağdur olmaması nedeniyle hastalık sigortası kapsamından geçici iş göremezlik ödeneği

[1245] Hastalık sigortası hakkında daha geniş bilgi için bkz., Güzel, Okur ve Caniklioğlu, ss. 427-440; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 232-243; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 437-447; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, ss. 223-228; Korkusuz ve Uğur, s. 300-302.

[1246] Ali Nazım Sözer, Hasta İşçinin İş İlişkisi, İzmir 1981, **https://asozer.yasar.edu.tr/.../HASTA%20 ISCININ%20IS%20ILISKISI%20DOKTORA%..**, (İş İlişkisi) s. 11; Saraç, Hastalık Sigortası, s. 22.

[1247] Sözer, İş İlişkisi, s.11; Saraç, Hastalık Sigortası, s. 24.

[1248] Kanunun 18. maddesinde, geçici iş göremezlik ödeneğinin adil olamayan bir şekilde sınırlandığına dair görüş için bkz., Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 247.

ödenmesi gerektiği öğretide bir çözüm olarak ileri sürülmektedir[1249]. Fakat bu görüş, analık hâli nedeniyle meydana gelen bir geçici iş göremezlik hâlinin, hastalık sigortası kapsamında değerlendirilmesi gerekçesi ile eleştirilmektedir[1250]. Ayrıca sigortalının hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmesi için en az üç günlük istirahat raporuna sahip olması gerekmektedir. Kadın işçinin söz konusu dönemde analık hâli nedeniyle üç günü bulmayan istirahat raporları için kadın sigortalıya hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği ödenmeyecektir[1251].

Öğretideki başka bir görüş, gebeliğin başladığı andan itibaren doğumdan sonra sekiz ya da çoğul gebelik hâlinde on haftalık süre boyunca analık hâli nedeniyle meydana gelen rahatsızlıkların analık sigortasından karşılanması gerektiği[1252], hatta sekiz haftalık, çoğul gebelikte on haftalık sürenin sona ermesi hâlinde dahi rahatsızlık durumu doğumdan kaynaklıysa; diğer bir ifadeyle, doğum ile hastalık ve rahatsızlık arasında illiyet bağı varsa gerekli yardımlar analık sigortasından karşılanması gerektiği ileri sürülmüştür[1253].

Kanaatimizce de her ne kadar gebelik ile analık izni arasında meydana gelen geçici iş göremezlik hâlinin hastalık sigortası kapsamında kabul edilmesi ve geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi mevcut düzenleme nedeniyle alternatif bir çözüm yolu olsa da böyle bir durum hastalık sigortasının amacıyla bağdaşmaz. Ayrıca bu durumun kabulü, belirli durumlarda kadın işçinin mağduriyetine yol açmaktadır. Ancak buna rağmen, 2016/21 Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge'de de bu çözüm tarzı benimsenmiştir. Genelgedeki düzenleme ile 5510 sayılı Kanunun 15. ve 18. maddeleri arasındaki çelişki ortadan kaldırılmak istenmiştir. Genelgeye göre, sigortalı kadının gebeliğinin başladığı tarihten sonra ve doğumdan önceki sekiz haftalık, çoğul gebelik hâlinde on haftalık süreden önce rahatsızlığı nedeniyle sağlık hizmet sunucusu hekimleri tarafından istirahatine lüzum görülmesi durumunda, kendisine istirahatli kaldığı süreler için hastalık sigortası

[1249] Çenberci, s. 333; Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, ss. 327-328; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 247; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 446; Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 8; Tuaç Yılmaz, s. 11; Nazlı, s. 53.
[1250] Senyen-Kaplan, Kadın İşçi, ss. 100-101.
[1251] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 247.
[1252] Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 8; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 244-245; Arıcı, Annelerin Korunması, s. 274.
[1253] Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 4; Saraç, Çalıştırma Yasağı, s. 1884; Mutlay, s. 325.

kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği ödenir[1254].

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda, sigortalının gebeliğinin yüz seksen günden önce sona ermesi durumunda sigortalının analık sigortasından değil, hastalık sigortasından yararlanacağı düzenlenmişti (SSK md. 33/2). Bu konuya ilişkin olarak 5510 sayılı Kanunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide, gebeliğin yüz seksen günden önce sona ermesi durumunun doğum olarak nitelendirilmediği için 506 sayılı Kanunda olduğu gibi bu durumun sigortalının analık sigortası kapsamında değil, hastalık sigortası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir[1255]. Buna karşılık, başka bir görüş, tüm gebelik sürecinde ortaya çıkan gebelik ve doğum ile ilgili rahatsızlıkların analık sigortası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[1256]. Bu nedenle de bu görüşe göre, gebelik ve doğum ile ilgili olmayan rahatsızlıkların hastalık sigortası kapsamında kabul edilmesi gerekir[1257]. Ayrıca 29.09.2016 tarihli 2016/21 Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi'ne göre, tıbbi gereklilik nedeni ile gebeliğin sonlandırılması sonucu istirahati uygun görülen sigortalı kadın, analık sigortası; tıbbi gereklilik haricinde (kürtaj vb.) istirahat verilen sigortalı ise hastalık sigortası kapsamındadır[1258].

3. Analık Sigortası

a. Genel Olarak

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesinde, *" Analar ve çocukların özel bakım ve yardım hakları vardır. Tüm çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğmuş olup olmamalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumdan yararlandırılırlar."* denilmektedir. Anayasa'nın 50. maddesinde, küçüklerin ve kadınların özel olarak

[1254] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi, Tarih: 29.09.2016, https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143421, (ET. 05. 03.2018), s. 33.

[1255] Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 323; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 345; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 230; Saraç, Hastalık Sigortası, s. 24.

[1256] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 449; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 244-245.
Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 188.

[1257] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 449; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 244-245.

[1258] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 30.

korunması gerektiğine yer verilmişir. Bu düzenlemenin yanı sıra, Anayasa'nın 41. maddesinin 2. fıkrasına göre devlet, ailenin huzur ve refahı, özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Devlet için genel olarak getirilen bu yükümlülük kadın sigortalılar bakımından analık sigortasının kurulması yoluyla yerine getirilmektedir[1259].

Analık, geçici bir süre iş göremezlik yaratan sosyal bir risktir[1260]. Analık sigortası, sigortalı kadına veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşine gebelik döneminde, doğumda ve doğum sonrasında belirli bir süre bazı yardımların yapılmasını sağlayan kısa vadeli sigorta koludur[1261]. Doğum öncesi, doğum ve doğum sonrası analık hâli nedeniyle çalışamayan kadın işçinin bazı gider artışları ortaya çıkmaktadır. Bu dönemde, kadın sigortalı aynı zamanda gelir kayıplarıyla da karşı karşıya kalmaktadır[1262]. 5510 sayılı Kanunda yer alan analık sigortası hükümleri ile kadın sigortalının gelir kayıpları ile gider artışları telafi edilmeye çalışılmıştır[1263]. Ayrıca analık sigortasıyla hem annenin hem de çocuğun sağlığının korunması amaçlanmaktadır[1264].

Analık sigortası, çoğu ülkede hastalık sigortası ile birlikte aynı sigorta dalını oluşturmaktadır. Ülkemizde, ilk defa 1946 yılında 4772 sayılı İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu[1265] ile analık sigortasına ilişkin kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. Ancak analık sigortasına ilişkin düzenlemeler sürekli değişikliğe uğramıştır. 1950 yılında 5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortaları

[1259] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 243; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 448; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 344.
[1260] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 448; Korkusuz ve Uğur, s. 59.
[1261] Güzel, Okur ve Caniklioğlu; s. 441; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 448.
[1262] Çenberci, s. 320; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 441; Arıcı, Annelerin Korunması, ss. 270-271; Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 3; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 345; Korkusuz ve Uğur, s. 303; Seçkin Nazlı, "Ücretsiz İznin Sigortalılık Niteliğinin Yitirilmesine ve Analık Sigortasından Sağlanan Yardımlara Hak Kazanmaya Etkisi", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2014, s. 50.
[1263] Kenan Tunçomağ, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1990, (Sosyal Sigortalar), s. 323; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 441; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 448; Fatih Uşan, **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, (Sosyal Güvenlik Hukuku), s. 189; Sema Silkin, "Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Kadın", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 5-6, Ağustos-Kasım 2011, s. 41; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 345; Arıcı, Annelerin Korunması, s. 273; Pelin Tuaç Yılmaz, "The Legal Protection of Pregnant Workers and Working Mothers According to Turkish Labour Law", **IJCEAS**; Cilt: 7, Sayı: 3-4, 2017, s. 10; Oğuz ve Arslanpınar, ss. 769-770.
[1264] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 441; Silkin, s. 41; Oğuz ve Arslanpınar, s. 770.
[1265] Kabul Tarihi: 27.06.1945, Kanun No: 4772, RG.: 07.07.1945, S.: 6051.

Kanunu'nda[1266] yeni düzenlemeler yapılmıştır. 1965 yılında 506 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu[1267] ve son olarak da 5510 sayılı Kanun ile kısa vadeli sigorta kollarından birisi olan analık sigortasına ilişkin düzenlemeler mevcut hâlini almıştır[1268].

b. Analık Sigortasının Kapsamı

Bir kişinin, analık sigortasından yararlanabilmesi için öncelikle zorunlu sigortalı olması gerekmektedir. Analık sigortasından 5510 sayılı Kanun kapsamında iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla işveren yanında çalışanlar (SSGSSK md. 4/1-a) ile iş sözleşmesine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışan sigortalılar (SSGSSK md. 4/1-b) yararlanabilir. Ancak Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı olan herkes analık sigortası kapsamında değildir. Kanunda şirket ortağı sıfatı taşıyan bağımsız çalışanlar hariç köy ve mahalle muhtarları, esnaf, sanatkâr, tacir ve tarımsal faaliyette bulunan tüm bağımsız çalışanlar analık sigortası kapsamına dâhil edilmiştir (SSGSSK md. 18/1-c). Anonim şirketlerinin yönetim kurulu üyesi olan, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerinin komandite ve diğer şirket ve donatma iştiraklerinin kadın ortakları, şirket yapısı içinde analık hâli nedeniyle herhangi bir gelir kaybına uğramadıkları veya uğrasalar da kaybın dikkate değer düzeyde olmadığı düşüncesiyle analık sigortası kapsamı dışında bırakılmış olabilir[1269].

Kanunda hükümlü ve tutuklular (SSGSSK md. 5/1-a)[1270] ile yurt dışındaki Türk işçilerin (SSGSSK md. 5/1-g) de analık sigortasından yararlanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki

---

[1266] Kabul Tarihi: 04.01.1950, Kanun No: 5502, RG.: 10.01.1950, S.: 7402.

[1267] 506 sayulı Sosyal Sigortalar Kanunu'ndaki analık sigortasına ilişkin düzenlemeler için bkz., Pakin Akın, ss. 72-88; Eser, ss. 143-159.

[1268] Analık sigortasının tarihsel gelişimi hakkında bkz., Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 448; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 441; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 230; Refik Korkusuz, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Kısa Vadeli Sigorta Türlerinin Hukukî Durumunun İncelenmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, s. 303; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, ss. 72-80.

[1269] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 255.

[1270] Sözer'e göre, hürriyeti bağlanmış bir kadının çocuk sahibi olma olanağı bir tarafa, analık nedeniyle gelir kaybına uğrama ihtimali de düşüktür. Gelir kaybı ancak, kendilerine bulundukları ortamda veya dışarıda çalışma olanağı sağlanmış ve bu dönemde doğum yapmış ise bulunmaktadır. Bu kişilere doğuma bağlı olarak tanınan emzirme ödeneği her halükarda verilecektir. Bkz., Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 248, dn. 1.

eğitim gören öğrenciler hakkında analık sigortasına ilişkin hükümler uygulanmaz (SSGSSK md. 5/1-b). Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamında kamu idarelerinde çalışanlar da analık sigortasından yararlanmazlar. Söz konusu kişilerin analık hâllerine ilişkin düzenlemeler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer almaktadır.

Türk hukuk sisteminde analık sigortasından yararlanabilecek kişiler dört başlık altında toplamıştır. Sigortalı kadın ve sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısı dışında, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadın ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin doğum yapması hâlinde analık sigortası kapsamında sağlanan yardımlardan yararlanır. Bu kişiler dışında kalanlar, analık sigortasından yararlanamazlar. Bununla birlikte, Analık sigortası kapsamında olan kişilerin hepsi bu sigorta kapsamında sunulan tüm edimlerden yararlanamaz. Aşağıda analık sigortası kapsamında kimlerin hangi yardımlardan yararlanacağı incelenmiştir.

Sigortalı kadının analık sigortasından yararlanması için çocuğun evlilik birliği içinde doğmuş olması gerekmez[1271]. Kadın sigortalının medeni durumu analık sigortası kapsamında yapılacak yardımları etkilemez[1272]. Ancak sigortalı olmayan kadının, evli olması ve eşinin sigortalı olması durumunda analık sigortası kapsamında bazı yardımlardan yararlanması söz konusu olur. Kadın sigortalının rızası dışında bir ilişki sebebiyle gebe olması veya çocuk doğurmuş olması analık sigortası kapsamında olmasına engel olmaz[1273]. Doğumun erken doğum, normal doğum ya da ameliyatlı doğum olması da analık sigortası açısından önem taşımamaktadır[1274].

c. Analık Durumunun Ortaya Çıkması

Sigortalı kadının veya sigortalı olmayan kadının doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğin analık sigortası kapsamında yapılan yardımlardan yararlanabilmesi

[1271] Çenberci, s. 331; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 449; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 244; Korkusuz ve Uğur, s. 303; Tuaç, Pelin. **Uluslararası Belgeler Işığında Sosyal Güvenlik Hakkı: Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2016, (Sosyal Güvenlik Hakkı), s. 207.
[1272] Tuncay ve Ekmekçi; Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 449; Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 324; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 244.
[1273] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 434.
[1274] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 244.

için öncelikle analık hâlinin meydana gelmesi gerekmektedir. 5510 sayılı Kanunun 15. maddesinin 2. fıkrasına göre, kadının *" ... gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri analık hali kabul edilir."* Aslında, bir kadın doğumun gerçekleşmesi ile birlikte anne olmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu göre analık hâli gebelikle başlar ve kural olarak doğumdan sonraki sekiz haftalık sürenin dolması ile sona erer.

Kadın sigortalının analık sigortasından yararlanabilmesi için bebeğin biyolojik annesi olması gerekmektedir. Nitekim, tüp bebek gibi yapay yöntemlerle gerçekleşen doğumlarla anne olan kişiler de analık sigortası kapsamındadır[1275].

d. Analık Sigortası Kapsamında Sunulan Edimler

(1) Sağlık Yardımları

5510 sayılı Kanunda diğer kısa vadeli sigorta kollarında olduğu gibi analık sigortası, sağlık hizmetlerinden soyutlanmış ve sadece maddi edim sunmakla görevlendirilmiştir[1276]. 506 sayılı Kanundan farklı olarak[1277] 5510 sayılı Kanunda analık hâline ilişkin sağlık yardımları genel sağlık sigortası kapsamında düzenlenmiştir. Kanunun 63. maddesinin 1. fıkrasında, analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanması, iş göremezlik hâllerinin ortadan kaldırılması veya azaltılmasını temin etmek amacıyla, Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin genel sağlık sigortası kapsamında olduğu belirtilmiştir. Analık hâli nedeniyle yapılacak olan sağlık hizmetlerine ilişkin açıklamaları bu nedenle genel sağlık sigortası başlığı altında inceleyeceğiz[1278].

[1275] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 244; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 449.
[1276] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 442; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 448.
[1277] 506 sayılı Kanun döneminde analık sigortası kapsamında sağlanan sağlık yardımlarına ilişkin açıklamalar için bkz., Pakin Akın, ss. 78-87; Eser, ss. 150-153.
[1278] Bkz., Üçüncü Bölüm, II, D.

(2) Geçici İş Göremezlik Ödeneği

Uluslararası düzenlemelerde ve birçok ülke mevzuatında analık hâli nedeniyle belirli bir süre çalışmayan kadın sigortalının gelir kaybına uğramasını önlemek amacıyla çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Her ne kadar nitelendirme farklılığı olsa da bu düzenlemelerde analık hâlinde olan anneye belirli bir süre parasal yardım yapılması öngörülmüştür.

183 sayılı Analığın Korunması Hakkında Sözleşme'de, analık izninde olan kadın işçinin bu izin boyunca kendisinin ve çocuğunun geçimini sağlıklı bir şekilde ve uygun yaşam standartları çerçevesinde sürdürebilmesi için işçiye bir ödenek ödenmesi gerektiğine yer verilmiştir[1279]. Bu sayede analık izninde olan kadın işçinin geliri korunmuş olacaktır. Düzenlemeye göre, doğum hâlinde kadın işçiye yapılacak parasal yardım tutarının kadın işçinin ücretinin veya kazancının üçte ikisinden az olmaması gerekmektedir (md. 6/3). Bununla birlikte, işçinin ve çocuğun bakımına ilişkin her türlü sağlık yardımlarının, zorunlu sosyal sigorta veya kamusal fonlar vasıtasıyla sağlanması üye devletler tarafından güvence altına alınır. İşveren bireysel iş ilişkisinde aksine bir sözleşme hükmü mevcut olmadığı taktirde, işçiye analık izin süresince ücret ödemekle yükümlü değildir; ancak 183 sayılı Sözleşme'nin onaylanmasından önce üye devletlerin buna ilişkin ulusal mevzuat ve uygulamalarıyla veya ulusal düzeyde imzalanmış toplu iş sözleşmeleriyle kadın işçilerin kazanılmış hakları saklıdır (md. 6).

183 sayılı Sözleşmede yer alan hükme uygun nitelikte Türk sosyal güvenlik hukukunda analık izninde olan kadın sigortalıyı koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Hatırlanacağı üzere, analık döneminde kadın işçinin iş sözleşmesi askıda olduğu için işçinin çalışması kural olarak işverenin de çalışmayan işçiye ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır[1280]. 5510 sayılı Kanun kapsamında analık hâlinde çalışamayan kadın sigortalıya uğradığı gelir kaybını telafi etmek amacıyla geçici işgöremezlik ödeneği verilmektedir[1281].

[1279] Tuncay, İzin ve Ücret, s. 31.

[1280] Süzek, İş Akdi, ss. 97-98; Centel, Ücret, s. 241; Tuncay, İzin ve Ücret, s. 40; Senyen-Kaplan, İş Hukuku, s. 251; Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 105.

[1281] Çenberci, s. 332; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 444; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 452; Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın, s. 392; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 189; Pakin Akın, s. 78.

Alman hukukunda, analık hâli nedeniyle kadın işçinin gelir kayıplarının önlenmesi ve gebeliğin başlangıcından önceki yaşam standartlarının korunması amacıyla analık parası düzenlemesine yer verilmiştir[1282]. Analığın Korunması Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, kadın sigortalı, doğumdan önce altı haftalık doğumdan sonra sekiz haftalık süre boyunca (koruma süresi), Sosyal Sigorta Kanunu'nun 5. kitabı uyarınca analık parasına hak kazanır (MuSchG § 19, SGB V § 24i). Ayrıca bu noktada vurgulamak isteriz ki, Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda koruma süresi boyunca çalışmayan ve analık parasına hak kazanan kadın sigortalının sosyal güvenlik primleri devlet tarafından ödenir[1283].

(i) Kapsamı

Analık hâli nedeniyle sigortalı kadının gebelik ve doğum sebebiyle çalışamaması, geçici iş göremezlik durumu meydana getirir. Kanunda analık hâline bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresince sigortalı kadına, günlük geçici iş göremezlik ödeneği ödeneceği düzenlenmiştir (SSGSSK md.16/2). Geçici iş göremezlik ödeneği, analık hâlinin herhangi bir aşamasında yapılan bir parasal yardım niteliğinde değildir[1284]. Kanunda yasal olarak belirtilen süre boyunca, sigortalı kadın iş göremez olarak kabul edilir. Bu süre boyunca sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ödenir.

Tüm kadın sigortalılar analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamazlar. İş sözleşmesi kapsamında çalışan, köy ve mahalle muhtarları ile ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olan veya gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkâr siciline kayıt olan veya tarımsal faaliyette bulunan bağımsız çalışan kadın sigortalılar, Kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi hâlinde analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabileceklerdir (SSGSSK md. 18/1-c). Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi ortağı veya diğer sermaye şirketlerin ortağı olan sigortalı kadın, analık sigortası kapsamında geçici iş

[1282] Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, s. 633.
[1283] Eberhard Eichenhofer, **Sozialrecht**, 5. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2004, s. 178.
[1284] Çenberci, s. 332; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 207.

göremezlik ödeneğinden yararlanamaz[1285].

Geçici iş göremezlik ödeneğinden, analık sigortası kapsamında olan tüm sigortalılar da yararlanamamaktadır. Kanunda, sadece sigortalı olan kadının analık hâli nedeniyle çalışamadığı süre boyunca uğradıkları gelir kayıplarını telafi etmek amacıyla geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir[1286]. Bu durumun nedeni, geçici iş göremezlik ödeneğinin kadın işçinin analık izni sonucunda çalışmama olgusu ile doğrudan bağlantılı olması ve sadece analık izni süresince verilmesidir[1287]. Bu bağlamda, sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi, gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşi geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma hakkına sahip değildir[1288]. Zira sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi çalışmadığı için analık hâli nedeniyle herhangi bir gelir kaybına uğramamaktadır[1289].

Analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma doğum öncesi ve doğum sonrası dönem ile ilişkilendirilmiştir. Avrupa Birliği hukukunda benimsenen anlayışa uygun olarak, analık hâli ve buna bağlı olarak analık izni evlat edinen kadın bakımından öngörülmüş olsa da bu kişiler bakımından doğum yapan kadın sigortalının yaptığı masrafların bir bölümü gerçekleşmeyecektir. Dolayısıyla, öğretide yapılan masraflar bakımından, doğum yapan kadın ile evlat edinen kadın aynı durumda olmadığı için bu kişilerin eşitlik ilkesi açısından da karşılaştırılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir[1290].

6663 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle beraber, kadın sigortalının doğumda veya analık izni esnasında vefat etmesi durumunda baba tarafından geriye kalan analık izninin kullanılması ve üç yaşından küçük çocuğun erkek veya kadın sigortalı tarafından evlat edinilmesi durumunda sigortalının kullandığı sekiz haftalık izin boyunca [1291] geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanması mümkün değildir.

[1285] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 452-473.
[1286] Çenberci, ss. 322, 332; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 445; Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 328; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 452; Korkusuz ve Uğur, s. 304.
[1287] Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın, s. 393; Okur, Çalışmanın Etkisi, s. 2146.
[1288] Çenberci, s. 332; Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 328; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 445; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 452; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 248; Pakin Akın, s. 82; Ş. Esra Baskan, "Analık Halinin Türk Sosyal Güvelik Hukuku Bakımından Sonuçları", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Cilt: 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (Analık Hali), ss. 698, 701; Nazlı, s. 51.
[1289] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 452; Nazlı, s. 51; Tuaç, Sosyal Güvenlik Hakkı, s. 210.
[1290] Mutlay, s. 319.
[1291] Bu izinlere ilişkin açıklamalar için bkz., Birinci Bölüm, III, B, 5 ve 6.

Mevcut düzenleme sadece doğum yapan sigortalı kadının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmasına imkân tanımaktadır[1292]. Oysaki, üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın işçi ve erkek işçi, evlat edinme tarihinden itibaren sekiz hafta analık iznine sahip olduğundan dolayı bu kişi izin süresi boyunca gelir kaybına uğrayacaktır. Bu nedenle, doğum sonrası analık izni süresine denk gelen geçici iş göremezlik ödeneğinden evlat edinen sigortalıların da yararlanması yerinde olur[1293]. Bu bağlamda, bu kişilerin de geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmesi için 5510 sayılı Kanunda gerekli düzenleme yapılmalıdır[1294].

Öğretideki bir görüşe göre böyle bir düzenlemenin yokluğu, doğumda veya doğum sonrası analık izni esnasında annenin ölümünde babanın ya da evlat edinen kişinin onları geçici iş göremezlik ödeneğinden mahrum bırakılması şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim kanun koyucu, İş Kanunu'nun 74. maddesinde, evlat edinmeyi bir analık hâli olarak nitelendirmiş ve esasında kadın işçilere yönelik hükümler öngörülen bu maddede hem babaya hem de evlat edinen eşlerden birine, dolayısıyla (erkek eşe de) analık izninden yararlanma imkânı öngörmüştür. Bu durumun artık Kanunda bir analık hâli varsayılması gerekçesiyle, kendisine analık izni hakkı tanınan her işçinin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacağının kabul edilmesi gerekir[1295]. Kanatimizce, 5510 sayılı Kanunda bu duruma ilişkin yasal bir düzenleme yapılmadan evlat edinen kişiye ve annenin ölümü hâlinde analık izni kullanan babaya geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi mümkün değildir. Zira 5510 sayılı Kanunda hangi durumların analık hâli olarak kabul edileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Türk hukuk sisteminden farklı olarak Fransa'da, kadınların doğum öncesi ve doğum sonrası analık izni, annenin ve babanın evlat edinmesi durumda sahip olduğu izin ve babanın sahip olduğu babalık izni boyunca annenin ve babanın gelir elde etmesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır[1296]. Böylelikle, izin süreleri boyunca

[1292] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 248.
[1293] Centel, Analık Hali, s. 12; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 444; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 453; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 244; Mutlay, s. 319; 6663 sayılı Kanundan önceki döneme ilişkin eleştiriler ve öneriler için bkz., Saraç, Çalıştırma Yasağı, ss. 1882-1883.
[1294] Aynı yönde görüş için bkz., Akdeniz, s. 124.
[1295] Akdeniz, s. 124.
[1296] https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 111, https://www.ssa.gov/policy /docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018). Ayrıca Fransa'da ebeveynin

annenin doğumla ilgili masrafları ve hem annenin hem de babanın gelir kayıpları önlenmeye çalışılmıştır[1297].

(ii) Süresi

Geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi gereken süre içinde sigortalı kadının gerçekten iş göremez durumda olup olmaması önemli değildir. Dolayısıyla, kadın sigortalı bu süre boyunca çalışabilir durumda olsa bile, kanunen geçici iş göremez olarak kabul edilir[1298]. Bilindiği gibi Kanunun 15. maddesinin 2. fıkrasında, gebeliğin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki sekiz, çoğul gebelik hâlinde ise on haftalık sürenin analık hâli olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bu madde gereğince, analık hâline bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresi boyunca herhangi bir süreye bağlı olmadan geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi gerekmektedir[1299]. Ancak Kanunun 18. maddesinde ise, sigortalı kadının analığı hâlinde doğumdan önceki ve sonraki sekiz haftalık sürede, çoğul gebelik hâlinde doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilave edilerek on haftalık çalışılmayan her gün için geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir (SSGSSK md. 18/1-c) . Kanunda yer alan bu düzenleme, çoğul doğum hâlinde doğumdan sonraki sekiz hafta için kadın sigortalının geçici iş göremezlik ödeneceğine hak kazanmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır[1300]. Kanun koyucu düzenleme yaparken çoğul doğum yapan kadın sigortalının doğum öncesi analık izin süresi fazla olduğu için bu süre boyunca ödeneğe hak kazanacağını ayrıca belirtmiştir. Aksi taktirde, tek bir çocuk doğuran kadın sigortalı doğum öncesi ve sonrası sekiz haftalık geçici iş göremezlik ödeneği alırken, çoğul doğum yapan kadın

---

çocuk bakımı için yardım yapılmaktadır. Resmi olarak tanınmış ehil bir bakıcı tarafından altı yaşından küçük çocukların bakılmasına yönelik bir yardımdır. Söz konusu yardım, hem istihdam edenin hem de çalışanın sosyal güvenlik primlerinin ödenmesiyle birlikte nakit yardımları da içermektedir. Ebeveyne yapılan yardım bakıcının toplam maaşının %15'den az olmamalıdır. Sosyal Güvenlik Kodu (Article L) md. 841-1, 2, 3, 4 ve (Article R) md. 841-1), Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016-France, https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.pdf, (ET. 06.08.2018) s. 116; Gökçek Karaca ve Kocabaş, s. 11.

[1297] https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html, (ET. 12.10.2018); Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 111, https://www.ssa.gov/policy /docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).

[1298] Çenberci, s. 332; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 207.

[1299] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 247.

[1300] Aksi görüş için bkz., Korkusuz ve Uğur, s. 305.

sigortalı sadece doğum öncesi on haftalık geçici iş göremezlik alacağı sonucuna ulaşılacaktır. Kanaatimizce bunun kabulü mümkün değildir.

Kadın sigortalının tabi olduğu iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi hükümleri ya da işyeri iç yönetmeliği gereğince, doğumdan önce ve sonra kullanılacak olan analık izni süresince sigortalıya ücretin kısmen veya tamamen ödenmesinin kararlaştırılması durumu, Kurum tarafından sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesine engel olmaz[1301].

Alman hukukunda, yasal bir sağlık sigortasına sahip olan ve olmayan kadınlara analık parası ödenmektedir. Kadının yasal bir sağlık sigortasına sahip olup olmamasına göre ödenecek olan analık parası miktar değişiklik göstermektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, nasıl ki kadın işçinin analık izni kullanmasında iş sözleşmesinin kapsamı ve niteliği önem taşımıyorsa, analık parasının ödenmesinde de bu hususların herhangi bir önemi bulunmamaktadır[1302].

Alman hukukunda kadın işçi koruma süresi boyunca herhangi bir ücret kaybına uğramamaktadır. Kadın işçi, analık parasını bağlı olduğu sigortadan almakta ve analık parası ile ücreti arasında fark varsa, bu fark işvereni tarafından ödenmektedir. Erken doğumda, çoğul doğumlarda ve Sosyal Kanunu'nun (Sozialgesetzbuch) 9. kitabının § 2/1 hükmüne göre doğumdan sonra sekiz hafta içinde tespit edilen çocuğun engellilik hâlinin varlığı söz konusu ise, doğumdan sonraki koruma süresi on iki hafta olduğu için bu süre boyunca, kadın işçi analık parasına hak kazanacaktır (SGB V § 24i/3). Doğumdan önce ödenmesi gereken analık ücretinin başlangıcı, doktor veya ebe raporunda belirlenen muhtemel doğum tarihine göre belirlenir. Erken doğum nedeniyle doğumdan önceki altı haftalık koruma süresinin kısalması söz konusu olursa, analık parası ödenecek olan süre doğumdan önce kullanılmayan süre kadar uzar. Ayrıca analık izni esnasında iş sözleşmesi yapılan işçi, Analığın Korunması Kanunu'nun § 3 hükmü uyarınca koruma süresinde olduğu için çalışamayacak olsa da analık parasına iş sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren hak kazanacaktır (SGB V § 24i/3) . Örneğin, doğum gerçekleştikten altı hafta sonra işe başlayan kadın işçi, iki hafta daha koruma süresine

[1301] Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 8; A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, (Esasları), s. 340; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 207; Pakin Akın, s. 86.
[1302] Marburger, Mutterschutzgesetz, s. 92.

sahip olduğu için çalışamayacaktır. Ancak bu kişi, iş ilişkisi başladığı andan itibaren analık parasına hak kazanacaktır.

Doğumdan önceki altı haftalık koruma süresi, kesin uyulması gereken bir çalıştırma yasağı değildir. Kadın işçi çalışmaya hazır olduğunu açıkça beyan ederse ve doktor uygun görürse bu sürede çalışabilir (MuSchG § 3/1). Bu süre boyunca kadın işçi çalıştığı için gerçek ücretinin tamamını işverenden alır. Bu nedenle de kadın işçiye analık parası ödenmez[1303].

Türk hukukunda 6111 sayılı Kanunu'nun 29. maddesi ile 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapılmış ve sigortalı kadının, erken doğum yapması hâlinde doğumdan önce kullanamadığı analık izni sürelerine ait geçici iş göremezlik ödeneği alabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme, kanaatimizce yerinde olmuştur. Kadın sigortalının sağlık durumu nedeniyle erken doğum yapması hâlinde kullanamadığı izin sürelerine ilişkin geçici iş göremezlik ödeneği alamaması hak kaybına neden olmaktaydı. Ayrıca kadın sigortalı, isteği hâlinde doktor raporuyla üç haftaya kadar çalıştığında geçici iş göremezlik ödeneği alabilmekteyken, erken doğum yaptığında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamıyordu. Bu durum da eşitlik ilkesine uygun değildi.

Doğumdan önce üç haftaya kadar çalışabileceğine dair doktor raporu alan kadın sigortalının çalıştığı süre esnasında erken doğum yapması durumunda, erken doğum nedeniyle kullanamadığı günler doğum sonrası izin süresine ilave edilerek geçici iş göremezlik ödeneği ödenecektir[1304]. Doğuma üç hafta kalıncaya kadar işyerinde çalışabileceğine dair rapor almadan işyerinde çalışmaya devam eden, ancak doğum yaptıktan sonra erken doğum yaptığı anlaşılan kadın sigortalıya da erken doğum nedeniyle kullanamadığı günlere ait geçici iş göremezlik ödeneği ödenir[1305]. Bununla birlikte, doktordan doğumdan önce üç haftaya kadar çalışabileceğine dair rapor almadan çalışan ve normal doğum yapan kadın sigortalının çalıştığı süre doğum sonrası analık izni süresine eklenmez. Bu süre için sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği de ödenmez[1306]. Erken doğum nedeniyle kullanılamayan izin

[1303] Erkul, s. 31.
[1304] Murat Uğur, "Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Sağlanan Haklar", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 28, Aralık 2012, s. 217; Pakin Akın, s. 85; Oğuz ve Arslanpınar, s. 774.
[1305] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 28.
[1306] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 28.

süreleri, doğum sonrasına eklenen kadın sigortalı bu izin süresindeyken çalışmaya başlarsa, geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesine son verilecektir[1307]. Zira Kanunda geçici iş göremezlik ödeneğinin, kadın sigortalıya çalışamadığı her gün için ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir (SSGSSK md. 18).

İş Kanunu'nun 74. maddesi gereğince analık izninin doktor raporuyla uzatılması durumunda, arttırılan süreler için analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği ödenip ödenmeyeceği konusunda 5510 sayılı Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, böyle bir durumda analık sigortası kapsamında[1308], başka bir görüşe göre hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği ödenmelidir[1309].

İş Kanunu'nun 74. maddesinde, kadın işçinin kanunen işveren tarafından verilmesi gereken analık iznine ilişkin süreler sona erdiği andan itibaren kadın sigortalının analık hâli nedeniyle çalışmasına engel teşkil eden bir durum söz konusu olmadığı için geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesine son verilmesi gerekir.

Sigortalının analık sigortası kapsamında olması için sigortalılık niteliğini yitirmemiş olması gerekir. Hastalık ve analık sigortasına ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından sigortalılık; ilgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hâllerinde, bu hâllerin sona ermesini; diğer durumlarda ise, 5510 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen tarihleri takip eden onuncu günden başlayarak yitirilmiş sayılır (SSGSSK md. 9/2). Bu bağlamda, kadın sigortalı doğum sonrası kullandığı analık izni sona erdikten sonra on gün içinde tekrar çalışmaya başlamazsa, sigortalılık niteliği sona erer.

Analık ve hastalık sigortası bakımından Kanunda öngörülmüş olan on günlük tampon süre insani nedenlerle getirilmiş istisnai bir süredir[1310]. Bu düzenleme sayesinde sigortalı, adına prim ödemelerinin sona ermesine rağmen, bir süre daha analık sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanabilecektir[1311]. Kanunda bu sürenin hangi hâllerde, hangi tarihten itibaren başlatılacağı ayrıntılarıyla

[1307] Nazlı, s. 54.
[1308] Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 8; Tuncay ve Ekmekçi, Esasları, s. 339; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 448; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 208; Tuaç, Sosyal Güvenlik Hakkı, s. 214.
[1309] Çenberci, s. 334; Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 328.
[1310] Ufuk Aydın, "Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 2, Mayıs, 2000, (Sigortalılık Niteliği), s. 42.
[1311] Aydın, Sigortalılık Niteliği, s. 42; Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 106.

düzenlenmiştir. Askı hâlini ifade eden ücretsiz iznin varlığı hâlinde, on günlük sürenin ücretsiz iznin bitiminden itibaren başlayacağı Kanun hükmünde düzenlenmiştir (SSGSSK md. 9/2) . Öğretide isabetli olarak ücretsiz izin, grev ve lokavt dönemlerinde iş sözleşmesinin askıya alındığı ve sosyal sigorta ilişkisinin korunduğu, konuya ilişkin olarak ayrı bir düzenleme yapılmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir[1312].

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ne[1313] (SSİY) göre sigortalının, analık sigortası bakımından geçici iş göremezlik ödeneği almasına esas istirahat raporu süresi içinde sigortalılık hâlinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, sigortalılığın sona erdiği tarihten sonra en fazla onuncu güne kadar geçici iş göremezlik ödeneği ödenir (SSİY md. 40/10). Yönetmelikte yer alan ifadeden doğumdan önce ve sonra sekiz haftalık sürede iş sözleşmesinin sona erebileceği anlamı çıkmaktadır. Sigortalının, analık izni esnasında iş sözleşmesi askıda olduğu için kural olarak sigortalılık niteliğinin sona ermediğinin kabulü gerekir[1314]. Bu nedenle de Yönetmelikte yer alan *"istirahat raporu süresi içinde"* yer alan ifadenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, iş sözleşmesinin sosyal güvenlik priminin ilişkin olduğu son tarihte sona ermiş olmayabileceğini, ortada iş sözleşmesinin askı durumunun bulunabileceğini, askı hâlinde sözleşme devam ettiğinden on günlük sürenin askı tarihinden sonraki bir tarihte başlayabileceğini ve dolayısıyla sigortalının analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabileceğini belirtmiştir[1315]. Doktirinde de ücretsiz izinde olan işçinin iş sözleşmesi feshedilmediği için sigortalılık niteliği devam ettiği, bu nedenle işçinin analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği ve diğer yardımlardan

[1312] Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 69.
[1313] RG., 12.05.2010, S., 27579.
[1314] Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 160; Ali Nazım Sözer, **Sosyal Sigorta İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1991, (Sosyal Sigorta İlişkisi), s. 107; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 150; Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 68; Baskan, Analık Hali, s. 694.
[1315] Yarg. 10. HD. 23.06.2015, 2014/9904 E., 2015/12521 K., http://www.kazanci.com, (ET. 08.10.2018), Kararın değerlendirmesi için bkz., Aydın, Ufuk: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Değerlendirme 2015) , ss. 739-740.

yararlanması gerektiğine yer verilmiştir[1316]. Bu durumun sosyal güvenlik hukukunun koruyucu karakterinden kaynaklandığı dile getirilmiştir[1317].

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 6. fıkrasına göre kadın işçiye altı aya kadar ücretsiz izin verilmesi durumunda, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından geçici iş göremezlik ödenmesi mümkün değildir[1318]. Zira kesin çalıştırma yasağının sona ermesi ile birlikte, kural olarak analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesine de son verilmektedir[1319]. Ücretsiz izin, kadın işçiye isteği hâlinde verilmektedir ve kanunen bu süre kesin çalıştırma yasağı olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte kadın işçi, kanunen zorunlu olarak verilmesi gereken analık izninden önce işveren ile anlaşarak doğumdan önceki sekiz haftalık analık izninden önce ücretsiz izne ayrılabilir. Öğretideki bir görüşe göre, böyle bir durumda alınan ücretsiz izin her ne kadar iş sözleşmesinin sona ermesine neden olmasa da sigortalılık niteliğinin yitirilmesine neden olmaktadır[1320].

506 sayılı Kanun'un 107. maddesinde,

> *" ...2 nci maddede belirtilen sigortalılardan hastalık ve analık sigortalarının uygulanmasında ödenen primin ilişkin olduğu günü takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılır. Ancak, sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde sigortalılık niteliği bu sürelerin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılır."*

hükmü yer almaktaydı[1321]. 5510 sayılı Kanun'da ise, *"...ilgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması*

[1316] Aydın, Sigortalılık Niteliği, s. 49.
[1317] Aydın, Sigortalılık Niteliği, s. 50.
[1318] Ferit Hakkı Saymen ve Münir Ekonomi, **Sosyal Sigortalar Tatbikatı**, İstanbul 1966, s. 142; Nazlı, ss. 54-55; Aksi yönde görüş için bkz., Civan, s. 220, dn. 40.
[1319] Nazlı, s. 55.
[1320] Nazlı, s. 56, 59; Aksi görüş için bkz., Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, ss.106-107.
[1321] 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin bir uyuşmazlık hakkında Yargıtay 10 Hukuk Dairesi'nin 04.10.2011 tarihli, 2010/4114 Esas 2011/13072 sayılı Kararına göre, www.kazanci.com.tr, (ET. 10.11.2018), *"Uyuşmazlık, davacı sigortalının, davalı işveren tarafından verilen ücretsiz iznin yasal olup olmadığı, bu dönemde taraflar arasında hizmet akdinin (iş sözleşmesinin) devam edip etmediğinin ve sigortalılık niteliğinin yitirilmiş sayılıp sayılmayacağı noktalarında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü için hizmet akdinin hangi koşullarda fesih edilmiş olacağı konusunun irdelenmesi zorunludur. 506 ve 4857 sayılı Kanunların genel sistematiğine göre; hizmet akdinin, taraflarca karşılıklı irade beyanları ile fesih edilmedikçe veya kanunların öngördüğü fesih koşullarına dayalı, tek yanlı olarak fes¢¡h ed¢¡lm¢¢ş olmadıkça yürürlükte kalacağına kuşku yoktur. İnceleme konusu davada, akdin herhangi bir şekilde feshi söz konusu olmadığı gibi, anılan yasal düzenlemelerde de, ücretsiz izinli olmak hali, fesih sebebi olarak öngörülmemiştir. Belirtilmelidir ki; konuya ilişkin yasal düzenleme bulunmaması, işçi ve işverenin ücretsiz izin konusunda anlaşmalarına*

hallerinde, bu hallerin sona ermesini…" takip eden onuncu günden başlayarak sigortalılık niteliğinin yitirilmiş olacağı belirtilmiştir. Mevcut kanuni düzenleme, ücretsiz izin hakkının ilgili kanunlar gereğince doğmuş olmasını aramaktayken, mülga Kanunda bu hususa yer verilmemişti. Bu sebeple, mülga Kanun döneminde tarafların anlaşarak ücretsiz izne ayrılmaları sigortalılık niteliğini yitirilmesine neden olmazken, mevcut düzenleme böyle bir durumda sigortalılık niteliğinin yitirilmesine yol açmaktadır. Analık izninden önce ücretsiz izne ayrılan kadın sigortalı 5510 sayılı Kanunun 9. maddesi hükmü gereğince, ücretsiz izne ayrıldığı günü takip eden onuncu günden itibaren sigortalılık niteliğini yitirecektir. Bu nedenle de sigortalı kadın analık izni boyunca geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamayacaktır[1322]. Analık izni kullanmaya başladığı sırada kadının sigortalılık niteliğinin devam etmesi gerekmektedir[1323]. Kanunun 18. maddesi gereğince, sigortalılık niteliğini yitiren kadın sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması mümkün değildir[1324]. 5510 sayılı Kanundaki bu düzenleme, analık sigortası kapsamında sağlanan geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmayı zorlaştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir[1325].

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, analık izni öncesi ücretsiz izin kullanan kadın işçi, sigortalılık niteliğini yitirdiği için bu süre boyunca geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanamayacaktır. Öte yandan, analık izni sonrası altı aylık ücretsiz izne ayrılan kadın işçi, izin süresi boyunca ücrete hak kazanamadığı gibi adına sosyal güvenlik primi ödenmez. Ancak analık izninde olan kadın

---

engel oluşturmadığı gibi; somut olayda olduğu gibi, ücretsiz izinli olarak çalışmadan geçen günlerde, tarafların karşılıklı iradeleriyle hizmet akdini devam ettirmek istedikleri, diğer bir anlatımla aralarındaki sözleşmeyi fesih etmedikleri, askıya aldığı, bunun yanında ise sözleşmenin diğer edimlerinin ayakta olduğu görülmektedir. Zira ücretsiz izin teklifi kabul edildiğinde hizmet akdi askıya alınmakta, bu gibi durumlarda temel borçların dışında kalan işçinin sadakat (ahlaki iyiniyet kurallarına uyulması ve benzeri), işverenin de işçiyi gözetme vb. gibi yan borçları devam etmektedir. Şu halde, ücretsiz izin süresi boyunca hizmet akdinin askıda kaldığı ve geçerliliğini koruduğunun kabulü zorunludur. Nitekim 5510 sayılı Kanunun 107/2'nci maddesinde, sigortalılık niteliğinin yitirilmiş sayılmasının başlangıcı belirlenirken, ücretsiz izin süresinin sona ermesini izleyen onuncu gün esas alınmıştır." Kararın değerlendirmesi için bkz., Nazlı, s. 66-67.

[1322] Nazlı, s. 60.

[1323] Nazlı, s. 57.

[1324]Nazlı, ss. 57, 59; Bu konuya ilişkin olarak 506 sayılı Kanuna ilişkin düzenlemeler için bkz., Ozanoğlu, Analık Sigortası, ss. 4-9; Eser, s. 143-159; Aydın, Sigortalılık Niteliği, ss. 42-43; 506 sayılı Kanuna ile 5510 sayılı Kanuna ilişkin düzenlemelerin karşılaştırılması için bkz., Eser, ss. 161-167; Nazlı, ss. 59, 66-70.

[1325] Eleştiriler ve çözüm önerileri için bkz., Nazlı, ss. 60, 70-71.

sigortalının sigortalılık niteliğini yitirmesi söz konusu değildir[1326]. Sigortalı kadının sigortalılığı sona erdiğinde Kanunda yer alan hüküm gereğince on gün daha analık sigortası kapsamında edimlerden yararlanması gerekir. Bu durumun yanı sıra, kanun koyucu ücretsiz izne ilişkin hususu ayrıca düzenlediği ve on günlük sürenin ücretsiz iznin bittiği tarihten itibaren başlayacağını belirtildiği için bu süre boyunca kadın sigortalılık niteliğini yitirmeyecektir. Ancak kadın sigortalıya doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik hâlinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilâve edilerek çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği ödeneceğinden ve kanun gereği verilen altı aylık ücretsiz izin süresi boyunca iş sözleşmesi askıda olduğundan dolayı ücretsiz izin alan kadının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanamayacağı kanaatindeyiz. Ancak daha öncede ifade edildiği üzere, doğumdan sonraki sekiz haftalık sürenin sona ermesinin ardından ücretsiz izin kullanan sigortalının, geçici iş göremezliğinin devam etmesi söz konusu ise, hastalık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi gerekmektedir[1327].

(iii) Geçici İş Göremezlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları

Kadın sigortalı, çocuğun doğması ve İş Kanunu'nda düzenlenen analık izni süresi boyunca çalışmaması şartıyla geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmaktadır. Sigortalı kadının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanılabilmesi için analık izninin başladığı tarihte sigortalılık niteliğini yitirmemiş olması ve doğumun canlı veya ölü olarak gerçekleşmesi yeterlidir[1328]. Bu nedenle de sağ doğan doğumdan sonraki sekiz hafta içinde çocuk, tıbbi sorunlar ya da başka nedenlerden dolayı yaşamasa bile kadın sigortalı geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanır[1329].

Sigortalı kadın, geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazandığı süre boyunca çalışmamalıdır. Aksi hâlde, çalıştığı gün ve günler için geçici iş göremezlik

[1326] Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 106; Baskan, Analık Hali, s. 693; Nazlı'ya göre, kanundan kaynaklanan özel ücretsiz izin uygulaması bulunmadığı taktirde tarafların anlaşarak ücretsiz izin uygulamasına başvurması hali 5510 sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında sigortalılık niteliğinin yitirilmesine yol açmaktadır. Nazlı, s. 59.
[1327] Çenberci, s. 334; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 447; Nazlı, s. 54.
[1328] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 31.
[1329] Nazlı, s. 57.

ödeneğinden yararlanamaz[1330]. Ancak bu noktada şunu da vurgulamak gerekir ki, ödenek aldığı süre esnasında kadın sigortalının çalışmış olması tümden ödenek almayacağı anlamına gelmemektedir. Kadın sigortalı, sadece çalıştığı günlere ilişkin olarak ödeneğe hak kazanmayacaktır. Keza, kanun koyucu ödeneğin çalışılmayan her gün için ödeneceğini düzenlemiştir[1331]. Bu nedenle, analık izni esnasında çocuğu ölen ve çalışmaya başlayan kadın sigortalının, çalışmaya başladığı andan itibaren geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmaması gerekir.

Sigortalı kadının analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmesi için kural olarak yatarak tedavi olmasına ilişkin bir şart aranmamaktadır[1332]. Ancak sigortalı kadının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmesi için analık izni kullanmaya başladığı anda zorunlu sigortalı olması ve Kanunun 4. maddenin 1. fıkrasının a bendi ile b bendinde belirtilen muhtarlar ile aynı maddenin 1, 2 ve 4 numaralı alt bentleri kapsamındaki sigortalı kadınların doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi[1333] bildirmiş olması gerekir (SSGSSK md. 18/1-c)[1334]. Oysa 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 49. maddesinde, doğumdan önce yüz yirmi gün analık sigortası primi ödenmiş olan sigortalı kadının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacağı düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun ile sigortalının geçici işgöremezlik ödeneğine hak kazanması kolaylaştırılmıştır[1335]. 5510 sayılı Kanunda aranan diğer şartlar sağlanmış olsa bile,

---

[1330] Çenberci, ss. 332-333.

[1331] Çenberci, s. 333.

[1332] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 445; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 453, SSGSSK md. 18/2, *"4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanlara iş kazası veya meslek hastalığı ya da analık halinde geçici iş göremezlik ödeneği, genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla yatarak tedavi süresince veya yatarak tedavi sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürede ödenir. Ancak bu maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre doğum öncesi ve doğum sonrası çalışmadığı sürelerde geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenebilmesi için yatarak tedavi şartı aranmaz."*

[1333] Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalının gerek geçici iş göremezlik ödeneğine gerekse emzirme ödeneğine hak kazanması gereken prim ödeme gün sayısını gerçekleştirmesi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıya kıyasla daha uzun bir zamanı gerektirebilir. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz., Oğuz Karadeniz, "Türkiye'de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 29, 2011/2, ss. 97-98.

[1334] Analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği alan kadın sigortalının çalışmadığı süre, doğumdan önceki bir yılın hesabında dikkate alınmaz. (SSGSSK md. 24). Örneğin, 12.12.2017 tarihinde doğum yapan kadın işçi, 15.01.2019 yılında tekrar doğum yaparsa, ilk doğumunda kullandığı sekiz haftalık analık izni süresi 15.01.2019'da gerçekleşen doğumdan önceki bir yıl içinde ödenmesi gereken prim ödeme gün sayısında dikkate alınmaz.

[1335] Nurşen Caniklioğlu, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hakları ve Yükümlülükleri", **İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, s. 164.

doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmemişse sigortalı kadın geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamaz.

Kanun koyucu, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde yer alan kişilerin analık hâli nedeniyle, geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmeleri için bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi ödemiş olmasının yanı sıra genel sağlık sigortası dâhil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının da ödenmiş olmasını aramıştır (SSGSSK md. 18/2)[1336]. Öğretide, bağımsız çalışan sigortalıları primlerini düzenli ödemeye mecbur etmek amacıyla prim borcu olmama koşulunun getirilmiş olduğu ifade edilmiştir [1337].

Kadın sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmesi için analık hâli nedeniyle iş göremezlik raporu almış olması gerekir. Bu rapor, Kurum tarafından yetkilendirilmiş hekim veya sağlık kuruluşu tarafından verilmelidir (SSGSSK md. 18/1). Öğretide, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanılabilmesi için kadın sigortalının doğumdan önceki istirahatinin resmi sağlık kurumlarından ya da Kurumla anlaşmalı sağlık hizmeti sunucuları tarafından verilmiş olmasının önemi olmadığı; hatta doğumdan önceki elli altıncı günün başlangıcından itibaren sigortalı kadının kendiliğinden istirahat almış olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir[1338]. İş göremezlik raporunun resmi sağlık kurullarından ya da Kurumla anlaşmalı sağlık hizmeti sunucuları tarafından alınmasına ilişkin koşul ile riskin gerçekleştiğinin ve sigortalının üzerinde yarattığı etkinin kanıtlanması ve bu sayede Kurumun dolandırılmasının önüne geçilmek istenmiştir[1339]. Doğum olayının gerçekleşeceği muhtemel tarihin önceden bilinmesi mümkün olduğu ve Kanunda ödeneğin verilmesi gereken süre kesin olarak belirtildiği için Kurum tarafından yetkilendirilmiş olan sağlık kurulundan alınmış bir rapor olmadan da öğretide de isabetli olarak belirtildiği

[1336] Sözer'e göre, bağımsız çalışanları düzenli ödemeye mecbur etmek için, geçici iş göremezlik ödeneği bakımından prim borcu olmama koşulu getirilmiştir. Ancak, kısa vadeli sigorta prim borcunu yerine getirmiş olan bir sigortalıya kısa vadeli sigorta kollarından biri olan analık sigortası kapsamında sunulan maddi edim için diğer sigorta dallarına ilişkin borç bulunmaması koşulunun aranması farklı sigorta ilişkilerini aynı hukuki sonuca bağlamak anlamına gelir. Bkz., Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 366, dn. 3; Mutlay'a göre, bağımlı çalışanlarla bağımsız çalışanların aynı duruma getirilmesi, buna göre prim ve prime ilişkin her türlü borcun olmaması yönündeki şart aranmamalıdır. Bkz., Mutlay, s. 323.
[1337] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 366, dn. 3.
[1338] Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 329; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 446.
[1339] Mutlay, s. 322.

gibi sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması mümkün olmalıdır[1340].

Fransız hukukuna göre, annenin doğum yardımından yararlanabilmesi için doğumdan veya doğum öncesi analık izni başlamadan önce en az on aylık sigortalılığının ve üç ay içinde yüz elli saat çalışmasının olması gerekir[1341].

Kadın sigortalıların doğum öncesi istirahatli olması gereken sürede kendi isteği ve hekimin onayı ile çalışabileceğinin belirtilmesi durumunda, doğuma üç hafta kalıncaya kadar doğum öncesine ait tekil gebeliklerde beş hafta, çoğul gebeliklerde ise yedi haftalık sürede sigortalının çalışması hâlinde, bu sürelerde işveren tarafından sigortalı adına bildirilen kazançlar geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanması için gerekli olan son bir yıldaki doksan günün hesabında dikkate alınacaktır[1342].

Sosyal güvenlik mevzuatında, sigortalının hak ettiği edimlerin sigortalıya sunulabilmesi genel olarak sigortalının istemine bağlıdır[1343]. Bu durum, ihmalkâr davranan ve haklarını yeterince bilmeyen sigortalıların hak kaybına uğramasına neden olmaktadır. Bu nedenle de olayı öğrenen Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hem maddi hem de hizmet niteliği taşıyan edimleri sunmak için sigortalının talebini beklemesi, Kurumun varlık nedeni ve sosyal güvenlik anlayışı ile bağdaşmayacağı için eleştirilmiştir[1344]. Bu bağlamda, analık sigortası kapsamında sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmesi için Kuruma başvuru yapmasının gerekip gerekmediği 2016/21 sayılı Genelge ile açığa kavuşturulmuştur. Genelgeye göre, analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi için Kuruma talep dilekçesi verilmiş olmasına ilişkin Kanunda herhangi bir şart aranmamaktadır. Bu sebeple sigortalı kadına, analık hâli nedeniyle sağlık hizmet sunucuları tarafından düzenlenen raporun Kurum kayıtlarına intikal etmesi sonucunda sigortalının

[1340] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 446; Mutlay, s. 322; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 207; Pakin Akın, s. 83.
[1341] Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016 – France, s. 111, https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html, (ET. 13.10.2018).s. 111.
[1342] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 29.
[1343] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 248.
[1344] Ayrıntılı bilgi için bkz., Nurşen Caniklioğlu, "Kısa Vadeli Sigortalar Bağlamında 5510 Sayılı Yasa Uygulaması ve Çıkacak Sorunlar", **Bağ-Kur, SSK, Emekli Sandığı, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yasalar ve Gerçekler**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, ss.94-96; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 248; Eser, ss. 163-166.

başvurusu ve talep dilekçesi aranmaksızın geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi gerekir[1345].

(iv) Geçici İş Göremezlik Ödeneği Miktarı ve Ödenmesi

5510 sayılı Kanunun 18. maddesinde, kısa vadeli sigorta kolları kapsamında ödenecek olan geçici iş göremezlik ödeneğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Maddeye göre, analık sigortası kapsamında ödenecek olan geçici iş göremezlik ödeneği, diğer kısa vadeli sigorta kolları kapsamında ödenecek olan geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı ile aynıdır (SSGSSK md. 18/3). Analık sigortası kapsamında ödenen geçici iş göremezlik ödeneği hastalık hâlinde ödenen ödenekten farklı olarak, iş göremezliğin başladığı ilk günden itibaren ödenir.

İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı hâlinde verilecek olan geçici iş göremezlik ödeneği, yatarak tedavilerde Kanunun 17. maddesine göre hesaplanacak günlük kazancının yarısı, ayakta tedavilerde ise üçte ikisidir (SSGSSK md. 18/3). Kanundaki bu düzenleme doğum olayını hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı ile karşılaştırdığı ve doğum olayında da yatarak ya da ayakta tedavi ayrımı yaptığı ve buna göre bir yardım öngördüğü için eleştirilmektedir[1346].

Kadın sigortalıya ödenecek olan geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarının tespiti için öncelikle, sigortalı kadının günlük kazancının tespit edilmesi gerekir. Geçici iş göremezlik ödeneğinin hesabına esas tutulacak günlük kazanç; doğumun olduğu tarihten önceki on iki aydaki son üç ay içinde Kanunun 80. maddesine göre hesaplanacak olan prime esas kazançlar toplamının, bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanmaktadır (SSGSSK md. 17/1).

Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olan kadınların, ödenek veya gelire esas günlük kazançlarının hesabında, prim, ikramiye ve bu nitelikteki arızi ödemeler dikkate alınmış ise ödenek ve gelire esas alınacak günlük kazanç, ücret toplamının ücret alınan gün sayısına bölünmesiyle hesaplanacak günlük kazanca, %50 oranında bir ekleme yapılarak bulunan tutardan çok az olamaz. Bununla birlikte, ödenek veya gelire esas günlük kazançların

[1345] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 30.
[1346] Bakırcı, Karadeniz, Yılmaz, Lewis ve Durmaz, s. 114.

hesabında idare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yapılan ücret, ikramiye, zam, tazminat ve bu mahiyetteki ödemlerden, ödenek ve gelirin hesabına esas alınan üç aylık dönemden önceki aylara ilişkin olanlar dikkate alınmaz (SSGSSK md. 17/3).

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ndeki düzenlemeye göre sigortalının, aynı zaman içinde ve aynı sigortalılık hâline tabi olacak şekilde birden fazla işyerinde çalışması hâlinde, ödeneklere esas tutulacak günlük kazancının tespitinde, üst sınır dikkate alınarak her bir işyeri için ayrı ayrı bulunacak günlük kazançların toplamı ödeneğe esas günlük kazancı oluşturur. Ayrıca sigortalıda iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinden birkaçı birleşirse, geçici iş göremezlik ödeneklerinden en yüksek olanı verilir (SSGSSK md. 18/5, SSİY md. 40/5). Kadın sigortalı, kısmi süreli iş sözleşmesi ile birden fazla işverenin yanında çalışıyorsa, her bir işyerindeki günlük kazancı ayrı ayrı hesaplanır ve bu kazançların toplamı ödeneğe esas günlük kazancı oluşturur. Ancak tespit edilen günlük kazanç Kanunun 82. maddesinde belirtilen üst sınırı geçemez.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenme zamanı, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 40. maddesinde düzenlemiştir. Yönetmelikte yer alan hükme göre, ödeneğin ödenmesine ilişkin bilgi ve belgenin Kuruma ulaşmasını izleyen yedi iş günü içinde geçmiş süreler için sigortalının kendisine, kanuni temsilcisine, vekiline ya da sigortalının banka hesap numarasına ya da PTT Bank şubelerine ödenmesi hususunda Kurum yetkilidir (SSİY md. 40/8).

Daha öncede bahsettiğimiz üzere, Alman hukukunda analık halinde olan kadın işçiye koruma süresi boyunca analık parası ödenir. Almanya'da sağlık sigortasına sahip olan işçiye ödenecek olan analık parası günlük on üç Euro'dur. Bu miktar, sağlık sigortası tarafından analık parası adı altında ödenir. Ödenecek olan analık parasının miktarı, kadın işçinin çalıştığı zaman aldığı son üç aylık net ücret ortalamasının bir güne düşen miktarının altında olursa, aradaki fark işveren tarafından ödenir (MuSchG § 20/1). Bir kadın birden fazla işveren için çalışıyorsa, ödeneğinin hesaplanmasında, işçinin çalıştığı işlerden elde ettiği ortalama günlük kazanç dikkate alınacaktır. Her bir işveren, ödedikleri ortalama günlük ücretle orantılı olarak ortaya çıkan tutarı ödeyecektir (MuSchG § 20/2).

Analık parası almak için kadın sigortalının bağlı olduğu sigorta kuruma başvurması gerekir. İşçinin başvurusu üzerine analık parasının hepsi bağlı olduğu sigorta tarafından ödenir. İşverenin ödemesi gereken miktar varsa, kurum bunu işverenden mahsup eder[1347]. Sağlık sigortası olmayan kadın işçiye koruma süreleri boyunca Federal Hükümet tarafından en fazla iki yüz on € analık parası ödenir (MuSchG § 19/2).

(v) Geçici İş Göremezlik Ödeneğinin Azaltılması, Ödenmemesi ve Geri Alınması

5510 sayılı Kanunun 22. maddesinde, sigortalının kendisinden kaynaklanan sebeplerle tedavi süresinin uzaması ve iş göremezliğinin artması durumunun geçici iş göremezlik ödeneğine etkisi düzenlenmiştir. Maddede yer alan düzenlemeye göre, ceza sorumluluğu olmayanlar ile kabul edilebilir bir mazereti olanlar hariç, sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık nedeniyle hekimin bildirdiği tedbir ve tavsiyelere uymaması sonucu tedavi süresinin uzamasına veya iş göremezlik oranının artmasına, malul kalmasına neden olması hâlinde, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak dörtte birine kadarı Kurum tarafından eksiltilir (SSGSSK md. 22/1-a).

Kanunda geçici iş göremezlik ödeneğinin azaltılmasının yanı sıra ödenen ödeneğin kesilmesi ve geri alınması durumuna ilişkin hususlara da yer verilmiştir. Analık hâli nedeniyle tedavi gördüğü hekimden, tedavinin sona erdiğine ve çalışabilir olduğuna dair belge almaksızın çalışan sigortalı kadına geçici iş göremezlik ödeneği ödenmez, ödenmiş olanlar da yersiz yapılan ödeme tarihinden itibaren Kanunun 96. maddesi hükümlerine göre geri alınır (SSGSSK md. 22/1-d). Ancak sigortalıya ait raporda istirahat süresi sonunda sigortalının çalışabileceği kararı varsa, ayrıca çalışabilir belgesi aranmaz. Geçici iş göremezlik ödeneği ödenirken sigortalının istirahatlı olduğu dönemde çalışmadığının işveren veya Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı olanlar tarafından beyan edilmesi ve belgelenmesi gerekir (SSİY md. 44/3).

[1347] Erkul, s. 30.

Uygulamada yapılan denetimlerde, gebe olan kadının analık sigortasından yararlanabilmesi için fiili çalışması olmadığı hâlde, sigortalı olarak Kuruma bildirilmesi ile karşılaşılmaktadır. Bu durum *"sahte sigortalılık"* veya *"hayali sigortalılık"* olarak nitelendirilmektedir[1348]. Böyle bir durumda, Kurumun 2016/21 sayılı Genelgesinde yapılması gerekenlere yer verilmiştir. Sigortalı kadının doğumdan önceki bir yıl içinde yasal olarak bulunması gereken çalışma sürelerinin fiili olmadığı yönünde inandırıcı şüphe, ihbar, şikâyette bulunulması durumunda sigortalılara ait geçici iş göremezlik ödenekleri ödenecek, akabinde konu Kurumun kontrol ve denetimle görevli memurlarınca incelenmek üzere ilgili birime gönderilecek ve denetim raporu sonucuna göre işlem yapılacaktır [1349].

Sahte sigortalılığın tespiti hâlinde kişinin prim ödeme gün sayıları iptal edilir[1350]. Sahte sigortalı kadına yapılan ödemeler ve sağlık harcamaları faizi ile birlikte geri istenir (SSGSSK md. 89/3). Tüm bunların yanı sıra sahte sigortalı kadının ve onu Kuruma bildiren işverenin dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarından dolayı cezai sorumluluğu doğabilir.

(3) Emzirme Ödeneği

(i) Emzirme Ödeneğinden Yararlanacaklar Kişiler

Emzirme ödeneğinden sigortalı kadın ve sigortalı olmayan karısının doğum yapması nedeniyle sigortalı erkek yararlanabilir. Bu kişilerin emzirme ödeneğinden yararlanabilmeleri bakımından aktif sigortalı olup olmamalarının herhangi bir önemi yoktur. Zira Kanunda kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da sigortalı olmayan eşininin doğum yapması nedeniyle gelir veya aylık alan sigortalı erkeğin emzirme ödeneğine hak kazanacağı düzenlenmiştir (SSGSSK md. 16/3).

Bu noktada şunu da vurgulamak gerekir ki, sigortalı olmayan eşinin doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğin emzirme ödeneğinden yararlanabilmesi için evliliğin Türk Medeni Kanunu'na uygun resmi ve geçerli bir evlilik olması gerekmektedir. Bu nedenle de imam nikâhlı kadın veya birlikte yaşayan kadın

[1348] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 87.
[1349] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 30.
[1350] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 88; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 29.

sigortalı erkeğin eşi olmadığı için sigortalı erkeğin emzirme ödeneğine hak kazanması söz konusu değildir[1351]. Bu kadınlar, ancak kendileri sigortalılarsa ve Kanunda aranan şartları sağlıyorlarsa, emzirme ödeneğine hak kazanırlar. Gebelik evlilik birliği içinde meydana gelse bile doğumdan önce evlilik sona ermişse, kadın kendi sigortalı değilse, boşandığı eşi sigortalı olsa bile emzirme ödeneğinden yararlanamaz[1352]. Ancak mahkeme tarafından eşlerin ayrılığına karar verildiği ya da boşanma kararı kesinleşmediği durumlarda, sigortalı olmayan kadının sigortalı eşi analık sigortası kapsamında emzirme ödeneğinden yararlanabilecektir[1353].

Sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısından dolayı bu ödeneğe hak kazanabilmesi için çocuğun ana rahmine düştüğü tarih önemli değildir[1354]. Anne ve babanın çocuğun doğumundan önce evlenmeleri yeterlidir[1355]. Dolayısıyla, sigortalı olmayan kadın evlilik dışı beraberlik sonucunda çocuk sahibi olursa, çocuğun babası sigortalı olsa da anne ile evli olmadığı için emzirme ödeneğinden yararlanamayacaktır[1356].

Sigortalı erkek tarafından çocuğun soybağının reddedilmesi veya mahkeme kararı ile çocuğun babası olmadığına karar verilmesi hâlinde, sigortalı erkek sigortalı olmayan karısından dolayı emzirme ödeneğinden yararlanamaz[1357]. Öğretide, sigortalı erkek dışında ilgililer (TMK md. 291) tarafından soybağının reddi davasının açılması durumunda, sigortalı erkeğin evliliği devam ettirme yönündeki iradesinin varlığı nedeniyle sigortalı erkeğe emzirme ödeneğinin ödenmesi gerektiği savunulmuştur[1358].

(ii) Emzirme Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları ve Miktarı

Sigortalı kadına veya sigortalı olmayan eşinin doğum yapması sebebiyle sigortalı olan erkeğe, emzirme ödeneği verilebilmesi için Kanunda aranan koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Sigortalı 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1.

[1351] Çenberci, s. 321; Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 5; Baskan, Analık Hali, s. 697.
[1352] Çenberci, s. 331; Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 324; Tuncay ve Ekmekçi, Esasları, s. 335.
[1353] Çenberci, s. 331.
[1354] Çenberci, s. 331.
[1355] Çenberci, s. 331; Nazlı, s. 55.
[1356] Çenberci, s. 331; Ozanoğlu, Analık Sigortası, s. 5.
[1357] Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, Adalet Yayınevi Ankara 2013, s. 541.
[1358] Çenberci, s. 331; Aksi görüş için bkz., Aslanköylü, s. 541.

fıkrasının a bendi kapsamında çalışıyorsa, sigortalı adına doğumdan önceki bir yıl içinde en az yüz yirmi gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması gerekir. Sigortalı, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamında çalışıyorsa, doğumdan önceki bir yıl içinde en az yüz yirmi gün kısa vadeli sigorta primi yatırılmış ve genel sağlık sigortası primi dâhil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması gerekir (SSGSSK md. 16/4)[1359]. Emzirme ödeneğine kıyasla yüksek bir miktar olan geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmak için gerekli olan prime ilişkin husus doksan gün iken, sembolik bir tutar olan emzirme ödeneği için yüz yirmi gün olmasını çok isabetli bulmamaktayız[1360].

Sigortalı kadın ya da sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi sadece çalışma ilişkisi sürerken değil, son bulduktan sonra da doğum yapabilir. Nitekim, ödeneğe hak kazanma koşulları bakımından çalışma ilişkisinin devam edip etmemesine göre ayrım yapılmıştır. Emzirme ödeneğine hak kazanan sigortalılardan Kanunun 9. maddesine göre sigortalılığı sona erenlerin, bu tarihten başlamak üzere üçyüz gün içinde çocukları doğarsa, sigortalı kadın veya eşi analık sigortası haklarından yararlanacak sigortalı erkek, doğum tarihinden önceki onbeş ay içinde en az yüz yirmi gün prim ödenmiş olması şartıyla emzirme ödeneğinden yararlanabilir (SSGSSK md. 16/5)[1361]. Bu düzenleme göstermektedir ki, sigortalılığı sona erenlerin emzirme ödeneğine hak kazanabilmeleri için çocuğun belirli bir süre içinde doğmuş olması gerekir.

Emzirme ödeneği, çocuğun sağ doğması ve yaşaması şartıyla, bir defaya özgü olmak üzere ve her çocuk için ayrı ayrı ödenir (SSGSSK md. 16/3). Çocuk sağ doğmuş, fakat doğumdan kısa bir süre sonra ölmüş olsa bile emzirme ödeneğinin ödenmesi gerekir. Zira emzirme ödeneğinin ödenmesi için çocuğun ölü doğmamış olması yeterlidir[1362].

[1359] 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda, bu süre sigortalı kadın için 90, sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi için 120 gündü. Analık sigortası kapsamında sunulan edimlerin 506 sayılı Kanun ile karşılaştırılmalı olarak değerlendirmesi için bkz., Şükran Ertürk, "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu"nun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Hükümlerinin Birlikte Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, Mart 2007 , (Kısa Vadeli Sigorta Kolları), s. 124.

[1360] Aynı yönde görüş için bkz., Korkusuz ve Uğur, s. 305.

[1361] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 251-252; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 443; Ertürk, Kısa Vadeli Sigorta Kolları, s. 124; Korkusuz, s. 149.

[1362] Çenberci, s. 329; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 443; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 452; Tulukçu, Gebe ve Anne İşçi, s. 212; Baskan, Analık Hali, s. 700.

Kanunun ilk hâlinde, emzirme ödeneğinin doğumdan sonraki altı ay boyunca ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra altı aylık süre kaldırılmıştır. Mevcut düzenleme nedeniyle, emzirme ödeneği bir defaya mahsus olmak üzere ödenmektedir[1363].

Evde yapılan doğumlar dışında, kişinin emzirme ödeneğine hak kazanması için Kurumu bilgilendirmesi gerekmemektedir. 2016/21 sayılı Genelgeye göre, sigortalılara ödenecek olan emzirme ödeneklerinin ödeme sürelerinin kısaltılması ve mağduriyetlerin asgariye indirilmesi amacıyla, daha önce talep dilekçesi şartına bağlı bulunan emzirme ödeneği, kadın sigortalının evde kendi başına yaptığı doğumlar ile hemşire veya ebeler tarafından evde yaptırılan doğumlar haricinde; elektronik ortamda düzenlenen raporlarda çocuğun doğum bilgisi ve tarihi e-Ödenek programı tarafından ödeme aşamasında otomatik olarak sorgulanarak anılan program üzerinden talep dilekçesi aranmaksızın ödenir[1364].

Emzirme ödeneği ile ilgili taleplerde, hangi sosyal güvenlik il müdürlüğü sigortalısı olursa olsun sigortalının müracaatına göre başvurduğu sosyal güvenlik il müdürlüğü veya sosyal güvenlik merkezlerince emzirme ödeneği ödenecektir. Söz konusu ödeneğin ödenebilmesi için e-Ödenek programı Kurum modülünde T.C. kimlik numarası ile sorgulama ve arşivleme menüsünden açılan pencereden emzirme ödeneği raporu *"dosya devri"* yapılarak başvuru yapılan sosyal güvenlik merkezine aktarılacak ve ödeme işlemi gerçekleştirilecektir[1365].

5510 sayılı Kanunun 16. maddesine göre, emzirme ödeneğinin miktarı, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından önerilir ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı) tarafından onaylanarak belirlenir (SSGSSK md.16/3). 2019 yılı için bu miktar 178 Türk Lirasıdır.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 88. maddesinin 2. fıkrasına göre, görev ve işleri nedeniyle yurt dışında bulunan sigortalıların, tedavi gördüğü sağlık tesislerinden alacağı raporlarda belirtilen redavi ve istirahat sürelerine ait Kanuna göre hak kazandıkları emzirme ödeneği, raporun Kurumca tasdik edilmesi koşulu aranmaksızın Türk Lirası ile ödenir.

[1363] Emzirme ödeneğinin en az altı ay boyunca ödenmesi yönündeki görüş için bkz., Korkusuz ve Uğur, s. 305, dn. 638.
[1364] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 31.
[1365] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 31.

e. Analık Sigortası Kapsamında Kurumun Rücu Hakkı

5510 sayılı Kanunun 23. maddesine göre, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı çalıştırılmaya başlanıldığının işveren tarafından süresi içinde Kuruma bildirilmemesi durumunda, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen analık sigortasından yararlanmayı gerektiren bir hâlin ortaya çıkması durumunda, ilgilinin ödenekleri ve giderleri Kurum tarafından ödenir.

Kurum tarafından ödenen bu miktarlar, bağlanan gelirler veya ileri de yapılması gereken giderler, herhangi bir kusur şartı aranmaksızın işverene ödetilir. Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin bilgilendirme süresi içinde Kuruma yapılmazssa, bildirimde bulunulmayan sürede meydana gelen analık hâlleri sonucu, ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmez (SSGSSK md. 23/3).

B. Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından

1. Başkasının Sürekli Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalının Erken Emeklilik İmkânı

Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, ağır engelli çocuğu bulunan annelerin daha erken yaşta emekli olabilmelerine imkân tanınmıştır[1366]. Kanunda yer alan düzenlemeye göre, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan ve emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalıların 1 Ekim 2008'den sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenmekte ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilmektedir (SSGSSK md. 28/8)[1367]. 1 Ekim

[1366]Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 518; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 511; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 409; Süleyman Başterzi, "5510 Sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Sigortası ve Yeni Gelişmeler", **Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan Semineri**, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını, Ankara 2010, (Yaşlılık Sigortası), ss. 80-81; Uğur, s. 219

[1367] Bu fıkra, Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 28. maddesine, 14.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanunun 16. maddesi ile eklenmiştir.

2008 öncesi bakıma muhtaç çocuğu olup çalışan kadın sigortalıların bu tarihten önceki süreleri erken emeklilik için değerlendirilmemektedir[1368].

a. Erken Emeklilik İmkânından Yararlanma

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 8. fıkrasındaki hükümden yararlanmak için öncelikle kadının sigortalı olması gerekir. Bu koşul dışında sigortalı kadının, başka birinin bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olmalı ve bu çocuğunun bakımı sigortalı kadın tarafından gerçekleştirilmelidir. Tüm bu şartların gerçekleştirilmiş olması sigortalı kadının erken emeklilik hakkından yararlanması için yeterli değildir. Sigortalının haktan yararlanabilmek için Kuruma başvuruda bulunması gerekir. Aşağıda bu şartlara ilişkin konular ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

(1) Sigortalı Kadın Olma

Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan ve emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalıların 1 Ekim 2008'den sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenmektedir. Eklenen bu süre, sigortalının emeklilik yaş haddinden indirilmektedir. Erken emeklilik hakkından yararlanacak olan kişiler,

- 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının a, b ve c bentleri kapsamında çalışan kadın sigortalılar ile 2008 yılı Ekim ayı başından önce 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlara tabi çalışırken Kanunun geçici 1. maddesi gereğince 4. maddenin 1. fıkrasının a, b ve c bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmalarını devam ettiren,
- 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce 5434 sayılı Kanuna tabi hizmeti bulunanlardan Kanunun yürürlük tarihinden sonra geçici 4. maddesi gereğince 5434 sayılı Kanunun mülga 12. maddesinin (II) işaretli

[1368] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 512; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 222.

fıkrasının son paragrafı, ek 71., mülga ek 76. ve mülga geçici 192. maddeleri uyarınca sigortalı olan,

- 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren 5510 sayılı Kanuna tabi olarak isteğe bağlı sigorta primi ödeyenler ile 2008 yılı Ekim ayı başından önce 506, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara göre isteğe bağlı sigortalı olup Kanuna göre isteğe bağlı sigortalılıkları devam eden, 5510 sayılı Kanunun ek 5, ek 6 ve ek 9. maddesi[1369] kapsamında çalışan kadın sigortalılardır[1370].

Bu düzenlemeler göstermektedir ki, temel olarak iki grup sigortalı kadın söz konusu haktan yararlanmaktadır. Bunlardan ilki, fiili olarak çalışma hayatı içinde yer alan kadın sigortalılar; ikincisi ise çalışma hayatı içinde yer almamalarına rağmen isteğe bağlı sigorta kapsamında olan kadınlardır[1371]. Önemle belirtmek gerekir ki, sigortalı annenin bu haktan yararlanabilmesi için çocuğun fiili bakımını üstlenmiş olması gerekir [1372] . Nitekim düzenlemenin amaçlarından biri de ağır engelli çocuğunun fiili bakımı nedeniyle yıpranan kadın sigortalının korunmasıdır[1373].

Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendine tabi sigortalı olarak tescil edildikleri hâlde adlarına malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmemiş olanlar erken emeklilik hakkından yararlanamazlar[1374].

Kanundaki bu düzenleme sayesinde, kadın sigortalılar hem sigortalılık süresi hem de yaş bakımından önemli bir hak elde etmişlerdir. Erkek sigortalının, başkasının sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olması ve çocuğun bakımının erkek sigortalı tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda bu haktan yararlanması mümkün değildir. Kanunda bu hak sadece kadın sigortalıya tanınmıştır. Bu nedenle, hüküm eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır[1375]. Zira söz konusu hüküm

---

[1369]5510 sayılı Kanunun ek madde 5, ek madde 6 ve ek madde 9 kapsamında yer alan sigortalılar Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2015/19 sayılı Genelgesi ile 03.07.2015 tarihinde eklenmiştir.
[1370] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 258-259.
[1371] Murat Göktaş, "Başkasının Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğu Bulunan Kadın Sigortalıların Emekliliği", **İş ve Hayat Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2015, s. 214; Murat Yetik ve Duygu Erkan, "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası Açısından Sürekli Bakıma Muhtaç Derecede Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalılar", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 53, 2017, s. 229.
[1372] Göktaş, s. 214; Yetik ve Erkan, s. 229.
[1373] Yetik ve Erkan, s. 230.
[1374] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 259.
[1375]Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 518; Resul Kurt, "Türk Sosyal Hukukunda Doğuma Bağlı Haklar", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 138, Şubat 2018, (Doğuma Bağlı Haklar), s. 66; Başterzi, Yaşlılık Sigortası, ss. 80-81, 227; Göktaş'a göre, *"5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte bakıma muhtaç ağır engelli çocuğunun bakımını üstlenen kadın sigortalıların sosyal güvenlik hukuku*

ile sigortalının diğer sigortalılara kıyasla erken emekli olmasını meşrulaştıran sebep onun kadın ya da erkek olması değil, başkasının bakımına muhtaç ağır engelli bir çocuğunun bulunması ve bu çocuğun bakımının sigortalı tarafından yerine getiriliyor olmasıdır[1376]. Bu bağlamda, erken emeklilik hakkından yararlanmanın sadece kadın sigortalılar ile sınırlandırılması, kadın sigortalılar yönünden pozitif ayrımcılık değil, ağır engelli çocuğunun fiilen bakımı yükümlülüğünü yerine getiren erkek sigortalılar bakımından negatif ayrımcılık oluşturur[1377].

Kadın sigortalıya erken emekli olma hakkı tanınmasının amaçlarından biri, başkasının sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan kadının çocuğunun bakımını daha rahat yerine getirmesine imkân sağlamaktır[1378]. Bu nedenle de en azından sürekli bakıma muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan ve çocuğa bakacak başka kimsesi olmayan, çocuğun bakımı kendisi tarafından gerçekleştirilen erkek sigortalıların da haktan yararlanması gerekir[1379]. Söz konusu hakkın ayrım yapılmaksızın kadın ya da erkek aynı durumdaki tüm sigortalılara tanınacak şekilde yeniden düzenlenmesi hükmün amacına daha uygun olacaktır[1380].

Öğretideki bir görüşe göre, düzenlemenin eşitlik ilkesi bakımından isabet taşımaması, sadece erkek sigortalıya çocuğuna kendinden başka bakacak kimsenin olmadığı durumla sınırlı değildir. Düzenleme kadınlar lehine değil, aleyhine ayrımcılık oluşturacak niteliktedir. Aile içinde çocuğa bakacak durumda olan anne olsa bile baba olan erkeğe de bu hak tanınmalıdır. Örneğin, ağır engelli çocuğun hem annesi hem de babası var ise, bu hak anne ve babaya birlikte tanınmalı va hakkın kim tarafından kullanılacağı eşlerin tercihine bırakılmalıdır. Hakkı kullanan ebeveynin erken yaşta emekli olması sağlanmalıdır[1381]. Ebeveynlerden sadece birisi sağ ise, bu hak sadece ona tanınmalıdır. Erken yaşta emeklilik hakkı sağlayan düzenlemeden yararlanma hakkının sadece kadın sigortalılara tanınması, kadınlara toplumda

---

kapsamında pozitif ayrıma tabi tutularak prim gün sayısının artırılarak bu sürelerin emeklilik yaşından indirilmesi Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu uygulama Anayasa'da yer alan sosyal devlet ilkesinin sosyal sigortalara yansımasıdır." Bkz., Göktaş, s. 216.

[1376] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 518; Arzu Arslan Ertürk, "6552 Sayılı Kanunun 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası Kanununa Getirdiği Bazı Önemli Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **MÜHF - HAD**, Cilt: 20, Sayı: 3, s. 247-272, (6552 Sayılı Kanun), Yetik ve Erkan, s. 258.

[1377] Yetik ve Erkan, s. 227.

[1378] Mutlay, s. 437.

[1379] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 518; Başterzi, Yaşlılık Sigortası, s. 81; Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 258; Mutlay, s. 437-438; Kurt, Doğuma Bağlı Haklar, s 66; Yetik ve Erkan, s. 227.

[1380] Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 258.

[1381] Mutlay, ss. 437-438; Yetik ve Erkan, ss. 235-236.

yüklenen *"anne"* ve *"eş"* tanımlamalarından kaynaklanmaktadır. Oysa, kadınların da çalışma yaşamında mümkün olduğu kadar uzun kalmasının sağlanmasıyla, gerçek anlamda eşitlik sağlanabilir. Bu nedenle de önerilen şekilde yapılacak düzenleme ile erkek ve kadına iş yaşamını sürdürme bakımından fırsat eşitliği sağlanmış ve seçme şansı kendilerine verilmiş olacaktır. Yürürlükteki düzenleme, kadın sigortalının çalışma hayatını sona erdirerek çocuğuna bakmak yönünde tek bir seçenek sunmaktadır[1382].

Söz konusu haktan yararlanabilmek için kadın sigortalının başkasının sürekli bakımına muhtaç ağır engelli çocuğun biyolojik annesi olması gerekmemektedir. Nitekim, Kanunda *"sadece başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan"* ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle de kadın sigortalının kendisinin veya eşiyle birlikte evlat edindiği çocuğun, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olduğunun tespiti hâlinde kadın sigortalı erken emeklilik imkânından yararlanacaktır. Evlat edinme hâlinde ilave hizmetin verileceği sürenin başlangıcı çocuğun evlat edinilme tarihinden önce olmayacaktır[1383]. Zira kadın sigortalının erken emeklilik hakkından yararlanabilmesi için temel şart, ağır engelli çocuğun olmasıdır. Kadın sigortalının başka bir çocuğu yoksa, sigortalı en erken çocuk evlat edindiğinde ağır engelliyse bu tarihten itibaren, çocuk sonradan ağır engelli hâle gelmişse o tarihten itibaren diğer hükümlerde göz önüne alınarak erken emeklilik hakkından yararlanacaktır.

(2) Başkasının Sürekli Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğa Sahip Olma

5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 8. fıkrasının ilk hâlinde, başkasının sürekli bakımına muhtaç malul çocuğu olan kişilere bu hak tanınmıştı. Maddede yer alan malul ifadesi, 10.09.2014 tarihinde 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunu'nun[1384] 41. maddesi ile *"ağır engelli"* olarak değiştirilmiştir. İkincil mevzuatın Kanun ile uyumunun sağlanması ve

[1382] Mutlay, ss. 437-438.
[1383] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 263.
[1384] Kabul Tarihi: 10.09.2014, RG.: 11.09.2014, S.: 6552.

uygulamada yaşanan bazı sıkıntılar sebebiyle, 18 Mart 2015 tarih ve 29299 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan *"Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'inde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"* ile *"Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nde*[1385]*"* değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik sonucunda, Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'nin 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, çocuğun ağır engellilik hâlinin tespiti *"Engellilik Ölçütü, Sınıflandırması ve Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik*[1386]*"* çerçevesinde yapılacaktır.

2015/23 sayılı *"Çalışma Gücü Kaybı ile Meslekte Kazanma Gücü Kayıp Oranı Tespit İşlemleri Genelgesi"*ne göre 11.09.2014 tarihinden sonra yapılan talebe istinaden Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği'ne göre yapılan değerlendirme sonucu çocuğunun başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul sayılmadığına karar verilen kadın sigortalıların talepte bulunmaları hâlinde, karara esas raporu içerir dosya ilgili Kurum sağlık kurulunca bu defa *"Engellilik Ölçütü, Sınıflandırması ve Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik"* çerçevesinde değerlendirilerek ağır engellilik durumu olup olmadığına ilişkin karar verilecektir. Bu şekilde, yeniden talepte bulunanlardan ayrıca rapor istenmeyecek, ancak sigortalı tarafından temin edilmiş Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunucularınca düzenlenmiş yeni rapor ibraz edilmesi hâlinde bu rapor da değerlendirilecektir.

18.04.2014 tarihli *"Genel Sağlık Sigortası Tescil, Prim ve Müstehaklık İşlemleri Yönetmeliği'nde*[1387]*"* tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişilerin Engellilik Ölçütü, Sınıflandırması ve Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliği kapsamında, yetkilendirilmiş engelli sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kuruluşlarınca ağır engelli olduğu engelli sağlık kurulu raporu ile belgelendirilen kişiler olduğu belirtilmişti (Yön. md. 4/1-ş)[1388]. Engellilik Ölçütü,

---

[1385] RG.: 03.12. 2013, S.: 28727,

[1386] RG.: 30.03.2013, S.: 28603, Yönetmelikte yer alan özürlü ifadesi, 3 Mayıs 2013 tarihli ve 28636 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6462 sayılı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile engelli olarak değiştirilmiştir.

[1387] RG.: 18.04. 2014, S.: 28976.

[1388] Yönetmeliği'n resmi gazete yayınlanan hâlinde, özürlü ve 30/3/2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik ifadesine yer verilmiştir. 6462 sayılı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun nedeniyle yönetmelikte yer alan özürlü ifadelerinin engelli olarak kabul edilmesi gerekir.

Sınıflandırması ve Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi gereğince engel durumuna göre engel oranı % 50 ve üzerinde olduğu tespit edilenlerden, günlük yaşam aktivitelerini başkalarının yardımı olmaksızın yerine getiremeyeceğine sağlık kurulu tarafından karar verilen kişiler, ağır engelli olarak kabul edilmektedir. Sağlık kurulu raporunda yer alan ağır engelli ifadesi, kişinin aynı zamanda tıbben başkasının bakımına muhtaç kişi olduğunu göstermektedir.

(3) Kuruma Başvuruda Bulunma

Çocuğunun, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olduğunun tespitini isteyen kadın sigortalılar, en son çalışmalarının geçtiği Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü'ne ya da Sosyal Güvenlik Müdürlüğü'ne başvuruda bulunmalıdırlar. Birden fazla ağır engelli çocuğu olan sigortalı kadının, her bir çocuk için Sosyal Güvenlik Kurumu'na ayrı ayrı müracaat etmesi gerekir. Sosyal Güvenlik Kurumu, her çocuğun başkasının sürekli bakımına muhtaçlığının tespitini ayrı yapar[1389]. Ancak böyle bir durumda kadın sigortalı sadece bir çocuk üzerinden erken emeklilik hakkından yararlanır. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun her bir çocuk için işlem yapmasının amacı, maluliyet tarihi eski olan rapor esas alınarak Kanunun 28. maddesinin 8. fıkrası hükmü bakımından dikkate alınacak hizmet süresinin başlangıcını belirlemek ve erken emeklilik hakkından yararlanılan çocuğun bakıma muhtaçlığının ortadan kalkması hâlinde bu hakkın diğer çocuk üzerinden devamının sağlanmasıdır[1390].

Kadın sigortalının Kuruma başvurduğu tarihte aktif olarak çalışıp çalışmadığı önemli olmadığı için yukarıda da belirttiğimiz üzere, isteğe bağlı sigortalı olan kadın sigortalılar da bu haktan yararlanabilmektedir[1391]. Bunun için kadın sigortalının öncelikle, Sosyal Güvenlik Kurumu'na isteğe bağlı sigortalılık için müracaat etmesi ve çocuğunun başkasının bakımına muhtaç ağır engelli olduğuna ilişkin raporu ibraz etmesi gerekmektedir.

[1389] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 259.
[1390] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 264.
[1391] Kurt, Doğuma Bağlı Haklar; s. 66.

b. Toplam Prim Ödeme Eklenecek ve Emeklilik Yaş Haddinden Düşülecek Sürenin Tespiti

Başkasının bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğa sahip olan kadın sigortalının toplam prim ödeme gün sayısına eklenecek ve emeklilik yaş haddinden düşülecek sürenin tespitinde, kadının sigortalılık başlangıcının 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra olması, çocuğun doğum tarihi, çocuğun ölmesi hâlinde ölüm tarihi, çocuğun başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul durumda olma hâlinin başlangıç ve bitiş tarihi, çocuğun evli olup olmadığı, kadın sigortalı boşanmış ise velayetin kadın sigortalıda olup olmadığı, çocuğun kadın sigortalı tarafından evlat edinilip edinilmediği, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuk sayısının birden fazla olup olmadığı, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu [1392] hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretli veya ücretsiz sürekli ve yatılı olarak faydalanıp faydalanmadığı önem arz etmektedir[1393].

Kadın sigortalılara 5510 sayılı Kanunun 28. maddesinin 8. fıkrası hükmü uyarınca ilave edilecek hizmetin hesabında,

- Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerine tabi olarak 2008 yılı Ekim ayı başından sonra geçen,
- 2008 yılı Ekim ayı başından sonra isteğe bağlı sigortalı olarak prim ödenen,
- 1/10/2008 tarihinden önce 2925 sayılı Kanuna tabi olup, bu tarihten itibaren 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendine tabi geçen,
- 2008 yılı Ekim ayı başından sonra geçen ve Kanun ile 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlandırılan süreler dikkate alınacaktır[1394].

2008 yılı Ekim ayı başından önce çalışmaya başlayan ve aynı zamanda da başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunan kadın sigortalının çocuğunun Kurum sağlık kurulu tarafından 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumda olduğunun tespit edilerek bildirilmesi hâlinde, sigortalının 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren geçen çalışma süresinin dörtte biri, toplam prim ödeme gün sayısına ilave edilecek, ilave edilen süre

[1392] Kanun Kabul Tarihi: 24.05.1983, RG.: 27.05.1983, S.: 18059.
[1393] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, ss. 260-261.
[1394] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, ss. 260-261.

kadar da emeklilik yaş haddinden indirim yapılacaktır [1395].

2008 yılı Ekim ayı başından sonra çalışmaya başlayan ve başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli durumda çocuğu bulunan kadın sigortalının çocuğunun doğum tarihi dikkate alınarak, çocuğun ağır engelli hâlinin işe giriş tarihinden önce olması durumunda işe giriş tarihinden; sonra olması hâlindeyse çocuğun ağır engelli olduğu tarihten itibaren erken emeklilik hakkından yararlanmaya başlayacaktır[1396] .

c. Erken Emeklilik Hakkında Yararlanmanın Sona Ermesi

Ağır engelli çocuğun ölümü veya bakıma muhtaçlığının ortadan kalkması durumunda, 1 Ekim 2008'den ölüm tarihine veya bakıma muhtaçlığın kalktığına karar verilen sağlık kurulu raporu tarihine kadar geçen hizmetlerin dörtte biri prim ödeme gün sayısına eklenerek emeklilik yaş hadlerinden indirilmektedir[1397]. Ağır engelli çocuk öldüğü andan itibaren ilave gün sayısının eklenmesine son verilecektir.

Anne ve baba boşandığı zaman velayet annenin üzerinde kalırsa, çalışan anne erken emeklilik hakkından yararlanmaya devam eder. Ancak velayet babada kalırsa, annenin yararlandığı erken emeklilik süresi mahkeme kararının verildiği gün sona erer. O tarihe kadar geçen süreler için anne erken emeklilik hakkından yararlanmış olur[1398].

Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğun, sürekli ve yatılı olarak korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretli veya ücretsiz faydalandıkları süre için 5510 sayılı Kanunun 28. maddesine göre prim ödeme gün sayılarının dörtte biri prim ödeme gün sayıları toplamına eklenmeyecektir[1399].

Kadın sigortalının hizmetine ilave edilecek ve emeklilik yaşından düşülecek süre, çocuğunun başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olma hâlinin devam ettiği sürede geçen çalışmalarına göre belirleneceğinden dolayı, bu

[1395] Bu konuda örnekler için bkz ., 2015/ 23 sayılı "Çalışma Gücü Kaybı ile Meslekte Kazanma Gücü Kayıp Oranı Tespit İşlemleri Genelgesi, s. 3; 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 261.
[1396] Bu konuda örnekler için bkz ., 2015/ 23 sayılı "Çalışma Gücü Kaybı ile Meslekte Kazanma Gücü Kayıp Oranı Tespit İşlemleri Genelgesi, s. 3; 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 262.
[1397] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 263.
[1398] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 265; Uğur, s. 198; Göktaş, s. 215.
[1399] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 264; Uğur, s. 198; Yetik ve Erkan, s. 230.

hâlinin yapılacak kontrol muayenesi sonucu ortadan kalkması durumunda, muayene sonucu düzenlenen rapora göre başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli olma durumunun ortadan kalktığı tarihten itibaren geçen çalışmalarından dolayı kadın sigortalılara ilave bir hizmet verilmeyecektir[1400].

2. Doğum Borçlanması

a. Genel Olarak

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda sağlanan haklara ulaşmak için sigortalı ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında bir sosyal sigorta ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Bu ilişki ya sigortalılık süresi ya da prim ödeme gün sayısı olarak ortaya çıkmaktadır[1401]. Sigortalılık süresi, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için istekte bulunduğu veya sigortalının ölüm tarihi arasında geçen süredir[1402]. Prim ödeme gün sayısı ise, sigortalının sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için aranan, prim ödeyerek geçirmiş olduğu süredir[1403]. Sigortalılık süresi veya prim ödeme gün sayısı, sigortalı yararına bazı durumlardan etkilenebilmektedir. Hizmet borçlanması da bu durumlardan biridir[1404].

Hizmet borçlanması, uzun vadeli sigorta kolları açısından değerlendirilmek amacıyla sigortalı olarak kabul edilmeyen veya prim ödenmeksizin geçen bazı sürelerin primlerinin daha sonra ödenerek, prim ödeme gün sayısını ve sigortalılık süresini artıran sosyal sigorta işlemidir[1405]. Hizmet borçlanması yapılabilecek süreler

---

[1400] 2013/11 Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 262; Uğur, s. 198.
[1401] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 147.
[1402] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 166; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 147.
[1403] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 226; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 168.
[1404] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 527; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 700; Saim Ocak, "Hizmet Borçlanması", **Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları III. Sempozyumu**, 2011, (Hizmet Borçlanması), s. 39; Duygu Çelebi Demir, **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yurt Dışı Hizmet Borçlanması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 6.
[1405] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 527; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 700; A. Can Tuncay, "Doğum İzni Borçlanması-Karar İncelemesi-", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, (Doğum İzni), s. 1019; Alper, s. 353; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 325; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 467; Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 39; Makas, s. 219; Çelebi Demir, ss. 5-6.

Kanunda sınırlı olarak sayılmıştır[1406]. Doğum borçlanması da kadın sigortalılara tanınmış bir hizmet borçlanması türüdür.

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, kadın sigortalılar gebelik ve doğum nedeniyle analık izni boyunca çalışma hayatından uzak kalmaktadır. Hatta bazı durumlarda kadınlar gebe ve anne olmaları nedeniyle işlerini kaybetmek ya da çalışma hayatından çekilmek zorunda kalabilirler. Bu nedenle, 5510 sayılı Kanunda gebelik ve annelik dönemlerinde kadın sigortalıların sigortalılık haklarının korunması amacıyla çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Doğum borçlanması da bu amaçla getirilmiş önemli düzenlemelerden biridir[1407]. Doğum borçlanması hakkı ile sigortalı kadına analık hâli nedeniyle uzun vadeli sigorta kolları bakımından uğradıkları hak kayıplarını telafi etmeye yönelik önemli bir imkân tanınmıştır[1408].

Çalışma hayatında ağırlığı her geçen gün artan kadın sigortalılar için doğum borçlanması oldukça önemlidir. Doğum borçlanmasına yönelik düzenlemeler ilk defa 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası Kanun ile hukuk sistemimize girmiştir. Konuya ilişkin düzenlemeler yapılırken, erkeklere tanınan askerlik borçlanmasına ilişkin hususlar dikkate alınmış ve hükümlerin birbirleriyle paralel olması amaçlanmıştır[1409] . Ancak bunun gerçekleştiğini söylemek pek mümkün değildir.

5510 sayılı Kanunla getirilen bu düzenleme ile kadın sigortalılar doğum öncesi ve sonrası dönemde çalışma hayatından ve dolayısıyla bazı sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısından yoksun kaldıkları dönemleri borçlanabilmektedir. Kadın işçilere yönelik diğer düzenlemelerde olduğu gibi doğum borçlanmasına ilişkin düzenleme de sosyal devlet olmanın gereğidir. Borçlanma hakkının, ailenin korunmasına ve nüfüsun sağlıklı bir biçimde artışını sağlamaya yönelik önemli bir düzenleme olduğunun kabulü gerekir[1410].

[1406] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 529; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 701; Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 39; Çelebi Demir, s. 7.
[1407] Canbolat ve Özkan, s. 107-108.
[1408] Arıcı, Annelerin Korunması, s. 278; Başaran, Sevtap, "Doğum Borçlanması", **Yaklaşım Dergisi**, Nisan 2009, s. 295; Arıcı, Doğum Borçlanması, s. 165; Süral, Kadın İstihdamı, s. 302; Baskan, Analık Hali, s. 704.
[1409] Özer, Hatice Duygu, "Doğum Borçlanması", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, (Doğum Borçlanması), s. 1144.
[1410] Arıcı, Doğum Borçlanması, s. 165.

5510 sayılı Kanunun ilk hâlinde, doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. 17.04.2008 tarihinde kabul edilen 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un[1411] 67. maddesinin ç bendi ile 5510 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle ilk kez Kanunun 4. maddenin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş olan kadınlara, doğum borçlanması imkânı getirilmiştir. Bu sayede, işçi olarak çalışan kadın sigortalılar, İş Kanunu'nda yer alan ücretsiz doğum ve analık izni sürelerini borçlanma hakkına sahip olmuştur. Ancak daha sonra kanun koyucu tarafından doğum borçlanması yapabilecek olan kişilerin kapsamı ve borçlanma yapılabilecek süre genişletilmiştir.

Doğum borçlanması, 5510 sayılı Kanunun 41. maddenin 1. fıkrasının a bendinde düzenlenmiştir. Bu hükümde, kimlerin hangi şartlar altında doğum borçlanması yapabileceği belirtilmektedir. Kanunda oldukça basit bir şekilde düzenlenmiş olan doğum borçlanması hakkı, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan tebliğ ve genelgeler ile uygulaması oldukça zor bir hâl almıştır.

5510 sayılı Kanunda yer alan doğum borçlanması hakkına ilişkin düzenlemelerin, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 43[1412] ve 131 sayılı Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına İlişkin Tavsiye Kararları[1413] ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Örgütün 131 sayılı Tavsiye Kararının 20. maddesinde, kaza ya da doğumdan kaynaklanan sebeplerle sigortalının isteğe bağlı olmaksızın çalışamama hâlleri ile işsiz olarak geçirdiği sürelerin; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresi ya da prim ödeme sürelerinin hesabında dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.

Alman hukukunda, sadece doğum nedeniyle çalışılmayan sürelerin değil, çocuk yetiştirme sürelerinin (Kindererziehungszeiten) de çocuğa bakan kişi adına sigorta primlerinin devlet tarafından ödenmesi esası benimsenmiştir[1414]. *"Çocuğa bakan kişi*" ifadesi, Alman hukukunda sadece kadın işçiye söz konusun hakkın

[1411] RG.: 08.05.2008, S.: 26870.

[1412] Invalidity, Old-Age and Survivors' Insurance Recommendation, 1933 (No. 43), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R043, (ET. 12.04.2017). 43 sayılı tavsiye kararı, 16.07.2004 tarihinde yürürlükten kalkmıştır.

[1413] Invalidity, Old-Age and Survivors' Benefits Recommendation, 1967 (No. 131), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R131, (ET. 12.04.2017).

[1414] Eichenhofer, s. 178; Deutsche Rentenversicherung: Ihr Plus für die Rente, 5. Aufl., 2010/3, s. 4.

tanınmadığını göstermektedir. Bu düzenleme nedeniyle, çocuğa bakan anne, baba ya da çocuğu evlat edinen kişiler, büyük anne-büyük baba gibi kişiler de bu haktan yararlanabilirler (SGB VI § 56/1). Ayrıca Alman hukukunda söz konusu imkândan yararlanabilmek için ne doğum öncesi ne de doğum sonrası sigortalı olma koşulu aranmamaktadır. Sosyal Kanunu'nun 6. Kitabının § 3 düzenlemesi uyarınca kişi, çocuk yetiştirme süresi boyunca sigortalı sayılmaktadır. Alman hukukunda çocuk yetiştirme sürelerinde çocuğa bakan kişinin primi devlet tarafından ödemekte ve çocuğa bakan kişi herhangi bir hak kaybına uğramamaktadır. Çocuk yetiştirme sürelerinin emeklilik aylığına hak kazanmak için gerekli olan asgari sigortalılık süresi bakımından yeterli olmaması durumunda, hak sahipleri şayet hâlen Almanya'da ikamet ediyorlarsa eksik kalan süreleri geriye yönelik borçlanma yaparak tamamlayabilirler (SGB VI § 55/1).

b. Doğum Borçlanması Yapabilecek Kişiler

5510 sayılı Kanunun doğum borçlanmasını düzenleyen 41. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde, Kanuna göre sigortalı sayılanların, ilgili kanunlar gereği kullandıkları ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerini borçlanabilecekleri belirtilmiştir. Kanunun ilk hâlinde Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı olan kişilerin doğum borçlanması yapabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı [1415] . 2013/11 sayılı Genelgedeki düzenlemeye göre, 506 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan daha sonra işsiz kalan kadının, işsiz olduğu dönemde doğum borçlanması yapması mümkündür. Ancak kadın önce 506 sayılı Kanuna daha sonra 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Yürürlükten Kaldırılmış Hükümlerine ilişkin Kanuna [1416] tabi olarak çalıştıktan sonra sigortasız olunan dönemde gerçekleştirilen doğumu borçlanamayacaktır[1417]. Zira Kurum işsiz kalınan dönemin 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalılık döneminin devamı olduğunu, bu nedenle borçlanmanın yapılamayacağını gerekçe olarak göstermiştir. Ancak genelgedeki bu düzenleme eleştiriye açıktır. Özellikle, 1479 sayılı Kanuna tabi

[1415] Tuncay, Doğum İzni, s. 1020; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 326.
[1416] RG.: 14.09.1971, S.. 13956.
[1417] 2013/11 sayılı Genelge 10. Kısım, 1. BL. 2.1. Örnek 2 ve 9; Genelgede açıkça, 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalılıkta gerçekleşen doğumun borçlanılamayacağı belirtilmektedir.

olarak çalışıldıktan sonra işsiz kalınan dönemin 1479 sayılı Kanunu tabi sigortalılığın devamı olarak yorumlamak yerinde değildir. Doktrindeki bir görüşe göre, doğum yapan kadın daha önce Sosyal Sigorta Kurumu'na tescili mevcut olup, işçi statüsünde çalıştığı dönem ile en son işsiz olduğu dönem arasında Bağ-kura tabi sigortalılığın bulunması doğum borçlanmasına engel olarak görülmemelidir[1418]. Özetle, daha önceden 506 sayılı Kanuna göre sigortalı olarak tescil edilmiş kişi, her ne kadar Bağ-kur kapsamında sigortalı olması durumunda gerçekleşen doğumları borçlanamayacaksa da Bağ-kur sigortalılığı sona erdikten sonra sigortasız bulunan dönemde gerçekleşen doğumların borçlanabilmesi gerekir[1419].

Bağımsız çalışan kadın sigortalılara doğum borçlanması hakkı tanınmamıştır. Zira, bağımsız çalışan kadınların sigortalılık süresinde fiilen çalışmaları her zaman şart değildir. Bu kişiler fiilen çalışmadan da sigortalılıklarını devam ettirebilirler. Bu nedenle de bu kişilerin faaliyetlerini doğum sonrasında da sürdürebilecekleri için zaten sigortalı olacaklardır[1420]. Fakat bağımsız çalışan kadın sigortalı da doğum nedeniyle çalışmasına son vererek çalışma hayatından uzak kalabilir ya da ileride gerçekleşecek olan doğum nedeniyle, çocuğuna bakmak için çalışma hayatına girmemiş ve sigortalılıktan uzak kalmış olabilir[1421]. Bu nedenle de öğretide kanun önünde eşitlik ilkesi de göz önünde bulundurularak bağımsız çalışan kadın sigortalılara da borçlanma hakkı tanınması gerektiği belirtilmiştir[1422].

Öğretideki eleştiriler dikkate alınarak, 6552 sayılı Kanunun 43. maddesiyle, 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının a bendi

> *"Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarıyla talepte bulunulan süreleri,"*

[1418] Makas, ss. 103-104.
[1419] Makas, s. 104.
[1420] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 505; Makas, s. 104; Saim Ocak, "Sigorta Başlangıcından Önceki Doğumlar Nedeniyle Hizmet Borçlanması", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 32, 2011, (Sigorta Başlangıcı), ss. 1518-1519; Müjdat Şakar, "Kadının Sosyal Güvenliği Yok!", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, Eylül 2012, (Kadının Sosyal Güvenliği), s. 183.
[1421] Ocak, Sigorta Başlangıcı, ss. 1518-1519.
[1422] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 505; Makas, s. 104.

şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme sayesinde, tüm kadın sigortalılar doğum borçlanması hakkına sahip olmuştur[1423].

506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birliklerin personeli için kurulmuş bulunan sandıkların 5510 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine göre, Sosyal Güvenlik Kurumu'na devir işlemi yapılmadığından, müstakil sosyal güvenlik kuruluşu olarak üyelerine sigorta ve sağlık yönünden sosyal sigorta hizmeti vermeye devam etmektedir. 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine tabi sandıklar kapsamındaki çalışması sona erdikten sonra Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerine tabi sigortalılığı bulunan kadınlar diğer şartları sağlamaları hâlinde doğum borçlanması yapabilecektir[1424].

2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'nun[1425] 39. maddesinde her ne kadar tarım sigortalılarının 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin b bendine göre borçlanma yapabilecekleri öngörülmüş ise de, tarım sigortalılarının bu kapsamda geçen hizmet süreleri 5510 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi gereğince, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında kabul edildiğinden, Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde öngörülen şartları yerine getiren ancak, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a, b veya c bendi kapsamında hizmeti bulunmayan 2925 sayılı Kanuna tabi tarım sigortalıları doğum borçlanması yapabileceklerdir[1426].

Evlat edinme hâlinde, İş Kanunu'nun 6663 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce analık iznine sahip olmayan kadın işçi, evlat edindiği çocuğun bakımı amacıyla işveren ile anlaşarak ücretsiz izne ayrılabilmekteydi. Böyle bir durumunda, 5510 sayılı Kanunda evlat edinen kişilerin söz konusu ücretsiz izin

[1423] Şakar'a göre, doğum borçlanması hakkı sadece Kanunun 4/1-a bendi kapsamında sigortalı olan kadınlara tanınmalıdır. Zira, bağımsız çalışan kadın sigortalının doğum sebebiyle prim ödeme imkânından yoksun olduğu söylenemez. Kanunun 4/1-c bendi kapsamında olan kadınlar için de borçlanma ihtiyaç değildir, çünkü doğum nedeniyle primsiz geçen bir süre yoktur. Bkz., Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 326; Ancak, Kanunun 4/1-c bendi kapsamında olan kadınlar 657 sayılı Kanun gereğince ücretsiz izin kullanırsa (DMK md. 108/B) primsiz geçen bir süre olacağı için 5510 sayılı Kanunun 4/1-c bendi kapsamında sigortalı olanlara da borçlanma hakkı tanınması kanımızca isabetlidir.

[1424] 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, ss. 291-292; Kurt, Doğuma Bağlı Haklar, s. 66.

[1425] Kabul Tarihi:17.10.1983, RG.: 20.10.1983, S.:18197.

[1426] 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 291; Kurt, Doğuma Bağlı Haklar, s. 66.

sürelerinin borçlanabileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmadığı dönemde bu süre borçlanılamamaktaydı. Öğretide, belli yaştan küçük olan çocukların evlat edinilmesi durumunda, çocuğun bakım ve ihtiyaçları nedeniyle işten ayrılmak zorunda olan kadın sigortalıya da doğum borçlanması hakkı tanınması gerektiği belirtilmiştir[1427]. 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkındaki Genelge'de, evlat edinen kadın sigortalıya doğum borçlanması hakkı tanınmıştır. Ancak, bu borçlanma hakkı üç çocuk ile sınırlandırılmıştır. Başka bir ifadeyle, üçten fazla çocuğun evlat edinilmesi hâlinde, kadın işçi en fazla üç çocuğu için borçlanma talebinde bulunabilecektir.

2013/11 sayılı Genelgedeki düzenlemeye göre, kadın sigortalının iki yaşını doldurmamış herhangi bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferit olarak evlat edinmesi durumunda evlat edinilen çocuklar için doğum borçlanması yapılabilecektir. Çocuğun yaşının hesaplanmasında resmi belgelerdeki doğum yaşı dikkate alınacaktır. Borçlanma talep dilekçesinde çocuğun evlat edinilmesi nedeniyle doğum borçlanması yapmak istediğini beyan edenlerden, evlat edinmeye ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün (Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü) ilgili birimleri tarafından düzenlenen "*Evlat Edinme Öncesi Geçici Bakım Sözleşmesi"*nin, bir örneği istenecek, çocuğun evlat edinildiği tarih olarak sözleşme onay tarihi esas alınarak borçlanma işlemleri sonuçlandırılacaktır. Bu sigortalılar için doğum borçlanmasının başlangıç tarihi, sözleşme onay tarihinden itibaren başlayacak olup, doğum borçlanmasının başlangıcı sözleşme tarihinden önce olamayacaktır. Evlat edinilen çocuk için yapılacak borçlanmalarda çocuğun doğum tarihi esas alınarak iki yıllık süreyi aşmamak koşuluyla evlat edinilen tarihten sonraki süreler borçlanılabilecektir[1428]. Genelgedeki düzenleme nedeniyle, çocuğun doğum tarihi esas alınarak iki yıllık süre aşılmamak kaydıyla hem çocuğu doğuran hem de çocuğu evlat edinen sigortalı kadının doğum borçlanması yapabileceğinin kabulü gerekir. Çocuğunu evlatlık veren kadın sigortalı, çocuğun doğumundan evlatlık verme işleminin kesinleştiği tarihe kadar geçen süreyi; evlatlık alan sigortalı kadın ise, evlat edinme işleminin

[1427] Makas, s. 73; Başaran, s. 296; Özer, Doğum Borçlanması, s. 1148.
[1428] Daha ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz., 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, ss. 297-298.

kesinleştiği tarihten itibaren çocuk iki yaşını doldurana kadar geçen süreyi borçlanabilecektir[1429].

Daha öncede belirttiğimiz üzere, 6663 sayılı Kanunla İş Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucunda üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene doğumdan sonra sekiz hafta analık izni hakkı tanınmıştır (İş K. md. 74/1). 2013/11 sayılı Genelgede ise, iki yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesi durumunda kadın sigortalının iki yılı aşmamak üzere borçlanma yapacağı kabul edilmiştir. Bu durumda akla iki yaşından büyük üç yaşından küçük çocukları evlat edinen kadın işçinin kullandığı sekiz haftalık analık izni süresini borçlanıp borçlanamayacağı sorusu gelmektedir. Kanaatimizce, böyle bir durumda kadın sigortalının borçlanma hakkının olduğunun kabulü gerekir. Zira 5510 sayılı Kanunda çocuğun yaşına ve evlat edinilip edinilmediğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmaksızın analık izni sürelerinin borçlanılabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun iki ayrı mevzuatta farklı süreler öngörmesi yerinde olmamıştır. İş Kanunu ve 2013/11 sayılı Genelgede öngörülen izin süreleri arasında uyumsuzluğun kanun koyucu tarafından yapılacak bir kanun değişikliği ile çözülmesi gerekir[1430].

Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı il müdürlüklerine müracaat edilmeksizin bir yakınının (kardeşinin, komşusunun vs.) çocuğunu evlat edinmek isteyenler, doğrudan mahkeme kararı ile evlat edinebilmektedirler. Bu durumda, evlat edinen sigortalıların doğum borçlanması yapmak istemeleri hâlinde, evlat edinmeye ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı ile müracaat etmeleri yeterli sayılacaktır. Mahkeme karar metninde evlat edinme tarihi belirtilmişse, bu tarihin borçlanma başlangıç tarihi olarak dikkate alınması gerekir. Mahkeme kararında çocuğun doğumundan itibaren bakımının evlat edinen kişi tarafından üstlenildiği ve doğduğundan beri evlat edinenin yanında olduğuna dair hükümlerin bulunması durumunda ise, borçlanma süresinin başlangıç tarihi çocuğun doğum tarihinden itibaren, kararda herhangi bir tarihin belirtilmemesi ve çocuğun doğumundan itibaren evlatlık alındığına dair bir karar verilmemiş ise borçlanmanın başlangıç tarihi mahkemenin verdiği karar tarihinden itibaren olacaktır[1431].

[1429] Özkan, s. 75.
[1430] Özkan, s. 74.
[1431] Daha ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz., 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 298.

İş Kanunu'nda evlat edinme hâlinde, belirli durumlarda çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren erkek işçiye de sekiz hafta izin hakkı tanınmıştır. Ancak 5510 sayılı Kanunun lafzından, sigortalı erkeğin bu süreyi borçlanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Keza, doğum borçlanması hakkı sadece kadın sigortalıya tanınmıştır[1432]. Aynı durum doğum sırasında veya doğumdan kısa bir süre sonra annenin vefat etmesi hâlinde, çocuğa bakmak zorunda olan sigortalı baba için de geçerlidir. Kanaatimizce, annenin vefatı hâlinde analık izni kullanan babanın ve tek başına veya birlikte evlat edinen babanın kullandığı analık izni sürelerini borçlanabilmesi gerekir. Annenin vefatı hâlinde analık izni kullanan babanın doğum borçlanması hakkı olmadığının kabulü, eşi ölen erkek sigortalı bakımından elverişsiz bir durum ortaya çıkarmaktadır. Zira sigortalı karısı analık izni kullandıktan sonra ölen erkeğin, ölen eşinin adına doğum borçlanması yapması ve Kanunda eşinin emekliliğe hak kazanılabilmesi için öngörülen yaş ve prim ödeme gün sayılarını sağlaması kaydıyla ölüm aylığına hak kazanabilmesi mümkün iken; eşi bu izinleri kullanamadan öldüğü için analık izni sürelerinde çalışmayan ve bu sürelerde adına uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmeyen erkek sigortalının bu süreleri borçlanması mümkün olmayacaktır[1433].

Ülkemizde, emekliliğe hak kazanabilmek için uzun yıllar çalışılması ve prim ödenmesi gerektiği gerçeği göz önüne alındığında, kısa da olsa sekiz haftalık bazı durumlarda daha kısa olan bu sürenin borçlanılabilmesi önem taşımaktadır. Yukarıda açıklanan durumlar göz önüne alınarak, İş Kanunu ile Sosyal Güvenlik Kanunu arasında uyum sağlanması ve erkek sigortalıların hak kaybına uğramasının engellenmesi amacıyla, belirli durumlarda onlara da doğum borçlanması hakkı tanınmalıdır[1434].

[1432] Ocak'a göre, sadece doğum yapan ve çocuğuna baktığı için çalışma yaşamından uzak kalan anneye değil, annenin çalışması hâlinde, çocuğa bakan babaya ya da yakın aile üyelerine de borçlanma hakkı tanınmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Ocak, Sigorta Başlangıcı, s. 1509.
[1433] Özkan, s. 78; Canbolat ve Özkan, s. 112.
[1434] Özkan, s. 78; Canbolat ve Özkan, s. 112.

c. Doğum Borçlanmasına İlişkin Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulanması

5510 sayılı Kanunda yer alan kadın sigortalıların doğum borçlanması hakkı, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yargıtay kararlarında ve öğretide, kadın sigortalının 01.10.2008 tarihinden önce gerçekleştirdiği doğumlara ilişkin borçlanma hakkına sahip olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.

(1) Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, sigortalıların lehine olan doğum borçlanması hakkının Kanunun yürürlük tarihi öncesi gerçekleşen doğum olaylarına da uygulanabileceğine karar vermiştir. Karara göre,

> *"…….Kural olarak her kanun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır. Bu kuralın doğal sonucu da, kanunların geriye yürümemeleridir. Ancak sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 5510 sayılı Kanun'da, anılan hükümle getirilen, sigortalıların lehine olan bu borçlanma hakkının, Kanunun yürürlüğünden önceki doğum olaylarına uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin olmaması da gözetildiğinde, 5510 sayılı Kanun'dan önce meydana gelmiş doğum olaylarına da uygulanabileceğini kabul etmek gereklidir. Zira maddi hukukun her zaman, hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığını da dikkate alıp, çıkarlar dengesi ve adalet duygularını gözeterek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlü bulunan yargı organları, sigortalıların lehine hükümler içeren düzenlemelerin yürürlüğe girdiği durumlarda, kanun koyucunun amacını da gözönünde bulundurarak, söze oranla öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca varmalıdır….."*[1435]

Dava konusu başka bir uyuşmazlıkta, davacı ilk kez 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olmuş ve sigortalılıktan önce gerçekleşen doğumları sebebiyle borçlanma talebinde bulunmuştur. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, davacının bu talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, sigortalı olunmayan dönemdeki doğumların borçlanmaya konu olamayacağına, ancak 5510 sayılı Kanun öncesi gerçekleşmiş de

[1435] Yarg. 10. HD. 21.09.2010, 2010/14527 E., 2010/12003 K.., http://www.kazanci.com, (ET.10.10.2018); Aynı yönde kararlar için bkz., Yarg. 10. HD. 16.06.2011, 2010/270 E., 2011/8973 K.; Yarg. 10. HD. 02.11.2010, 2010/6817 E., 2010/14991 K.., https://www.lexpera.com.tr/ (ET. 12.10.2018).

olsa Kanunda *"sigortalı kadın"* tarafından doğum borçlanması yapılabileceği belirtildiği için sigortalı olunan dönemdeki doğumların borçlanmaya konu olacağına karar vermiştir[1436].

Konuya ilişkin olarak tartışılması gereken bir diğer husus ise, 6552 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b ve c bendleri kapsamında sigortalı olan kişilere getirilen borçlanma hakkından Bağ-kur ve Emekli Sandığı sigortalılarının yararlanıp yararlanamayacağıdır. Başka bir anlatımla, bu kişilere 6552 sayılı Kanunla tanınan doğum borçlanması hakkına ilişkin hükmün geçmişe yürütülüp yürütülemeyeceğidir[1437]. Söz konusu 6552 sayılı Kanunun 43. maddesinin yürürlük tarihine ilişkin Kanunda herhangi özel bir hüküm bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme yukarıdaki kararda yer alan gerçeklerle, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b ve c bendleri kapsamında sigortalı olan kişilerin 6552 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce gerçekleşen doğumlar için de borçlanma yapabileceği yönünde karar vermiştir[1438].

Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarında, yeni bir kanunun önceye etkili uygulanmasında çıkarlar dengesinin önemine değindikten sonra, sigortalı lehine uygulama ilkesine yer vermekle birlikte, adalet duyguları ve sosyal hayatın değişen akışı içinde kanun koyucunun tüm ayrıntıları dikkate alma ve kurala bağlama gücüne sahip olmadığını ifade etmektedir[1439].

[1436] Yarg. 10. HD. 05.04.2010, 2009/17858 E., 2010/4907 K., http://www.kazanci.com, (ET. 11.10.2018); Ayrıca bkz., Ali Nazım Sözer, "Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Değerlendirme", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Dergisi,Özel Sayı 8, 2013, s. 2507.

[1437] Aydın, Değerlendirme 2015, s. 610.

[1438]Yarg. 21. HD. 24.02.2015, 2014/6123 E., 2015/3325 K., (Yayınlanmamış Karar); *"Kural olarak her kanun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır. Bu kuralın doğal sonucu da kanunların geriye yürümemeleridir. Ancak sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 6552 sayılı Yasa'da anılan hükümle getirilen ve 5510 sayılı Yasa'nın 4/b ve c bentleri kapsamındaki sigortalıların lehine olan bu borçlanma hakkının, Yasa'nın yürürlüğünden önceki doğum olaylarına ve doğum borçlanması taleplerine uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin olmadığı gözetildiğinde, Yasa'nın yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş doğum olaylarına ve doğum borçlanması taleplerine de uygulanabileceğini kabul etmek gereklidir. Zira maddi hukukun her zaman, hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığını da dikkate alıp çıkarlar dengesi ve adalet duygularını gözeterek toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlü bulunan yargı organları, sigortalıların lehine hükümler içeren düzenlemelerin yürürlüğe girdiği durumlarda, kanun koyucunun amacını da gözönünde bulundurarak, söze oranla öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca varmalıdır."* Aynı yönde karar için bkz., Yarg. 21. HD. 17.06.2015, 2014/19505 E., 2015/13949 K.; http://www.kazanci.com, (ET. 10.10.2018).

[1439] Sözer, Kanunların Önceye Etki Yasağı, s. 2508.

(2) Öğretinin Görüşü

Öğretide de yargı kararlarında yer alan benzer gerekçelerle aynı sonuca varılmaktadır. *Akın*'a göre, Kanunda yer alan bir hükmün önceye etkisini[1440] engelleyen bir düzenleme bulunmaması durumunda, sosyal sigorta hukukunun özel konumu, kamu niteliği, çıkarlar dengesi, adalet duygusu ve sigortalı lehine yorum ilkesinden yola çıkılarak Kanunda yer alan hükmün önceye etkisi kabul edilmelidir[1441].

Tuncay'a göre, kanun koyucunun sosyal düşünce ve zayıfı koruma arzusu ile getirdiği imkânlardan sadece yürürlük sonrası olayları yararlandırmak, yürürlük öncesi olayları dışarıda bırakmak sosyal devlet ilkesine aykırı düşer[1442].

Arıcı, doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemenin gerekçesinden yola çıkarak; hukuk devleti, sosyal devlet ve fırsat eşitliği ilkeleri ve ayrıca sosyal güvenlik hakkının ekonomik ve sosyal nitelikli temel bir insan hakkı olması ölçülerine dayanarak, ilgili norm kabul edilmeden önceki doğumların da borçlanma kapsamına alınması gerektiği görüşündedir[1443].

Özkaraca, kanunların önceye etki yasağının kazanılmış hakları korumak için olduğuna işaret ederek, eski kanun öncesi doğan bir olayın yeni yasa ile koruma kapsamına alınması durumunda herhangi bir hak ihlali bulunmadığını, bu çerçevede 01.10.2008 tarihinden önce gerçekleşen doğumlar için de doğum borçlanmasının mümkün olduğunu belirtmektedir[1444].

Ekmekçi'ye göre, Kanunun 5754 sayılı Kanunla değişik geçici 7. maddesinin 4. fıkrasında yer alan,

> *"Aylıkların hesabında 41 inci maddeye ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanuna göre yapılan borçlanmaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki sürelere ait kazançları, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre değerlendirilir. Ancak, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunan sigortalılar için bu Kanunun*

[1440] Önceye etki kavramı ve önceye etki yasağı hakkında geniş bilgi için bkz., Sözer, Kanunların Önceye Etki Yasağı, ss. 2477-2482.
[1441] Levent Akın, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri" **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Kamu-İş, Ankara 2012, (Değerlendirme 2010), s. 418.
[1442] Tuncay, Doğum İzni, s. 1022.
[1443] Arıcı, Doğum Borçlanması, ss. 165-166.
[1444] Ercüment Özkaraca, "Doğum Borçlanması (Karar İncelemesi)", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 26, 2010, s. 516.

yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanılması halinde de 41 inci madde ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanun hükümleri uygulanır."

hükmünde açık surette ve borçlanma türleri arasında hiçbir ayrım yapılmaksızın, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanılmasından söz edildiğine göre, bundan Kanunun yürürlüğünden önceki doğumlara ilişkin sürelerin de borçlanılabileceği sonucu çıkmaktadır[1445]. Yazara göre, bu hüküm pozitif dayanak olarak kabul edildiği takdirde, yeni bir kanun hükmünün geçmiş olaylara uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasına da gerek kalmayacaktır. Anılan hükmün bu konuda pozitif bir dayanak oluşturmadığının kabul edilmesi ihtimalinde dahi, yeni kanun hükmünün geçmişte meydana gelen bir olay için imkân sağlamakta olduğunu, ancak geçmişe uygulanmadığını, geçmişte meydana gelen bir olaya geleceğe yönelik olarak sonuç bağlandığının kabulü gerekir. Bu sayede, doğumun belirli bir süreden önce veya sonra yapılması nedeniyle sigortalılar arasında anlamsız bir farklılık yapılması da engellenmiş olmaktadır[1446].

Uşan, esas itibariyle kanunların geçmişe yürümeme ilkesinin geçerli olduğu ve özellikle kazanılmış hakların korunması ilkesinin de benimsenmesi gerektiği görüşündedir. Ancak gerçek yürüme kabul edilmeyen doğmamış haklar içinse, derhal yürürlüğe girme şeklinde ortaya konabilecek esasın benimsenmesinin amaca daha çok hizmet ettiğini düşünmektedir. Bu anlamda, kanunla getirilen hususlar kazanılmış haklara ve genel ahlaka dokunmadığı sürece kamu düzeni gerektirdiği ölçüde geçmişte meydana gelmiş, ancak sonuçlanmamış ve tamamlanmamış olaylara uygulanabilmelidir[1447].

[1445] Ömer Ekmekçi, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri" **Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, Kamu-İş, Ankara 2011, (Değerlendirme 2009), ss. 371-372 ; Aynı yönde görüş için bkz., Özkaraca, s. 517.

[1446] Ekmekçi, Değerlendirme 2009, s. 372.

[1447] Fatih Uşan, "5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 14, Haziran 2009, s. 246.

Sözer ise, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin düzenlemelerin kazanılmış hakları koruması, Kanunun beklenen haklara ilişkin geçiş hükümleri içermesi ve bunun dışında geçmişi etkileyecek hükümlere olanak tanınması gerektiğini vurgulamaktadır[1448].

Kanaatimizce yargı kararlarında ve öğretide ifade edildiği üzere, doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemenin yürürlüğünden önce meydana gelen doğum olayları için de kadınlar doğum borçlanması yapabilmelidirler. Ancak kanun koyucunun doğum borçlanmasına ilişkin kanuni düzenlemeyi yaparken, doğum borçlanmasına ilişkin hükmün yürürlük tarihinden önce gerçekleşen doğumlara da uygulanacağına ilişkin geçiş hükmüne yer vermesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

d. Doğum Borçlanmasının Şartları

(1) Sigortalı Olarak Tescil Edilmiş Olma

Kadın sigortalının sosyal sigortalara tescilinden önce yapmış olduğu doğumları borçlanıp borçlanamayacağı konusu, gerek öğreti gerekse de yargı kararlarında tartışmalara neden olmuştur. Öğretide bir görüş, borçlanma talebinde bulunacak kişinin doğum meydana gelmeden önce sigortalı olarak tescil edilmiş olması gerektiğini belirtmektedir[1449]. Bu görüşe göre, tescilden önce gerçekleşmiş olan doğumlara ilişkin borçlanma yapılamayacaktır[1450].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir karara göre,

> *"5510 sayılı Kanunda değişiklik yapan 5754 sayılı Kanuna ilişkin TBMM alt komisyon raporunda bu değişiklik hakkında, ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerinin de borçlanılabilecek sürelerden sayıldığı, bu sürelerde kadın çalışanların doğum ve çocuk bakımı gibi özel bir durum nedeniyle izin kullandığı, bunun sonucunda doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bu hakkı kullanmasından dolayı emeklilikle ilgili sürelerini tamamlamak için ortaya çıkan bir maliyete katlanmak zorunda kalacağı, oysa çocuk bakımının*

[1448] Ayrıca, yazara göre, *"Daha önce doğmuş ve herhangi bir hukuki sonuca bağlanmadan devam edegelen olguları, haklarında durumlarına uyan özel bir düzenleme getirilmediği sürece, sadece doğum tarihine göre dışlamak hakkaniyete uygun sonuç doğurmayacak, ayrıca yargıyı meşgul eden uzun tartışmalara neden olacaktır."* Bkz., Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 12-13.
[1449] Arıcı, Doğum Borçlanması, s. 161; Özkaraca, ss. 523-524; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 703; Akın, Değerlendirme 2010, ss. 424-430; Özer, Doğum Borçlanması, ss. 1154-1155.
[1450] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1155.

aynı zamanda toplumsal olarak Devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu… görüşlerine yer verilmiştir. Böylelikle prim yatırma imkânı bulunamadığı halde yasa koyucunun çeşitli saiklerle sigortalılık imkânı sunmak ve prim süresine eklemek istediği bu gibi dönemlerin telafisine yönelik getirilen borçlanma müessesesinin amacı da gerçekleşmiş olacaktır.

Görüldüğü üzere, maddenin amacının doğum yapan kadının çalışamadığı dönemde uzun vadeli sigorta kolları yönünden mağduriyetini gidermek olduğu, "sigortalı kadının" ifadesi ile doğum yapılan dönemde, 5510 sayılı Kanunun 4/1-a bendi kapsamında sigortalı kadına çalışamadığı ve prim ödeyemediği sürenin borçlanılması imkânı getirilmek suretiyle madde gerekçesindeki amacın gerçekleştirildiği görülmektedir[1451]".

Aynı yönde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre,

"5510 sayılı Kanunun 41/1, a düzenlemesinde, "a" bendinin ilk kısmında yer verilen borçlanma imkânı, çalışırken ücretsiz doğum ya da analık izni kullanılan sürelere ilişkindir ki bu doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirir. Aynı bendin ikinci kısmındaki borçlanma imkânı ise doğrudan ve sadece 4/1, a kapsamındaki sigortalı kadına tanınmış ve borçlanacağı süre doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmayacağı süre olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu imkândan yararlanabilmek için de, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması gerekli sayılmalıdır. Anılan maddede yer verilen borçlanma imkânının, doğrudan ve açıkça sadece 4/1, a maddesi kapsamındaki sigortalılara tanınmış olması, borçlanma talebinde bulunanın doğum tarihinden önce 4/1-a bendi kapsamında çalışması olgusunun arandığını; bunun da doğal olarak doğumdan önce sigortalı olmayı gerektirdiği açıktır.

Öte yandan maddenin ancak sigortalı olarak çalışan kadın tarafından kullanılabilecek olan ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerine ilişkin olması ve borçlanılacak sürenin doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmayacağı süre olarak tanımlanması da, bu imkândan yararlanabilmek için doğum öncesi çalışıyor olmanın, yani sigortalılığın zorunlu olduğunu göstermektedir[1452]."

[1451] YHGK. 18.05.2011, 2011/10-311 E., 2011/322 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.06.2017); Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10 Hukuk Dairesi de Yargıtay'la aynı görüştedir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10. HD. 12.12.2018, 2018/1002 D., 2018/1950 K, (Yayınlanmamış Karar), Karara göre, *"5510 sayılı Kanunun 41/1, a düzenlemesinde, ilk kısmında yer verilen borçlanma imkanı, çalışırken ücretsiz doğum ya da analık izni kullanılan sürelere ilişkindir ki bu doğal olarak daha önce sigortalı olmayı gerektirir. Aynı bendin ikinci kısmındaki borçlanma imkanı ise 4/1,(a),(b),(c) kapsamındaki sigortalı kadına tanınmış ve borçlanacağı süre doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla çalışmayacağı süre olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu açısından sigortalı sayılmaması imkandan yararlanabilmek için de, geçmişte zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması gerekli sayılmalıdır…… Somut olayda ilk kez 01/10/2008 tarihinde zorunlu sigortalı olduğu anlaşılan davacının, sigortalı olmadan önce 10/04/1975, 12/09/1978, 09/06/1992 tarihlerinde gerçekleştirdiği doğumlar sebebiyle doğum borçlanması yapamayacağından davacının borçlanma talebini reddeden kurum işleminde isabetsizlik bulunmadığı, dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmakla, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermek gerekmiştir."*

[1452] Yarg. 21. HD. 10.04.2012, 2012/6620 E., 2012/5622 K., http://www.kazanci.com (ET. 03.06.2017).

Öğretide bazı yazarlar tarafından, sosyal sigortalara tescilden önceki doğumların da borçlanılabileceği savunulmaktadır[1453]. 5510 sayılı Kanunda, doğumdan sonraki iki yıllık sürenin borçlanılabilmesi için tescil şartı aranmakta, ancak tescilin doğumdan önce yapılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[1454]. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 66. maddesine göre, *"…….Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen sürelerin borçlanılması için Kanun veya mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre tescil edilmiş olmak yeterli olup, borçlanma talep tarihi veya ölüm tarihi itibarıyla sigortalı olma şartı aranmaz."* Yönetmelikte de sadece borçlanma talebinde bulunacak kişinin tescil edilmiş olması yeterli görülmüş ve 5510 sayılı Kanun'da olduğu gibi tescilin ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere, yeteri kadar açık olmayan doğum borçlanması hükmü yorumlanırken, sosyal güvenlik hakkının niteliği dikkate alınmalıdır. Kişilik ve yaşam hakkıyla sıkı sıkıya bağlı olan sosyal güvenlik hakkının sağlanabilmesi için tescilden önceki doğumların da borçlanılabilmesi mümkün olmalıdır[1455]. Aksinin kabulü hâlinde, sosyal güvenlik hakkı bakımndan, pozitif ayrımcılık ve hatta sigortalı kadının erkek sigortalılarla olan eşitliği bir yana, tersi yönde olmak üzere kadın sigortalılar aleyhine bir uygulamayla karşılaşılacaktır[1456].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015 yılında verdiği bir karar, dava konusu, 27.10.2001 tarihinde zorunlu sigortalı tescili, 30.10.1994-30.06.2001 tarihleri arasında ise isteğe bağlı Bağ-kur sigortalılığı bulunan davacının bu tarihten önce 25.03.1991 ve 01.04.1986 tarihlerinde yaptığı doğumlara ilişkin borçlanma taleplerine ilişkindir. Yerel mahkeme davayı kabul etmiş; Kurumun temyizi üzerine Yargıtay 21. Hukuk Dairesi dava konusu olayda davacının her iki doğumdan önce yasanın öngördüğü şekilde sigortalılığı bulunmadığı gerekçesiyle kararı bozmuş ve yeniden yapılan yargılama sonunda, yerel mahkeme önceki kararında direnmiştir. Hukuk Genel Kurulu ise,

[1453] Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği, s. 183; Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 48; Ocak, Sigorta Başlangıcı, ss. 1506, 1508; Makas, s. 800; Doğum yaptığı ana kadar hiç çalışmamış kadınların, ilk çocukları için doğum borçlanması primlerinin devlet tarafından ödenmesi ve bu sayede kadınların istihdamının kolaylaşacağı yönündeki görüş için bkz., Karadeniz ve Yılmaz, s. 47.
[1454] Ocak, Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, s. 155.
[1455] Ocak, Sigorta Başlangıcı, ss. 1502-1503.
[1456] Ocak, Sigorta Başlangıcı, s. 1508.

> *"…doğuma dayalı borçlanma hakkının sigortalılık başlangıç tarihinden önceki doğumlar yönünden de kullanılıp kullanılamayacağı, diğer bir ifade ile borçlanma hakkı için doğum öncesinde sigortalı olmasının gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle emsal nitelikte bulunan Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.05.2011 gün ve 2011/10-311 E., 2011/322 K. sayılı kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."*

demiştir. Bu karar, öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve doğumdan önce bir gün dahi tescili bulunan kadına, altı yıla kadar borçlanma hakkı tanınması karşısında, bu tescile sahip olmayan kadının söz konusu haktan hiç yararlanamaması durumunun, sosyopolitik açıdan tartışılabilecek bir konu olduğu belirtilmiştir[1457]. Bununla birlikte, öğretide 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce gerçekleşen doğumlar için kadın sigortalıların borçlanma yapabileceğine ilişkin Yargıtay'ın kararlarında belirtmiş olduğu gerekçelerle,[1458] sigortalılığın tescilinden önce gerçekleşen doğumlar için de borçlanmanın mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve bu durumun tutarlılık bakımından da önemli olduğu belirtilmiştir[1459].

Doğum borçlanmasının askerlik borçlanması ile paralel düşünülmesi gerekir [1460] . Sigortalılık tescilinden önce yerine getirilen askerlik hizmetinin borçlanılabilmesi mümkün iken, sigortalılık tescilinden önce gerçekleşen doğumlar nedeniyle borçlanma yapmak mümkün değildir. Öğretideki bir görüşe göre, Yüksek Mahkeme kararlarında, doğum borçlanması yapan kadınlar ile askerlik borçlanması yapan erkek sigortalılar arasında kadınlar aleyhine açık kanun hükmüne rağmen ayrım yapmaktadır. Sigorta başlangıcından önceki askerlik sürelerinin borçlanılıp sigortalılık başlangıcının borçlanma süresi kadar geriye götürülmesi uygulaması, doğum borçlanmasında da uygulanmalıdır. 5510 sayılı Kanunun 41. maddenin 4. fıkrasında yer alan açık hükme rağmen, kadınlara tescil öncesi doğuma ilişkin borçlanma yapma hakkının verilmemesi yerinde değildir[1461].

[1457] Aydın, Değerlendirme 2015, ss. 608-609.
[1458] Bkz., Üçüncü Bölüm, II, B, 2, c, (1).
[1459] Aydın, Değerlendirme 2015, ss. 610-611.
[1460] Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, ss. 326-327; Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği, s. 183.
[1461] Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, ss. 326-327; Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği, s. 183; Doğum borçlanmasının kadın istihdamını teşvik edebilmesi için aynı erkeklerin askerlik

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce doktirindeki bir görüşe göre; bu durumun nedeni, askerlik borçlanması imkânının tüm sigortalılara tanınmasına rağmen, doğum nedeniyle borçlanma yapma imkânının açıkça ve sadece Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olan kadınlara tanınmış olmasıdır. Borçlanma yapabilmek için kadının doğumdan önce Kanunun 4/1-a kapsamında sigortalı olması gerekir[1462]. Borçlanma talep tarihinde 4/1-a kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş olmanın yeterli sayılması, doğum öncesi sigortalılık ön şartının aranmaması durumunda, kanun koyucunun bu imkânı sadece 4/1-a kapsamında sigortalı olan kadınlara tanımış olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Ayrıca böyle bir durumda doğum sırasında 4/1-a kapsamında sigortalı olmamakla birlikte, sırf doğum borçlanması yapabilmek amacıyla talep tarihinden önce bu bend anlamında sigortalılık tescili yapılarak hüküm dolanılabilir. Bunun sonucunda da borçlanma yolu tüm sigortalılara açılmış olur. Öte yandan, olması gereken hukuk bakımından doğum borçlanması yapma hakkını tüm sigortalılara tanıyacak ve böylece tescilden önce gerçekleşen doğumlar nedeniyle de borçlanma yapmayı mümkün kılacak yasal düzenlemelerin yapılması gerekir[1463].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2011 yılında vermiş olduğu kararında, sigortalı olarak tescilden önce gerçekleşen doğumlar için borçlanma yapılamayacağını belirtmiştir. Ancak Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan karşı oy yazısındaki görüşe göre;

> *"……borçlanabilecek kişinin sigortalı olması gerektiğinden sözedilmesi, hiçbir zaman önceden sigortalı olarak tescil edilmiş olmanın gerektiği anlamına gelmez. Sigortalı sözcüğü borçlanacak kişinin madde 4/1-a sigortalısı olması gerektiğini ifade eder. Zira iki yıllık süreye ilişkin borçlanma hakkı sadece madde 4/1-a sigortalılarına tanınmış bir haktır. Madde 4/1-a kapsamında sigortalılık tescilinin doğumdan önce yapılması gerekmez. Kanunkoyucunun önceden doğum yapıp da sonradan sigortaya tescil edilenlere verdiği borçlanma hakkını, açık bir yasal engel bulunmadığı hâlde engellemek sosyal güvenlik ve adalet ilkelerine açıkça aykırıdır. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin (b) bendinde askerlik süresi ile ilgili borçlanma hakkı uygulamasında önceden sigortalı olarak tescili aramamak, (a) bendindeki*

borçlanmasında olduğu gibi 2008 sonrası işe giren kadın sigortalılar için, doğum borçlanması yapılan süre kadar sigortalılık başlangıcının geriye gitmesinin sağlanması gerekir. Bkz., Karadeniz ve Yılmaz, s. 47.

[1462] Akın, Değerlendirme 2010, s. 427.

[1463] Özkaraca, ss. 523-524.

doğum borçlanmasında ise önceden sigortalı olarak tescil edilmiş olmayı aramak erkek ve kadın sigortalılar arasında bir ayrımcılıktır[1464]*."*

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararında, borçlanma yapacak kadın sigortalının geçmişte zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması yeterli görmüş, kadının fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda aranan doğum öncesi sigortalılık, herhangi bir süre sınırına tabi tutulmaması gerektiğini belirtmiştir[1465].

Kadının, sigortalı olarak tescil edilmiş olmasına rağmen, hakkında kısa veya uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmemiş veya tahakkuk etmemiş olması durumunda borçlanma talebi reddedilen kadın sigortalının ya da hak sahiplerinin, tescil işleminin yerinde olduğunu ve en az bir gün fiili çalışması bulunduğunu tespit davası açarak ispat etmesi ve bu durumun mahkeme kararı ile hüküm altına alınması hâlinde, doğum borçlanması yapılması mümkündür[1466].

(2) Doğum Sırasında Aktif Sigortalı Olma Şartının Aranmaması

Kanunda, kadının doğum borçlanması yapabilmesine ilişkin olarak doğum sırasında aktif sigortalı olmasına ilişkin herhangi bir koşul aranmamıştır. Yürürlükten kalkan Kurumun 2008/111 sayılı Genelgesinde, *"Borçlanılacak Süreler"* başlığı altında, *"söz konusu düzenleme ile doğum nedeniyle çalıştığı işinden ayrılmak zorunda kalan kadın sigortalılara doğumdan sonra sigortasız geçirdikleri belli süreleri borçlanarak hizmet olarak değerleme imkânı sağlanmıştır (Genelge I, B, a)."* hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemede yer alan, *"doğum nedeniyle çalıştığı işinden ayrılmak zorunda kalan kadın"* ifadesi ile doğumun, kadının aktif sigortalı olarak çalışırken gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır[1467]. Kanunda öngörülmeyen

[1464] YHGK. 18.05.2011, 2011/10-311 E. , 2011/322 K., http://www.kazanci.com, (ET.01.09.2018).
[1465] Yarg. 10. HD. 16.06.2011, 2011/270 E., 2011/8973 K., http://www.kazanci.com, (ET. 02.06.2018).
[1466] Ocak, Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, s. 156; Özkan, s. 46.
[1467] Makas, s. 96, dn. 262.

ve doğum borçlanması olanağını kısıtlayıcı nitelikteki bu koşulun genelge ile getirilmiş olması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir[1468].

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre,

> *"Doğuma dayalı borçlanma hakkından yararlanabilmek için doğum sırasında aktif sigortalı olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda ise, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, bu haktan yararlanabilmesi için yeterli sayılmalıdır. Kadının fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda aranan doğum öncesi sigortalılık, herhangi bir süre sınırına tabi tutulmamalıdır. Konuyla ilgili olarak 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapan 5754 sayılı Kanuna ilişkin TBMM alt komisyon raporunda bu değişiklik hakkında, (Ücretsiz doğum ya da analık izin sürelerinin de borçlanılacak sürelerden sayıldığı, bu sürelerde kadın çalışanların doğum ve çocuk bakımı gibi özel bir durum nedeniyle izin kullandığı, bunun sonucunda doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bir hakkı kullanmasından dolayı emeklilikle ilgili sürelerini tamamlamak için ortaya çıkan bir maliyete katlanmak zorunda kalacağı, oysa çocuk bakımının aynı zamanda toplumsal olarak devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu...) görüşlerine yer verilmiştir. Bu yaklaşım, cinsiyeti sebebiyle sosyal güvenlik şemsiyesinde farklı muamele görmesi gereken ve başta yaşlılık aylığı olmak üzere çeşitli sosyal güvenlik hakları yönünden de bu şekilde değerlendirilen kadınlar için karşı cinsle eşitliği sağlayıcı bir bakış açısı getirecektir. Böylelikle, prim yatırma imkânı bulunamadığı halde yasa koyucunun çeşitli saiklerle sigortalılık imkânı sunmak ve prim süresine eklemek istediği bu gibi dönemlerin telafisine yönelik getirilen borçlanma müessesesinin amacı da gerçekleşmiş olacaktır. Aksine bir yorum, kanunda bu yönde bir sınırlamanın olmadığı da gözetildiğinde, sosyal güvenlik hakkına aykırılık oluşturacaktır. Hukuk Genel Kurulunun 27.4.2006 gün ve 10-367/386 sayılı kararında da vurgulandığı üzere sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti tanımı içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir. Sosyal güvenlik alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde, sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olması zorunludur. Sosyal güvenlik, insanlığın en derin gereksiniminin bir sonucudur. Bu gereksinim, bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlike oluşturan olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Tehlikeye ve yoksulluğa düşen birey için asgari bir güvence sağlamak, sosyal güvenliğin varoluş koşulu, diğer bir ifadeyle, olmazsa olmazıdır. Önemli olan yön, sosyal güvenlik kavramına, işlevsel olarak temel bir insanlık hakkı görünümü yaratmaktır…[1469]."*

[1468] Tuncay, Doğum İzni, s. 1022.

[1469] Yarg. 10. HD. 25.02.2010, 2009/8312 E., 2010/2516 K., Kararın Değerlendirmesi için bkz., Ekmekçi, Değerlendirme 2009, ss. 369-373 ; Kararda yer alan görüşle aynı yönde görüşler için bkz., Arıcı, Doğum Borçlanması, s. 160; Özkaraca, ss. 501-502; Aynı yönde kararlar için bkz., YHGK., 5.11.2014, 2013/1259 E., 2014/839 K.; Yarg. 10. HD. 19.02.2013, 2012/3835 E., 2013/2657 K.; Yarg. 10. HD. 17.01.2013, 2012/15883 E., 2013/283 K. https://www.lexpera.com.tr, (ET. 15.11.2018).

Yargıtay bu kararında, doğum borçlanması yapılabilmesi için doğum esnasında aktif sigortalı olmanın gerekmediğini vurgulamıştır. Kanunda yer alan, *"sigortalı kadın"* ifadesi ile talep anında tescil edilmiş olan sigortalı kadının anlaşılması gerekir[1470].

Kurumun 2008/111 sayılı Genelgesindeki düzenleme, 2010/106 ve 2013/11 sayılı Genelgeler ile değiştirilmiş ve doğum gerçekleştiği sırada kadının aktif sigortalı olmasa dahi doğum borçlanması yapabileceği kabul edilmiştir[1471].

Doğum borçlanması için doğum sırasında kadının aktif sigortalı olma koşulu aranmadığı gibi, doğumun sigortalının çalıştığı işten ayrıldıktan sonra üç yüz gün içinde gerçekleşmesi koşulu da aranmamaktadır[1472]. Kanaatimizce ne doğum esnasında kadının aktif sigortalı olması ne de doğumdan önce sigortalı olarak tescilinin aranmaması gerekir.

(3) Doğum Borçlanması Talep Tarihinde Aktif Sigortalı Olma Şartının Aranmaması

Kadının doğumuna dayalı olarak borçlanma talebinde bulunulması durumunda, talep tarihinde doğum yapan kadının veya hak sahiplerinin borçlanma yapabilmesi için sigortalının ölüm tarihinde sigortalı olması gerekip gerekmediğine ilişkin 5510 sayılı Kanunda, herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Analık izni, ücretsiz izin ve doğumdan sonraki iki yıllık sürenin borçlanılabilmesi için kadının, sigortalı olarak tescil edilmiş olması yeterlidir. Bu nedenle, doğum borçlanması talebi sırasında kadının aktif sigortalı olması

[1470] Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 55.

[1471] 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 293.

[1472] Yarg. 21. HD. 27.05.2010, 2009/11018 E., 2010/6034 K., http://www.kazanci.com, (ET. 15.11.2018), *" Davacı, doğum borçlanmasının geçerli olduğunun tepitiyle, aksi yöndeki Kurum işleminin iptaline karar verilmesini istemiştir. Davacının doğum yaptığı ve çocuğunun halen yaşadığı tespit edilmiştir. Sigortalı kadının 2 defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden itibaren 2 yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla borçlanarak sigortalılık süreleri kazanmak istediği anlaşılmaktadır. Davalı kurum ise yasada bulunmadığı halde genelge ile yasanın amacına uygun olarak işten ayrıldıktan itibaren 300 gün içinde doğum yapma koşulunu getirmektedir. Uyuşmazlığın çıktığı noktada da bu noktadır. Kanun koyucu doğumun işyerinden ayrıldıktan 300 gün içinde gerçekleşmesi koşulunu getirmemiştir. Yasada olmayan bir kısıtlayıcı düzenlemenin genelge ile getirilerek yasanın kapsamının daraltılması, Kanun Devlet İlkesi ve Sosyal Devlet İlkesi'ne aykırıdır. Bu haliyle davacının davasının yerinde olduğu, 300 gün koşulunun kanunun düzenlemesine ve mantığına aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Davanın kabulü gerekir."*

gerekmemektedir[1473]. Özetle, sigortalı kadın işten ayrıldıktan sonra işsiz kaldığı dönemde meydana gelen doğumu borçlanabilecektir[1474]. Sigortalı kadının yanı sıra hak sahiplerinin de yazılı taleple borçlanma talebinde bulunabileceğine ilişkin düzenleme de göz önünde bulundurularak, talep tarihinde doğum yapan kadının sigortalı olması gerekmediği sonucuna ulaşılabilir[1475]. Ayrıca kadın sigortalının borçlanma talebinde bulunması herhangi bir süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır[1476]. Bu nedenle de talep tarihinde kadın, aktif sigortalı olmayabilir. Sigortalı kadının, işten ayrıldıktan sonra isteğe bağlı sigortalı olduğu tarihte borçlanma talebinde bulunabileceğinin kabulü gerekir[1477]. Bununla birlikte, hak sahiplerinin doğum borçlanması yapabilmesi için sigortalının ölüm tarihinde aktif sigortalı olmasına gerek yoktur[1478].

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, sigortalının borçlanma talep tarihinde aktif sigortalı olması gerekmediğini belirtmiştir. Kararda,

> *"Doğuma dayalı borçlanma hakkından yararlanabilmek için doğum sırasında a ktif sigortalı olma şartının aranıp aranmayacağı hususunda ise, geçmişte hizmet akdine dayalı olarak zorunlu sigortalılık tescilinin yapılmış olması, bu haktan yararlanabilmesi için yeterli sayılmalıdır. Kadının fiziksel yapısı, doğurganlık işlevi, aile yükümlülükleri ile çalışma yaşamındaki konumu yanında, doğum borçlanmasıyla amaçlanan sonucun tam olarak elde edilebilmesi için, bu tip borçlanmalarda aranan doğum öncesi sigortalılık, herhangi bir süre sınırına tabi tutulmamalıdır. Aksine bir yorum, kanunda bu yönde bir sınırlamanın olmadığı da gözetildiğinde, sosyal güvenlik hakkına aykırılık oluşturacaktır. Doğuma dayalı borçlanma talep tarihinde sigortalı olmanın gerekip gerekmeyeceği noktasında ise, kanun koyucunun bahis konusu düzenlemede, doğuma dayalı borçlanma hakkını verdiği kişinin borçlanma taleptarihinde sigortalı olmasını gerekli gören bir ifadeye yer vermediği ve bu düzenlemeye göre sigortalı olanların yanında, hak sahiplerinin de yazılı talepte bulunmaları halinde borçlanabilecekleri dikkate alındığında, böyle bir şartın var olmadığı belirgindir[1479]."*

[1473] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 700; Tuncay, Doğum İzni, s. 1022; Akın, Değerlendirme 2010, ss. 419-420, 423-424; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 325; Ocak, Doğum Borçlanması, s. 139; Baskan, Analık Hali, ss. 705-706.

[1474] Makas, s. 97. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Cevdet Ceylan, "Doğum Borçlanmasının Ayrıntıları", Yaklaşım Dergisi, Sayı: 194, Şubat 2009, s. 161; Ocak, Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, s. 157.

[1475] Yarg. 10. HD. 05.04.2010, 2009/17858 E., 2010/4907 K., http://www.kazanci.com, (ET. 06.06.2017), Özkaraca, s . 504.

[1476] Tuncay, Doğum İzni, s. 1022; Makas, s. 84, Özkan, s. 76.

[1477] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 542; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 249;Tuncay, Doğum İzni, s. 1022; Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği, s. 183.

[1478] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 700; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 325.

[1479] Yarg. 10. HD. 05.04.2010, 2009/17858 E., 2010/4907 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.07.2018).

açıklamasına yer verilmiştir.

(4) Çocuğun Yaşaması

Daha öncede belirttiğimiz gibi 5510 sayılı Kanun, düşük dışında kalan her türlü doğum olayını sigorta riski olarak kabul etmiş ve analık sigortası kapsamına almıştır[1480]. Buna karşılık, kadın işçinin doğum borçlanması yapabilmesi için tek başına doğumun gerçekleşmesi yeterli değildir. Kanun koyucu, borçlanma yapılacak süre boyunca çocuğun yaşaması şartını aranmıştır. Fakat, çocuğun evlilik birliği içinde doğmuş olup olmamasının doğum borçlanması açısından herhangi bir önemi yoktur[1481].

Doğumdan sonra iki yıllık sürenin borçlanabilmesi için doğmuş olan çocuğun borçlanma yapmak istenen sürede yaşamış olması gerekir[1482]. Borçlanılabilecek olan doğumdan sonraki iki yıllık sürede çocuk ölmüşse, sadece çocuğun ölüm tarihine kadar olan süreler borçlanılabilir[1483]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, çocuğun borçlanma talebinin yapıldığı anda yaşıyor olması gerekmemektedir[1484]. İki yıllık süre dolduktan sonra, çocuk ölse ve borçlanma yapacak olan kadın sigortalı çocuğu öldükten sonra borçlanma talebinde bulunsa dahi, iki yıllık süreyi borçlanabilir.

Çocuğun yaşamasına ilişkin şartın doğum borçlanması yapılabilmesi için gerekli olup olmadığı tartışmalıdır[1485]. Kanun koyucunun doğum borçlanması hakkını annenin çocuğun bakımı ve büyütülmesi imkân sağlamak ve çocuğun bakımı nedeniyle çalışma yaşamından uzak kaldığı için tanınmışsa, çocuğun yaşıyor olması şartı aranmalıdır[1486]. Ancak doğum borçlanması hakkının tanınmasındaki amaç; doğum yapan kadına yaptığı doğum sebebiyle belirli bir süre çalışma hayatının stresinden uzak kalarak, fiziksel ve ruhsal yönden kendisini toparlaması ve bu süre boyunca kadın işçinin hak kaybına uğramasını engellemekse, çocuğun yaşıyor

[1480] Çenberci, s. 325; Sözer, Hamilelik, s. 1049; Saraç, Çalıştırma Yasağı, s. 1882.
[1481] Saraç, Çalıştırma Yasağı, s. 1882.
[1482] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 701; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 504; Tuncay, Doğum İzni, s. 1020.
[1483] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 533; Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği s. 183; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 327; Ceylan, s. 161; Ocak, Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, s. 155; Makas, s. 100.
[1484] Ceylan, s. 161.
[1485] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1147; Makas, s. 101.
[1486] Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 46; Özkan, s. 48.

olması şartı aranmayabilir[1487]. Başka bir görüşe göre, iki yıllık süre çocuğun bakım ve süt ihtiyaçlarının giderilmesi için öngörülen bir süre ve bu süre boyunca anne çalışma hayatına ara vererek çocuğu ile ilgilenmektedir. Çocuğun vefatı hâlinde ise, iki yıllık sürenin tanınmasındaki amacın, gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu sebeple, iki yıllık sürenin borçlanılabilmesi için çocuğun yaşaması şartı aranmaktadır[1488].

Doğumdan sonra analık izni esnasında çocuğu vefat eden annenin, analık izni süresinin tamamını kullanıp kullanamayacağı konusunda daha önce belirttiğimiz gibi öğretide farklı görüşler bulunmaktadır[1489]. Eğer, çocuğu ölen annenin analık izninin tamamını kullanabileceği kabul edilirse, çocuk yaşamasa da analık izni kullanıldığı için, bu süreye ilişkin doğum borçlanmasının yapılabileceğinin kabulü gerekir. Ayrıca doğum öncesi kullanılan analık izni süresinin borçlanılabilmesi için çocuğun sağ doğması ve yaşaması şartının aranmaması gerekir[1490]. Zira bu izin doğum gerçekleşmeden önce sigortalı kadın tarafından kullanılmaktadır. Aksinin kabulü, izni kullanan kadın sigortalının mağduriyetine neden olur.

e. Borçlanılabilecek Süreler

6552 sayılı Kanunun 43. maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda, hem borçlanma yapabilecek olan kişilerin kapsamı genişletilmiş hem de borçlanılabilecek doğum sayısı arttırılmıştır. Mevcut düzenlemeye göre,

> *"Bu Kanuna göre sigortalı sayılanların; Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarıyla talepte bulunulan süreleri, (…….) kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde*

[1487] Makas, s. 101.
[1488] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1147; Kovancı, s. 233.
[1489] Bkz., Birinci Bölün, III, B, 4, a.
[1490] Özkan, s. 70.

ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır."

Kanunun 41. maddesi ile kadınlara iki ayrı borçlanma hakkı tanınmıştır. Bunlardan ilki, kadın sigortalıların sahip oldukları statüye göre ilgili kanunlar gereği verilen ücretsiz doğum ve analık izni sürelerini borçlanmalarıdır. İkincisi ise; Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanmasıdır.

(1) Kanun Gereği Verilen Ücretsiz Doğum ya da Analık İzni Süreleri

(i) 5510 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) ve (b) Bendi Kapsamında Sigortalı Olanlar

Çalışmamızın ilk bölümünde de açıkladığımız üzere, İş Kanunu'nun 74. maddesinde, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta, çoğul gebelik hâlinde doğumdan önce on hafta, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere on sekiz hafta analık iznine sahip olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, bu izinlerin sona ermesinden itibaren kadın işçiye isteği hâlinde altı ay ücretsiz izin verilmektedir. Kanun koyucu, bu izin sürelerinin kadın sigortalılar tarafından borçlanılmasına imkân sağlamıştır.

Öğretide Kanunda yer alan *"kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri"* ifadesi nedeniyle, doğum izni ile altı aylık ücretsiz izin sürelerinden sadece birinin borçlanılabileceği, her ikisinin birden borçlanılamayacağı, ileri sürülmüştür[1491]. Kanaatimizce, her iki izin süresinin de borçlanılabilmesi mümkündür. Kadın işçi ücretsiz izin kullanmayabilir, bu durumda sadece analık izni süresinin borçlanması söz konusu olur. Aksi durumun kabulü, sigortalı kadının aleyhine olur. Ancak Kanunda *"ya da"* ifadesi yerine *"ve"* kullanılsaydı daha isabetli olurdu. Bu sayede, her iki izin süresinin de borçlanılıp borçlanılamayacağına ilişkin tereddüt ortaya çıkması önlenmiş olurdu.

Kadın sigortalılar ücret almadan ve adına sigorta primi ödenmeden geçen

[1491] Tuncay, Doğum İzni, s. 1021.

süreleri borçlanabilirler. Daha öncede açıkladığımız üzere, analık izninde olan kadın işçinin ücrete hak kazanıp kazanmayacağı iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücret türüne göre belirlenir. Maktu ücretle çalışan kadın sigortalı, analık izni esnasında ücrete hak kazandığı için işçi adına sigorta primleri de ödenmektedir. Bu nedenle de kadın işçinin bu süreleri borçlanması mümkün değildir. Bununla birlikte, diğer ücret türleri ile çalışan kadın sigortalılar, analık izni esnasında ücrete hak kazanamayacakları için bu süreleri borçlanabileceklerdir. İş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile analık izninde kadın işçiye ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa[1492] işçinin bu süreleri borçlanması söz konusu olmayacaktır.

4857 sayılı Kanunda öngörülen altı aylık ücretsiz izin boyunca kadın sigortalı çalışmadığı için ücrete hak kazanmamakta ve ücreti ödenmediği için bu sürede sigortalı adına sigorta primi ödenmemektedir. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olan kadınlar, ücret almadan ve adlarına sigorta primi ödenmeden geçen ücretsiz izin sürelerini borçlanabilirler.

İş Kanunu'nun 74. maddesinin 1. fıkrasına göre, doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilen kadın işçiler bu dönemde ücrete hak kazandığından doğum öncesine ilişkin sekiz haftalık analık izni süresinin tamamını değil, sadece çalışmadıkları süreyi borçlanabilirler. İşçinin çalıştığı süre doğum sonrası süreye eklendiği için işçi, doğum sonrası analık izni süresini ve eklenen süreyi borçlanabilir. Çünkü, doğum sonrası eklenen bu süre için işçiye ücret ödenmemektedir[1493]. Çocuğun erken doğması hâlinde de aynı durum geçerlidir.

Basın İş Kanunu'nda, analık izin sürelerinde kadın işçiye son ücretinin yarısının ödeneceği öngörülmüştür (BİK md. 16/7). Bu sebeple, bu dönemde kadın işçinin adına ödenen ücret üzerinden prim ödenmeye devam edilecektir. Ancak yarım ücret alan gazeteci kadının adına ödenecek olan primin bir ayda on beş gün üzerinden mi, yoksa tam olarak mı ödenip ödenmeyeceğine göre doğum borçlanması yapıp yapamayacağı belirlenecektir. Yarım ücret aldığı için sigortalı adına bir ayda on beş günlük prim ödeneceğinin kabulü hâlinde, prim ödenmeyen kısmın borçlanılabilmesi gerekir[1494]. Öğretide, işveren tarafından kadın sigortalıya yarım ücret ödense de sigorta priminin tam ay olarak ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.

[1492] Tuncay, İzin ve Ücret, s. 40.
[1493] Kovancı, ss. 216-217.
[1494] Makas, s. 76.

Böyle bir durumda ücret eksikliği nedeniyle her ne kadar prime esas kazanç yarıya düşecek olsa da bu miktar prime esas kazanç alt sınırı altında olmayacaktır[1495]. Bu nedenle de kadın sigortalının borçlanma yapmasına gerek kalmayacağı ileri sürülmüştür[1496].

6663 sayılı Kanundan önce İş Kanunu dışında diğer kanunlar kapsamında olan işçiler ilgili kanunları gereğince ücretsiz izne sahip değilse, işveren ile anlaşarak ücretsiz izne ayrılsalar bile bu süreye ilişkin doğum borçlanması yapamıyorlardı[1497]. Ancak daha öncede belirttiğimiz üzere, 4857 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan ücretsiz analık izni, iş sözleşmesi ile çalışan ve İş Kanunu kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanacaktır (İş K. md. 74/8). Bu nedenle, Basın İş Kanunu'na, Deniz İş Kanunu'na ve Borçlar Kanunu'na tâbi olarak çalışan işçiler de doğum nedeniyle altı aylık ücretsiz izin hakkından yararlanabilirler[1498]. Sigortalı olan bu kişiler, bu izin süresini borçlanabileceklerdir.

Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında, sigortalı olan kadının ücretsiz izin ya da analık izin sürelerini borçlanabilmesi için, çalışırken doğum yapması ve bu doğum nedeniyle söz konusu izin haklarını kullanılmış olması gerekir[1499]. Kadın işçi, analık hâli nedeniyle doğumdan önce ve sonra çalışmadığı toplamda on altı haftayı, çoğul gebelik hâlinde ise toplamda on sekiz haftayı borçlanabilecektir. Ancak söz konusu analık izni süreleri doktor raporuyla arttırılabilir. Böyle bir durumda, arttırılan sürelerin de borçlanılabilmesi gerekir[1500]. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesiyle Kanunda belirtilen analık izni sürelerinin arttırılması durumunda da işçiye ücret ödenmiyorsa, söz konusu süreler için de kadın sigortalının doğum borçlanması yapabileceğinin kabulü

[1495] Makas, ss. 76-77.
[1496] Makas, ss. 76-77; Kovancı, s. 217.
[1497] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 703.
[1498] Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Birinci Bölüm, III, A, 7.
[1499] Yarg. 21 HD. 18.07.2011, 2010/4892 E., 2011/6362 K., http://www.kazanci.com, (ET. 02.06.2018), *"Davacı, yaşlılık aylığı bağlanmasına ve aylığın başlangıcından itibaren yasal faiziyle tahsili istemine ilişkindir. Somut olayda, davacının borçlanma konusu yaptığı doğumun 10.6.1986 tarihinde gerçekleştiği, ilk sigortalılık başlangıç tarihinin ise 25.11.1988 tarihi olduğu, doğum borçlanması ile ilgili hükümlerden yararlanmak için Yasada geçen "sigortalı kadın" ibaresinden, sigortalının doğumdan önceki bir tarihte Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamında sigortalı olmasının, ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerini kullanabilecek nitelikte sigortalı olması gerektiğinin kabul edilmesi gerektiği ortadadır. Hal böyle olunca, davacının sigortalılık başlangıç tarihi, doğumdan sonraki bir tarih olduğundan davacının doğum borçlanmasını geçerli saymayan Kurum işlemi doğrudur."* .
[1500] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 529; Makas, ss. 80-81.

gerekir[1501]. Ancak böyle bir durumda arttırılan izin süreleri kanun gereği verilen analık izni süresi olarak kabul edilemez. Bu nedenle de kadın sigortalının bu süreleri doğumdan sonraki iki yıllık süre kapsamında borçlanabileceğinin kabulü gerekir. Aynı durum, İş Kanunu'nda öngörülen sürenin dışında tarafların anlaşmasıyla kullanılan ücretsiz izinler için de geçerlidir. Tüm bu hususlar göstermektedir ki, analık izni sonucunda borçlanılabilecek toplam süre her somut olaya göre ayrı ayrı belirlenmelidir.

5510 sayılı Kanunun 4. maddenin 1. fıkrasının a bendi kapsamındaki kadın sigortalılar, İş Kanunu gereğince kullandıkları analık izni sürelerini, işyerinden alacakları belgeler ve doğum öncesine ve sonrasına ilişkin almış oldukları raporlarla birlikte Kuruma başvurarak borçlanabileceklerdir[1502].

Altı aylık ücretsiz izin ve analık iznine ilişkin temel düzenleme 4857 sayılı Kanunda yer almaktadır. İş Kanunu'nda bu izinlerin kullanılmasına ilişkin herhangi bir sayı sınırlaması bulunmamaktadır. Her doğumdan sonra kadın işçi, Kanunda belirtilen analık iznini kullanabilecektir. Bu sürelerin borçlanılmasına ilişkin olarak 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde de herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden, kadın sigortalı sadece üç çocuk için değil, tüm doğumları için analık izni ve altı aya kadar ücretsiz izin sürelerini borçlanabilecektir[1503]. Öğretide, Kanunda yer alan *"üç defaya mahsus olmak üzere"* ibaresinden dolayı, sigortalı kadının en fazla üç doğum için borçlanma yapabileceğine dair görüş de bulunmaktadır[1504]. Kanaatimizce, Kanunda yer alan ifade doğum tarihinden sonraki iki yıllık sürenin borçlanılabilmesine ilişkin bir sınırlamadır. Aksinin kabulü, üçten fazla doğum yapan ve analık izni kullanan kadın sigortalıların mağduriyetine yol açacaktır. Bu nedenle de kadın sigortalının, Kanundaki diğer koşulları sağlamak kaydıyla yapmış olduğu tüm doğumlar için doğumdan önceki ve sonraki sekiz haftalık analık izni süresi ile altı aylık ücretsiz izin süresini borçlanabileceğinin kabulü gerekir.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin 1.

[1501] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 500.
[1502] 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 299.
[1503] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 530; Özer, Doğum Borçlanması, s. 1142; Özkaraca, s. 507; Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 40; Makas, s. 82; Baskan, Analık Hali, s. 709; Deniz Sema Özkan, **5510 Sayılı Kanunda Doğum Borçlanması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017, s. 80.
[1504] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 500; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 469.

fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı olan kadınlar, analık izni ve ücretsiz izin hakkına sahip olmadıkları için bu süreleri borçlanmaları söz konusu değildir[1505]. Yalnız bununla birlikte, daha öncede açıkladığımız üzere, bağımsız çalışan kadın sigortalılar, çalışmamaları koşuluyla analık nedeniyle doğumdan öncesi ve sonrası için on altı hafta ve analık hâlleri nedeniyle yatarak tedavi oldukları dönemde geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacaktır (SSGSSK md. 18/1I)[1506]. Öğretide, bu kişilerin doğumdan sonraki sekiz haftalık süreyi borçlanabileceği ve bu sürenin doğum tarihinden sonra borçlanılabilecek iki yıllık sürenin içine dâhil olduğu ifade edilmektedir[1507].

(ii) 5510 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin 1. Fıkrasının c Bendi Kapsamında Sigortalı Olanlar

Devlet memurları, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamında sigortalıdır. Bu kişilerin analık izinleri ve ücretsiz izinleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 104. maddesi, *"Mazeret İzni"* başlığı taşımaktadır. Bu maddede, İş Kanunu'na paralel bir şekilde kamu görevlilerin sahip olduğu doğum iznine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Maddeye göre, doğum yapan kamu görevlisi, doğumdan önce ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplamda on altı hafta analık izni süresine sahiptir. Çoğul gebelik hâlinde, doğum öncesi sekiz haftalık izin süresine iki hafta eklenir. Beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılamayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir (DMK md. 104/A).

Devlet Memurları Kanunu'nun 104. maddesinin G fıkrasında, mazeret

[1505] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 505; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 328; Tuncay, Doğum İzni, s. 1020; Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 42.
[1506] Bkz., Üçüncü Bölüm, II, A, 2, d, (2), (iii).
[1507] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 505.

izinleri sırasında fiili çalışmaya bağlı her türlü ödemeler hariç, mali haklar ile sosyal yardımlara dokunulmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de bu Kanuna göre analık izni ücretli bir izindir. Bu izin süresi boyunca doğum yapan kadın memura mali hakları ödeneceği için bu izinlere ait doğum borçlanması yapması söz konusu olmayacaktır[1508].

Devlet Memurları Kanunu'nda, doğum yapan kadın memura ücretli analık izninden sonra istekleri hâlinde yirmi dört aya kadar ücretsiz izin verilebileceği düzenlenmiştir (DMK md. 108/B). Kadın memurun isteği hâlinde bu ücretsiz izin verilmek zorundadır. Kadın memur, ücretsiz izin süresini 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi hükümleri gereğince borçlanabilecektir[1509]. Kadın memur bu süreyi, isterse 5510 sayılı Kanunun 41. maddenin 1. fıkrasının a bendine göre isterse c bendine göre borçlanabilir. Çünkü Kanunun 41. maddenin c bendinde, 4/1-c kapsamında sigortalı olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin sürelerini borçlanabileceği belirtilmiştir. Her iki bendin hüküm ve sonuçları, aynı esaslara bağlı olduğu için sigortalının hangi bende göre borçlandığı sonuç olarak bir farklılık yaratmayacaktır[1510].

(2) Doğumdan Sonraki İki Yıllık Sürenin Borçlanılması ve Bu Borçlanmaya İlişkin Şartlar

Sigortalı kadın, üç defayla sınırlı olmak şartıyla doğum tarihinden sonraki iki yıllık süreyi borçlanabilecektir (SSGSSK md. 41/1-a). Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a, b veya c bendi kapsamındaki sigortalıların hepsi, bu süreler için borçlanma yapabilecektir. 5510 sayılı Kanunun ilk hâlinde, kadın sigortalılara doğum borçlanması yapma hakkı tanıyan düzenlemede, doğum borçlanması yapılabilecek süreler, kanun gereği verilen ücretsiz doğum ve analık izin süreleri ile sınırlı olarak belirlenmiştir. 17.04.2008 tarihinde kabul edilen 5754 sayılı Kanunun 67. maddesinin ç bendi ile 5510 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş olan kadınlara, iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonraki iki yıllık süreyi,

[1508] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 530; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 703; Tuncay, Doğum İzni, s. 1020.
[1509] Makas, s. 102.
[1510] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 530; Tuncay, Doğum İzni, s. 1020.

iş sözleşmesine istinaden bir işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla borçlanma imkânı getirilmiştir [1511] . Söz konusu değişiklik sayesinde 4/1-a kapsamında sigortalı olan kadın işçiler, iki ayrı süreye ilişkin borçlanma hakkına sahip olmuştur. Yapılan değişiklik, sadece 4/1-a kapsamında sigortalıları kapsadığı ve bu durumun 4. maddenin 1. fıkrasının b ve c bentlerine göre sigortalı kadınları içermediği gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur[1512]. 5754 sayılı Kanunla yapılan bu değişiklik hakkında TBMM alt komisyon raporunda, ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerinin de borçlanılacak sürelerden sayıldığı, bu sürelerde kadın çalışanların doğum ve çocuk bakımı gibi özel bir durum nedeniyle izin kullandığı, bunun sonucunda doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bir hakkı kullanmasından dolayı emeklilikle ilgili sürelerini tamamlamak için ortaya çıkan bir maliyete katlanmak zorunda kalacağı, oysa çocuk bakımının aynı zamanda toplumsal olarak devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu belirtilmiştir[1513].

Yapılan eleştiriler sonucunda 6552 sayılı Kanunun 43. maddesiyle 5510 sayılı Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının a bendi,

> *"a) Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarıyla talepte bulunulan süreleri,"*

biçiminde değiştirilmiştir.

[1511] İstanbul Milletvekili Halide İncekara, çocuğun iki yaşına kadar anneye muhtaç olduğunu vurgulayarak şu açıklamalarda bulunmuştur: *"Bildiğiniz gibi, iki yaşına kadar çocuğun anneye mutlak muhtaç olduğu, annenin de çocuğunun yanında olması gereken bir dönem ve hepimiz, son zamanlarda artan, son yıllarda artan suç oranlarında ve şiddet oranlarında çocuk-anne bağımlılığının önemini ve çocuğun aile ortamında yetişmesinin önemini hep vurguladık durduk. Lakin, memur olduğunuz zaman, ücretsiz izinler ve raporlarla bu süreyi çocuğunuzla geçirmek gibi bir şansınız oluyor. Hassasiyetimiz, hiçbir imkânın kadını evde kalmak zorunda bırakmamasıdır. Lakin, kadın böyle bir imkânı kullanmak isterse, aynı beyefendilerde ve demin değerli milletvekili arkadaşımın sunduğu gibi, bir sürü kullanılan haklar gibi, kadının da iki çocuğuna kadar, her çocuğunda iki yıla kadar bir süreyi dışarıdan borçlanma imkânıyla bu hakkı kullanabilmesidir."* (Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 2. Yasama Yılı, 89. Birleşim, 10.04.2008, www.tbmm.gov.tr, Erişim tarihi: 23.06.2017).

[1512] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 531; Özer, Doğum Borçlanması, s. 1144; Canbolat ve Özkan, s. 116.

[1513] Yarg. 10. HD., 25.02.2010, 2009/8312 E., 2010/2516 K., http://www.kazanci.com, (ET. 12.11.2018).

5510 sayılı Kanunda, doğumdan sonra borçlanılabilecek iki yıllık sürenin üç defa borçlanılabileceği belirtilmiştir. Ama bu durum, borçlanmanın ilk üç doğumla sınırlı olduğu anlamına gelmez. 2013/11 sayılı Genelgede de bu durum belirtilmiştir. Genelgedeki düzenlemeye göre, birden fazla çocuğu için borçlanma talebinde bulunan sigortalıların tercih ettikleri doğumları ya da yine tercihleri doğrultusunda en fazla borçlanılacak süreye imkân veren doğumları borçlandırılacaktır[1514].

Kural olarak 5510 sayılı Kanunda, doğum öncesi ve sonrası analık izni sürelerinin borçlanılabilmesi için herhangi bir bekleme süresi öngörülmemiştir. Tek koşul, kadın sigortalının doğum yapması ve izin sürelerinde çalışmamasıdır. Ancak, doğumdan sonraki iki yıllık sürenin borçlanılmasına ilişkin bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar aşağıda ele alınmıştır.

(i) Borçlanmanın İki Yıllık Süreyi Aşmaması

5510 sayılı Kanunla, kadın sigortalıya doğumdan sonra sadece iki yıllık süreye ilişkin olarak borçlanma imkânı tanınmıştır. Kanunda bu husus *"doğum tarihinden sonraki iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla"* şeklinde ifade edilmiştir. Sigortalı kadın en fazla iki yıllık süre borçlanılabilir veya dilerse iki yıldan daha az bir süreyi borçlanabilir[1515]. Doğumdan sonraki iki yıllık sürenin borçlanılması bakımından çoğul doğumun herhangi bir önemi bulunmamaktadır[1516].

Kanunda, doğumdan sonraki analık izni ve ücretsiz izin sürelerinin doğumdan sonraki iki yıllık süreye dâhil olup olmadığı konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre, iki yıllık süre, kanun gereği verilen ücretsiz doğum izni ya da analık izni süresinden bağımsız olup, doğum tarihinden sonra borçlanılabilecek süreler toplamı ile sınırlı değildir. İki yıllık süre, ücretsiz doğum ya da analık izni sürelerin bitiminden itibaren başlayacaktır. Bu yorum, sigortalının lehinedir[1517]. Başka bir görüşe göre, maddede doğum tarihinden sonra iki yıllık süreden bahsedildiği için bu süreye doğum sonrası analık izni süresi ve ücretsiz izin

[1514] 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge, s. 292.
[1515] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 531; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 701; Tuncay, Doğum İzni, ss. 1020, 1022; Özer, Doğum Borçlanması, s. 1145; Makas, s. 83.
[1516] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 702.
[1517] Akın, Değerlendirme 2010, s. 421; Özkaraca, s. 509; Kovancı, s. 230.

süresi dâhildir[1518]. Aksinin kabulü, sigortalının lehine olsa da Kanunun emredici hükmü buna engeldir. Ancak kadın sigortalı doğumdan önce sekiz veya çoğul gebelik hâlinde on haftalık (doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışma olanağının kullanılması durumunda çalışılmayan) analık izni süresinin, doğumdan sonra borçlanma yapılabilecek iki yıllık süreden ayrı tutmak gerektiği kanaatindeyiz[1519]. Açıklanan nedenlerden dolayı, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı kadınların, doğum borçlanması yapabilecekleri süre, en fazla altı yıl sekiz hafta (çoğul gebelik hâlinde on hafta) ya da duruma göre altı yıl on üç haftadır.[1520].

Uygulamada tartışma konusu olan hususlardan bir diğeri, borçlanılabilecek üç doğum arasında iki yıldan daha az bir sürenin olması ya da sigortalı kadının çalışmaya başlaması durumunda toplamda ne kadar sürenin borçlanılabileceğidir.

İlk doğumunu yaptıktan sonra iki yıl dolmadan ikinci doğumunu yapan ya da çalışmaya başlayan kadın sigortalı, ilk doğumu için iki tam yılı borçlanamayacaktır. Böyle bir durumda, sigortalı kadın sigortalı olarak çalışmaya başladığı ya da ikinci doğuma kadar olan süreyi borçlanabilecektir[1521]. 2010/106 sayılı Genelgede *"İlk doğum yaptıktan sonra iki yıl dolmadan ikinci doğum yapan kadın sigortalı, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabilecektir"* denmiştir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu karara göre de, kadının üç çocuğu için doğum borçlanması yapma hakkı bulunmaktadır. Ancak, çocuklarının doğum tarihleri arasında kalan sürelerin iki yıldan daha kısa olduğu durumlarda kadının borçlanma yapabileceği süre ortaya çıkan çakışma

[1518] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 701; Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 44; Özer, Doğum Borçlanması, s. 1145; Silkin, s. 53.

[1519] Ayrıca bkz., Özkaraca, s. 508; Makas, s. 83; Özkan, s. 85; Canbolat ve Özkan, s. 117; Silkin, s. 53; Özer ise, doğum öncesi 8 haftalık sürenin de iki yıllık sürenin içinde kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Özer, Doğum Borçlanması, s. 1145.

[1520] 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce doğumdan sonraki iki yıllık süre sadece iki defa borçlanılabiliyordu. O dönemdeki düzenlemeye istinaden Arıcı'ya göre, *"Kanun koyucunun iki çocuk ile ve 4 yıl süre ile sınırlama yapması anlaşılabilir bir durumdur. Nüfus artışına yol açmamak; sigorta aktüeryasına olumsuz etki etmemek; ya da çalışmamayı desteklemek gibi bazı sınırlamaların öngörülmesi anlaşılabilir durumdur."* Bkz., Arıcı, Doğum Borçlanması, s. 166.

[1521] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 534; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 701; Saim Ocak, "Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 20, Aralık 2010,(Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi), s. 155; Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği, s. 183.

süreleri dikkate alınarak tespit edilmelidir[1522].

Başka bir görüşe göre, kadın sigortalıya 6552 sayılı Kanundan önce toplamda dört yıllık sürenin borçlanılabilmesi imkânı tanındığından, bu sürelerde çalışmamış olması kaydıyla, borçlanılmamış sürelerin daha sonra borçlanılması mümkündür. Zira 5510 sayılı Kanun kısmi borçlanmaya imkân tanımakta ve borçlanmanın belirli bir sürede yapılmasına ilişkin herhangi bir şart aramamaktadır[1523]. Kanaatimizce, bu görüşün kabulü mümkün değildir. Mevcut düzenlemede, doğumdan sonraki iki yıllık sürenin üç defa borçlanılması mümkün olduğundan dolayı, kadın sigortalının doğumdan sonra toplamda altı yıl borçlanma hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Ancak bu durumun kabulü, kadın sigortalının altı yıllık süreyi istediği kadar borçlanarak tamamlayabileceği anlamına gelmez.

(ii) Borçlanmanın En Fazla Üç Defa Yapılabilmesi

5510 sayılı Kanun'da, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinde sonraki iki yıllık süreyi borçlanma hakkı tanınmıştır. Kanun koyucunun bu şekilde bir sınırlama getirmesindeki amaç nüfus artışına yol açmamak, borçlanmanın uzun dönemler için kullanılmasını engellemek ve sigorta sisteminin aktüeryal dengesinin olumsuz etkilenmesini önlemektir. Konuya ilişkin bir diğer gerekçe ise, doğum borçlanmasının Kanuna dâhil edilmesine ilişkin çalışmalar sırasında, kadınlara tanınan bu borçlanmanın erkeklere tanınan askerlik borçlanmasına paralel olması düşüncesidir. Bu nedenle, erkek sigortalıların iki yılı bulmayan askerlik borçlanmasının karşılığı olarak, kadın sigortalılara doğum yapılan her dönem için borçlanma hakkı tanınmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağı düşünülmüştür[1524].

[1522] Yarg. 21 HD., 14.04.2016, 2015/13937 E., 2016/6644 K., Kararın değerlendirmesi için bkz., Şükran Ertürk, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri" **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 799-800, *"Somut olayda; yukarda bahsi geçen yasal mevzuat değişikliği sonrasında davacının 3 çocuğu için doğum borçlanması yapma hakkının bulunduğu ancak çocuklarının doğum tarihleri arasında kalan sürelerin 2 yıldan daha kısa olduğu anlaşıldığından borçlanma yapabileceği süreler yönünden ortaya çıkan çakışma süreleri de dikkate alınarak davacının 01/12/1991-31/12/1992, 01/01/1993-31/12/1993, 01/01/1994-01/01/1996 tarihleri arasındaki süreler yönünden borçlanma yapabileceği anlaşılmaktadır."*

[1523] Makas, s. 82.

[1524] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1144.

Kanundaki bu sınırlama nedeniyle, doğumdan sonraki iki yıllık süreyi borçlanma hakkını iki yıldan daha az süreler için üç defa kullanmış olan kadın sigortalı, sonraki doğumlarda daha önceki iki yıllık sürelerde borçlanamadığı sürelere ilişkin olarak doğum borçlanması yapamayacaktır [1525] . Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun koyucu, burada altı yıllık sürenin borçlanılabileceğini değil, üç çocuk için borçlanma yapılabileceğini öngörmüştür.

(iii) Kadın Sigortalının Borçlanma Yapacağı Sürede Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Sigortalı Sayılmaması

5510 sayılı Kanunda 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, borçlanılacak sürelerde sigortalı kadının hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması şartı aranmaktaydı. 5510 sayılı Kanunda, *"hizmet akdi"* terimi esas alınmış iken, 4857 sayılı Kanunda *"iş sözleşmesi"* terimi esas alınmıştır. Bu iki terim arasında hukukumuz açısından genel kabul gören görüşe göre, iş sözleşmesi ile hizmet akdi terimleri arasında anlam özdeşliği bulunmaktadır[1526]. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinde hizmet akdi kavramının, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda[1527] (yürürlükte olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu) tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini ifade edeceği belirtilmiştir (SSGSSK md. 3/1-11). Bu sebeple, 6552 sayılı değişiklikten önce 5510 sayılı Kanunda yer alan hizmet akdine istinaden çalışmama şartından, sigortalı kadının 4857 sayılı İş Kanunu anlamında işçi olarak çalışmaması anlaşılmalıdır. Bu duruma, 5510 sayılı Kanunun gerekçesinde de yer verilmiştir. Gerekçeye göre, hizmet borçlanmalarına ilişkin düzenlemelerin temel amacı, sigortalının, kendi isteği haricinde çalışamaması nedeniyle, uzun vadeli sigorta kolları ve emeklilik için toplam prim ödeme gün sayısı açısından çalışsaydı hak kazanacağı sosyal sigorta haklarından mahrum olması ve böyle bir mağduriyetin giderilmesi niyetidir. Bu nedenle, doğum yapan kadının borçlanmadan yararlanma suretiyle yatıracağı primler ile her doğum için çalışamadığı ve dolayısıyla ücret alamadığı iki yıla kadar olan süre, uzun vadeli sigorta kolları açısından tamamlanabilecektir. Böyle bir durumun

[1525]Özkaraca, s. 509; Canbolat ve Özkan, s. 117; Aksi görüş için bkz., Makas, s. 82.
[1526] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, ss. 81-83; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 290.
[1527] Kabul Tarihi: 22.04.1996, RG.: 29.04.1996, S.: 359.

mevcut olabilmesi ve telafi edilebilmesi için, geçen sürede uzun vadeli sigorta kolları bakımından kadının sigortalı sayılmaması gerekir. Aksi hâlde, aynı süreye ilişkin iki defa prim yatırılmış ve Sosyal Güvenlik Kurumu açısından bir zenginleşme doğmuş olacaktır. Bu gerekçe ile Kanun, doğum borçlanmasından yararlanabilme açısından kadın çalışanın borçlanmayı talep ettiği sürede sigortalı sayılmaması gerekmektedir[1528].

Kadın işçinin bir işverene bağlı olarak çalışması hâlinde zorunlu sigortalı sayılacağı ve kadın sigortalı adına tüm sigorta primleri ödeneceği için bu sürelerin borçlanılabilmesi mümkün değildir. 2008/111 sayılı Genelgede, hizmet akdine göre çalışmamak koşuluyla borçlanma talebinde bulunacak kişinin adına prim ödenmemiş olmasının anlatılmak istendiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, kayıt dışı çalıştırılan kişiler her ne kadar iş sözleşmesine dayalı olarak çalışsalar da adlarına prim ödenmedikleri için söz konusu sürelere ilişkin doğum borçlanması yapıp yapamayacakları sorusunun cevaplandırılması gerekir [1529] . Kişi, kayıt dışı çalıştırılıyor ve kendisi bu durumu biliyorsa Kuruma bildirmiş ya da bu durum Kurumca tespit edilmişse, kişi kayıt altına alınır ve ödenmeyen primler yasal faizi ve gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir. Ancak, kayıt dışı çalışma tespit edilmemiş ve kadın işçi tarafından ilgili süreler borçlanılmışsa, bu durumun daha sonra Kurumca tespit edilmesi hâlinde kayıt dışı çalışılan süreye ilişkin olarak yapılan borçlanma iptal edilir. Zira 5510 sayılı Kanunda aranan şart, borçlanma talebinde bulunacak kişinin borçlanacağı sürelerde çalışmıyor olmasıdır. Burada önemli olan, kişinin sigortalı ya da sigortasız olması değil iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmaması; yani fiili çalışmanın olmamasıdır[1530].

2010/106 sayılı Genelgede, doğum borçlanması talebinde bulunan kadın sigortalıların doğum yaptığı tarihten sonra adına primi ödenmiş olan sürelerin borçlanma hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple de borçlanılabilecek süre, sigortalı kadının Kanunda öngörülen süre içinde adına prim ödenmeden geçen kısımdır[1531].

[1528] Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gerekçesi, http://www.tbmm.gov.tr, (ET. 08.09.2018).
[1529]Özer, Doğum Borçlanması, s. 1146.
[1530]Özer, Doğum Borçlanması, s. 1147.
[1531] Kovancı, s. 232.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, 5510 sayılı Kanunda hizmet akdi ile çalışmamaktan bahsedildiği için sigortalı kadının 4. maddenin 1. fıkrasının b bendi veya c bendi kapsamında çalışması durumunda borçlanmanın mümkün olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmekteydi. Öğretide, bu durumda sigortalının borçlanma yapamayacağı belirtilmektedir. Çünkü söz konusu durumlarda sigortalı olarak çalışan kadının primleri ödenmiş olacağından borçlanmaya ihtiyaç duyulmayacaktır. Borçlanma talebinde bulunacak kişi, Kanunun 4. maddenin 1. fıkrasının b bendi kapsamında çalışsa ve adına prim ödenmemiş olsa bile borçlanma yapamaz. Zira 4/1- b kapsamında zorunlu sigortalı olan bir kişinin, 4/1-a kapsamında sigortalı olanlara tanınan borçlanma hakkından yararlanmak istemesi sigortalılığın çakışması anlamına gelir. Sosyal güvenlik mevzuatımızda sigortalılığın tekliği ilkesi benimsendiğinden borçlanma mümkün olmayacaktır[1532].

6552 sayılı Kanun değişikliği ile yukarıdaki tartışmalar ortadan kalkmıştır. Bu Kanun ile Kanunda yer alan *"hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmama"* şartı *"uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmama"* şeklinde değiştirilmiştir. Daha öncede ifade etttiğimiz üzere 5510 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle, borçlanma hakkının kapsamının genişletilmesiyle 4/1-a kapsamında sigortalı olanların yanı sıra 4/1-b ve c kapsamındaki sigortalı kadınlara da doğum borçlanması yapma hakkı tanınmıştır. Bunun sonucunda da borçlanma yapacak sigortalı kadının borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması şartı aranmıştır.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, borçlanma talep edilen sürede isteğe bağlı sigortalı olan kadının doğum borçlanması yapıp yapamayacağıdır. Borçlanma yapılacak dönemde, sigortalı kadın adına isteğe bağlı sigorta kapsamında prim ödenmesi durumunda borçlanılan süre ile sigortalılık süresi çakışacağı için borçlanmanın herhangi bir anlamı olmayacaktır[1533]. Bu nedenle, madde hükmünün yeni hâlinde *"hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmama"* yerine "*uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmama"*ya vurgu yapılmış olması daha doğru görünmektedir[1534]. Sonuç itibariyle, doğum borçlanması yapılabilmesi için borçlanmaya konusu doğum sürelerinde borçlanma yapacak kadın

[1532] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 255.
[1533] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 532; Ocak, Hizmet Borçlanması, s. 46, Özkan, s. 68.
[1534] Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 260.

adına uzun vadeli sigorta kolları açısından prim ödenmemiş olması gerekmektedir.

(3) Doğum Sonrası Yarım Çalışma İzninin Borçlanılabilirliği

Yarım çalışma izni süresince yarım çalışma ödeneği almaya hak kazananların, ödenek aldıkları süre boyunca bazı sigorta kollarına ilişkin primleri İşsizlik Sigortası Fonu'ndan ödenecektir[1535]. 4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesinin 2. fıkrasında, 5510 sayılı Kanunun 82. maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden toplam %32,5 oranında sigorta priminin İşsizlik Sigortası Fonu'ndan ödeneceği düzenlenmiştir. Ödenecek olan % 32,5 oranındaki sigorta primleri, 5510 sayılı Kanunun 81. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde yer alan ve prime esas kazancın % 20'sini oluşturan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri ile aynı maddenin f bendinde yer alan ve prime esas kazancın % 12,5'ini oluşturan genel sağlık sigortası primlerini kapsamaktadır. Bu durumda, 4447 sayılı Kanunda yer alan koşulları sağlamak suretiyle yarım çalışma ödeneği almaya hak kazananların bu süre zarfında uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına ilişkin primlerinin tamamı ödenmiş olacaktır. Bu nedenle, bu kişilerin borçlanmasını gerektirecek bir husus bulunmadığı için söz konusu süreleri borçlanmaları mümkün olmayacaktır[1536].

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de belirteceğimiz üzere, yarım çalışma ödeneğinden tüm yarım çalışma izni kullanan kişiler yararlanamamaktadır[1537]. Bu ödenekten, sadece 4447 sayılı Kanundaki koşulları sağlayan kişiler yararlanmaktadır. Bu bağlamda, ödeneğe hak kazanmayan ama yarım çalışma izni kullanan işçinin borçlanma hakkına sahip olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekir. Böyle bir durumda, işveren sadece işçinin çalıştığı sürelere ait uzun vadeli sigorta kolları primlerini ödeyecek, izinli olduğu günlere ilişkin olarak herhangi bir prim ödemesi yapmayacaktır[1538]. Her ne kadar doğum borçlanmasına ilişkin hükümlerle yarım çalışma izni arasında bağlantılı kurulmamış olsa da, öğretide, doğum sonrası altı aylık ücretsiz izin sürelerinin borçlanılabileceğine ilişkin düzenlemenin yarım çalışma iznini de kapsadığı kabul edilerek bu izinde çalışılmayan sürelerin

[1535] Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 4.
[1536] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 501; Özkan, s. 96; Canbolat ve Özkan, s. 125; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 532.
[1537] Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz., Üçüncü Bölüm, II, C, 1.
[1538] Canbolat ve Özkan, s. 126.

borçlanılabileceği ifade edilmiştir[1539]. Kanaatimizce bu durum, analık izninden sonra altı aylık ücretsiz iznin tamamen kullanılmamış olması durumunda geçerlidir. Zira altı aylık ücretsiz izin hakkının kullanılmış ve bu süreye ilişkin doğum borçlanması yapılmış olması durumunda, yarım çalışma izni kullanılarak çalışılmayan sürenin ücretsiz izin süresi olarak borçlanılamayacağının kabulü gerekir. Kanaatimizce, böyle bir durumda aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, sigortalının Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının i bendine göre borçlanabileceğinin kabulü gerekir. Bununla birlikte, yarım çalışma izni kullanan kadın, kısmen de olsa yarım çalışma ödeneği elde ediliyorsa, ödeneğe hak kazanılan kısmın borçlanılması mümkün değilken sigortalının ödenek almadığı kısma ilişkin borçlanma yapması mümkündür[1540].

Sigortalı erkeklerin doğum sonrası ücretsiz izin sürelerini borçlanma hakkı bulunmamaktadır. Bu bağlamda, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu evlat edinen ve yarım çalışma izni kullanan sigortalı erkek işçinin yarım çalışma ödeneğine hak kazanmaması durumunda doğum borçlanması yapamayacağının kabulü gerekir. Böyle bir durumda, sigortalı erkeğin Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının i bendine göre borçlanma yapması mümkündür.

(4) Doğum veya Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkının Kullanılması Durumunda Doğum Borçlanmasının Yapılabilirliği

Konumuz bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka husus, sigortalının doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanması hâlinde çalışmadığı sürelere ilişkin olarak doğum borçlanması yapıp yapamayacağıdır. Kısmi süreli çalışan işçilerin uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primleri, çalıştıkları süre ile orantılı olmak üzere ödenmektedir. Kanunda kısmi süreli çalışmanın yarattığı olumsuzlukları ortadan kaldırmak için bazı hükümlere yer verilmiştir. Bu konuya ilişkin Kanunda yer alan

[1539] Canbolat ve Özkan, s. 126; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 532.
[1540] Özkan, s. 97; Canbolat ve Özkan, s. 126.

düzenlemelerden biri de isteğe bağlı sigortalılıktır[1541]. Kanunun 50. maddesinde, zorunlu sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içinde otuz günden az çalışan ya da tam gün çalışmayanların isteğe bağlı sigortalı olabileceği düzenlenmiştir (SSGSSK md. 50/1-a). Ay içinde otuz günden eksik kalan günlerin primleri Kanunun 51. maddesinin 3. fıkrasına göre işçi tarafından ödenebilecektir. Otuz günden az çalışması olan ya da tam süreli çalışmayan sigortalıların ödemesi gereken prim sayısı, zorunlu sigortalı olarak Kuruma bildirilen süreyi otuz güne tamamlayan süre kadardır (SSGSSK md. 51/3). Bu düzenleme ile kanun koyucu, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan kişilerin yaşlılık aylığına geç hak kazanma tehlikesini önlemek istemiştir[1542].

İsteğe bağlı sigortalılığın uygulamada yaratacağı sakıncalar nedeniyle, Kanunda, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara borçlanma hakkı tanınmıştır[1543]. 5510 sayılı Kanunda 6111 sayılı Kanunla yeni bir hüküm eklenmiştir. Bu hükme göre, *"Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelere ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreler… (SSGSSK md. 41/I (i))"* borçlanma yoluyla tamamlanabilecektir[1544].

5510 sayılı Kanunun 41. maddesinde, doğum borçlanması yapılabilecek süreler, kanuni ücretsiz doğum ve analık izni süreleri ile doğum tarihinden sonraki iki yıllık süre olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar, 6663 sayılı Kanunla getirilen doğum sonrası kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin düzenleme ile doğum borçlanması arasında bağlantı kurulmamış olsa da, öğretide doğum tarihinden sonraki iki yıllık süre içinde kadın sigortalı hakkında uzun vadeli sigorta primi ödenmeyen süreler için borçlanma imkânı tanıyan düzenlemenin, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının kullanılması sebebiyle eksik ödenen uzun vadeli sigorta

[1541] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 539; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 361; Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 489; Arıcı, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 266.
[1542] Caniklioğlu'na göre, düzenleme yerindedir. Ancak, konuya ilişkin olarak isteğe bağlı sigortalılık bir çözüm gibi görünse de uygulamada bu çözüm yolu çok etkili olmayacaktır. Konuya ilişkin daha geniş bilgi için bkz., Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 69.
[1543] Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 69.
[1544] Bu hak, 25.02.2011 tarihinden sonraki süreler için kullanılabilir. Çünkü, Kanunda söz konusu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelerin borçlanılabileceği belirtilmiştir.

prim süreleri bakımından da uygulanabilir olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir[1545].

Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının i bendinde yer alan hüküm, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre tüm kısmi süreli çalışanlara borçlanma hakkı tanındığı için doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş yapan kişinin de doğum borçlanması hakkına değil[1546], söz konusu hükme dayanarak borçlanma hakkına sahip olduğu söylenebilir. Kanunun bu hükmü nedeniyle, sigortalının ücretsiz doğum ve analık izni sürelerinin bitimi tarihinden itibaren kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanması hâlinde sürenin tamamı için olmasa da uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmeyen sürelere ilişkin olarak borçlanma yapma talebinde bulunabileceğinin kabul edilmesi gerekir[1547]. Kısmi süreli çalışan işçi, işçinin ölümü hâlinde hak sahipleri kısmi süreli çalışma yapılan dönemin tamamını ya da istedikleri kadarını borçlanabileceklerdir[1548].

Daha öncede ifade edildiği üzere, İş Kanunu'nda sadece kadın işçilere değil, erkek işçilere de doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı tanınmıştır. 5510 sayılı Kanunda, tüm sigortalıların kısmi borçlanma yapabileceği düzenlendiği için tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş yapan erkek sigortalı da bu borçlanma hakkından yararlanabilecektir[1549]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na göre çalışan kişiler için de geçerlidir. 5510 sayılı Kanunda kısmi süreli çalışanlara tanınan borçlanma hakkı, sadece İş Kanunu'na göre çalışanlar için geçerlidir. Bu bağlamda, İş Kanunu dışında diğer kanunlar kapsamında kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına sahip olan kişiler, kısmi süreli çalışmalarından eksik kalan süreleri borçlanma hakkına sahip olmayacaktır. Bu nedenle de 5510 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak tüm kısmi süreli çalışanlara borçlanma hakkı tanınmalıdır.

[1545] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 501; Özkan, s. 107; Canbolat ve Özkan, s. 132.
[1546] Doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçiş yapan sigortalı kadının, eksik günlerine ilişkin olarak doğum borçlanması yapılmasına imkân veren açık bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağına ilişkin görüş için bkz., Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 541.
[1547] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 501; Özkan, s. 107; Canbolat ve Özkan, s. 133; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 99.
[1548] Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s. 99.
[1549] Canbolat ve Özkan, s. 134.

Devlet Memurları Kanunu'nun ek 43. maddesinde, memurlara getirilen doğum sonrası yarım zamanlı çalışma hakkı ile sosyal güvenlik hukuku arasında bağlantısı kurulmuştur[1550]. 6663 sayılı Kanunun 30. maddesiyle, 5510 sayılı Kanunun ek 11. maddesinde 657 sayılı Kanun kapsamında çalışanların doğum veya evlat edinme nedeniyle yarım çalışma hakkı kullanan kişilerin borçlanma hakkına ilişkin düzenleme yapılmıştır. 5510 sayılı Kanunun ek 11. maddesinde, 4/1-c kapsamında sigortalı sayılanlardan, doğum veya evlat edinmeye bağlı olarak ilgili mevzuatına göre yarım zamanlı çalışma hakkından yararlanmaları nedeniyle mali hakları ile sosyal yardımları yarım ödenenlerin eksik çalışılan süreleri, kendilerinin ya da hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları hâlinde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa Kanunun 4/1-c kapsamında sigortalı olarak çalışanların Kanunun 41. maddede belirtilen esaslara göre, haklarında mülga hükümleri de dâhil 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulananların ise müracaat ettikleri tarihteki emekli keseneğine esas aylık tutarına ilişkin tüm unsurlar üzerinden güncel katsayılar ile kesenek ve karşılık oranlarına göre hesaplanan borcu kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödemeleri şartıyla borçlanabilecekleri öngörülmüştür (SSGSSK ek md. 11/2) Benzer bir düzenlemeye, 2013/11 sayılı Genelgede de yer verilmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile memurların yarım çalışma nedeniyle eksik kalan sürelerini borçlanma imkânını özel olarak düzenlemiştir[1551].

f. Borçlanmanın Usul ve Esasları

Kadın sigortalının doğum borçlanması hakkından yararlanabilmesi için tüm borçlanmalar için aranan genel şartları sağlamış olması gerekir. Bunlardan ilki, borçlanılacak süreye ilişkin olarak Kuruma talepte bulunma, diğerleri ise borçlanma tutarının Kurum tarafından hesaplanması ve bu tutarın ilgili tarafından ödenmesidir.

[1550] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 541.
[1551] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 541.

(1) Borçlanma Talebi

Kural olarak, doğum borçlanması hakkına sahip olan kişi yazılı olarak Kuruma borçlanma talebinde bulunabilir. Kadın sigortalının ölmesi durumunda hak sahiplerine[1552] ölüm aylığı bağlanabilmesi için gerekli sigortalılık süresi ya da prim ödeme gün sayısı yeterli olmayabilir. Böyle bir durumda hak sahipleri, eksik süreleri ya da prim ödeme gün sayılarını doğum borçlanması yaparak tamamlayabilirler[1553]. Kanun koyucu, kural olarak doğum borçlanması talebini herhangi bir süreye tabi tutmamıştır[1554]. Dolayısıyla borçlanma talebinde bulunmak isteyen kişiler, istedikleri zaman bu taleplerini Kuruma iletebilirler[1555].

Borçlanma talebinde bulunacak olan kişinin ölen sigortalı kadının hak sahibi olması durumunda akla, *"hak sahibinin doğum borçlanması talebi herhangi bir süre aranmalı mıdır?"* sorusu gelmektedir. Böyle bir sorunun temel nedeni de 5510 sayılı Kanunun, *"Zamanaşımı, hakkın düşmesi ve avans"* başlıklı 97. maddesidir. Maddeye göre, *"Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar (SSGSSK md. 97/1) ."* Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, hak sahipleri gelir ve aylıklara hak kazandığı tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi boyunca haklı bir neden olmaksızın başvuruda bulunmazlarsa, geçmişe dönük olarak bu haklarını talep edemezler. Ancak, bu düzenleme hak sahiplerinin ileriye yönelik olarak aylık bağlanması talebinde bulunmasına engel değildir[1556]. Bu maddede yer alan hüküm ile hak sahiplerinin doğum borçlanması taleplerine ilişkin herhangi bir başvuru süresi

---

[1552] *"Hak sahibi : Sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babası",* (SSGSSK md. 3/1-7).

[1553] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 542; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 714; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 251; 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında olan ve ölen sigortalının hak sahipleri doğum borçlanması yaparak ölüm aylığına hak kazanamaz (SSGSSK md. 32).

[1554] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 713; A. Can Tuncay,"Yeni Sistemde Fiili Çalışma İlişkisine Dayanmayan Sigortalılık", **Mercek Dergisi**, Sayı: 43, Temmuz 2006, (Çalışma İlişkisi), s. 73; Sigortalının ölümü hâlinde hak sahiplerininborçlanma talebinde bulunmalarının bir süre ile sınırlı olup olmadığı konusunda tartışmalar için bakınız, Başterzi, Fatma, **Yaşlılık Sigortası**, TİSK Yayını, Ankara 2006, s. 194-195.

[1555] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 713; Tuncay, Çalışma İlişkisi, s. 73; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 251.

[1556] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1151; Makas, s. 196.

düzenlenmemiştir. Madde, sadece zamanaşımına uğramış kısım açısından ölüm aylığı talep edilmesinin engellenmesine ilişkindir[1557]. Tüm bu açıklamalar ışığında, hak sahibi olan kişilerin de borçlanma talebinde bulunmasına ilişkin olarak herhangi bir hak düşürücü ya da zamanaşımı süresi bulunmadığını söylemek mümkündür. Bu nedenle, kadın işçi ya da hak sahipleri, istedikleri zaman doğum borçlanması talebinde bulunabilir[1558].

Sigortalı, doğum nedeniyle borçlanma hakına sahip olduğu süreleri bir defada borçlanmak zorunlu değildir. Borçlanılabilecek sürelerin farklı zamanlarda borçlanılması mümkündür. Kanunda, borçlanma için belirli bir süre şartının aranmayışı ve primleri süresi içinde ödenmeyen borçlanmalar için yeni başvuru şartı aranacağına ilişkin düzenleme (SSGSSK md. 41/2) bu sonucu haklı kılmaktadır[1559].

Borçlanma talebinde bulunmak için talep edilen sürelerin belgelendirilmesi gerekir. Hizmet Borçlanma İşlemlerine İlişkin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ'e[1560] göre, sigortalı kadın işçiye kanun gereği verilen altı aylık ücretsiz izin ya da analık izni sürelerinin tabi olduğu işveren tarafından belgelendirilmesi gerekir. Daha önce yürürlükte olan tebliğde,[1561] sigortalı kadın işçinin doğum tarihinden sonraki borçlanabileceği iki yıllık sürenin de tabi olduğu işveren tarafından belgelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir (Mülga Tebliğ md. 1/D). Ancak işten doğum nedeniyle ayrılan işçinin daha sonra çalışıp çalışmadığının bilgisinin işverene sorulması yerine, söz konusu bilgiye Kurum kayıtlarından ulaşılmasının daha kolay olacağı nedeniyle, bu hüküm eleştirilmiştir[1562]. Öğretideki eleştiriler dikkate alınmış ve yürürlükte Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2010/106 Sayılı Hizmet Borçlanmalarına İlişkin Genelgesinde bu hususa yer verilmemiştir[1563] . Genelgede yer alan hükme göre, doğum nedeniyle çalışamadığı iki yıllık süreyi borçlanmak isteyen sigortalı kadının talebi, işvereninden belge istenilmeksizin Kurum hizmet kayıtlarından tespiti yapılarak sonuçlandırılacaktır[1564].

[1557] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1151; Makas, s. 197.
[1558] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1151.
[1559] Özkaraca, s. 509.
[1560] RG.: 01.07.2010, S.: 27628.
[1561] Hizmet Borçlanma İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ, RG.: 28.09.2008, S.: 27011.
[1562] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1152.
[1563] 16.09.2010 tarihli Genelge.
[1564] Hizmet Borçlanmalarına İlişkin 2010/106 sayılı Genelge, s. 1.

2010/106 sayılı Genelgeye göre, doğum borçlanması talebinde bulunacak olan sigortalı kadın işçi, en son çalıştığı ilde bulunan sosyal güvenlik müdürlüğüne ya da sosyal güvenlik merkezine başvurmalıdır [1565].

(2) Borçlanma Tutarının Tahakkuku ve Borçlanılan Süreye İlişkin Primlerin Ödenmesi

5510 sayılı Kanunun 41. maddesine göre, borçlanma tutarı talep tarihinde Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerince belirlenecek günlük kazancın % 32'si üzerinden hesaplanır. Borçlanma karşılığı ne kadar prim ödeneceği sigortalı veya hak sahiplerinin insiyatifine bırakılmıştır[1566].

Kurum tarafından hesaplanan borçlanma bedeli talepte bulunan ilgiliye tebliğ edilir. Tebligat ilgiliye iadeli taahhütlü olarak yapılır. PTT alındısının ilgiliye teslim edildiği tarih borcun tebliğ tarihi sayılır (SSİY md. 66/2).

Kurum tarafından tebliğ edilen bu tutar borçlanmanın gerçekleşebilmesi için ilgili tarafından, tutarın kendisine tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenmelidir (SSGSSK md. 41/1, SSİY md. 66/2). Bu tutar, sigortalı kadın ya da hak sahibi tarafından Kuruma ya da Kurumun anlaşmalı olduğu bankalara ödenebilir. Ödeme kısmi ya da parçalı olarak yapılabilir. Bu noktada önemli olan husus, bir aylık sürede borçlanma tutarının tamamının ödenmesidir[1567]. Borcun bir ay içinde tamamının ödenmemesi durumunda, ödenen miktara karşılık gelen süre sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir [1568]. Prim borcunun bir ay içinde ödenmemesi durumunda, yapılan borçlanma talebi geçersiz sayılır ve primi ödenmeyen süreler, hizmet süresinden sayılmaz[1569].

Borçlanma hâlinde ödenmesi gereken tutar, uzun vadeli sigorta primlerinin ödenmesi ile sınırlı değildir. Bunun dışında, kısa vadeli sigorta primleri ile genel sağlık sigortası primi de ödenmesi gereken borçlanma miktarına dâhil edilmiştir. Bu

[1565] Hizmet Borçlanmalarına İlişkin 2010/106 sayılı Genelge, s. 15.
[1566] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 542; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 713.
[1567] Tuncay, Çalışma İlişkisi, s. 73.
[1568] Sigoratlılık İşlemleri Hakkın 2013/11 sayılı Genelge, s. 311.
[1569] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 543; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 713; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 329.

durum, öğreti tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Doğum borçlanması geçmiş döneme ilişkin sürelerin sosyal güvenlik açısından değerlendirilmesine yönelik bir uygulamadır. Bu nedenle de sigortalının geçmiş döneme ait kısa vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortasının sağladığı yardımlardan yararlanması mümkün olmayacağı için, bu sürelere ait primlerin ödenmesine gerek yoktur[1570]. Açıklanan nedenlerden dolayı, sosyal sigortaların temel ilkelerinden biri olan nimet-külfet ilkesine uygun olarak, doğum borçlanmasında sadece borçlanılacak sürelere ilişkin olarak uzun vadeli sigorta kollarına ait primlerin ödenmesi yönünde düzenleme yapılması yerinde olacaktır[1571].

Borçlanılacak tutarın hesaplanmasında dikkate alınan % 32'lik orana, işveren tarafından ödenmesi gereken prim bedelleri de dâhildir. Hesaplanan borçlanma tutarının tamamı borçlanma talebinde bulunan kadın işçi ya da hak sahipleri tarafından ödenir. Oysaki, tüm tutarın doğum borçlanması talebinde bulunan kişi tarafından ödenmesi yerine, bu sürelere ilişkin sigorta priminin devlet tarafından karşılanmasına yönelik düzenleme yapılması daha yerinde bir düzenleme olur[1572]. Bu görüşe dayanak olarak da Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen 43 ve 68 sayılı tavsiye kararları gösterilebilir. Mülga 43 sayılı ve 68 sayılı tavsiye kararlarında, askerlik borçlanması konusunda askerlik yapılan süreye ait primlerin devlet tarafından ödenmesi esası belirtilmiştir[1573]. Bu durumun gerekçesi olarak da askerlik hizmetinin devlete karşı yerine getirilmesi zorunlu bir görev olması gösterilmiştir. Askerlik borçlanmasına neden olan çalışamama hâli, diğer borçlanma türlerinde olduğu gibi kişinin kendi iradesinin bir sonucu değildir. 5754 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanunda ilk kez doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemelere yer

[1570] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 543; Ali Nazım Sözer,"5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine (506 SK. Bakımından Kısa Bir Değerlendirme)", **Mercek Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 43, Temmuz 2006, (506 SK. Bakımından Kısa Bir Değerlendirme), s. 136; Özer, Doğum Borçlanması, s. 1152; Başterzi, s. 210; Sözer'e göre, 5510 sayılı Kanunda borçlanmanın uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından sigorta süresi olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir (SSGSSK md. 41/4). Bu ifadeden çıkan sonuca göre, borçlanmanın kısa vadeli sigorta kolları bakımından herhangi bir katkısı olmayacaktır. Ancak, borçlanmanın mantığı sigortalının sosyal güvenlk hakkı bakımından herhangi bir hak kaybına uğramasının önlenmesidir. Bekleme süresinin dolmasını gerektiren hastalık ve analık risklerinin (geçici iş göremezlik) edimleri bakımından etkisi olmayan borçlanmalar sigortalının mağduriyetine neden olacaktır. Bkz., Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 512.

[1571] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 543; Makas, s. 201.

[1572] Ocak, Sigorta Başlangıcı, ss. 1500-1501.

[1573] Müjdat Şakar, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlıların Korunması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987, s. 212.

verildiğini daha önce de belirtmiştik. 5754 sayılı Kanunun hazırlık çalışmalarında doğum yapan kadının sosyal güvenlik alanındaki bir hakkı kullanmasından dolayı emeklilik ile ilgili sürelerini tamamlamak için ortaya çıkan bir maliyete katlanmak zorunda kalacağı, oysa çocuğun bakımının aynı zamanda toplumsal olarak devletin de üstlenmesi gereken bir sorumluluk olduğu, bu sorumluluğun tüm maliyetinin doğum yapan ve çocuğunu büyütmek zorunda olan kadına yüklemenin adil olmadığı, bu nedenle de yapılacak değişiklikle kadının borçlandığı sürelere ilişkin sigorta primin devlet tarafından üstlenilmesine yönelik düzenleme yapılması yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Ancak, tasarı kanunlaşırken söz konusu görüşlere yer verilmemiştir. Kanunun hazırlık çalışmaları esnasında ileri sürülen bu görüşe dayanarak, borçlanma tutarının tamamının devlet tarafından ödenmesi pek mümkün gözükmese de daha öncede belirttiğimiz üzere, hesaplanan borçlanma tutarı içinde işveren tarafından ödenmesi gereken primin kadın işçiden ödenmesi beklenmeyip, bu oranın devlet tarafından ödenmesi kanaatimizce daha yerinde bir düzenleme olur.

Borçlanma bedelinin hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, 2013/11 sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkında Genelge'nin 3. maddesinde yer almaktadır. Borçlanma tutarının tespiti için öncelikle borçlanma yapılacak gün sayısı belirlenmelidir. Daha sonra, borçlanma talebinin yapıldığı tarihte yürürlükte olan brüt günlük asgari ücret ile bunun altı buçuk katı arasında sigortalı veya hak sahiplerince belirlenecek prime esas günlük kazanç ve kanunda belirtilen oran çarpılmak suretiyle borçlanma bedeli hesaplanır.

Doğum borçlanması yapan kişi, aylık bağlanmamış olması koşuluyla Kuruma yazılı başvuru yaparak borçlanmadan vazgeçebilir. Böyle bir durumda, ödenen borçlanma tutarının tamamı faiz uygulanmaksızın iade edilir. Fakat, kısmi iade yapılmaz (SSİY md. 66/2)[1574].

[1574] Yarg. 21. HD. 13.06.2017, 2017/5037 E., 2017/9048 K., (Yayınlanmamış Karar), *"5510 sayılı Yasa'nın 107 inci maddesinde Kurum'un, bu Yasa'nın maddelerinin uygulanmasına ilişkin usûl ve esasları yönetmelik ile düzenleme yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, 12/05/2010 tarih ve 27579 sayılı Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 66 ıncı maddesinin 11 inci fıkrası ile "Kanun'un 41 inci maddesine göre yapılan borçlanmalarda aylık bağlanmamış olması şartıyla Kurum'a yazıyla müracaat edilmesi halinde borçlanmadan vazgeçilebilir. Ödenen borçlanma tutarının tamamı faiz uygulanmaksızın iade edilir. Kısmi iade yapılmaz" hükmü düzenlenmesine yer verilmiştir. Somut olayda, beş çocuk sahibi olan davacının borçlanma talep dilekçesinde borçlanılmak istenilen süreleri "sürelerin tamamı" olarak işaretlediği, ne var ki "borçlanılan süreler" yönünden iradesini açıkça ortaya koymadığı anlaşılmaktadır.Borçlanma isteminin geçerli olabilmesi sigortalıların veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmalarına bağlıdır.5510 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 01/10/2008 tarihinden sonraki sürelere ait borçlanmalarda borçlanılan prime*

Sigortalının, kendisi ya da hak sahipleri tarafından yapılan borçlanma sürelerinin tüm hizmetleri ile birlikte aylık bağlanmaya yetecek süreden fazla olması hâlinde, fazla olan süreye ait borçlanma tutarı Kurumca tahsil edilmiş ise, iade edilmemektedir[1575]. Kanaatimizce böyle bir durumda sigortalı ya da hak sahipleri fazla süreye ait borçlanma tutarını Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri isteyebilir.

g. Doğum Borçlanmasının Sonuçları

Doğum borçlanmasının en önemli sonucu, borçlanılan sürelerin uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından sigortalılık süresinin hesaplanmasında dikkate alınmasıdır [1576] . Borçlanılan süreleri hizmet süresi olarak değerlendirilmesinden anlaşılması gereken, bu sürelerin prim ödeme gün sayısına eklenmesi ve 5510 sayılı Kanunu'nun 41. maddesinin 3. fıkrası gereğince, sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki sürelerin borçlanılması hâlinde, sigortalılığın başlangıç tarihinin borçlandırılan gün sayısı kadar geriye yürütülmesidir. Maddede, genel bir düzenleme yapılmış olup borçlanma yapılabilecek hâllerin hangilerinde sigortalılık süresinin geriye yürütüleceğine ilişkin açıklamaya yer verilmemiştir[1577]. Ancak Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde 2013 yılında yapılan değişikliğe[1578] göre, 5510 sayılı Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının b, d, e, h ve j bentlerine göre borçlanılması durumunda, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Prim ödeme gün

---

esas gün sayısının borçlanılan ilgili aylara mal edileceği anılan maddede düzenlenmiştir.Bu durumda doğuma dayalı borçlanmalarda borçlanılan süreler doğumun gerçekleştiği tarihten itibaren ilgili aylara mal edilecektir. 01/10/2008 tarihinden önce borçlanılan sürelerin hangi aylara mal edileceğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğuma dayalı borçlanma hakkının ise ilk defa 5510 sayılı Yasa ile sigortalılara tanındığı göz önünde bulundurulduğunda 5 (beş) çocuk içinden hangi çocuklar için doğuma dayalı borçlanma hakkını kullandığını yazılı olarak, açıkça belirtmeyen davacı hakkında Kurum'un son doğan çocuktan başlamak suretiyle borçlandırma işlemini gerçekleştirmesi işlemi yerinde olup yanlış ve yersiz olarak yapıldığı iddia edilen borçlandırma işleminin iptal edilerek ilk doğan çocuklar yönünden işleme yeniden geçerlilik sağlanması mümkün değildir."

[1575] Hizmet Borçlanmalarına İlişkin 2010/106 sayılı Genelge, s. 14.

[1576] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 552; Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 714; Alper, s. 358; Uşan, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 252; Özkan, s. 128.

[1577] Makas, s. 299.

[1578] RG.: 21.08.2013, S.: 28742.

sayısı ve prime esas kazançlar ise borçlanma yapılan ilgili aylara mal edilir (SSİY md. 66/3). Yönetmelikte yer alan bu düzenleme nedeniyle, kadın sigortalının doğum borçlanması yapması durumunda sigortalılık süresinin başlangıcı geriye yürümeyecektir[1579]. Daha önce de açıkladığımız üzere öğretideki bir görüşe göre, kadın sigortalının doğum borçlanması yapabilmesi için Kanunda ve ilgili yönetmelikte kadının sigortalı olarak tescilinin mutlaka doğumdan önce gerçekleşmesine ilişkin bir düzenleme olmaması nedeniyle, kadın sigortalının tescilden önce gerçekleşmiş olan analık izni ve ücretsiz izin sürelerini de borçlanabilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, böyle bir durumda sigortalılık süresinin borçlanılan süre kadar geriye yürümesi gerekir[1580]. Ancak mevcut düzenleme nedeniyle doğum borçlanması, sigortalılık süresini geriye yürümesine ilişkin herhangi bir etki meydana getirmeyip, sadece prim ödeme gün sayısının arttırılmasını sağlayacaktır[1581].

Doğum yaptığı tarih öncesinde adına yalnızca kısa vadeli sigorta primi ödenmiş bulunan çırak, aday çırak ve stajyer olmuş sigortalıların doğum borçlanması yapması hâlinde sigortalılık süreleri bu borçlanmadan etkilenir. Ancak belirtmek gerekir ki, sigortalı adına kısa veya uzun vadeli sigorta kollarına dair prim ödenmemiş olması hâlinde, yalnızca sigortalı tescili bulunması dolayısıyla borçlanma hakkının kazanılması mümkün değildir. 28.02.2014 tarihli ve 2014/5 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi'ne göre, kadın sigortalının çırak, aday çırak veya

[1579] YHGK 18.05.2011, 2011/10-311 E, 2011/322 K., http://www.kazanci.com, (ET. 05.06.2017), *"……Yeri gelmişken 5510 Sayılı Kanunun 41. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür" hükmünün, sigortalılık öncesi doğumlar yönünden borçlanma imkanına işaret edip etmediği de irdelenmelidir. Öncelikle anılan fıkranın maddede yer alan tüm borçlanma halleri için uygulanması mümkün değildir, zira fıkra yalnızca sigortalılık öncesini ilgilendiren bir grup borçlanma imkanına yönelik olup, maddenin (b) ve (c) bentlerinde yer verilen iki durumda olduğu gibi, doğrudan sigortalılık öncesine ilişkin borçlanma hallerinde uygulanması ve dikkate alınması mümkündür. Ayrıca yasanın açıkça sigortalılık sonrası olması gerektiğini düzenlediği borçlanma imkanları da bulunmaktadır ki, (f) bendinde yer alan sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri ve (g) bendindeki grev ve lokavtta geçen süreler bunun açık örneği durumundadır. Bu halde de anılan fıkranın uygulanma imkanının bulunmadığı, dolayısıyla borçlanma halinin sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmesine ilişkin fıkranın maddede düzenlenen her borçlanma halinde uygulanmak üzere düzenlenmediği açıktır. Belirtildiği gibi bu düzenleme, borçlanma imkanlarının tümüne değil, sigortalılık öncesine ilişkin olanlarına yöneliktir ve 4/1-a bendi kapsamında çalışma ve hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmamanın ön şart olarak arandığı doğum borçlanmasına uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır."*

[1580] Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği, s. 183; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 327; Makas, s. 301.

[1581] Aynı yönde bkz., Özkaraca, s. 524; Özer, Doğum Borçlanması, s. 1155; Ceylan, s . 163.

stajyer olarak tescil edildiği tarihten sonra gerçekleşmiş bulunan doğum tarihi, ilk defa uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmaya başladığı tarihten önce ise, işe giriş tarihi ilk defa uzun vadeli sigorta kollarına tabi olunan tarihten itibaren borçlanılan gün sayısı kadar sigortalılık süresi geriye götürülecektir. Böylece, bu kişiler kademeli emeklilik tablosunda daha erken emekli olabilecekleri kademelere gelebileceklerdir[1582].

Kanunun 4/1-a kapsamında olan sigortalıların borçlandıkları süreler, Kanunun 32. maddesi gereğince, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması sırasında aranan en az beş yıllık sigortalılık süresinin ve toplam dokuz yüz günlük prim ödeme gün sayısının hesabında dikkate alınmayacaktır. Maddede her türlü borçlanma sürelerinin ölüm sigortasına hak kazanmayı gerektiren şartların hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, sigortalının ölmeden önce kendisi tarafından yapılmış olan borçlanma, ölüm aylığına hak kazanma için gerekli olan şartların hesabında dikkate alınacaktır. Bu sınırlamanın sadece Kanunun 4/1-a kapsamındaki sigortalılara ilişkin olması eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır[1583].

Doğum borçlanması ile sigortalının ya da hak sahiplerinin borçlanarak prim ödedikleri süreler, sigortalının borçlanılan tarihteki statüsü, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının hangi bendi kapsamına giriyorsa o bende göre, borçlanma sigortalılık sona erdikten sonra yapılmışsa son sigortalılık statüsü ne ise o statüde sayılır (SSGSSK md. 41/4-a)[1584]. 2013/11 sayılı Genelgeye göre de, doğum borçlanması yapılabilmesi için doğumdan önce tescil şartının gerçekleşmiş olması gerekli olup, borçlanma statüsü sigortalının borçlanma müracaat tarihindeki talebine göre, müracaat ettiği tarihte herhangi bir çalışması olmayan sigortalıların ise en son sigortalılık statüsü esas alınarak borçlanma statüsünün belirlenmesi gerekir[1585].

[1582] Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 327.
[1583] Özer, Doğum Borçlanması, s. 1155.
[1584] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 715; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 329; Baskan, Analık Hali, s. 714; Düzenleme hakkında eleştiriler için bkz., Ocak, Doğum Borçlanması, s. 139; Ocak, Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi, ss. 159-161.
[1585] Sigoratlılık İşlemleri Hakkın 2013/11 sayılı Genelge, s. 298.

3. Annelere Ölen Çocuklarından Ölüm Aylığı Bağlanmasına İlişkin Düzenlemeler

a. Annelere Ölen Çocuklarından Ölüm Aylığı Bağlanması ve Şartları

Sosyal güvenlik sistemimizde, sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü hâlinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasının gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazandıkları belirtilmiştir (SSGSSK md. 3/7). Bu çerçevede, çocukları ölen anneler belirli şartların gerçekleşmesi durumunda ölüm aylığına hak kazanacaklardır. Annenin bu aylığa hak kazanabilmesi için ölen çocuğu tarafından yaşlılık, ölüm veya malullük sigortası için aranan aylık bağlanma şartlarını sağlanmış olması gerekir. Öte yandan, annenin sağ ve muhtaç durumda olması gerekir. Annenin ölen çocuğundan ölüm aylığına hak kazanmasına ilişkin şartlar bakımından ilk olarak, ölen sigortalı açısından gerçekleştirilmesi gereken şartlar daha sonra ise hak sahibi anne için aranan şartları ele alacağız.

(1) Ölen Sigortalı Açısından Yerine Getirilmiş Olması Gereken Şartlar

(i) Sigortalının Ölmüş Olması

Hak sahiplerinin bağlı sigortalı olarak, ölüm sigortasının edimlerinden faydalanabilmesi için öncelikli olarak sigortalının ölmüş olması gerekmektedir[1586]. Ölümün meydana geliş şekli, ölen sigortalının ölümün gerçekleşmesinde kusuru olup olmaması, hak sahiplerinin ölüm sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanmasına engel teşkil etmez. Bu nedenle ölümün hastalık, trafik kazası, intihar

[1586] Sigortalının cesedine ulaşılamadığı veya çok uzun süre kendisinden haber alınamadığı takdirde ise Türk Medeni Kanunu'nun 31. maddesindeki ölüm karinesi ya da 32. maddesindeki gaiplik kararının alınması durumunda sigortalının öldüğü kabul edilir ve hak sahibi anne diğer şartları sağlaması halinde ölüm aylığına hak kazanacaktır. Bkz., Çenberci, s. 399; Teoman Ozanoğlu, "Ölüm Sigortası", Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Mart 1988, (Ölüm Sigortası), s. 8; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 604; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, ss. 531-532; Eser, 258; Gaibin sonradan ortaya çıkması durumunda Kurumun hak sahiplerine yapmış olduğu yardımları geri alabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Çenberci, s. 400; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 604.

ya da cinayet sonucu meydana gelmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır[1587].

5510 sayılı Kanunun 56. maddesine göre,

> *"Ölen sigortalının hak sahiplerinden; a) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıyı veya gelir ya da aylık bağlanmış olan sigortalıyı kasten öldürdüğü veya öldürmeye teşebbüs ettiği veya bu Kanun gereğince sürekli iş göremez hale veya malûl duruma getirdiği, b) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya hak sahibine karşı ağır bir suç işlediği veya bunlara karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarıldıkları, hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere gelir veya aylık ödenmez. Ödenmiş bulunan gelir ve aylıklar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır[1588]."*

Bu düzenleme gereğince, hak sahibi annenin çocuğunu kasten öldürmesi ya da öldürmeye teşebbüs etmesi ya da sürekli iş göremez hâle veya malul duruma getirmesi ya da çocuğu tarafından mirasçılıktan çıkarılması söz konusuysa, anneye gelir veya aylık bağlanmaz.

Kanaatimizce sigortalının hak sahibi anne tarafından evlat edinilmiş olması, annenin ölüm sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanmasına engel teşkil etmemelidir. Kanunun 34. maddesinin 2. fıkrasında, sigortalı tarafından evlat edinilmiş, tanınmış veya soybağı düzeltilmiş veya babalığı hükme bağlanmış çocukları ile sigortalının ölümünden sonra doğan çocuklarının da ölüm sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanabileceği düzenlenmiştir. Bu madde göz önünde bulundurularak, evlat edinilmiş olan sigortalının ölmüş olması durumda Kanunda aranan şartları sağlayan hak sahibi annenin de söz konusu edimlerden yararlandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

(ii) Sigortalı ile Kurum Arasında İlişki Kurulmuş Olması

Kanun koyucu sigortalının Kurum ile arasında kurulabilecek ilişkiye dair üç ayrı durum düzenlemiştir. Kanunun 32. maddesinin 2. fıkrasına göre, ölüm aylığına hak kazanmak için,

---

[1587] Ozanoğlu, Ölüm Sigortası, s. 8; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 531.

[1588] Bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz., Güzel, Okur ve Caniklioğlu, ss. 602-603; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 536; Hakan Keser, "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan Iskatın ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 19, 2008, s. 1042.

a) En az bin sekiz yüz gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç[1589] en az beş yıldan beri sigortalı bulunup, toplam dokuz yüz gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş[1590],

b) Kanunun 47. maddesinde yazılı sebeplerle kazaya uğramış, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta iken veya malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olup henüz işlemi tamamlanmamış,

c) Bağlanmış bulunan malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı, sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş olması gerekir.

Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının b bendine göre sigortalı sayılanların hak sahiplerine aylık bağlanabilmesi için, yukarıda belirtilen durumların dışında ölen sigortalının genel sağlık sigortası primi dâhil kendi sigortalılığından dolayı prim ve prime ilişkin her türlü borcunun olmaması veya ödenmesi şarttır (SSGSSK md. 32/3).

Kanun koyucu, Kanunun 36. maddesinin 4. fıkrası ile ölüm sigortasında sigortalının gerekli olan prim gün sayılarında eksiklik olması durumunda hak sahiplerine; borçlanma, yurt dışı hizmetlerinin birleştirilmesi ya da sonradan hizmet tespiti müesseselerinden birini kullanarak hak kazanılan sürelerin eklenmesini mümkün hâle getirmiştir.

[1589] Anayasa Mahkemesi, 22.10.2015, 2015/10 E., 2015/93 K., RG.: 07.11.2015, S.: 29525, Kararda, *"Askerlik hizmetini yerine getirme, tutukluluk veya gözaltı hâli ya da doğum gibi sebeplerle de olsa çalışma yaşamına ara vermiş bireyler ile çalışma yaşamına ara vermeksizin çalışmaya devam etmek suretiyle Kanunun aradığı koşulları yerine getiren bireyler, ölüm aylığına hak kazanma yönünden eşit kabul edilemeyeceklerinden, bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz."* denilmek suretiyle sosyal güvenlik hakkı kapsamında yer alan ölüm aylığının bağlanabilmesi için çalışılan sürelerin esas alınmasının, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir.

[1590] Yarg. 21 HD. 06.10.2015, 2014/23352 E., 2015/17868 K., (Yayınlanmamış Karar), *"5510 sayılı Yasa'nın "Ölüm sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları" başlıklı 32/2-a maddesinde, ölüm aylığının en az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş durumda iken ölen sigortalının hak sahiplerine, yazılı istekte bulunmaları halinde bağlanacağı bildirilmiştir. Somut olayda, davacının murisi Ebru Fındıkçı'nın her türlü borçlanma süreleri hariç 900 gün prim ödeme şartının gerçekleşmemiş olmasına rağmen davacının 01.07.2013 tarihinden itibaren ölüm aylığı bağlanmasına hak kazandığının tespitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."*

(2) Hak Sahibi Anne Açısından Aranan Şartlar

Çocuğun ölümü hâlinde, hak sahibi anneye ölüm aylığı bağlanabilmesi için aranan şartlar Kanunun 34. maddesinde altmış beş altı ve altmış beş yaş üstü anneler için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

(i) Altmış Beş Yaş Altı Hak Sahibi Anneler İçin Aranan Koşullar

5510 sayılı Kanunun 34. maddesinde yer alan düzenlemeye göre hak sahibi olan anne, sigortalı çocuğunun öldüğü ve hak sahibi olduğu tarihte altmış beş yaşından küçük ise, hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması hâlinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması durumunda anne ölüm sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanabilir (SSGSSK md. 34/1-d).

Kanun koyucu, annenin her türlü kazanç ve irattan elde ettiği gelirin asgari ücretin net tutarından az olmasını aramakta, fakat buna bir istisna getirmektedir. Annenin birden fazla çocuğu varsa, kanun koyucu bu çocukların sigortalılığı nedeniyle annenin gelir elde etmesini ölen çocuğundan dolayı ölüm sigortası edimlerinden yararlanmasına engel olarak görmemiştir. Ayrıca Kanunun 54. maddesinde, birden fazla çocuğundan aylığa hak kazanan anneye ödenecek olan aylığa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenleme sayesinde, annenin iki çocuğu varsa ve ölmüşse, anne bu iki çocuğunun ölümü nedeniyle ölüm sigortası edimlerinden yararlanabilecektir.

6552 sayılı Kanunla birlikte bu konuda değişiklik yapılmıştır. 6552 sayılı Kanunun 63. maddesiyle 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 59. maddenin 2. fıkrasına göre,

> *"Ölen sigortalının anne ve babasına gelir ve aylık bağlanmasında, 34 üncü maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartları aranmaz."*

(ii) Altmış Beş Yaş Üstü Hak Sahibi Anneler İçin Aranan Koşullar

Hak sahibi annenin altmış beş yaşından büyük olması durumunda kanun koyucu, hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse olup olmadığına bakılmaksızın Kanunda aranan diğer şartların gerçekleşmesi durumunda ölen sigortalının ölümü nedeniyle ölüm sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanabilecektir**.** Bu düzenleme, ileri yaşlarda olan ve evlatlarının ölümü sonucunda olanların desteğinden mahrum kalan ve muhtaçlık durumu bulunan annelerin sosyal güvenliğinin sağlanması bakımından oldukça önemli bir düzenlemedir[1591].

Kanunun 55. maddesine göre, gelir veya aylık bağlanan sigortalı ile hak sahibi kişilerin durumları, kendilerine veya başka hak sahiplerine bağlanmış bulunan gelir veya aylık tutarının düzeltilmesini gerektirir bir şekilde değişmesi hâlinde, gelir veya aylık tutarları, değişikliğin meydana geldiği tarihten sonraki ödeme dönemi başından başlanarak yeni duruma göre düzeltilir. Bu düzenleme nedeniyle, sigortalı çocuğunun öldüğü sırada altmış beş yaşından küçük olan diğer şartları sağlamasına rağmen, hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse olmaması nedeniyle ölüm sigortası edimlerinden yararlanamayan annenin altmış beş yaşından büyük olması durumunda hak sahibi annenin söz konusu edimlerden yararlanabilmesi gerekmektedir.

(3) Hak Sahibi Annenin Kuruma Başvurması

Sigortalının ölümü hâlinde, Kurum tarafından doğrudan hak sahiplerine herhangi bir ödeme yapılmamaktadır. Sigortalının Ölümünde Hak Sahibi Olan Ana ve Babaya Aylık Bağlanmasının Tespitine İlişkin Tebliğ'de[1592] yer alan düzenlemeye göre, hak sahibi annenin ölüm sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanabilmesi için Kuruma başvuruda bulunması gerekmektedir. Tebliğde hak sahibi annenin, talep dilekçesine her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından az olduğunu belirten imzalı taahhütname ve bir adet belgelik fotoğraf ekleyerek Kuruma başvurması gerektiği belirtilmiştir (md. 5/3). 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda hak sahibi anne ve babaya gelir ya da aylık bağlanması için her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari

[1591] Arıcı, Anneliğin Korunması, s. 280.
[1592] RG.: 09.10.2008, S.: 27019.

ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartları aranmayacağı için başvuru yaparken tebliğde belirtilen imzalı taahhütnameye gerek yoktur.

5510 sayılı Kanunun 97. maddesine göre ölen sigortalının hak sahibi annenin ölüm sigortasından kaynaklanan haklarını, hakkın doğumundan itibaren beş yıl içinde Kuruma başvuruda bulunarak talep etmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, hak zamanaşımına uğrayacaktır. Bu durumda hakkı zamanaşımına uğrayan anne, geçmişe dönük olarak bir talepte bulunamayacak, ancak ileriye doğru ölüm aylığının bağlanması için Kuruma başvuruda bulunabilecekdir[1593].

b. Ölüm Sigortası Kapsamında Hak Sahibi Anneye Sağlanan Edimler

Ölüm sigortası kapsamında hak sahibi anneye, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından parasal edimler sunulmaktadır. Ölüm aylığı, toptan ödeme ve cenaze ödeneği ölüm sigortası kapsamında sunulan parasal edimlerdir.

(1) Ölüm Aylığı

Anneye ve babaya ölüm aylığı bağlanabilmesi için, altmış beş yaşını geçmiş olma hâli hariç, ölen sigortalının eşine veya çocuklarına aylığın tamamının verilmemiş olması gerekir. Kanunda ölüm sigortası kapsamında anne ve babaya toplamda ölen sigortalının Kanunun 33. madde[1594] hükümlerine göre hesaplanacak

[1593] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 621; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 540.

[1594] SSGSSK md. 33 *"Sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan aylığın hesaplanmasında;*

a) Sigortalının almakta olduğu veya bağlanmasına hak kazandığı malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı,

b) Malûllük veya yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra sigortalı olarak çalışmaya başlaması sebebiyle aylığı kesilen sigortalının ölüm tarihi esas alınarak 27 nci veya 30 uncu maddelere göre tespit edilecek aylığı,

c) 32 nci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendi kapsamında malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olan sigortalının prim ödeme gün sayısı, 9000 günden az ise 9000 gün üzerinden, 9000 gün ve daha fazla ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden, 29 uncu madde hükümlerine göre hesaplanan aylığı,

esas alınır. (Ek cümle: 17/4/2008-5754/66 md.) Ancak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için 9000 prim gün sayısı 7200 gün olarak uygulanır.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalılar için ayrı ayrı olmak üzere; sigortalıların ölümleri halinde ölüm sigortasından dosya

aylığının % 25 verileceği belirtilmiştir (SSGSSK md. 34/1-d).

Kanunun 54. maddesinde, aylık ve gelirlerin birleştirilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu maddede yer alan düzenlemeye göre, birden fazla çocuğundan ölüm aylığına hak kazanan ana ve babaya en fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan yüksek olan aylığın tamamı, düşük olan aylığın yarısı ölüm aylığı olarak bağlanmaktadır (SSGSSK md. 54/1, a, 4).

(2) Toptan Ödeme

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a ve b bentlerine göre sigortalı olanlar ile ilk defa bu Kanuna göre 4. maddenin 1. fıkrasının c bendi kapsamında sigortalı iken ölen sigortalının hak sahiplerinden hiçbirine ölüm aylığı bağlanmazsa, sigortalının ödemiş olduğu malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerinin tamamı hak sahiplerine aylık bağlanma oranında toptan ödeme olarak dağıtılır (SSGSSK md. 36/1).

Hak sahiplerine paylaştırılacak miktar, ölüm tarihi esas alınmak kaydıyla 31. maddenin 1. fıkrasına göre hesaplanır. Bu şekilde belirlenen miktar, Kanunun 34. maddesi hükümleri dikkate alınarak hak sahiplerine toptan ödeme şeklinde verilir. Aylık bağlanabilecek hak sahibi varsa toptan ödeme yapılamaz. Ayrıca, hak sahiplerine yapılacak toptan ödemenin toplamı, sigortalıya yapılacak toptan ödeme tutarını geçemez. Bu sınırın aşılmaması için hak sahiplerinin hisselerinden orantılı olarak indirim yapılır (SSGSSK md. 36/2).

(3) Cenaze Ödeneği

5510 sayılı Kanunun 37. maddesinde, cenaze ödeneğine ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Hak sahibi olan annenin de cenaze ödeneğine hak kazanması mümkündür. Ancak bunun için sigortalının eşinin ya da çocuklarının

---

bazında her yıl bağlanan aylıkların aylık başlangıç tarihinin ait olduğu yılın Ocak ayı itibarıyla yıl içine ait artışlar uygulanmaksızın hesaplanacak tutarları, yaşlılık sigortasından bir önceki yılın son ödeme ayında söz konusu sigortalılar için ayrı ayrı ödenen en düşük yaşlılık aylığından az olamaz. Sigortalı başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumda malûl sayılarak aylık bağlanmasına hak kazanmış ise, birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinin uygulanmasında bu durum dikkate alınmaz." Hak sahiplerine bağlanan ölüm aylığının hesaplanmasına ilişkin daha geniş bilgi için bkz., Güzel, Okur ve Caniklioğlu, ss. 617-920.

hayatta olmaması gerekir. Sigortalının eşi varsa, bu ödenek öncelikle eşine, eşi yoksa çocuklarına, çocukları yok ise anne ve babaya ödenir. Bu ödeneğin miktarı, Sosyal Güvenlik Kurumu Yönetim Kurulunca önerilir ve ilgili Bakan tarafından onaylanan tarifeye göre belirlenir. Kanunda, anne ve babanın ikisinin de hayatta olması durumunda cenaze ödeneğin ne şekilde ödeneceğine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Böyle bir durumda ödenek yarı yarıya ödenmelidir. Anne ve babadan biri vefat etmişse, ödeneğin tamamı hayatta olana ödenmelidir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 65. maddesine göre, hak sahiplerine cenaze ödeneğinin ödenmesi için hak sahibinin bir dilekçe ile Kuruma başvurması gerekir. Sigortalının ölümü ve ölüm tarihi nüfus kütüğüne kaydedilmemişse, dilekçeyle birlikte sigortalının ölüm tarihini belirten ilgili makamlarca usulüne göre düzenlenen bir belgenin de Kuruma verilmesi gerekir.

4. Anne veya Babaları Ölen Kız Çocuklarına Ölüm Aylığı Bağlanması (Yetim Aylığı)

Annelere sağlanan sosyal güvenlik desteklerinden birisi de muhtaç olmaları durumunda anne ve babalarından yetim aylığı alma hakkıdır. Aslında bu hak, doğrudan annelere yönelik değildir. Hukukumuzda yaşın önemi olmaksızın kendisine aylık bağlanmamış olan kadınlar, hak sahibi olma şartı ile ölmüş anne ve babalarından yetim aylığı alma hakkına sahiptir[1595]. Kanundaki düzenlemeye göre, *"Yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlar"* bu haktan faydalanır (SSGSSK md. 34/a).

Kız çocuklarına özgü pozitif ayrımcılık niteliğinde olan bu düzenleme, her ne kadar zaman zaman suistimal edilmekteyse de Türk kültürüne ve sosyal yapısına uygun bir düzenlemedir. Düzenleme, annelerin sosyal güvenliğine ve özellikle de çocuklu ve dul kalmalarında önemli ölçüde destek sağlamaktadır. Bu düzenleme sayesinde, çocukları sigortalı olmayan ve kendisinin de aylığı olmayan anneler ölünceye kadar desteklenecektir[1596].

[1595] Arıcı, Annelerin Korunması, s. 279.
[1596] Arıcı, Annelerin Korunması, s. 279.

C. İşsizlik Sigortası

6663 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrasında doğum veya evlat edinme nedeniyle tanınan yarım çalışma izni hakkının kullanılmasını sağlamak için kullanılacak izin süresi boyunca işçinin belli bir gelir güvencesine kavuşturulması gerekmektedir. Aksi takdirde, işçi ister istemez çocuğun bakımı ve yetiştirilmesiyle ilgilenmek yerine, ücret kaybına uğramamak için çalışmak zorunda kalacaktır[1597]. Bu nedenle de doğum sonrası yarım çalışma izni ile bağlantılı olarak 6663 sayılı Kanunun 20. maddesiyle 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na ek bir madde eklenmiştir. İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesinde, *"Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği"* başlığı altında yarım çalışma ödeneğine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

1. Doğum veya Evlat Edinme Sonrasında Yarım Çalışma Ödeneği

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek. 5. maddesindeki düzenlemeye göre, *"İşçiye, 4857 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir (İSK ek md. 5/I[1598])."* Haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışacak işçiye gelir güvencesinin tanınması, fiilen bu haktan yararlanılmasını sağlamak bakımından son derece yerindedir[1599]. Ancak öğretide işsizlik riskine karşı oluşturulmuş İşsizlik Sigortası Fonu'nun [1600] bu konuda kaynak olarak kullanılmasının yerindeliği tartışmalı bulunmuştur[1601].

[1597] Centel, Analık Hali, s. 13; Değer Ermumcu, s. 2015.

[1598] Caniklioğlu'na göre, sosyal sigorta kanunlarında hak sujesi *"işçi"* değil, sigortalı olduğundan, ek madde 5 hükmünde işçiden söz edilmesi terminolojik olarak isabetli bir düzenleme değildir. Ancak, bu terim isabetsizliği kapsama giren kişiler açısından bir farklılık da yaratmamaktadır. Bkz., Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 145.

[1599] Centel, Analık Hali, s. 13.

[1600] İşsizlik Sigortası Fonu: İşsizlik sigortası primleri ile bu primlerin değerlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratların, Devlet tarafından yapılacak katkı ve yardımların, ayrıca bu Kanun gereğince işçi ve işverenlerden alınacak ceza, gecikme zammı ve faizler ile diğer her türlü gelir ve kazançların toplandığı ve Devlet güvencesinde olan Fondur (İSK md. 47).

[1601] Centel, Analık Hali, s. 13; İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörülen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır. İşsizlik Sigortası Fonu, 4447 sayılı Kanunla kurulmuş, işçi ücretlerinden her ay kesilen yüzde 1, işverenin yaptığı yüzde 2'lik katkı ve Devletin yüzde 1'lik katkısından oluşan ve işçilerin kendi iradeleri dışında işlerini kaybetmeleri durumunda, yeni iş bulana kadar geçecek süre içinde kendilerinin ve ailelerinin geçimini sağlamak için yapılacak ödemelerin özel bir usulüdür. Tüm bu

Bu ödenek sayesinde doğum yapan kadın işçi ya da üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın ve/veya erkek işçi, analık izninin bitiminden sonra çocuğun bakımı için altı aylık ücretsiz izin hakkı dışında ilk doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, üçüncü doğumda ise yüz seksen gün haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışacak ve çalışmadığı geri kalan süre için yarım çalışma ödeneği talep edebilecektir.

Türkiye İş Kurumu verilerine göre, Nisan 2016 yılından 2019 Ocak ayı sonuna kadar 19 bin 482 kişiye yarım çalışma ödeneği ödenmiştir. Bu sürede Kurum tarafından hak sahiplerine toplam yaklaşık 40 milyon lira ödenmiştir[1602]. Ödenekten yararlanan kişi sayısının düşüklüğü, iki nedene bağlı olabilir. Birincisi uygulama hakkında işçilerin ve işverenlerin yeterli bilgiye sahip olmaması, ikincisi ise uygulamanın doğum yapan kadın işçi tarafından tercih edilmemesi olabilir[1603].

2. Yarım Çalışma Ödeneğinden Yararlanma Şartları

4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesinin 1. fıkrasında, yarım çalışma izni kullanan işçinin yarım çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için gerekli koşullar belirtilmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre,

> *"...Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir."*

---

nedenlerle, işsizlik riskine karşı oluşturulan bu fonun işsiz kalmayan ancak analık izni sonrası haftalık yarım çalışma hakkından yararlanan işçiye sağlanan yarım çalışma ödeneği için kullanılması tartışılabilecek bir hususdur. Bkz., Değer Ermumcu, ss. 2017-2018.

[1602] http://www.gunes.com/ekonomi/calisan-annelere-iskurdan-destek-957131, (ET. 03.03.2019); Türkiye İş Kurumu 2016, 2017, 2018 yılı faaliyet raporları, https://media.iskur.gov.tr, (ET. 10.08.2018). Faaliyet raporuna göre, 2016 yılı 4469 kişi, 2017 yılında 7849 kişi, 2018 yılında 7734 kişi yarım çalışma ödeneği almak için başvurada bulunmuştur. 2016 yılında 4135 kişi, 2017 yılında 7433 kişi, 2018 yılında 7202 kişi ödeneğe hak kazanmıştır.

[1603] Oğuz Karadeniz,ve Hakan Yılmaz, İş Dünyasında Kadın, Cilt 3, TÜRKONFED, İstanbul 2018, s. 49.

Aşağıda bu şartlar ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

a. Talepte Bulunan İşçinin Tam Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışması

Yarım çalışma izninin kullanılması konusunda da belirttiğimiz üzere, 4857 sayılı Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasında ve 4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışmaya ilişkin düzenlemeler yeterince açık değildir[1604].

Öğretide bizim de isabetli bulduğumuz görüşe göre, İş Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrası gereğince; doğum yapan kadın işçinin, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla yarım çalışma izni kullanabilmesi için tam süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekir. Zira 4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesine göre, ödeneğin süresi İş Kanunu'nun 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Bu nedenle de doğum veya evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için getirildiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ödenekten yararlanacak işçilerin iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi olması önemli değildir. Ancak yarım çalışma izni kullanan ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesi izni kullanırken sona ererse, iş sözleşmesi sonra erdiği için izin ve buna bağlı olarak da yarım çalışma ödeneği sona erecektir[1605]. Katıldığımız görüşe göre, kısmi süreli çalışanlar yarım çalışma izni kullanamayacakları için yarım çalışma ödeneğinden de yararlanamayacaklardır[1606].

b. İşçi Adına İşsizlik Sigortası Primi Bildirimi Yapılmış Olması

Yarım çalışma ödeneği, yarım çalışma izni kullanan her işçiye verilmemektedir. Ödenek sadece İşsizlik Sigortası Kanunu'nda belirtilen şartları gerçekleştiren işçilere verilmektedir. Öğretide, bu durumun nedeni olarak İşsizlik Sigortası Fonu'nun erimesinin önüne geçilmek istenmesi gösterilmektedir[1607]. 4447

[1604] Bkz., Birinci Bölüm, III, C, 6.
[1605] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 28.
[1606] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 28.
[1607] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 215.

sayılı Kanunun ek 5. maddesine göre, *"...Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması..."* gerekmektedir. Bu koşul, aynı zamanda işsizlik sigortasından işsizlik ödeneği alınabilmesi için gereklidir (İSK md. 50/2).

İş Kanunu'nunda, yarım çalışma izni kullanılanabilmesi için işçinin belirli bir süre sigortalı olması, işsizlik sigortası primi ödemiş olması ve işçinin işyerinde belirli bir kıdeme sahip olması gibi şartlar aranmamaktadır. Fakat kanun koyucu tarafından yarım çalışma ödeneğinin ödenmesi için işçi adına belirli süre işsizlik sigortası primi ödemiş olması şartı aranmıştır. Örneğin, ilk kez çalışmaya başlayan ve yeni sigortalı olan bir işçi, doğum izni kullandıktan sonra isterse yarım çalışma izni kullanabilecektir. Ancak işçi adına son üç yılda altı yüz gün işsizlik sigortası primi bildirilmezse, işçi yarım çalışma izni kullansa bile yarım çalışma ödeneğine hak kazanamayacaktır. İşçi adına altı yüz gün prim işsizlik sigortası bildirilmiş olması koşulu, işçilerin haktan yararlanmalarını güçleştirmektedir[1608].

Öğretide *Caniklioğlu*, yarım çalışma ödeneğinden yararlanılabilmesi için bildirilmesi gereken işsizlik sigortası prim gün sayısının altı yüz gün gibi uzun bir süre olmasının isabetli olup olmadığının tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir[1609]. Kanun koyucu, İşsizlik Sigortası Fonu'nun gelir gider dengesini gözeterek ödeneğe hak kazanmayı bazı koşullara tabi tutmuştur. Konuya ilişkin olarak doktrinde ek 5. maddede yer alan prim ödeme gün sayısının daha az belirlenmesi, doğum ya da evlat edinme tarihinden önceki bir yıl içinde yüz yirmi gün ya da son üç yıl içinde üç yüz altmış gün prim ödenmiş olmasının öngörülmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir[1610]. Kanaatimizce, mevcut düzenlemeler karşısında yarım çalışma izni kullanan her işçinin yarım çalışma ödeneğine hak kazanması mümkün olmadığı için yarım çalışma ödeneğine hak kazanmak için gerekli şartları sağlayamayan işçiler, yarım çalışma izni kullanmayı pek fazla tercih etmeyeceklerdir. İşçilerin yarım çalışma izninden yararlanabilmeleri için yarım çalışma ödeneğine ve iznine hak kazanmaya ilişkin şartların benzer nitelikte olması gerekir. Zira bu iki hak birbirine bağlı niteliktedir.

[1608] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 147.
[1609] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 146.
[1610] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, s. 147.

c. İşçinin Geçici İş Göremezlik Ödeneği Almaması

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen geçici iş göremezlik ödeneği çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de belirttiğimiz üzere iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık nedeniyle geçici bir süre iş göremezliğe uğrayan sigortalıya belirli bir süre ve belirli koşullarda verilen bir ödenektir (SSGSSK md. 18/1 c – d)[1611].

4447 sayılı Kanun'un ek 5. maddesinde geçici iş göremezlik ödeneği almaya hak kazananların, ödeneği almaya devam ettikleri süre boyunca doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği alma haklarının olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce, analık sigortası kapsamında ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ile yarım çalışma ödeneğinin çakışması pek mümkün değildir. Zira işçinin yarım çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için yarım çalışma izni kullanması gerekir. Kural olarak da işçi, en erken analık izni süresinin bitiminden itibaren yarım çalışma izni kullanabilecektir. Analık izninde olan işçi, analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği aldığı ve yarım çalışma izni kullanamayacağı için yarım çalışma ödeneğine de hak kazanamayacaktır.

Hastalık ve iş kazası nedeniyle ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ile yarım çalışma ödeneğinin çakışması söz konusu olabilir. Ancak İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesi gereğince, böyle bir durumda yarım çalışma ödeneğinin ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Kanun koyucu, aynı anda iki ödeneğin ödenmesini engellemiştir. Zira sigortalının zaten geçici iş göremezlik ödeneği alırken çalışmaması gerekmektedir. Çalışması kanunen mümkün olmayan işçi, yarım çalışma izni kullanamaz ve yarım çalışma ödeneğine hak kazanamaz.

d. Haftalık Çalışma Süresinin Yarısı Kadar Fiilen Çalışmış Olmak

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesinde düzenlenen yarım çalışma ödeneğine hak kazanılabilmesi için aranan bir diğer şart, işçinin 4857 sayılı Kanunu'nun 63. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı

[1611] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz., Üçüncü Bölüm, II, A, 1, c, (2), (i); Üçüncü Bölüm, II, A, 3, d, (2).

kadar fiilen çalışmasıdır[1612].

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesinde, İş Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yarım çalışma iznine ilişkin düzenlemeden farklı olarak işçinin haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışması aranmıştır. İşsizlik Sigortası Kanunu'nda yer alan *"fiilen"* ifadesi, yarım çalışma ödeneğine hak kazanmanın temelini oluşturan İş Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yarım çalışma iznine ilişkin hükümde yer almamaktadır. Bu husus da beraberinde sorunlar getirmektedir. Zira İş Kanunu'nun 66. maddesinde[1613] çalışılmış gibi sayılan günlere yer verilmiştir. Bu sürelerde fiilen çalışılmadığı için işçinin yarım çalışma ödeneğine hak kazanıp kazanamayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanunda yer alan *"fiilen"* ifadesi nedeniyle, İş Kanunu'nda günlük çalışma süresinden sayılan hallerde (İş K. md. 66) fiilen çalışma olmadığı için haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışma koşulunun tamamlanmadığı kanaatine varılıp, sigortalının yarım çalışma ödeneğine hak kazanamayacağı şeklinde yorum yapılabilir. Söz konusu düzenleme yapılırken öğretide de belirtildiği üzere, uygulamada yaşanacak tereddüt, tartışma ve uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından, diğer mevzuat hükümlerinin birlikte ele alınarak daha açık ve anlaşılır hükümlerin getirilmesi daha uygun olacaktır[1614].

[1612] Haftalık çalışma süresinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalar için bkz., Öktem Songu, s. Çalışma Süresi, ss. 132-137; Muhittin Astarlı, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, ss. 111-121.

[1613] İş K. md. 66 *"Aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır:*
a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.
b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.
c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.
d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.
e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.
f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.
İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz. "

[1614] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 216.

4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesinin 2. fıkrasına göre,

> *"Birinci fıkra kapsamındaki sigortalılar için, 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden aynı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (f) bentleri uyarınca toplam %32,5 oranında sigorta primleri işçi ve işveren payları doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenen gün sayısı kadar Fondan Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir. 5510 sayılı Kanun kapsamında, Kurum prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte işyeri ve işveren sayılmaz ve bu kişiler için işe giriş ve çıkış bildirimi yapılmaz."*

Bu düzenleme karşısında işçinin sağlık raporu alması gibi nedenlerle haftalık çalışma süresinin yarısında hiç çalışmaması ya da bir kısmında çalışması hâlinde, yarım çalışma ödeneği ve sigorta primlerinin ödenmesi bakımından sorunlarla karşılaşılabilecektir[1615]. Açıklamış olduğumuz nedenlerden dolayı hükmün yeniden gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

e. Kuruma Başvuruda Bulunmak

4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde düzenlenen yarım çalışma ödeneğine hak kazanılabilmesi için işçinin analık izninin bitiminden itibaren otuz gün içinde Kuruma başvuruda bulunması gerekir. Ayrıca işçinin başvuruda bulunurken doğum veya evlat edinme sonrası kullandığı yarım çalışma izni belgesini[1616] de Kuruma iletmesi gerekmektedir. Madde metninde geçen kurum ifadesinden anlaşılması gereken Türkiye İş Kurumu'dur (İŞKUR). Kanunda belirtilen sürede yapılması gereken başvuruda mücbir sebep dışında gecikme olması durumunda yarım çalışma ödeneğinden yararlanma hakkı tamamen kaybedilmemektedir. Bu durum, sadece ödenekten yararlanma süresinin azalmasına sebep olmaktadır. Yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden mücbir sebep dışında başvuruda gecikilen süre düşülerek işçiye ödeme yapılır[1617].

İŞKUR tarafından *"Yarım Çalışma Ödeneği Talep Dilekçesi"* adı altında matbu bir form hazırlanmıştır[1618]. Başvuruda bulunacak kişi, bu forma kendisinin ve çocuğunun kimlik fotokopisini ve doğum sonrası almış olduğu raporun fotokopisini

[1615] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 216.
[1616] Bkz. ek 1.
[1617] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s. 33; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 456.
[1618] Bkz., ek 2.

eklemelidir. Ayrıca işçi, Kurum tarafından kendisine verilen *"Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma Belgesi"*ni doldurmalı ve bu belgeyi kendisinin, işveren ya da işveren vekilinin imzalanması gerekmektedir. Bu belge iki nüsha olarak doldurulur ve bir nüshası işyerine diğer nüsha ise yarım çalışma ödeneği talebinde bulunurken İŞKUR'a verilir. Öğretide, matbu formda yer alan hususların yönetmelikte düzenlemesi ve formlarında yönetmeliğin ekinde yer alması gerektiği belirtilmiştir[1619].

3. Yarım Çalışma Ödeneğinin Ödenme Zamanı ve Miktarı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Kanunun 74. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmü uyarınca, analık izninin sona ermesinden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla çocuğu hayatta olan kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Kanunda belirtilen yarım çalışma izni sürelerinin bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile arttırılması mümkündür[1620]. Ancak Kanunda belirtilen süre boyunca yarım çalışma izni kullanan işçiye ödenen yarım çalışma ödeneği, arttırılmış olan izin süre için ödenmez. Yarım çalışma ödeneği, Kanunda belirtilen süre ile sınırlıdır[1621].

4447 sayılı Kanuna eklenen ek 5. maddeye göre, *"Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde İşsizlik Sigortası Fonundan aylık olarak ödenir. Yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz."* Yarım çalışma ödeneğinin çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde ödenmesinin nedeni, işçinin ilgili ayda haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışıp çalışmadığının kontrolünün sağlanmasıdır. Bu sayede İŞKUR, yarım çalışma ödeneğini ödemeden önce çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinden kontrolünü yapmış olacaktır. Ayrıca işçi, normal çalışma

[1619] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 217.
[1620] Birinci Bölüm, III, C, 5, Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma s. 39.
[1621] Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma s. 39.

süresine dönerek çalışmaya başlamışsa, bu durum daha önceden öğrenilmiş olunacağından yersiz ödeme yapılmasının da önüne geçilmiş olunacaktır[1622].

Doğum ve evlat edinme nedeniyle ödenecek olan yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır (İSK ek md. 5/I). Bu oran evli, eşi çalışan ve üç çocuklu işçi için tespit edilen günlük asgari net ücret tutarına denk gelmektedir.

Yarım çalışma izni kullanıp yarım çalışma ödeneğine ilişkin şartları gerçekleştirmediği için ödeneğe hak kazanamayan işçiye izni kullandığı sırada maktu ücreti işveren tarafından ödenmeye devam edilmelidir. Maktu aylıklı ücretli işçiye yarım çalışma izni kullandığı sırada yarım çalışma ödeneğine ilişkin şartları sağlamış olması durumunda hem ödeneğin hem de maktu ücretin ödenmesinin gerekip gerekmediği tıpkı analık izni esnasında geçici iş göremezlik ödeneği alan maktu ücretle çalışan işçiye ücretinin tamamının ödenip ödenmeyeceği konusunda olduğu gibi tartışmaya açıktır[1623]. Yarım çalışma ödeneğinin amacı, yarım çalışma izni kullanan işçinin hak kayıplarının kısmen önüne geçmektir. Oysaki, maktu ücretle çalışan işçi yarım çalışma izni kullandığı esnada herhangi bir gelir kaybına uğramamaktadır. Bu nedenle de maktu ücretle çalışan işçiye yarım çalışma ödenmesi gerekmediği söylenebilir. Ancak Kanunda işçilerin ücret türüne göre bir ayrım yapılmamıştır. Ayrca madde gerekçesinde yarım çalışma ödeneğinin işveren tarafından işçiye ödenen ücrete ilave olarak, işçinin ücretine bakılmaksızın ödeneceği belirtilmiştir[1624]. Kanaatimizce, yarım çalışma ödeneğine hak kazanan maktu ücretli işçiye, Kurum tarafından ödenek ödenmeli ve maktu ücretinden yarım çalışma ödeneği miktarı düşüldükten sonra kalan kısım işveren tarafından ödenmelidir.

Yarım çalışma ödeneğine ilişkin düzenleme 10.02.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunda, yarım çalışma ödeneğine başvuru için doğumun, düzenlemenin yürürlük tarihinden sonra gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda doğum borçlanmasında olduğu gibi ilgili maddenin yürürlüğe girmesinden önceki doğumlar için de ödenek hakkından yararlanmaya imkân tanınmalıdır[1625].

[1622] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 217.
[1623] Bkz., İkinci Bölüm, V, A.
[1624] Gerekçe, Madde 17, 1-0517, s. 14.
[1625] Caniklioğlu, Yarım Çalışma Ödeneği, ss. 147-148.

4. Yarım Çalışma Ödeneğinin Sona Ermesi

Kural olarak, işçinin yarım çalışma izninin sona ermesi ve normal çalışma süresinde çalışmaya başlaması hâlinde yarım çalışma ödeneği ödenmesine son verilecektir. Yarım çalışma ödeneği alırken, çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin ödeneği işten ayrıldığı tarihten itibaren kesilecektir[1626]. Ayrıca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışan ve yarım çalışma ödeneğinden yararlanan işçi, bu süre esnasında başka bir işte çalışmaya başlarsa, çalıştığı süre boyunca ödenekten yararlanamaz. Zira aksinin kabulü, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz[1627] ve ayrıca Kanundaki düzenlemeyi kötüye kullanan işçi ödüllendirilmiş olur. Böyle bir durumda, işçiye yersiz olarak verilmiş olan ödenek varsa onlar da işçiden faiziyle birlikte geri alınabilecektir[1628].

Çocuğun hayatını kaybetmesi ve/veya evlatlık hâlinin ortadan kalkması ya da işçinin ölmesi gibi durumlarda, olayın meydana geldiği tarih itibariyle ödeneğin ödenmesine sona verilecektir[1629]. Zira artık bakımı ve yetiştirilmesi gereken bir çocuk ya da yarım çalışma iznini kullanabilecek olan bir işçi bulunmamaktadır. İşçinin ölmesi durumunda, ölümün gerçekleştiği andan itibaren ödenek ödenmez. Ancak ödenek çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde ödeneceği için işçinin hak kazandığı son ücretinin ne olacağı akla soru olarak gelmektedir. Örneğin, yarım çalışma izni kullanan işçi Ocak ayı içinde öldü ise, Kanundaki düzenleme nedeniyle Ocak ayının ödeneği Mart ayında ödendiği için ölen işçinin öldüğü tarihe kadar hak kazandığı yarım çalışma ödeneğini durumu ne olacaktır sorusunun cevaplanması gerekir. Kanaatimizce, böyle bir durumda ödeneğin yasal mirasçılara ödenmesi gerekir.

[1626] Değer Ermumcu, s. 2020.
[1627] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 218; Değer Ermumcu, s. 2020.
[1628] Ayrıca bkz., Ocak, Ücretsiz İzin, ss. 218-219.
[1629] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 218; Değer Ermumcu, s. 2020.

5. Yarım Çalışma İzni Kullanan İşçinin Bazı Sigorta Kollarına Ait Primlerinin Ödenmesi

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 5. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince, doğum veya evlat edinme nedeniyle yarım çalışma izni kullanan işçi, yarım çalışma ödeneğine hak kazanırsa çalışmadığı sürelere ilişkin olarak bazı sigorta kollarına ilişkin primler İşsizlik Sigortası Fonu'ndan ödenecektir. Kanundaki düzenlemeye göre,

> *"...Birinci fıkra kapsamındaki sigortalılar için, 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden aynı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (f) bentleri uyarınca toplam %32,5 oranında sigorta primleri işçi ve işveren payları doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenen gün sayısı kadar Fondan Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir (İSK ek md. 5/2)."*

Ek 5. maddede 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 81. maddesinin a ve f bentlerindeki düzenlemelere atıf yapılmıştır. İlgili maddenin a bendinde *"Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, sigortalının prime esas kazancının % 20'sidir. Bunun % 9'u sigortalı hissesi, % 11'i işveren hissesidir."* denilmektedir. Maddedenin f bendine göre, *"Genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için 82 nci maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın % 12,5'idir. Bu primin % 5'i sigortalı, % 7,5'i ise işveren hissesidir...."* Bu düzenlemeler nedeniyle yarım çalışma ödeneğine hak kazanan işçinin uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına ait primleri İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'nca ödenecektir. 2013/11 sayılı sayılı Sigortalılık İşlemleri Hakkındaki Genelgede[1630] 2016 yılında yapılan değişikliğe göre[1631], yarım çalışma ödeneği ödenen süreler Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddenin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalılık süresi sayılacaktır. İşçi ve işveren tarafından ödenmesi gereken tüm primler, Fon tarafından karşılanacaktır. İşçinin kısa vadeli sigorta kollarına ait primlerinin İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanmasına ilişkin Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı için bu sigorta kollarına ait primler Fondan

[1630] 22.03.2013, S. 32995964/230.
[1631] 2016/20 sayılı 2013/11 sayılı Genelgede Değişiklik Yapan Genelge, 01.09.2016, S. 84228040/642.

karşılanmayacaktır. Ayrıca işçi, yarım çalışma izni kullandığı dönemde çalışmadığı ve ücrete hak kazanmadığı için işverenin de kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin prim ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır[1632].

D. Genel Sağlık Sigortası

1. Genel Olarak

5510 sayılı Kanunda, 506 sayılı Kanundan farklı olarak kısa vadeli sigorta kolları kapsamında sağlık yardımı öngörülmemiş, sağlık hizmetleri genel sağlık sigortası kapsamında düzenlenmiştir. Kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları hâlinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigorta genel sağlık sigortasıdır (SSGSSK md. 3/1-8). İş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucunda tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanması, iş göremezlik hâllerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması genel sağlık sigortası kapsamında sunulan sağlık hizmetlerinin amaçlarındandır (SSGSSK md. 63/1).

Sigortalının, genel sağlık sigortası kapsamında yönelik sağlık hizmetlerinden faydalanabilmesi için kendisinin ve işvereninin prim ödenmesi gerekir. 5510 sayılı Kanunun 81. maddesinin 1. fıkrasının f bendine göre, genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için Kanunun 82. maddenin 1. fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın % 12,5'idir. Bu primin % 5'i sigortalı, % 7,5'i ise işveren hissesidir. Kanunun 87. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olanların genel sağlık sigortası primi, işveren tarafından işçinin ücretinden kesilerek kendi payına düşen tutar ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenir.

Kısmi süreli çalışan sigortalıların genel sağlık sigortasına ilişkin düzenleme Sosyal Sigortalar Yönetmelik'inde yapılmıştır. Yönetmeliğin 101. maddesinin 3. fıkrasına göre,

> *" İş sözleşmesi saat ücreti karşılığı yapılmış ise kısmi süreli çalışan sigortalıların ay içinde çalıştığı toplam sürenin, 4857 sayılı İş Kanununa göre*

[1632] Ocak, Ücretsiz İzin, s. 220.

günlük olağan çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesiyle, sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanır. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanır."

Bu düzenleme nedeniyle, işveren sadece kısmi olarak işyerinde çalışılan sürelerin primini ödemekle yükümlüdür. İşçi, isterse kalan sürelerin primini ödeyebilir. Bu hüküm, doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen kadın ve erkek işçiler için de geçerlidir.

2. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında İş Kazası İçin Öngörülen Sağlık Edimleri

İş kazasına uğrayan kadın sigortalı, genel sağlık sigortası kapsamında sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanır. Bu hizmetler ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince saplık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbi bakım ve tedaviler olarak belirtilebilir. Bu sağlık hizmetleri iş kazasına uğrayan kadın sigortalının iyileşmesine kadar sürer.

3. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Analık Hâli İçin Öngörülen Sağlık Edimleri

Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'sinin (CEDAW) 12. maddesinde, sağlık hakkı düzenlenmiştir. Maddede yer alan düzenlemeye göre, taraf devletler, gebelik dönemi, doğum dönemi ve doğum sonrası dönem ile ilgili olarak kadınlara, gerektiği takdirde ücretsiz olarak, gerekli hizmetleri sağlar; bunun yanında gebelik ve emzirme döneminde yeterli hizmet verir.

Türk hukukunda kadın sigortalının, doğum nedeniyle tıbben gerekli olan bütün sağlık yardımlarının finansmanı genel sağlık sigortasından karşılanmaktadır[1633]. Genel sağlık sigortası kapsamında analık hâlinde yapılan yardımlar, analık hâlinin niteliğine göre özel durumların gerektirdiği hizmetler göz önüne alınarak düzenlenmiştir.

Genel sağlık yardımı, dar anlamda doğum olayına ilişkin olarak yapılan tüm sağlık yardımlarını kapsar. 5510 sayılı Kanunun 63. maddesinin c bendinde, analık hâlinde yapılacak yardımların kapsamı düzenlenmiştir. Maddeye göre, analık sebebiyle ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, doğum, laboratuar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbi müdahale ve tedaviler, hasta takibi, rahim tahliyesi[1634], tıbbi sterilizasyon[1635] ve acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbi bakım ve tedaviler genel sağlık sigortası kapsamında karşılanmaktadır.

Alman hukukunda, analık hâlinde hastalık sigortası kapsamında istenecek talepler Sosyal Kanun'un 5. kitabına tabidir. Sosyal Kanun'un 5. kitabında gebelik ve annelik yardımlarına yer verilmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre, gebelik ve analık hâlinde kadın işçiye, tıbbi bakım ve ebe yardımı, ilaç, sargı ve sağlık malzemesi temini, doğum, evde bakım, ev işlerinde yardım ve analık parası yardımları sağlanır (SGB 5 § 24c)[1636].

Sigortalının, genel sağlık sigortası kapsamında yönelik sağlık hizmetlerinden faydalanabilmesi için kendisinin ve işvereninin prim ödenmesi gerekir. 5510 sayılı Kanunun 81. maddesinin 1. fıkrasının f bendine göre, genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için Kanunun 82. maddenin 1. fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın % 12,5'idir. Bu primin % 5'i

[1633] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 425; Korkusuz ve Uğur, s. 377.
[1634] Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (Rahim Tahliyesi Tüzüğü) md. 2/b, *"Rahim tahliyesi değimi gebeliğin sonlandırılmasını ifade eder."*
[1635] Rahim Tahliyesi Tüzüğü, md. 2/c, *"Sterilizasyon deyimi, kadınlarda tüp ligasyonunu, erkeklerde vazektomiyi ifade eder."* Tüp ligasyonu, kadınlarda tüpün bağlanması; vazektomi, erkeklerde tohum kanallarının bağlanması demektir.
[1636] Bu yardımların kapsamları hakkında bkz., Erlenkämper ve Fichte, ss. 352-353; Marburger, Mutterschutzgesetz, ss. 104-119.

sigortalı, % 7,5'i ise işveren hissesidir. Kanunun 87. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre, Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olanların genel sağlık sigortası primi, işveren tarafından işçinin ücretinden kesilerek kendi payına düşen tutar ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenir.

Kısmi süreli çalışan sigortalıların genel sağlık sigortasına ilişkin düzenleme Sosyal Sigortalar Yönetmelik'inde yapılmıştır. Yönetmeliğin 101. maddesinin 3. fıkrasına göre,

> *" İş sözleşmesi saat ücreti karşılığı yapılmış ise kısmi süreli çalışan sigortalıların ay içinde çalıştığı toplam sürenin, 4857 sayılı İş Kanununa göre günlük olağan çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesiyle, sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanır. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanır."*

Bu düzenleme nedeniyle, işveren sadece kısmi olarak işyerinde çalışılan sürelerin primini ödemekle yükümlüdür. İşçi, isterse kalan sürelerin primini ödeyebilir. Bu hüküm, doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen kadın ve erkek işçiler için de geçerlidir.

Genel sağlık sigortası kapsamında analık hâline yönelik sağlık hizmetlerinden faydalanabilmek için sigortalının zorunlu olarak ödemesi gereken son bir yıl içinde toplam otuz gün olan sağlık sigortası prim ödeme gün sayısı şartı, analık sebebiyle yapılacak muayene, tıbbi müdahale ve tedavilerde uygulanmaz (SSGSSK md. 67). Bu düzenleme sayesinde, analık hâli nedeniyle sağlık yardımından yararlanacak olan kişilerin genel sağlık sigortasına ilişkin primleri ödenmemiş olsa bile, gerekli sağlık yardımları yapılır. Doğum yapan kadının vaktinden önce ya da vaktinde doğmakla birlikte çocuğunun ölü doğması durumunda da sigortalı kadına veya sigortalının erkeğin eşine yapılması gereken sağlık hizmetleri genel sağlık sigortası kapsamında yapılır.

4. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Yardımcı Üreme Tekniklerine Ait Masrafların Karşılanması

a. Genel Olarak

Genel sağlık sigortası kapsamında analık hâline ilişkin sağlık yardımları dışında, gebe olabilmek amacıyla gerekli tıbbi yardım ve hizmetler de karşılanmaktadır. Bu sayede, doğal yollarla anne olamayan kadınlara yardımcı üreme teknikleri[1637] ile anne olmaları noktasında önemli bir destek sağlanmıştır (SSGSSK md. 63/1-e). Kanunda doğal yollarla çocuk sahibi olamayan kişilere, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda yardımcı üreme teknikleri ile çocuk sahibi olabilmeleri amacıyla yapılan tedavi masrafları, genel sağlık sigortası kapsamında sayılacağı belirtilmiştir.

Arıcı'ya göre, ülkemizde kadınların sosyal güvenliği açısından, söz konusu düzenleme son derece önemlidir. Ülkemizde evli kadınlar, çocuk sahibi olamamaları durumunda evliliklerinin sona erdirilmesi, kanunen mümkün olmasa da evli iken eşlerinin imam nikâhı ile başka bir kadından çocuk sahibi olması gibi son derece ciddi sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu gibi durumlar, evli olan fakat anne olamamış olan kadının sosyal güvenliğini de etkilemektedir. Kanundaki bu düzenleme ile birlikte, anne olmak isteyen kadınlara önemli bir sosyal güvenlik desteği sağlanmış oldu. Bu hüküm sadece kadınların sosyal güvenliği bakımından değil, aynı zamanda aile birliğinin korunması açısından da oldukça önemlidir[1638].

Kanunda, üç durumda yardımcı üreme yöntemlerinden yararlanma hâlinde masrafların genel sağlık sigortasından karşılanacağı belirtilmiştir. Genel olarak, çocuk sahibi olamayan çiftler, kalıtsal bir hastalığı olan veya bu hastalık için taşıyıcı olduğu bilinen evli çiftler ve tedavi amaçlı çocuk sahibi olmak isteyen çiftler söz konusu haktan yararlanabilir. Her bir durum bakımından, haktan yararlanmak için aranan şartlar farklılık göstermektedir.

[1637] Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliği'nin md. 4/1-ğ hükmüne göre, *"Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları,ifade eder."*

[1638] Arıcı, Annelerin Korunması, s. 277.

506 sayılı Kanunda, bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna rağmen; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 506 sayılı Kanun döneminde gerçekleştirilen zorunlu tüp bebek uygulamasına ilişkin olarak yapılan giderlerin, insan sağlığının kutsallığı ilkesi çerçevesinde ve 5510 sayılı Kanun hükümlerini de göz önünde tutarak, dava eski Kanun döneminde açılmış olsa bile yapılan tedavi masrafların Kurum tarafından ödenmesine karar vermiştir. Karara konu olayda, davacı MDS hastası olan oğlunun hastalığının lösemiye dönüşmemesi için son çare olarak uygun kök hücre vericisi kardeşi olması için tüp bebek tedavisine başlamış ve bu amaçla yaptığı giderlerin Kurumca karşılanmasını talep etmiştir. Yargıtay tarafından, *"...5510 sayılı Kanun hükümleri ile, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanunda aksine hüküm bulunmaması ve insan sağlığının kutsallığı dikkate..."* alınarak davacının tüp bebek denemesi için yaptığı giderlerin Kurum tarafından karşılanması gerektiğine karar verilmiştir[1639].

b. Şartları

5510 sayılı Kanunun 63. maddesinde, 15.11.2018 tarihli 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun[1640] 29. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce yürürlükte olan hükmün lafzından, yalnızca kadının infertilisinde (kısırlığında) yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin tedaviden yararlanılabilinmekteydi, erkeğin infertilisinin olduğu durumlarda ise bu haktan yararlanılmamaktaydı[1641]. Yapılan değişiklik sonucunda evli olmakla birlikte, çocuk sahibi olamayan genel sağlık sigortalı kadın ise kendisi, erkek ise eşinin bu haktan yararlanabilmesi mümkün hale gelmiştir (SSGSSK md. 63/1-e).

- Yapılan tıbbi tedaviler sonrasında normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olunmadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olunabilineceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi,

[1639] Yarg. 10. HD. 27.10.2009, 2009/5150 E., 2009/16257 K., Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 7; Sayı: 26, 2010, ss. 822-824.
[1640] RG.: 05.12.2018, S.: 30616.
[1641] Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu Teklifi madde gerekçesi md. 32, https://www2.tbmm.gov.tr, (ET. 10.01.2019).

- Kadının yirmi üç yaşından büyük, kırk yaşından küçük olması,
- Kadının primer ovaryan yetmezliği ve erkeğin azoospermisi olması hâlleri hariç olmak üzere, son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olunduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi,
- Uygulamanın yapıldığı tıbbi merkezin, Kurum ile sözleşme yapmış olması,
- Eşlerden birinin en az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, dokuz gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması

şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde, en fazla üç deneme[1642] ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri genel sağlık sigortası kapsamında karşılanır (SSGSSK md. 63/1-e).

Bu haktan yararlanmak isteyen kişilerin evli olmaları temel şarttır. Kanunda, eşlerin veya eşlerden birinin evlat edinilmiş çocuğunun olması ya da daha önceki evliliğinden soybağı kurulmuş bir çocuğunun olması ya da ölmüş çocuğunun bulunması hâlinde yardımcı üreme tekniği uygulamasına izin verilip verilmeyeceğine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. 5510 sayılı Kanunda 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, *"yapılan tıbbi tedavilere rağmen normal yöntemlerle çocuk sahibi olamamak"* ifadesi yer almaktaydı. 2008 tarihli mülga Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin 26. maddesinde, *"....Evli olmakla birlikte eşlerden herhangi birinin evlat edinilmiş çocukları hariç soybağı kurulmuş sağ çocuğunun olmaması koşuluyla genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise bakmakla yükümlü olduğu karısının…"* belirtilen hizmetten yararlanabileceğine yer verilmişti. Yönetmelik hükmü uyarınca, eşlerden birisinin soybağı kurulmuş sağ çocuğunun olması hâlinde bu hizmetten yararlanılamayacak, ancak evlat edinilmiş çocuğu olması hâlinde yararlanılabilecekti. 5510 sayılı Kanunda, eşlerin kurdukları aile birliği içinde çocuk sahibi olmamaları bir sorun olarak kabul edilmiş ve Kanunda belirtilen tedavi yöntemlerinden yararlanmaları tanınmak istenmiştir. Mülga düzenlemeye göre, eşlerden birinin mevcut evlilik birliği içinde olmasa da soybağı kurulmuş bir çocuğunun olması haktan yararlanmayı

[1642] Belirli bir deneme süresi (veya sayısı) koymak yerine, konuyu sağlık kurulan bırakmak çok daha isabetli olacağı yönündeki görüş için bkz., Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 779.

engellemekteydi. Bu sebeple, Kanunda yer almayan ve haktan yararlanmayı sınırlayan bu hükmün yönetmelikle getirilmesi haklı eşleştirilere neden olmuştur[1643].

18.04.2014 tarihli Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği'nde ise,

> *" ....evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise karısının yapılan tıbbi tedaviler sonrasında normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olmadığının ve ancak IVF işlemi ile çocuk sahibi olabileceğine dair Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularınca sağlık kurulu raporu düzenlenmiş olması...."*

şartına yer verilmiştir (md. 13/2a). Bu düzenleme de konuya ilişkin sorunu net bir şekilde çözmemiştir. Kanun koyucunun amacının, evli eşlerin evlat edinilmiş çocukları olması durumunda haktan yararlanmalarını engellemek olduğunu ileri sürmek insaf dışıdır[1644]. Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nde (SUT)[1645] yer alan mülga düzenlemede Kanunda yer alan koşullara ek olarak, *"Evli olmakla birlikte eşlerden herhangi birinin evlat edinilmiş çocukları hariç soybağı kurulmuş sağ çocuğunun olmaması koşulu (SUT 2.4.4.I-1)."* getirilmiş olduğundan eşlerin önceki eşlerinden çocukları varsa, yardımcı üreme tekniğinden yararlanma hakkının bulunmadığı sonucuna varılmaktaydı[1646]. Bu hüküm, 18.02.2015 tarihinde yapılan düzenlemeyle, "*Evli olmakla birlikte daha önceki evliliklerinden çocuk sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın evlat edinilmiş çocukları hariç mevcut evliliğinden çocuk sahibi olmayan"* şeklinde değiştirilmiştir (SUT 2.4.4.I-1). Bu düzenlemeyle, yardımcı üreme yardımlarından yararlanmak için önceki eşten çocuk sahibi olmama engelinin kaldırıldığı kabul edilmelidir[1647].

5510 sayılı Kanunda 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, sadece "*evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan"* ve *"sağlam çocuk sahibi çiftler hariç"* ifadelerine yer verilmiştir. Kanaatimizce, Kanunda konuya ilişkin daha net ifadeleri yer verilmeliydi. Evli bireylerin, daha önceki evliliklerinden çocuk sahibi olup olmamalarının, haktan yararlanma açısından önemli olmadığını düşünmekteyiz. Önemli olan, evli çiftin mevcut evliliklerinden doğal yollarla çocuk sahibi

---

[1643] Saim Ocak, "Genel Sağlık Sigortasında Prim Koşulu", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, (Prim Koşulu), s. 1090.
[1644] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 599.
[1645] RG.: 24.03.2013, S.: 28597.
[1646] Ali Nazım Sözer, **Türk Genel Sağlık Sigortası**, Güncellenmiş 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, (Genel Sağlık Sigortası), s. 231, dn. 134.
[1647] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 600.

olamamalarıdır[1648]. Ayrıca evli çiftin çocuğunun doğarken ölmesi ya da doğumdan sonra ölmüş olması haktan yararlanmayı engellememelidir[1649]. Bu noktada şunu da vurgulamak isteriz ki, Kanunda yer alan *"sağlam çocuk"* ifadesini doğru bulmamaktayız. Bunun yerine, *"sağlıklı çocuk"* ifadesinin kullanılması daha isabetli olacaktır.

Doktrinde haktan yararlanabilmek için yaş şartının aranması eleştirilere neden olmuştur[1650]. Kanundaki düzenlemeye göre, kadının yirmi üç yaşını doldurmuş ve kırk yaşını geçmemiş olması gerekir. *Güzel, Okur ve Caniklioğlu*'na göre, evlenme yaşı on yedi olduğu, hatta hâkim kararıyla yaş koşulu on altıya da indirildiğine göre (TMK md. 124/1,2) yardımcı üreme tekniklerinin denenmesi için yirmi üç yaşına kadar beklemenin nedeni anlaşılamamaktadır. Koşullardan biri de *"tedaviye rağmen normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olunamayacağının"* anlaşılmasıdır. Bu durum, yirmi üç yaşından önce tıbbi açıdan saptanmışsa, bir an önce yardımcı üreme teknikleri kullanılarak çiftin çocuk sahibi olmasını sağlamak mümkün iken onları yıllarca bekletmek pek de uygun değildir[1651].

7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, sigortalı kadının otuz dokuz yaşından büyük olmaması şartı aranmaktaydı. Yaşa ilişkin şartın üst sınırının arttırılması daha fazla kadının haktan yararlanabilmesini kolaylaştırmıştır. Kadının tedaviye başlamadan önce kırk yaşından küçük olması yeterlidir[1652]. Tedavi süresi esnasında kadının kırk yaşında olması, haktan yararlanmasına engel teşkil etmemelidir. Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği'nin 13. maddesinin 4. fıkrasındaki, tüp bebek tedavisine otuz sekiz yaşını doldurmadan önce başlanan kadının, deneme öncesi otuz sekiz yaşını doldurmuş olması durumunda tüp bebek işlemine ait bedeller Kurum tarafından karşılanacağına dair hükmün otuz dokuz yaşını doldurmadan tedaviye başlayan kadının deneme öncesi otuz dokuz yaşını doldurmuş olması şeklinde yorumlamak gerektiği kanaatindeyiz. Zira Kanunda yapılan değişiklik henüz Yönetmeliğe işlenmemiştir. Yönetmelikte kadın sigortalının otuz dokuz yaşından küçük olması gerektiği düzenlenmektedir.

[1648] Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 600; Ocak, Prim Koşulu, s. 1090.
[1649] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 2014, s. 957; Oğuz ve Arslanpınar, s. 771.
[1650] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 778-779; Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 262.
[1651] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 778.
[1652] 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle erkeklerin de yardımcı üreme yöntemi tedavilerinden yararlanması mümkün hâle gelmiş, ancak yaş şartı sadece kadınlar için belirtilmiştir. Bu nedenle erkeklerin herhangi bir yaş sınırı olmaksızın bu haktan yararlanabileceği söylenebilir.

Son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi[1653] hususu da öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Çünkü çiftin normal yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemleri ile çocuk sahibi olabileceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi şartının yanında, ayrıca bu şartın aranması gereksizdir. Tedavi birkaç yıl sürebileceği gibi, ilk inceleme de çiftin normal yoldan çocuk sahibi olamayacağını gösterebilir. Bu özel durumlarda da ilgilileri üç yıl bekletmek gereksizdir[1654].

Madde metninde yer alan, uygulamanın yapıldığı tıbbi merkezin Kurum ile sözleşme yapmış olmasına ilişkin husus esasa ilişkin bir şart değildir. Bu nedenle, öğretide, Kurum ile sözleşmesi olmayan bir sağlık kuruluşuna başvurarak bu tedavi yöntemlerinden yararlanmak isteyenlerin sırf sözleşmesi olmayan bir hizmet sunucusuna başvurduğu gerekçesi ile tedavi talebinin reddedilmemesi gerektiği, aksi hâlde esasın usulü tercih edileceği belirtilmiştir[1655]. Böyle bir durumda, sigortalının Kurumla sözleşmesi olan diğer sağlık kuruluşuna yönlendirilmesi ve tedavinin bu şekilde sağlanması gerekir[1656].

7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce 5510 sayılı Kanunda yer alan, *"En az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması"* şartının kimin tarafından sağlanacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı[1657]. Bir görüşe göre, sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin tedavi görmesi durumunda, yapılan masrafların genel sağlık sigortası kapsamında karşılanabilmesi için Kanunda aranan en az beş yıl genel sağlık sigortalı olma ve dokuz yüz gün genel sağlık sigortası primi ödenmiş olma koşulu, erkek sigortalı tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır. Zira böyle bir durumda erkek, eşine bakmakla yükümlü

[1653] SUT, 2.4.4.İ-1-2'ye göre, *"IVF tedavisi için gerekli sağlık kurulu raporu; bünyesinde kadın hastalıkları ve doğum kliniği ile üroloji kliniği (bünyesinde üroloji kliniği bulunmayan anacak üroloji hekiminin konsültan olarak görev yaptığı, eğitim verilen kadın-doğum hastaneleri dâhil) bulunan üçüncü basamak sağlık kurumlarında iki kadın hastalıkları ve doğum uzman hekimi ve bir üroloji uzmanı hekiminin katılımı ile oluşturulan sağlık kurulları tarafından düzenlenecektir."*

[1654] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 779.

[1655] İlker Zencir, "Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Yapılan Yardımlar ve Kapsam Dışı Sağlık Hizmetleri", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 47.

[1656] Zencir, s. 47.

[1657] Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 231; Ocak'a göre, kadınlarda aranan koşullar erkekler için aranmayacaktır. Bkz., Ocak, Prim Koşulu, s. 1092.

olduğu için kadının prim ödeme gün sayısını sağlaması mümkün değildir. Diğer şartlar, sigortalı erkeğin bakmakla yükümlü olduğu eşi tarafından sağlanmalıdır. Kadının asli sigortalı olması durumunda, Kanunda aranan beş yıl genel sağlık sigortalı olma ve bu sigortaya ilişkin prim ödeme şartını sağlaması durumunda, erkeğin söz konusu şartları gerçekleştirmiş olması gerekmeyecektir[1658]. Asli sigortalı kadın prim ödeme ve en az beş yıl genel sağlık sigortalısı olma şartını yerine getirmiyorsa eşi bunu gerçekleştirse bile Kanundaki haktan yararlanamamaktaydı. Ancak 5510 sayılı Kanunda 7151 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda bu durum ortadan kaldırılmıştır. Değişiklikle beraber maddede, *"Eşlerden birinin en az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması…"* hükmüne yer verildiği için eşlerden birinin söz konusu şartı sağlamış olması haktan yararlanmak için yeterlidir.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce Kanunda, yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin tedavi masraflarının genel sağlık sigortası tarafından karşılanması iki tedavi ile sınırlandırılmıştır. 6552 sayılı Kanunun 45. maddesi ile deneme sayısı arttırılarak üçe çıkarılmıştır. Tedavinin tıbbi açıdan başarılı olma ihtimalinin kaç denemede daha fazla olacağı hususu, deneme sayısının belirlenmesinde önemlidir[1659]. Bu nedenle de deneme sayısının bu duruma göre belirlenmesi gerekir. Bunun için de bilimsel ve tıbbi verilerden yararlanılmalıdır. Kanunla yapılacak bir belirlemenin yerine, deneme sayısının kaç olması gerektiğinin uzman hekimler tarafından tıbbi veriler ışığında değerlendirilebilmesini sağlamak amacıyla, konunun sağlık kuruluna bırakılması daha uygun bir yaklaşım olacaktır[1660].

Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği'ne göre, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan ve bedelleri sosyal güvenlik kurumlarınca ödenen tüp bebek işlemlerine ilişkin tedaviler, işlem adedinin hesaplanmasında dikkate alınacaktır (Yön. md. 13/3).

6552 sayılı Kanunun 45. maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 63. maddesine eklenen 4. fıkrada, yardımcı üreme tedavi hizmetlerinden yararlanmak isteyen bir grup sigortalı için yararlanma şartları açısından istisna düzenlemeler getirilmiştir. Maddede yer alan hükme göre bu sigortalılar;

[1658] Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 231.
[1659] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 779, dn. 92.
[1660] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 779, dn. 92; Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 261.

" harp malullüğü kapsamında aylık almakta olan harp malullerinin kendileri ve bunların eşleri, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık BağLanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre malullük aylığı almakta olan vazife malullerinin kendileri ile bunların eşleri, bu Kanunun 47 nci maddesi ile 5434 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi ve mülga 45 inci maddesi kapsamında vazife malulü olarak aylık almakta olan vazife malullerinden ise başkasının yardımı ve desteği olmaksızın yaşamak için gereken hareketleri yapamayacak derecede malul olanların kendileri ile bunların eşleri"

dir. Bu sigortalıların, yardımcı üreme tedavi hizmetlerinden yararlanabilmeleri için; Kanunun 63. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin 3 numaralı alt bendinde öngörülen,

"son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun[1661] *Kurumla sözleşmeli sağlık hizmeti sunucusu sağlık kurulları tarafından belgelenmesi"* ve 5 numaralı alt bendinde yer alan, *"en az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olmak ve 900 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olma"*

şartlarını yerine getirmeleri gerekmemektedir.

5510 Sayılı Kanunun ilk hâlinde yer almayan komisyon görüşmeleri sırasında eklenen, *"yardımcı üreme teknikleri ile çocuk sahibi olabilme"*ye ilişkin düzenlenmenin getirilmesi oldukça isabetli olmuştur[1662]. Ancak sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak aile bütünlüğünün korunmasını hedefleyen ve bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen düzenleme, oldukça ağır şartlara ve sınırlamalara bağlandığı için öğretide eleştirilmektedir[1663]. Sigortalıya, bu tedavi yolunun açılmış olması yerinde olup, zaman içinde de söz konusu hizmetin yararlanma koşullarını

[1661] Yarg. 10. HD., 18.09.2008, 2008/10738 E., 2008/11033 K., http://www.kazanci.com, (ET. 10.10.2018), *"Dava, Bağ-Kur sigortalısı davacının, 09.02.2005 tarihli Bütçe Uygulama Talimatı da gözetilerek, 1997 yılından beri evli oldukları eşi için kısırlık tanısı konulduktan sonra uygulanan tüp bebek tedavisi için özel sağlık kurumuna yapılan harcamaların tahsili istemine dair olup; mahkemece, davacının eşi için IVF uygulanmasının zorunlu olmayıp, öncesinde çocuk sahibi olabilmek için uygulanması gerekli yöntemler bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya elverişli değildir. Mahkemece yapılacak iş, normal yol ve tedavi yöntemleriyle çocuk sahibi olamayan bir kadının, tüp bebek yoluyla çocuk sahibi olabilmesi için uygulanan tedavinin, başka bir anlatımla, kadının istemesine ve korunmamasına rağmen gebe kalamamasının, 1479 sayılı Yasanın Ek-13 ve 14. maddeleri kapsamında hastalık olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığının, tıbbi manada bir hastalık sayılıp sayılamayacağının, davacı kadına uygulanan kısırlık tedavisinin, sağlık sigortası kapsamında olup olmadığının Adli Tıp Kurumundan sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir."*

[1662] Ali Rıza Okur, "Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 12, 2006, s. 1294.

[1663] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 779-780; Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 1294; Zencir, s. 47; Eser, ss. 113-114; Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 262.

hafifletecek düzenlemelerin yapılması beklenilmektedir[1664]. 6552 sayılı Kanunla ve 7151 sayılı Kanun ile haktan yararlanacak olan kişilerin kapsamının genişletilmiş olması ve hizmetten yararlanma koşullarının kısmen de olsa hafifletilmiş olması sevindiricidir. Bununla birlikte, söz konusu haktan yararlanma koşullarının tüm sigortalıları kapsayacak şekilde hafifletilmesine yönelik düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır[1665].

c. Kapsamı

Evli olmakla birlikte çocuk sahibi olamayan ve yukarıdaki şartları sağlayan kişilerin dışında 7151 sayılı Kanunun 29. maddesiyle birlikte, yardımcı üreme yöntemi tedavileri genel sağlık sigortasından karşılanacak olan kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Yeni düzenlemeyle birlikte, sağlam çocuk sahibi olan çiftler hariç olmak üzere, Kurumun belirlediği kalıtsal bir hastalığı olan veya bu hastalık için taşıyıcı olduğu bilinen evli çiftin sağlam çocuk sahibi olmasına yönelik 5510 sayılı Kanunun 63. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin (2), (4) ve (5) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartların birlikte gerçekleştiren kişilerin de yardımcı üreme tedavileri genel sağlık sigortası kapsamındadır.

Tedavi amaçla çocuk sahibi olunması durumunda, bu haktan yararlanma kolaylaştırılmıştır. Bu kişiler için kadının primer ovaryan yetmezliği ve erkeğin azoospermisi olması hâlleri hariç olmak üzere, son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi şartı aranmamaktadır.

Kanunda tedavi amaçla çocuk sahibi olunması durumunda da sigortalı kadının ve sigortalı erkeğin eşinin gerekli yardımdan yararlanacağı düzenlenmiştir. Öğretide, hiç çocuğu olmayan ailenin çocuk sahibi olması durumuna ilişkin olarak aranan şartlar ile tedavi amaçla çocuk sahibi olma durumunda aranan şartların farklı olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, Kanunda yer alan *"…… en fazla üç deneme ile sınırlı olmak üzere yardımcı üreme yöntemi tedavileri ile bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması ve Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben zorunlu görülmesi halinde yardımcı*

[1664] Güzel, Okur ve Caniklioğlu, s. 780; Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 262.
[1665] Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 262.

üreme yöntemi tedavileri" hükmünde bulunan yardımcı üreme yöntemleri ile bir hastalığın tedavisinin başka bir yöntemle mümkün olmaması ifadesi arasında yer alan *"ile"* bağlacı nedeniyle, bağlaçtan sonraki kısım için bağlacın öncesinde yer alan şartlar aranmayacaktır[1666]. Bu sayede, ailede sağlık sorunu olan ve ancak doğacak kardeşinden kök hücre nakli ile iyileşebilecek olan çocukların sağlığına ulaşması kolaylaştırılmıştır. Aksinin kabulü hâlinde, beklenen tedavi ötelenmiş olacak ve bu durum hastanın hayati tehlike yaşamasına neden olacaktır. Diğer yandan, hastanın sağlık ve yaşam hakkı tehlikeye girecektir. Bu nedenlerden dolayı, tedavi amaçlı çocuk sahibi olmak için genel sağlık sigortası kapsamında diğer sağlık edimlerinden yararlanmada gerekli olan önceki bir yılda otuz gün genel sağlık sigortası primi ödenmiş olması koşulunun aranması yeterlidir (SSGSSK md. 67/1-a). Bununla birlikte öğretide, yardımcı üreme tedavisinin üç defa denenmesine ilişkin sınırlamanın da tedavi amaçla çocuk sahibi olunmak istenmesi durumu için geçerli olmadığı ileri sürülmüştür [1667].

d. Uygulanması

5510 sayılı Kanunda, 63. maddede yer alan düzenlemeye ilişkin uygulamanın nasıl olacağına ilişkin hükme yer verilmemiştir. Bu konuya, Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği'nde ve Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nde yer verilmiştir. Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği'ne göre, sadece tüp bebek uygulaması (In vitro fertilizasyon) yardımcı üreme yöntemi olarak kabul edilmektedir. Yumurtlama tedavisi (Ovulasyon indüksiyonu) ve aşılama tedavisi (Intrauterin inseminasyonu) işlemi yardımcı üreme yöntemi kapsamında değerlendirilmemektedir (Yön. md. 13/1). Kanaatimizce Kanunda, herhangi bir ayrım yapılmaksızın normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olunamaması ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olunabileceğinin sağlık kurulları tarafından tespit edilmesi durumunda, söz konusu haktan yararlanılabileceği belirtildiği için tüm yardımcı yöntemler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Keza, yumurtlama tedavisi ve aşılama tedavisi de birer yardımcı üreme yöntemidir. Bu konuda herhangi bir sınırlamaya Kanunda yer verilmemişken

[1666] Ocak, Prim Koşulu, s. 1093; Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 232.
[1667] Sözer, Genel Sağlık Sigortası, s. 232.

ilgili Yönetmelikte ve tebliğde, söz konusu haktan yararlanmanın sadece tüp bebek tedavisine özgülenmesi yerinde olmamıştır.

Kanunun 68. maddesinde, yardımcı üreme yöntemi tedavisinde genel sağlık sigortalının ödemesi gereken katılım payı oranlarına yer verilmiştir. Maddeye göre,

> *"63 üncü maddenin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince sağlanan ve bir hastalığın tedavisinin başka tıbbi bir yöntemle mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisi dışındaki, yardımcı üreme yöntemi tedavisinde katılım payı ilk denemede %30, ikinci denemede %25, üçüncü denemede %20 oranında uygulanır. Ancak katılım payında dördüncü fıkra gereği uygulanan üst limit dikkate alınmaz."*

Maddedeki son cümle nedeniyle, maddenin 4. fıkrasında belirtilen *"katılım payı tutarının bir takvim yılı içerisinde asgari ücret tutarını geçemeyeceği"*ne ilişkin üst limit, sigortalının yardımcı üreme tedavi hizmetlerinde ödeyeceği katkı paylarında dikkate alınmayacaktır (SSGSSK md. 63/5).

Bir hastalığın tedavisinin başka bir tıbbi yöntemle mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisinde, katılım payı ödenmesi aranmamalıdır. Bu husus, Tedavi Katılım Payının Uygulanması Hakkında Tebliğ'inde[1668] açık bir şekilde düzenlenmiştir. Tebliğdeki düzenlemeye göre, *"Bir hastalığın başka tıbbi bir yöntemle tedavisinin mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisi için katılım payı alınmaz (md. 14/3)."* Yardımcı üreme tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olabilmek oldukça masraflıdır. Çok pahalı olan bu hizmet için Kanunda belirlenen sigortalı katılım payları oldukça yüksektir[1669].

e. Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Bakılmakla Yükümlü Olunan Annenin Durumu

Biz bu başlık altında sigortalı çocuğun bakmakla yükümlü olduğu annesinin genel sağlık sigortası kapsamı açısından durumunu inceleyeceğiz. Sigortalının bakmakla yükümlü olduğu annesinin genel sağlık sigortası kapsamında sunulan sağlık edimlerinden yararlanabilmesi için, sigortalı çocuğun annesine bakmakla

[1668] Sıra No: 12, RG.: 18.09.2009, S.: 27353.
[1669] Arslan Ertürk, 6552 Sayılı Kanun, s. 263.

yükümlü olması gerekir. Bunun için de annenin sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması (SSGSSK md. 3/1-10) ve her türlü kazanç ve irattan elde ettiği gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından sağlık yardımı almaması gerekmektedir (GSSİY md. 4/1-3). Özetle, annenin herhangi bir sigortalılık ilişkisinin olmaması ve kirada bir evi varsa ya da bir gayrimenkulden gelir elde etmekteyse bu gelirin asgari ücretin net tutarından düşük olması gerekir. Annenin birden fazla çocuğu varsa, diğer çocuklarının sigortalılığından dolaylı herhangi bir sağlık yardımı almaması gerekir. Tüm bu şartların birlikte gerçekleşmesi durumunda, çocuğunun bakmakla yükümlü olduğu kişi olan anne, genel sağlık sigortası kapsamında sunulan edimlerden yararlanır. Birden fazla çocuğu olan anne, başvuru esnasında hangi çocuk üzerinden sağlık yardımı almak istediğini Kuruma bildirmelidir.

Sigortalı kadın için sunulan sağlık edimlerinden biri olan yardımcı üreme yöntemlerine ilişkin edimler dışındaki tüm sağlık edimlerinden bakılmakla yükümlü olunan anne yararlanmaktadır. Esasen, sigortalıya ve bakmakla yükümlü olduğu kişiye genel sağlık sigortası kapsamında sunulan sağlık edimleri arasında çok bir fark bulunmamaktadır.

E. Annelerin Sosyal Yardımlar ve Sosyal Hizmetler Aracılığı ile Korunması

1. Sosyal Yardımlar

a. Yaşlı ve Muhtaç Annelere Yapılacak Yardımlar

1976 tarihli 2022 sayılı *"65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun*[1670]*"*un 1. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar,

[1670] Kabul Tarihi:01.07.1976, RG.: 10.07.1976, S.: 15642.

nafaka bağlanmış veya nafaka bağlanması mümkün olanlar veya 24. 05. 1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu hükümlerine göre harçlık ödenenler hariç olmak kaydıyla, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilen altmış beş yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarına, muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (2.332) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanır[1671].

Düzenlemeden, Kanundaki şartları sağlayan altmış beş yaşını doldurmuş olan Türk vatandaşı anneler de yararlanmaktadır. Kişi her ne nam altında olursa olsun kendisine ve eşine ait her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler muhtaç kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz (md. 1/1).

b. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarından Annelere Yapılan Yardımlar

Fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler alarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek amacıyla 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu düzenlenmiştir.

Fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan Kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan ve bu kuruluşlardan aylık ve gelir almayan vatandaşlar ile geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkânı sağlanması hâlinde topluma faydalı hâle getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişiler bu Kanun kapsamı içindedir (md. 2/1). Muhtaç durumda olan anneler de bu Kanundaki haklardan faydalanabileceklerdir.

Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdî ve aynî yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal

[1671] Bu konuya ilişkin daha geniş bilgi için bkz., Ali Nazım Sözer, **Türk Sosyal Hukuku (Yoksulluk/Yoksunluk Mevzuatı)**, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, (Yoksulluk/Yoksunluk), ss. 166-169.

yardımlaşma ve dayanışma vakıfları kurulmuştur (md. 7). Kanun kapsamında olan anneler, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından yapılacak aynî ve nakdî sosyal yardımlardan yararlanabilecektir.

c. Eşi Vefat Etmiş Kadınlara Yapılan Düzenli Nakdi Yardım

29.12.2011 tarih ve 2011/8 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fon Kurulu kararı ile eşi vefat etmiş kadınlara yönelik düzenli nakdî sosyal yardım programı başlatılması kararı alınmıştır. 2012 yılı Şubat ayından itibaren Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu[1672] kapsamında olan eşi vefat etmiş kadınların başvuruları alınmaktadır. Bu konuda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü tarafından 2012 tarihli Eşi Vefat Etmiş Olan Kadınlara Yönelik Düzenli Nakit Yardım Programı Hakkında Genelge [1673] düzenlenmiştir.

Kadının söz konusu haktan yararlanabilmesi için eşinin vefat etmiş olması, kadının muhtaç durumda olması, kanunla kurulmuş sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmaması ve bu kuruluşlardan aylık ve gelir almıyor olması gerekir. Kadın, resmi nikâhlı eşinin vefat etmesi durumunda bu haktan yararlanacaktır. Bu şartları sağlayan kadın, iki ayda bir beş yüz TL aylığa hak kazanacaktır. 2019 yılında bu miktar beş yüz elli TL olmuştur[1674]. Bu hak tüm kadınlara tanınmıştır. Kadının anne olup olmamasına ilişkin herhangi bir ayrım yapılmamıştır. Şartları sağlayan dul anneler de bu haktan yararlanabilir. Bu düzenleme sayesinde, eşi vefat eden ve herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayan kadınlara kısmende olsa destek sağlanmıştır[1675].

Kadının muhtaçlık hâlinin ortadan kalkması durumun tespiti hâlinde, kadına aylık ödenmesine son verilir. Bunun dışında, kadın resmi nikahı olmaksızın biri ile birlikte yaşıyorsa, bu durum tespit edildiğinde de yapılan yardım kesilir.

[1672] Kabul Tarihi: 19.05.1986, RG.: 14.06.1986, S.: 19134.
[1673] Genelge Tarihi: 16.02.2012, 2012/6.
[1674] https://www.sosyalyardimlasma.net, (ET. 04.02.2019).
[1675] 2012/6 sayılı Genelge, s. 1.

Bu haktan yararlanmak isteyen kişi, adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde kayıtlı olduğu il veya ilçe sınırlarındaki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına başvurmalıdır. Başvuru sürecinden yardımın ödenmesine ve yardım programına ilişkin tüm işlemler Bütünleşik Sosyal Yardım Bilgi Sistemi üzerinden yürütülmektedir. Başvuruda bulunan kişilerden nüfus cüzdanı dışında herhangi bir belge istenmemektedir[1676].

Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün 21.03.2012 tarihli ve 2012/10 sayılı Genelgesine[1677] göre, dul kadın aylığından faydalanmak için başvuruda bulunan kadın aynı zamanda *"Evde Bakım Aylığı"* uygulaması kapsamında bakıcı konumunda ise dul kadın aylığından yararlanamaz. Keza, evde bakım aylığı alan kadın, asgari ücret düzeyinde bir gelire sahiptir.

Dul kadın aylığından faydalanmak için başvuru yapan kadın, aynı hanede birlikte yaşadığı çocuklarının sosyal güvenliği kapsamında olması durumunda, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'na[1678] göre, muhtaçlık tespitinin hane yaklaşımı göz önünde bulundurularak yapılması nedeniyle söz konusu aylıktan yararlanamayacaktır. Başvuruda bulunan kadın, çocuklarından ayrı yaşıyor ve sadece onların sosyal güvenliklerinden yararlanıyorsa, 3294 sayılı Kanun kapsamında olması şartıyla dul kadın aylığından yararlanabilecektir[1679].

2. Annelere Sağlanan Diğer Sosyal Yardımlar

Kadınları çalışma hayatına kazandırmak ve uzaklaşmalarını engellemekle birlikte aile içindeki yükümlülükleri azaltmak amacıyla doğum yardımı, bakıcı desteği gibi çeşitli sosyal yardımlar yapılmaktadır[1680]. Bazı sosyal yardımlarla

[1676] Korkusuz ve Uğur, s. 100.
[1677] Genelge Tarihi: 21.03.2012.
[1678] Kabul Tarihi: 29.05.1986, RG.: 14.06.1986, S.: 19134.
[1679] 2012/10 sayılı Eşi Vefat Etmiş Kadınlara Yönelik Düzenli Nakit Yardım Programı Hakkında Genelge, s. 2.
[1680] Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirli dönemlerde annelere çeşitli sosyal yardımlar yapılmasına yönelik projeler uygulanmıştır. Bu projelerden biri, *"Evde Çocuk Bakım Hizmetleri Yoluyla Kayıtlı Kadın İstihdamının Desteklenmesi Projesi"* ile kayıt dışı çalışan çocuk bakıcılarının, kayıtlı istihdamının arttırılması ve çalışan annelerin doğum sonrasında işlerine geri dönme süreçlerinin kolaylaştırılarak işgücü piyasasından kopmalarının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu proje ile çalışan annelere bakıcı desteği sağlanmıştır. 5 Mart 2015 tarihinde başlayan proje 5 Kasım 2017 tarihinde sona ermiştir. Bu projeyle, sıfır ve yirmi dört ay aralığında çocuk sahibi olan ve hizmet akdine tabi (özel sektörde işçi statüsünde) sigortalı olarak hâlen çalışmakta olan, iş hayatına geri dönecek, ilk kez çalışmaya başlayacak ya da sigortasız çalıştırdığı çocuk bakıcısını sigortalı olarak

doğum ve anne olma sonucunda çalışma hayatından uzaklaşan anneleri yeniden çalışma yaşamına kazandırılmak istenirken, bazıları ile bakım hizmetleri yapan annelere maddi destek sağlanmaktadır.

a. Doğum Yardımı

27.03.2015 tarihinde kabul edilen 6637 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un [1681] 16. maddesinde, *"Doğum Yardımı"* adında yeni bir sosyal güvenlik yardımı düzenlemiştir. 6637 sayılı Kanunun ek 4. maddesi ile 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[1682]'ye doğum yapan Türk vatandaşlarına birinci çocuk için üç yüz TL, ikinci çocuk için dört yüz TL, üçüncü ve sonraki çocuklar için altı yüz TL doğum yardımı yapılması gerektiği hükmü eklenmiştir. İkiz doğum durumunda, aile kütüğüne kayıt sırasına göre birinci çocuk için üç yüz TL, ikinci çocuk için dört yüz TL doğum yardımı yapılmalıdır[1683]. 2015 yılında doğum yardımına ilişkin usul ve

---

çalıştırmaya başlayacak olan annelere çocuk bakıcısı istihdam edebilmelerini temin etmek üzere yirmi dört aya kadar aylık üç yüz € tutarında bir mali destek sağlanmaktadır.
Bir diğer proje olarak, üç yaşını doldurmayan torununa bakan büyükannelere verilecek yardım ile hâlihazırda çalışıyor olan kadınların işgücü piyasasından çekilmelerini önlenmek ve çocuklara büyükanneleri ile birlikte büyüme imkânı sağlayarak kültür aktarımına destek olmak için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ortaklığında *"Kadın İstihdamının Desteklenmesi İçin Büyük Anne Projesi*" uygulamaya konulmuştur. Proje on iki ay süreyle Sakarya, Konya, Tekirdağ, İstanbul, Bursa, İzmir, Antalya, Ankara, Kayseri, Gaziantep illerinde uygulanmıştır. Proje kapsamında annenin fiilen çalışıyor olması şartıyla üç yaşını doldurmamış torununa bakan büyükannelere oniki ay boyunca karşılıksız olarak aylık net asgari ücretin yüzde otuzu tutarında olan dört yüz yirmi beş TL ödeme yapılmıştır. Kadın istihdamını teşvik etmek için kadınlar üzerindeki çocuk bakım sorumluluklarının aile içi dayanışma unsurlarının harekete geçirilmesi yoluyla azaltılmasını amaçlayan bu projeden yararlanmak için Türk vatandaşı olmak, proje kapsamında belirlenen illerde ikamet ediyor olmak, çocuk ve annenin aynı evde, büyükannenin ise aynı il sınırları içinde ikamet ediyor olması, başvuru tarihi itibarıyla bakımı üstlenilecek çocuğun üç yaşını doldurmamış olması, annenin en az on sekiz yaşında olması, annenin özel sektörde, iş sözleşmesine tabi ve sigortalı olarak bir işte fiilen çalışıyor olması ve destek süresi boyunca işten ayrılmaması (sigortalı adına Sosyal Güvenlik Kurumu'na en az üç yüz altmış tam gün prim ödenmiş olmalıdır.), annenin 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen analık hâli izin süresini (doğum sonrası sekiz hafta) geçirmiş olması ve başvuru tarihinde fiilen çalışıyor olması, anne ve babanın ücret gelirinin belirlenecek üst sınırı aşmaması, annenin işvereni ile üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlık ilişkisinin bulunmaması, karşılıksız desteğin verildiği süre boyunca çocuk bakımı amacıyla ayrıca bir bakıcı istihdam edilmiyor olması, büyükannenin çocuk bakımını engelleyecek fiziksel veya ruhsal rahatsızlığının bulunmaması gerekir.

[1681] RG. 07.04.2015, S. 29319.

[1682] RG. 08.06.2011, s. 27958 Mükerrer.

[1683] Sözer, Yoksulluk/Yoksunluk, s. 223, dn. 760.

esasları belirlemek amacıyla Doğum Yardımı Yönetmeliği (DYY)[1684] yürürlüğe girmiştir.

Doğum yardımı alan kişiye emzirme ödeneği ödenip ödenmeyeceği hususu da Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamaları Hakkında Genelge'de düzenlenmiştir. Genelgede yer alan hükme göre, 15.05.2015 tarihinden itibaren 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 4. maddesi gereğince, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) tarafından yapılan doğum yardımı, emzirme ödeneğinin ödenmesine engel teşkil etmemektedir[1685]. Bu nedenle 5510 sayılı Kanunun 16. maddesinde öngörülen şartlara haiz olanlara emzirme ödeneği verilmeye devam edilecektir. Bu durum göstermektedir ki, kadın sigortalılar ve erkek sigortalıların sigortalı olmayan eşleri hem emzirme ödeneği hem de doğum yardımı bakımından hak sahibi konumundadır[1686]. Doğum yardımından yararlanacak olan kişinin sigortalı olup olmaması ya da 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerinden hangisinin kapsamına girdiği önemli değildir.

Doğum yardımdan sadece Türk vatandaşları ve mavi kart sahipleri yararlanabilmektedir (DYY md. 2). İzin alarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişiler de doğum yardımından yararlanır[1687]. Anne ve babadan her ikisi de Türk vatandaşı ise yardım, anneye yapılır (DYY md. 9/1). Ancak Bakanlık tarafından belirlenen zorunlu hâllerde doğum yardımının babaya ödenmesi gerekir. Ayrıca doğum yardımı yapılması için çocuğun canlı doğması gerekir. Bu bağlamda ölü gerçekleşen doğumlar için doğum yardımı yapılması söz konusu değildir.

Düzenlemeye göre, doğum yardımı yapılması için çocuğun 15.05.2015 tarihinden sonra ve canlı olarak doğmuş olması gerekir. Ancak bu tarihten önce doğmuş olan çocuklar, ödeme miktarının tespitinde dikkate alınan çocuk sırasının belirlenmesinde önem taşır (DYY md. 5/8). Bu düzenleme nedeniyle, 15.05.2015 tarihinden önce bir çocuğu olan ve 2018 yılında başka bir çocuğa sahip olan kişi ikinci çocuk için ödenen dört yüz TL doğum yardımına hak kazanır. Evlat edinen

---

[1684] RG.: 23.05.2015, S.: 29364.

[1685] 2016/21 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulamalarına İlişkin Genelge, s. 42; Aynı açıklamaya Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2015/2 Sayılı 6645 Sayılı Kanunda yer alan Kısa Vadeli Sigorta Uygulamaları Genelgesi' nde de yer verilmiştir.

[1686] Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, ss. 253, 254, 256.

[1687] Sözer, Yoksulluk/Yoksunluk, s. 223.

kişiler doğum yapmadıkları için doğum yardımından yararlanamazlar. Aksinin kabulü doğum yardımının amacı ile bağdaşmaz. Ancak Yönetmelikte evlat edinilen çocuğun doğum yardımı miktarına esas çocuk sırasının tespitinde dikkate alınacağı belirtilmiştir (DYY md. 5/7). Kanaatimizce bu düzenleme oldukça isabetlidir. Kanun koyucu, gerek 15.05.2015 tarihinden önce doğan gerekse evlat edilen çocuğun doğum yardımı miktarına esas çocuk sayısında dikkate alınmasına ilişkin düzenlemeyle çiftleri çocuk yapmayı düşünmeye teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

Yönetmelikte, 15.5.2015 tarihindeki önceki evlat edinilen çocukların doğum yardımı miktarının tespitinde dikkate alıp alınmayacağı belirtilmemiştir. Kanaatimizce doğum yardımı ödemesinde amaç doğumu teşvik etmek ve çok az miktarda da olsa ailelere katkıda bulunmaksa, 15.05.2015 tarihinden önce evlat edinilen çocukların da doğum yardımı miktarının tespitinde dikkate alınması gerekir. Bu hususun ayrıca Yönetmelikte düzenlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Doğum yardımı haczedilemez ve ayrıca hiçbir vergi ve kesintiye tabi tutulamaz (DYY md. 5/11). Doğum yardımı almak isteyenler, doğum yardımı başvuru dilekçesi ile başvuru yerlerine şahsen ya da iadeli taahütlü posta veya kargo yoluyla başvurabilirler (DYY md. 6/1). Doğum esnasında annenin ölmüş olması, doğum yardımı yapılmasına engel değildir. Doğum yardımındaki amaç, yukarıda sayılanların dışında ülke nüfusunun artmasının sağlanması ve doğan çocuğun masraflarının giderilmesine az da olsa bir katkıda bulunmaktır. Bu nedenle de annenin vefatı hâlinde başvuru baba tarafından yapılır. Baba da vefat etmişse, başvuru çocuğun kanuni temsilcisi tarafından yapılır (DYY md. 6/2).

b. Çocuk Bakım Desteği

Türkiye İş Kurumu (İŞKUR) tarafından mesleki eğitim kursları ve işbaşı eğitim programları düzenlenmektedir. İstihdamın korunması, artırılması, geliştirilmesi ve işsizliğin azaltılması hedefleri çerçevesinde İŞKUR'a kayıtlı herhangi bir mesleği olmayan, bir mesleği olmakla birlikte mesleğinde iş bulamayan veya mesleğinde yeterli olamayan işsizlerin niteliklerini geliştirerek istihdam edilebilirliklerini arttırmak amacıyla mesleki eğitim kursları düzenlenmektedir.

İşbaşı eğitim programlarının temel amacı, mesleki deneyimi veya iş tecrübesi olmayan kişilere mesleki deneyim ve iş tecrübesi kazandırılarak bu kişilerin istihdam edilebilirliklerinin arttırılmasıdır. Programın bir diğer amacı ise, nitelikli işgücü temin etmekte zorlanan işverenlere işe alacakları kişileri işyerinde belli bir süre gözlemleyerek ve eğitim vererek kişiler hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olma ve işe alma konusunda isabetli bir karar verme imkânı sunmaktır. Bu sayede, iş arayan ancak iş tecrübesi olmadığı için bulamayan kişiler iş tecrübesi kazanmakta, işverenler ise ihtiyaç duydukları işgücünü kendileri yetiştirme imkânına kavuşmakta olduğundan hem iş arayanlar hem de işverenler doğru iş ve doğru işçi bulma olanağı elde etmektedirler[1688].

14 Aralık 2017 tarihinde gerçekleştirilen İstihdam Şurası kapsamında kamuoyuna istihdam teşvik paketi açıklanmıştır. Söz konusu teşvik paketi kapsamında, sanayi sektöründeki mesleklerde düzenlenen mesleki eğitim kurslarına ve imalat sektöründeki mesleklerde düzenlenen işbaşı eğitim programlarına katılan kadınların bakmakla yükümlü oldukları iki ile beş (iki ve beş yaş dâhil) yaş arası çocukları için kurs veya program süresince aylık en fazla dört yüz TL bakım desteği karşılanacaktır[1689]. Konuya ilişkin olarak Türkiye İş Kurumu Aktif İşgücü Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından Sanayi Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen Mesleki Eğitim Kurslarına ve İmalat Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen İşbaşı Eğitim Programlarına Katılan Kadınlara Çocuk Bakım Desteği Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar düzenlenmiştir. İlgili usul ve esaslarda, destekten kimlerin, ne şekilde ve ne zamana kadar yararlanabileceğine ilişkin hususlara yer verilmiştir.

İŞKUR tarafından 1 Nisan 2018 tarihinden itibaren çocuk bakım desteği verilmeye başlandı. Çocuk bakım desteğine hak kazanmanın öncelikli şartı, kadının İŞKUR tarafından düzenlenmekte olan işbaşı eğitimi ve mesleki eğitim kurs ve programlarına katılmasıdır. İşbaşı eğitim programlarından yararlanabilmek için gerekli olan şartlar, Kuruma kayıtlı işsiz olmak, on beş yaşını tamamlamış olmak, işverenin birinci veya ikinci dereceden kan hısmı veya eşi olmamak, emekli

[1688] Sanayi Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen Mesleki Eğitim Kurslarına ve İmalat Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen İşbaşı Eğitim Programlarına Katılan Kadınlara Çocuk Bakım Desteği Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar, s. 3.

[1689] Sanayi Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen Mesleki Eğitim Kurslarına ve İmalat Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen İşbaşı Eğitim Programlarına Katılan Kadınlara Çocuk Bakım Desteği Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar, s. 3.

olmamak, programın başlama tarihinden önceki üç aylık dönemde programa başvuru yapan işverenin çalışanı olmamaktır. Program başlangıcından önceki son bir ayda uzun vadeli sigorta kollarına ait primi yatırılmamış olan, iş ve meslek danışmanlığı hizmetlerinden faydalanmış olan, yukarıdaki şartları sağlayan ve programa devam etmelerine engel durumları bulunmayan öğrenciler de programlara katılabilirler. Ayrıca tarımsal faaliyette bulunanlar ile isteğe bağlı sigortalı sayılanlar, sosyal yardım, engelli maaşı ile dul ve yetim aylığı alanlar da işbaşı eğitim programından yararlanabilirler. Mesleki eğitim kurslarına katılacak olan kişilerin, Kuruma kayıtlı işsiz olmaları, on beş yaşını tamamlamış olmaları, yetiştirilecekleri mesleğe uygun özelliklere sahip olmaları, işverenin aradığı özel şartları taşımaları, iş ve meslek danışmanlığı hizmetlerinden faydalanmış olmaları, emekli olmamaları gerekmektedir.

Çocuk bakım desteğinden yalnızca iki ile beş yaşında (iki ve beş yaş dâhil) çocuğu olan ve çocuğu kreşe veya gündüz bakımevine gönderen kadın kursiyer ve katılımcılar yararlanabilir. Kursiyer ve katılımcının kursa veya programa başladığı tarihte çocuğu iki yaşından küçük olup, kursun veya programın devamı esnasında iki yaşını (yirmi dört ay) bitirirse, yirmi dört ayı bitirdiği tarihten itibaren bakım desteğinden faydalanabilecektir. Aynı şekilde annenin, kursa veya programa başlandığı tarihte beş yaşını (altmış ayı) bitirmemiş, ancak kursun veya programın devamı sırasında beş yaşını (altmış ayı) tamamlayan çocuğu bulunan kadınlar da kurs veya program süresince destekten faydalanabilecektir. Konuya ilişkin usul ve esaslara göre, çocuğun gönderilmiş olduğu kreşin ya da gündüz bakımevinin kamu ya da özel sektöre ait olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır[1690].

Destekten yararlanmak isteyen annenin, çocuğa ait nüfus cüzdanı aslı ve kreş veya gündüz bakımevi faturası ve bu bu yerlerden alınacak Sosyal Güvenlik Kurumu sicil numarasının yer aldığı belge ile birlikte kurs veya programı düzenleyen Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne müracaat etmesi gerekir. Anne ödemeyi aylık olarak talep edebilecektir. Aylık olarak ibraz edilecek faturanın il müdürlüğüne en geç takip eden ayın onuncu iş gününe kadar teslim edilmesi gerekmektedir[1691].

[1690] Sanayi Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen Mesleki Eğitim Kurslarına ve İmalat Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen İşbaşı Eğitim Programlarına Katılan Kadınlara Çocuk Bakım Desteği Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar, s. 4.
[1691] Sanayi Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen Mesleki Eğitim Kurslarına ve İmalat Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen İşbaşı Eğitim Programlarına Katılan Kadınlara Çocuk Bakım Desteği Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar, s. 4-5.

İlgili usul ve esaslarda, desteğin ne şekilde sona ereceğine ilişkin hususlara da yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, kurs veya programdan il müdürlüğünce kabul edilen geçerli bir mazeret ile ayrılan, işveren veya yükleniciden kaynaklı nedenlerle iptal edilen kurs veya programdan geçerli sebeple veya geçersiz sebeple çıkarılan kursiyer veya katılımcı, kurstan ya da programdan ayrıldığı veya çıkarıldığı tarihe kadar olan aylık bakım desteği ödemesini almaya hak kazanacaktır. Çocuk bakım desteğinden yalnızca bir çocuk için ve planlanan kurs ya da program süresi kadar yararlanılabilir. Kurs ya da programın planlanan süreden önce sona ermesi hâlinde bakım desteği de sona erecektir[1692].

İŞKUR katılımcısı kadın, yalnızca bir çocuk için aylık en fazla dört yüz TL bakım desteğinden faydalanabilecektir. Anne tarafından kreşe veya gündüz bakımevine yıllık ya da birden fazla ayı içerecek şekilde toplu ödeme yapılması durumunda, ödeme yapılan ay sayısına bölünerek aylık tutar hesaplanacaktır. İŞKUR tarafından yapılacak ödeme, aylık fatura tutarının (dört yüz TL'den fazla ise dört yüz TL'nin) kurs veya program fiili gün süresine bölünmesi sonucu çıkan meblağın kursiyerin/katılımcının devam ettiği gün sayısına çarpılması ile bulunacaktır[1693].

Bu proje sayesinde, çocuğu olan ve çocuğuna baktığı için İŞKUR tarafından sunulan programlara ve kurslara katılamayan, bu nedenle de bir meslek ya da iş elde edemeyen kadınların kurslara ve programlara katılması, gerekli eğitimi alması ve bu sayede çalışma hayatında yer almaları kolaylaştırılmaya çalışılmıştır.

c. Bakıma Muhtaç Çocuğu Olan Annelere Evde Bakım Aylığı

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu[1694] ek 7. maddesine göre, her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı, asgarî ücretin aylık net tutarının 2/3'ünden daha az olan bakıma ihtiyacı olan engellilere, resmî veya özel bakım merkezlerinde bakım hizmeti ya da sosyal yardım yapılmak suretiyle evde bakımına destek

[1692] Sanayi Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen Mesleki Eğitim Kurslarına ve İmalat Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen İşbaşı Eğitim Programlarına Katılan Kadınlara Çocuk Bakım Desteği Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar, s. 4.
[1693] Örnek hesaplamalar için bkz., Sanayi Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen Mesleki Eğitim Kurslarına ve İmalat Sektöründeki Mesleklerde Düzenlenen İşbaşı Eğitim Programlarına Katılan Kadınlara Çocuk Bakım Desteği Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar, s. 5.
[1694] RG.:27.05.1983, S.: 18059.

verilmesi sağlanır. Kanunda, bakıma ihtiyacı olan engellilerin evde bakımına destek için yapılacak sosyal yardımlara ilişkin iş ve işlemler, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca gerçekleştirilir.

Bakıma ihtiyacı olan engellilerin evde bakımına destek için yapılacak sosyal yardımın başvuru şekline, değerlendirilmesine, ödenmesine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çalışma, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca müştereken çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir (ek 7/4). Kanunun bu hükmüne dayanılarak Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü 2007 yılında Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tesbiti ve Bakım Hizmetlerinin Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik[1695] düzenlenmiştir.

Yapılan düzenlemeler sonucunda, devlet tarafından başkasının sürekli bakımına muhtaç bir yakınını himaye eden ve bakımını üstlenen kişilere evde bakım aylığı vermekle yükümlüdür[1696]. Evde bakıma muhtaç çocuğu olan ve bu çocuğun bakımını üstlenen anneler de gerekli şartları sağlaması durumunda evde bakıma aylığı almaya hak kazanırlar.

Annenin evde bakım aylığına hak kazanabilmesi için bakıma muhtaç çocuğuna ilişkin tam teşekküllü bir hastaneden sağlık kurulu raporunun olması ve bu raporda çocuğun engel oranının en az %50 olarak belirtilmesi gerekir. Küçük çocuklar için ekstra bir durum söz konusudur. Küçük çocuklar zaten bakıma muhtaç oldukları için yaşıtlarına göre geride oldukları ancak yaşları ilerledikçe kendisini göstermektedir ve erken yaşta alınan sağlık kurulu raporlarında engel oranının tespiti bu sebeple zorlaşmaktadır. Bu yüzden küçük çocuklar için bu rapor süresiz olarak

---

[1695] RG.: 23. 10.2007, S.: 26679.

[1696] Birçok ülke sosyal yardım ve hizmet ya da sosyal sigorta kapsamında bakıma muhtaç olanların korunması bakımından gerekli tedbirleri almaktadır. Bu kapsamda tedbirlerden bakıma muhtaç olana ilişkin olanlar, sosyal sigorta kapsamında bakım sigortasının konusunu oluşturmaktadır. Ancak hukukun görevi, doğrudan bakıma muhtaç olan kimseye ilişkin tedbirlerle sınırlı olmayıp, bunun dışında muhtaç kişinin bakımını üstlenen aile fertlerini destekleyen tedbirlerin alınması, sosyal devlet ilkesinin gereğidir. Bakımı üstlenecek aile fertleri açısından en önemli engel, devam eden iş hayatları olmakla, bu noktada iş hukukunun görevi, iş ile ev ortamında bakımı bağdaştıracak koşulları sağlamadır. Ülkemeizde de bakıma muhtaç yakını olan çalışanlara bu yönde izin hakkı tanınması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Nurşen Caniklioğlu ve Canan Ünal, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Bakım Sigortasının Kurulmasının Gerekliliği", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 3, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, ss. 2267-2296; Kabakçı, ss. 57-58.

değil de bir veya iki senelik süreler dâhilinde verilir[1697].

Annenin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na, Sosyal Politikalar İl ve İlçe Müdürlükleri'ne başvurması gerekmektedir. Başvuruda sağlık kurulu raporu, iki adet fotoğraf, nüfus müdürlüğünden bakıma muhtaç çocuk ile ve anne adına adrese dayalı vukuatlı nüfus örneği ve yerleşim yeri belgesi, yatılı ve sürekli bakımı için resmi veya özel bakım merkezine yerleştirilecek olan; 18 yaşını tamamlamamış bakıma muhtaç engelli için ilgili mahkemelerden alınacak, koruma altına alınması ve bir bakım merkezine yerleştirilmesi kararı ile velayet altında değil ise vesayet altına alınması ve vasi atanması kararı; 18 yaşını tamamlamış olup akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini görememesi veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gerekmesi ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokması nedenleriyle kısıtlanması gerekli bakıma muhtaç özürlü için ilgili mahkemelerden alınacak, kısıtlanması ve bir bakım merkezine yerleştirilmesi kararı ile velayet altında değil ise vesayet altına alınması ve vasi atanması kararı, bakmakla yükümlü olunan bireyler kapsamındaki kişilerin gelir ve mal durumuna ilişkin yazılı beyanı ve taahhüdü ile beyanın içeriğine dair belgeler, varsa çocuğun öğrenim durumunu gösterir belge, annenin boşanması durumunda mahkeme kararı yer almalıdır[1698].

Evde bakıma muhtaç çocuğuna bakan kadına net asgari ücret verilmekte, ancak kadının sosyal güvencesi göz ardı edilmektedir. Evde bakım aylığı alan annenin, bütün gün evde bakıma muhtaç çocuğu ile ilgilenmesi gerektiği için başka bir işte çalışması pek mümkün değildir. Bu kişilerin genel itibariyle gelir seviyeleri de düşük olduğu için isteğe bağlı sigorta primlerini ödeme imkânları da olmadığı durumlarda sosyal güvenlik kapsamı dışında kalmaktadırlar. Bakıma muhtaç kişiye bakan kadın ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu arasında hukuki anlamda bir bağımlılık olmasa dahi, ekonomik anlamda bir bağımlıktan söz edilebilir. Kurum görevi gereği söz konusu engelliye evinde bir başka kişiye ya da kendi bakım merkezinde bir kişiye baktırsa, çalıştırdığı kişinin sosyal güvencesini sağlamak ve primlerini ödemek zorunda olacaktır. Bu sebeple, bakım görevi üstlenen kadına evde bakım aylığı verilirken, kadının güvencesiz çalıştırılması sosyal devlet ilkesi ile

[1697] http://www.gunes.com, (ET. 10.06.2018).
[1698] Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tespiti ve Bakım Hizmetleri Esaslarının Belirlenmesine İlişin Yönetmelik, md. 6. ve bu Yönetmelikte değişiklik yapan yönetmeliğin 3. maddesi.

bağdaşmamaktadır[1699].

d. Çalışan Annelere Kreş ve Gündüz Bakımevi Desteği

Çalışan annelerin çalışma hayatında istihdamlarını devam ettirebilmelerine ilişkin olarak yürütülen uygulamalardan biri de işveren tarafından yapılan kreş ve gündüz bakımevi yardımının belirli bir oranda gelir vergisinden muaf tutulmasıdır. Kadın çalışanın bu istisnadan yararlanabilmesi için öncelikli aranan şart, işçi ile işveren arasında iş sözleşmesinin varlığıdır. Bu sebeple, 657 sayılı Kanun kapsamındaki kadınlar gelir vergisi istisnasından yararlanamamaktadır.

2018 yılında 7103 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla[1700], 193 sayılı Kanunun gelir vergisinden istisna edilen ücretleri düzenleyen 23. maddesinin 1. fıkrasına,

> *"İşverenlerce, kadın hizmet erbabına kreş ve gündüz bakımevi hizmeti verilmek suretiyle sağlanan menfaatler (İşverenlerce bu hizmetlerin verilmediği durumlarda, ödemenin doğrudan bu hizmetleri sağlayan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerine yapılması şartıyla), her bir çocuk için aylık, asgarî ücretin aylık brüt tutarının %15'ini aşmamak üzere bu istisnadan yararlanılır. Kreş ve gündüz bakımevi hizmetini sağlayanlara yapılan ödemelerin belirlenen istisna tutarını aşan kısmı ile hizmet erbabına bu amaçla nakden yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler ücret olarak vergilendirilir. Bu bentte yer alan %15 oranını, asgarî ücretin aylık brüt tutarının %50'sine kadar artırmaya ve kanuni seviyesine getirmeye Bakanlar Kurulu, bu istisnanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."*

hükmü eklenmiştir (md. 4).

Yapılan yeni düzenlemeyle, çocuk bakımı nedeniyle çalışma hayatına katılamayan annelere büyük bir destek sağlanmıştır. Kadın çalışanlara yönelik işveren tarafından sağlanan kreş yardımı, ek bir yardım niteliğindedir. Düzenleme kapsamında, işveren tarafından kreş ve gündüz bakımevi için işçinin ücretine ilave olarak yapılan ödeme, gelir vergisinden istisna ediliyor, başka bir ifadeyle vergi dışı bırakılmaktadır.

[1699] Karadeniz, s. 112-113.
[1700] RG.: 27.03.2018, S.: 30373 (2. Mükerrer).

05.05.2018 tarihli ve 30412 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2018/11674 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile % 15 oranı, bu tarihten itibaren asgari ücretin brüt tutarının % 50'si olarak belirlenmiştir. Böylelikle, çocuk başına gelir vergisi matrahından istisna edilen aylık tutar 304 TL'den 1.015 TL'ye yükseltilmiş oldu. 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 45. maddesiyle daha önce Kanun ile Bakanlar Kurulu'na verilen yetki Cumhurbaşkanı verilmiştir.[1701].

Maliye Bakanlığı'nın Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne[1702] göre, kreş ve gündüz bakımevi hizmetinin işverenlerce işyerinde verilmesi durumunda, bu hizmetten faydalanan kadın işçiye sağlanan menfaatin tamamı gelir vergisinden istisna olacaktır. Söz konusu hizmetin, işverenin kendisine ait veya kiralamış olduğu diğer yerlerde verilmesi istisna uygulamasına engel teşkil etmeyecektir.

İşverenlerce, kreş ve gündüz bakımevi hizmetinin işyerinde verilmediği durumlarda, kadın hizmet erbabının hizmet aldığı gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince işletilen kreş ve gündüz bakım evlerine ödeme yapılmak suretiyle sağlanan menfaatler de istisna kapsamındadır. Kadın işçiye sağlanan menfaatin ücret istisnasına tabi tutulabilmesi için bu hizmetin gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince işletilen kreş ve gündüz bakım evlerinden alınması, ödemenin kadın işçiye değil, doğrudan kreş ve gündüz bakım hizmeti sağlayan mükelleflere yapılması gerekmektedir. İşçiye doğrudan yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler, ücret olarak vergilendirilecektir.

Çalışanın destekten yararlanılabilmesi için çocuğunu gönderdiği kreş ve gündüz bakımevinin özel sektörde faaliyet göstermesi şarttır. Dolayısıyla, çocuklarını kamuya ve kamu tüzel kişiliğine ait kreş ve gündüz bakımevlerine gönderen çalışanlar için vergi istisnası uygulanmayacaktır.

e. Şartlı Sağlık Yardımı

Fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda olan kişilere Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Vakıfları tarafından sağlanan sosyal yardımlar bulunmaktadır.

[1701] http://www.maliye.gov.tr/haberler/resmi-gazetede-yayimlanan-bakanlar-kurulu-kararina-iliskin-aciklama, (ET. 10.10.2018).
[1702] RG.: 11.08.2018, S.: 30448.

Bu yardımların bir kısmı 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nda belirlenmiş, bir kısmı ise idari kararlarla şekillenmiştir. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Vakıflarının sağlayacağı sosyal koruma olanaklarının önemli bir kısmı herhangi bir kanunda ya da yönetmelikte düzenlenmemiştir. İdari yapı içinde alınan idari kararlarla belirlenmiş sosyal yardımlar bulunmaktadır. Bu yardımlardan biri de şartlı sağlık yardımıdır[1703].

Şartlı Sağlık Yardımı, yoksulluk riski altındaki ailelerin çocuklarının temel sağlık hizmetlerinden düzenli olarak faydalanmalarını, gebe kadınların düzenli sağlık kontrollerini yaptırmalarını ve doğumlarını sağlık kurumlarında yapmalarını hedefleyen nakdi bir sosyal yardımdır[1704].

Şartlı Sağlık Yardımı kapsamında yapılan gebelik yardımı, nüfusun en yoksul kesiminde yer alan ve sosyal güvenceye tabi olmayan gebe kadınların gebelik süresi içinde bağlı bulunduğu il ve ilçedeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'na başvuru yaptığı ve düzenli olarak sağlık kontrollerini yaptırdığı takdirde hak kazandıkları bir yardım türüdür[1705]. Bu yardım sosyal güvencesi olmayan, gebelik süresi içinde başvuru yapan, gelir durumu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın mütevelli heyetinin belirleyeceği muhtaçlık sınırının altında olan kadınlara yapılır. Gebe olan kadının düzenli muayenelerinin yapılması hâlinde doğumdan önce aylık 35 TL, doğumdan sonra iki kereye mahsus 35 TL ödeme yapılır[1706].

Gebelik yardımından yararlanan ve doğumu yetkili hastanelerde gerçekleştiren kadınlara, doğum belgelerini bağlı bulunduğu il/ilçedeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'na götürdüğü takdirde tek sefere mahsus 75 TL yardım yapılır[1707].

[1703] Sözer, Yoksulluk/Yoksunluk, ss. 240-241.
[1704] 2014 yılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Faaliyet Raporu.
[1705] https://sosyalyardimlar.aile.gov.tr (ET. 10.12.2018).
[1706] https://sosyalyardimlar.aile.gov.tr (ET. 10.12.2018); Korkusuz ve Uğur, s. 104.
[1707] https://sosyalyardimlar.aile.gov.tr (ET. 10.12.2018); Korkusuz ve Uğur, s. 104.

SONUÇ

Erkek ve kadın arasında objektif ve biyolojik farklılıklar sonucunda gebelik, doğum ve emzirme gibi sadece kadın tarafından gerçekleştirilebilen yaşam olguları iş güvencesi, iş güvenliği, sosyal güvenlik hakları ve çalışma koşulları bakımından annelerin korunmasına ilişkin kuralların yürürlüğe konulmasını gerektirmektedir. Anne ve çocuğun sağlığının korunması amacıyla kadın işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler toplumunun genelini ilgilendirir. Bu bağlamda, gerek mevzuatımızda gerekse uluslararası belgelerde birçok düzenleme yer almaktadır. Ülkemizde, son dönemlerde yasal düzenlemeler ile toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik, iş ve aile yaşamının uyumlaştırılması amacıyla bazı yeni düzenlemeler yapılmıştır. Hukuk sistemimizde yer alan kadın işçilerin analık hâlinde çalışma koşulları bakımından özel olarak korunmasına ilişkin düzenlemeler genel olarak uluslararası hukuk metinlerine ve Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerine uyumludur.

Kadınların çalışma hayatında karşılaştıkları sorunlar işverenle yaptıkları iş görüşmeleri sırasında başlamaktadır. İşverenler, kendilerine mali külfet getireceği ve işyerindeki iş organizasyonunu bozacağı düşüncesiyle, gebe ve anne olan işçi adayları ile iş sözleşmesi yapmak istememektedir. Birçok uluslararası belgede ve mevzuatımızda, kadın işçi adayının gebe olması nedeniyle işe alınmaması cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilmektedir. İşin niteliği ve biyolojik nedenler gerektirmiyorsa, işveren kadın işçi adayına gebeliğe ilişkin sorular soramaz. Buna rağmen, işveren gebeliğe ilişkin soru sorarsa, işçi adayı bu soruları cevaplamakla yükümlü değildir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde gereğince, işveren iş ilişkisinde veya sona ermesinde işçinin kadın veya gebe olması nedeniyle ayrım yaparsa işçi, işverenden dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat talep edebilir. Kanunda, işe alımlarda cinsiyete dayalı ayırımcılık yapılması durumunda tazminat yaptırımının hükme bağlanmamış olması maddede getirilen yasağın etkinliğini azaltmıştır. Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'na göre, işe alma esnasında ayrımcılığa maruz kalan aday işe alınmış olsaydı alacağı ücretin üç aylık tutarını geçmeyecek bir tazminata hak kazanır (AGG § 15/2). Her ne kadar işveren tarafından işe almada cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılması hâlinde sözleşme görüşmelerinde doğan sorumluluk kapsamında (culpa in contrahendo) işveren sorumlu tutulabilecek olsa da bu konuya

ilişkin Alman hukukundaki gibi özel bir kanuni düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Çalışma hayatında kadınların karşı karşıya kaldıkları en büyük sorun şüphesiz toplumsal yapı içinde sahip oldukları önemli rol sebebiyle, toplumsal devamlılığı sağlamak üzere analık, ev işleri ve çocuklarının bakımıdır. Her ne kadar ev işlerinde ve çocuk bakımından sadece kadın işçinin sorumlu olmadığının kabulü gerekse de, toplumdaki genel anlayış dikkate alındığında, bu sorumluluklar nedeniyle günlük çalışma saatleri normal çalışma sürelerini aşmakta ve dinlenme süreleri ise azalmaktadır. Özellikle, gebe işçilerin uzun süre çalışmaları düşük yapmaya, erken doğuma, ölü doğum yapmaya neden olmaktadır.

İş Kanunu'nunda, doğum ve evlat edinme nedeniyle birçok izne yer verilmiştir. Bu düzenlemeler elbette çocuğun ve annenin sağlığı açısından çok önemlidir. Kanunda annenin birden fazla izin hakkına sahip olması ve izin sürelerinin uzun olması, kadın istihdamını olumsuz etkileyebilir. Ayrıca uzun izin süreleri kadın işçinin işe dönmesini ve işe tekrar uyum sağlamasını zorlaştırabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, bu izinlerin önemli bir kısmı kadın işçinin isteği hâlinde kullanılmaktadır.

Ülkemizde her geçen gün artmakta olan kadın istihdamı, yaşanan sosyo-kültürel ve ekonomik değişimler göz önünde bulundurularak, kadın işçilerin analık hâllerinin özel olarak korunması ve ailevi sorumlulukları olan kadın ve erkek işçilerin çalışma koşullarına ilişkin 6663 sayılı Kanunla yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu Kanunla, kadın işçilerin doğum hâllerine özgü önemli yenilikler getirmiştir. Kadın işçinin analık hâline özgü bazı ilave izin haklarının yanı sıra doğum veya evlat edinme yoluyla baba olan erkek işçilere de önemli izin haklarına ilişkin düzenlemeler de mevzuatımızda yer almıştır.

Yapılan değişiklikler, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik olmakla birlikte, iş ve aile yaşamının uyumlaştırılması amacı da taşımaktadır. Kadınların istihdama katılması yönündeki sorunların ortadan kaldırmasına yönelik, her ne kadar uluslararası belgeler dikkate alınarak gerekli adımlar atılsa da, yapılan düzenlemelerin bir kısmının kadınları istihdam alanından uzaklaştıracak nitelik taşıdığını da söylemek mümkündür. Düzenlemeler, kadının çocuğun bakımı konusundaki geleneksel rolünü güçlendirmeye hizmet etmesinin yanı sıra işverenler

tarafından iş verimliliğini olumsuz etkileyecek bir düzenleme olarak nitelendirilme olasılığına da sahiptir.

6663 sayılı Kanunla İş Kanunu'nda yapılan yenilikler incelendiğinde, yeni düzenlemelerin beraberinde birçok sorunu da getirdiği görülecektir. 6663 sayılı Kanunla, evlat edinme hâlinde her iki eş içinde yarım çalışma izni hakkı tanınırken, doğum hâlinde izin hakkının sadece kadın işçiye tanınmasını isabetli bulmamaktayız. Bu nedenle doğum sonrası baba olan ya da doğumda veya doğum sonrasında eşi vefat eden erkek işçi, yarım çalışma izni kullanamayacaktır. Kanundaki bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yarım çalışma izni ile yarım çalışma ödeneği hak kazanma koşulları aynı değildir. Bu durum nedeniyle, yarım çalışma izni kullanan her işçi yarım çalışma ödeneğinden yararlanamayabilir. Kanımızca, yarım çalışma izninin amacına ulaşması için izni kullanan tüm işçilerin yarım çalışma ödeneğinden yararlanması mümkün hâle getirilmelidir. Bu sebeple de yarım çalışma izni ile yarım çalışma ödeneğine hak kazanmak için gerekli koşulların aynı olması gerekmektedir.

6663 sayılı Kanunla getirilen önemli yeniliklerden biri olan tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, çocuklarının bakımını üstlenen bu yüzden işgücü piyasasından çekilen anne işçiler için bir fırsat teşkil etmektedir. Bu bakımından, 6663 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelerin özellikle kadın işçiler lehine pozitif düzenlemeler olduğu düşünülebilir. Ancak bazı düzenlemelerin uzun vadede çalışma yaşantısından kadın işçilerin uzaklaşmasına sebep olma ihtimali de bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Ayrıca kısmi süreli çalışmaya ilişkin olarak öngörülen söz konusu süreler oldukça uzundur. Bu durum, kadın işçilerin tam süreli çalışmadan soğumalarına neden olabilir.

6663 sayılı Kanunla anne ve babaya kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin mevzuatta yer alan düzenlemeler birçok eleştiriye açıktır. Mevzuatta yer alan düzenlemelerin kaleme alınış şekli beraberinde birçok sorunu getirecek niteliktedir. Örneğin, doğum veya evlat edinme nedeniyle tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine alınan ikame işçiye ilişkin olarak Kanunda yer alan düzenlemeler, belirli durumlarda ikame işçinin mağduriyetine yol açacak niteliktedir. Konunun esaslarının daha açık ve net bir şekilde Kanunda düzenlenmiş ve uygulama ve usul ve esaslarının yönetmeliğe bırakılmış olması gerekirdi.

6663 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler 2016 yılında yürürlüğe girmesine karşılık henüz bu konuya ilişkin Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi kararına ulaşamadık. Bu durum söz konusu haklara ilişkin uyuşmazlık yaşanmadığı şeklinde yorumlanabilir. Ayrıca işçi tarafından hakların çeşitli nedenlerle kullanılmak istenmediği ya da işverenlerin işçilerin söz konusu hakları kullanmalarını engellemeleri kanunen mümkün olmasa da, çeşitli nedenlerle işçilerin hakları kullanmalarına engel olunduğu şeklinde de yorumlanabilir. Kanaatimizce, söz konusu hakların kullanılması işverenlerin iş organizasyonu açısından bir takım değişiklikleri ve sorunları beraberinde getirecektir. Her ne kadar işçinin hakkı kullanma yönündeki talebine işveren olumlu cevap verse de, işçiye olumsuz görüşünü bildirip işçi üzerinde baskı kurarak hakkın kullanımına engel olabilir. Örneğin, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin bu yöndeki talebi işveren tarafından kabul edilmek zorunda olsa da işçi üzerinde sözleşmesinin sona erdirilebileceğine yönünde baskı kurularak işçinin bu hakkı kullanması engellebilir. Oysaki, hakkı kullanan işçinin iş sözleşmesinin feshine karşı koruyucu düzenlemeler Kanunda bulunsa, işveren işçinin hakkı kullanmasına bu şekilde engel olamaz.

Alman hukukunda, kadın işçinin analığının korunmasına ilişkin özel bir kanun bulunmasının yanı sıra anne ve babanın çocuğun yetiştirilmesi süreci göz önünde bulundurulmuş ve bu husus da ayrıntılı bir şekilde ayrı bir kanunda düzenlenmiştir. Her iki kanundaki düzenlemeler yapılırken işçi ve işveren menfaati arasındaki denge korunmaya çalışılmıştır. Esasında hukukumuz açısından da İş Kanunu kapsamında olsun ya da olmasın tüm anne olan kadın işçileri ve çocuklarını koruyan, analık iznine, işçinin analık hâlinde işveren tarafından feshe karşı korunmasına, bu dönemde işçinin iş güvencesinin sağlanmasına, ücretin korunmasına ilişkin hükümler içeren ayrı kanuni düzenlemeler yapılması yerinde olur. Böylelikle, farklı kanunlar kapsamında olan kadın işçilerin aynı düzenlemelerden yararlanması sağlanmış olur. Bunun yanı sıra 6663 sayılı Kanunla getirilen yarım çalışma izni ve tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin İş Kanunu'ndaki ve yarım çalışma ödeneğinin yer aldığı İşsizlik Sigortası Kanunu'ndaki düzenlemelerin de yabancı ülke örneklerinde olduğu gibi tek bir kanunda düzenlenmesi isabetli olur.

Gebelik ve annelik, sadece kadın cinsiyetine özgü bir niteliktir ve kadının fizyolojik yapısını etkileyen bir faktördür. Bu dönemde, kadın işçinin performansında geçici olarak azalmalar meydana gelebilir veya işveren bir takım mali ve hukuki yükümlülüklere katlanmak zorunda kalabilir. Ancak bu gibi durumlar kadın işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirilebilmesi için geçerli veya haklı neden olarak değerlendirilmemelidir. Aksinin kabulü hâlinde, kadın işçi cinsiyetine özgü bir niteliği dolayısıyla mağdur edilmiş olur. İşveren gözetme borcu gereği, kadın işçiye yeni durumuna uygun çalışma ortamı sağlamakla yükümlüdür. İşverenin kadın işçinin iş yoğunluğunu hafifletmesi beklenirken, aksi yönde davranışı, işçiyi gözetme borcuna aykırılık teşkil eder.

İş Kanunu'nda yer alan mevcut düzenlemeler karşısında, gebelik ve annelik nedeniyle işveren tarafından yapılan bildirimli fesihlere karşı, kadın işçilerin tam olarak korunduğunu ve iş güvencelerinin sağlandığını söylemek pek mümkün değildir. İş Kanunu'nda iş güvencesi kapsamında olan kadın işçinin, gebeliği (İş K. md. 18/3-d) ve analık izni boyunca işe gelmemesi (İş K. md. 18/3-e) sözleşmesinin feshi için geçerli neden olarak kabul edilmemektedir. İş güvencesi kapsamında olmayan kadın işçinin gebeliği, işveren tarafından öğrenildiği andan itibaren iş sözleşmesi herhangi bir neden gösterilmeksizin feshedilebilir. Böyle bir durumda yapılan fesih, kötüniyetli fesih olarak kabul edilip işçi kötüniyet tazminatı hak kazanmakta, fakat yapılan kötüniyetli fesih sonucunda işini kaybetmektedir. Bu durum göstermektedir ki, ülkemizde sadece iş güvencesi kapsamında olan kadın işçilerin, gebelik ve annelik nedeniyle işveren tarafından yapılan fesihlere karşı kısmen korunduğunu kabul etmek mümkündür. Bu nedenle de kanaatimizce, İş Kanunu'nda iş güvencesi kapsamı dışında olan kadın işçilerin de analık hâli nedeniyle işveren tarafından yapılacak feshe karşı korunmalarına ve bu işçilerin de iş güvencelerinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.

Çalışma hayatında yer alıp doğum yapan ve anne olan kadının ve çocuğun sağlığının korunması, kadının ekonomik açıdan hak kaybına uğramamasına ilişkin düzenlemelere, İş Kanunu'nun yanı sıra 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda da yer verilmiştir. Analık izninde olan kadın sigortalının bu izin esnasında gelir kaybına uğramasını engellemek amacıyla, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda analık sigortası kapsamında geçici

iş göremezlik ödeneği verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 6663 sayılı Kanunla belirli durumlarda babalara ve evlat edinen kadın veya erkek işçilere de doğuma ve evlat edinmeye bağlı olarak izin hakkı tanınmıştır. Ancak bu kişilerin izin süresi boyunca gelir kaybına uğramalarını engellemek amacıyla ne İş Kanunu'nda ne de 5510 sayılı Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanaatimizce, bu kişilerin de izin haklarını kullandıkları süre boyunca gelir kaybına uğramasını engellemeye yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, doğum yapan annelerin kullandıkları izinler nedeniyle hak kaybına uğramamaları amacıyla, doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunda kadınlara tanınan bu borçlanma hakkı Sosyal Güvenlik Kurumu genelgeleri ile zorlaştırılmıştır. Bu sebeple, öğretideki eleştiriler dikkate alınarak Kanunda, yönetmeliklerde ve genelgelerde doğum borçlanmasına ilişkin olumlu yönde değişikler yapılmıştır. Ancak bu değişikliklerin yeterli olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Kanaatimizce, doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemelerin yerine kadın işçinin analık izni süresince primlerinin işveren ve devlet tarafından ödenmesi sağlanmalıdır.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, İş Kanunu'nda yapılan yenilikler bazı durumlarda işçilerin sosyal güvenlik hakları bakımında mağdur olmalarına neden olmaktadır. 6663 sayılı Kanunla İş Kanunu'nda yapılan yenilikler ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu arasında uyum sağlanmalıdır. Örneğin, İş Kanunu'nda 6663 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda belirli durumlarda babalara analık izni ve yarım çalışma izni kullanma hakkı tanınmış, bu kişilere 5510 sayılı Kanunla bu süreleri borçlanma hakkı tanınmamıştır. Kanaatimizce bu kişilerin de kullandıkları izinler dolayısıyla sosyal güvenlik hakları bakımından mağdur edilmemeleri ve bu izinler için borçlanma hakkı tanınması gerekir.

Genel sağlık sigortası kapsamında klasik anlamda analık hâline ilişkin sağlık yardımları dışında, doğal yollarla anne olamayan kadınlara yardımcı üreme teknikleri ile anne olmaları bakımından önemli bir destek sağlanmıştır. 5510 sayılı Kanunda, çocuk sahibi olamayan çiftlere yönelik olarak yardımcı üreme tekniklerine ait masrafların genel sağlık sigortası kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme, kadınların sosyal güvenliğinin sağlanması ve aile birliğinin korunması amacıyla oldukça önemlidir. Kanunda, her ne kadar zamanla yapılan değişikliklerle haktan

yararlanma şartları hafifletilmeye çalışılmış olsa da yeterli olmamıştır. Haktan yararlanma üç deneme ile sınırlandırılmıştır. Oysaki, deneme sayısının kaç olması gerektiğinin uzman hekimler tarafından tıbbi veriler ışığında değerlendirilebilmesini sağlamak amacıyla, konunun sağlık kuruluna bırakmak daha doğru olacaktır.

Anne olan kadınları çalışma hayatına kazandırmak ve uzaklaşmalarını engellemekle birlikte, aile içindeki yükümlülükleri azaltmak amacıyla çeşitli sosyal yardımlar yapılmaktadır. Bu amaçla birçok proje uygulamaya konulmuştur. Bu projelerin bir kısmı belirli bölge ve süreyle sınırlı olarak uygulanmıştır. Şunu söylemek gerekir ki, anne olan kadınların çalışma hayatından uzaklaşmasını önlemek ve yer almalarını kolaylaştırmak amacıyla yapılan sosyal yardımların daha çok doğum yapan annenin çocuk bakım yükümlülüğünü hafifleterek onun yeniden çalışma hayatına dönmesini sağlayacak özellik taşımalıdır.

Sonuç olarak, Türk iş hukukunda ve sosyal güvenlik hukukunda gebe ve emziren anne işçinin korunması ile ilgili mevzuat incelendiğinde sosyal hukuk devleti gereği, her ne kadar tartışılabilir yönleri olsa da gelişmiş ülkeler düzeyinde bir mevzuatın uygulanmakta olduğu görülmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, asıl önemli olan konu, uygulamadaki durum ve ihlallerin etkili olarak denetlenmesidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Akdeniz, Ledün Ayşe: **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Akın, Levent. "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri" Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, **Kamu-İş**, Ankara 2012, s. 405-595.

Akın, Levent. **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**, Güncellenmiş 12. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Akyiğit, Ercan. **En Son Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010.

Akyiğit, Ercan. **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Akyiğit, Ercan. **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 2. Cilt, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Akyiğit, Ercan. **1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Yıllık Ücretli İzin Türk/Alman/İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı (Öğreti-Uygulama)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000. Akyiğit, Ercan. **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

Akyiğit, Ercan. “Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ile İlgili Yargıtay Kararı Üzerine”, **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül 1991, Cilt: 5, Sayı: 5, (Hükümsüzlük), ss. 10-20.

Akyiğit, Ercan. **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990.

Alp, Mustafa. **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Alpagut, Gülsevil. “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği**, Ankara 2016, ss. 3-79.

Alpagut, Gülsevil. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, **Türk-İş**, Ankara 2007, ss. 75-121.

Alpagut, Gülsevil. **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, İstanbul 1998.

Altan, Ömer Zühtü. **Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu İle Korunması**, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Eskişehir 1979.

Andaç, Faruk. **İş Hukuku (Sosyal Politika Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması)**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.

Arıcı, Kadir. “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017 Özel Sayı, ss. 269-284.

Arıcı, Kadir. **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**¸ Gazi Kitabevi, Ankara 2015.

Arıcı, Kadir. "5510 sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortalılar (4a) da Doğum Borçlanması Yapabilirler"; **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 19, Eylül 2010, ss. 159-167.

Arslan Ertürk, Arzu. "6552 Sayılı Kanunun 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası Kanununa Getirdiği Bazı Önemli Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **MÜHF - HAD**, Cilt: 20, Sayı: 3, ss. 247-272.

Arslan Ertürk, Arzu. "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", **MÜHF - HAD**, Cilt: 23, Sayı: 1, ss. 345-369.

Arslan Ertürk, Arzu. "Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul 2011, ss. 533-559.

Aslanköylü, Resul. **Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Astarlı, Muhittin. "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, **On İki Levha Yayıncılık**, İstanbul 2017, ss. 211-384.

Astarlı, Muhittin. **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Atabek, Reşat. **İş Kazası ve Sigortası**, Erdini Basım ve Yayınevi, İstanbul 1978.

Atabek, Reşat. **İş Aktinin Feshi**, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1938.

Ateş, Merve. **Türk Hukukunda Hastalığın ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri**, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

Aydın, Ufuk ve Seher Demirkaya. "Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları", **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı: 6, 2017, ss. 72-104.

Aydın, Ufuk. "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 555-862.

Aydın, Ufuk. "Aile Dostu İş Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, ss. 363-395.

Aydın, Ufuk. "Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 2, Mayıs, 2000, ss. 32-50.

Bacak, Bünyamin ve Yusuf Yiğit. "Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2009, ss. 1-31.

Bährle Teschke, Ute. **Arbeıtsrecht Schnell Erfasst**, 8. Aufl.,Springer, Berlin 2018.

Bakırcı, Kadriye, Oğuz Karadeniz, Hakkı Hakan Yılmaz, Nergis Elif Lewis ve Nursel Durmaz. **İş Dünyasında Kadın**, Cilt: 2, TÜRKONFED, İstanbul 2014.

Bakırcı, Kadriye. "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", **Sicil Hukuku İş Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, ss. 22- 40.

Balcı Gökçeoğlu, Şebnem. "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 54, 2017/3, ss. 1263-1298.

Baskan, Ş. Esra. "4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 2, Aralık 2016, ss. 89-131.

Baskan, Ş. Esra. "Analık Halinin Türk Sosyal Güvelik Hukuku Bakımından Sonuçları", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Cilt: 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı. 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss. 687-719.

Başaran, Sevtap. "Doğum Borçlanması", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 196, Nisan 2009, ss. 235-237.

Başterzi, Fatma. **Yaşlılık Sigortası**, TİSK Yayını, Ankara 2006.

Başterzi, Süleyman. "5510 Sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Sigortası ve Yeni Gelişmeler", **Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş'a Armağan Semineri**, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeleri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını, Ankara 2010, ss. 71-95.

Başterzi, Süleyman. **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigortalar İlişkisine Etkisi**, Tasarım Basımevi, Ankara 2007.

Baycık, Gaye. "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 7-357.

Baycık, Gaye. **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Bedük, Mehmet Nusret. **Deniz İş Sözleşmesi**, Ekin Kitapevi, Bursa 2012.

Birben, Erhan. **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2006.

Blanpain, Roger. **European Labour Law**, 11. Revised Edition, Wolters Kluwer Law&Business, Netherlands 2008.

Boecken, Winfries ve Jacob Joussen. **Teilzeit- und Befristungsgesetz Hadnkommentar**, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2018.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. **Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, Vedat Yayınevi, İstanbul 2012.

Böttcher, Inge ve Bettina Graue. **Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Basiskommentar zum BEEG**, 5. Aufl., Bund-Verlag, Frankfurt am Main 2016.

Böttcher, Inge ve Bettina Graue. **Elternz- und Mutterschutzrecht, Basiskommentar**, Bund-Verlag, Frankfurt am Main 1999.

Buchner, Herbert ve Ulrich Becker. **Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeld- und Elternzeitgesetz**, 8. neu bearbeitete Aufl., C.H.Beck, München 2008.

Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung. **Übersicht über dasArbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht**, 6. Aufl.,Bildung und Wissen, Nürnberg 2012.

Burns, Patrick. **Elternzeit**, 3. vollständig überarbeitete Aufl.,RdW Band 237, Boorberg, Baden-Baden 2015.

Canbolat, Talat ve Sema Deniz Özkan. "Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler", **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı: 6, 2017, ss. 105-136.

Canbolat, Talat. "Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri", **Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi – Değerlendirmeler- İstanbul Barosu Yayınları**, İstanbul 2010, ss. 13-29.

Caniklioğlu, Nurşen ve Canan Ünal. "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Bakım Sigortasının Kurulmasının Gerekliliği", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 3, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, ss. 2267-2298.

Caniklioğlu, Nurşen. "Atipik İstihdam Biçimleri ile Çalışanların-Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, C.: 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss. 43-78.

Caniklioğlu, Nurşen. "İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", **10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu**, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, ss. 159-200.

Caniklioğlu, Nurşen. "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği", **Emeğin Kurultayı 2**, Ankara 2016, ss. 115-153.

Caniklioğlu, Nurşen. "Kısa Vadeli Sigortalar Bağlamında 5510 Sayılı Yasa Uygulaması ve Çıkacak Sorunlar", **Bağ-Kur, SSK, Emekli Sandığı, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yasalar ve Gerçekler**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 66-89.

Caniklioğlu, Nurşen. "Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Cilt: 3, 2006, ss. 368-422.

Caniklioğlu, Nurşen. "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısına Göre Sosyal Sigorta Hakları ve Yükümlülükleri", **İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, ss. 151-192.

Caniklioğlu, Nurşen. **Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.

Cengiz (Urhanoğlu), İştar. "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 4, 2009, ss. 21-53.

Centel, Tankut. "6663 sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler - Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi-", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 35, Ağustos 2016, ss. 9-17.

Centel, Tankut. **İş Hukuku Cilt 1, Bireysel İş Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1994.

Centel, Tankut. **Kısmi Çalışma**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.

Centel, Tankut. **İş Hukukunda Ücret**, Denizciler Sendikası Yayınları, İstanbul 1988.

Ceylan, Cevdet. "Doğum Borçlanmasının Ayrıntıları", **Yaklaşım Dergisi**, Yıl: 17, Sayı: 194, Şubat 2009, ss. 160-163.

Civan, Orhan Ersun. "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı: 4, ss. 205-290.

Çalışkan, Aslı. **İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Çankaya, Osman Güven, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş. **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Çelebi Demir, Duygu. **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yurt Dışı Hizmet Borçlanması,** Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

Çelik, Nuri. "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 14, 2007, ss. 485-496.

Çelik, Nuri. "Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 4, Ankara 2002, ss. 95-104.

Çenberci, Mustafa. **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Ankara 1985.

Çil, Şahin. İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri İşin Düzenlenmesine İlişkin Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2016, ss. 103-105.

Çil, Şahin. **İş Hukukunda İşçinin Ücreti**, Turhan Kitapevi, Ankara 2010.

Çil, Şahin. **İş Kanunu Şerhi**, 3. Cilt, 2. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.

Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 6, Kasım 1987.

Çopuroğlu, Çağlar. "Süt İzni Üzerine Düşünceler", **Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2016, ss. 97-106.

Däubler, Wolfgang ve Martin Bertzbach. **Allgemeins Gleichbehandlungsgesetz Handkommentar**, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2013, (Däubler/Bertzbach-Bölüm Yazarı).

Däubler, Wolfgang, Jens Peter Hjort, Michael Schubert ve Martin Wolmerath, (Hrsg.). **Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen Handkommentar**, 4. Aufl.,Nomos, Baden-Baden 2017, (HK-ArbR/Bölüm Yazarı).

Däubler, Wolfgang. **Das Arbeitsrecht 2, Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz, Leitfaden für Arbeitnehmer**, 12. vollständig überarbeitete Aufl.,Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek 2009.

Dedeoğlu, Saniye. "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 21, 2009/2, ss. 41-54.

Değer Ermumcu, Senem. "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği", **Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan**, Cilt: 1, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2017, ss. 1997-2027.

Demir, Fevzi. **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulanması**, 6715 ve 7036 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2018.

Demir, Fevzi. "Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 4, Mayıs 2008, ss. 8- 24.

Demir, Fevzi. **İş Güvencesi Hukuku**, 2. Bası, Barış Yayınları, İzmir 1999.

Demirhan Adakale, Fatma Elif/Ekonomi, Münir. "Türkiye'de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yenilikler", **İ.T.Ü. Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 5, 2005, ss. 55- 67.

Deutsche Rentenversicherung. **Ihr Plus für die Rente**, 5. Aufl., 2010/3.

Deutsch-Schwedische Handelskammer Häusig, Eva (Hrsg): **Arbeitsrecht in Schweden Praxisleitfaden für Arbeitgeber und Personalverantwortliche in der nordeuropäischen Konsenskultur**, Springer Gabler, Wiesbaden 2016.

Dinç, Mutlu. **Türk Borçlar Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Doğan Yenisey, Kübra. "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 11, 2006/4, ss. 63-82.

Doğan Yenisey, Kübra. "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metedoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 7, 2005, ss. 973-1003.

Doğan Yenisey, Kübra. "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi,** , Cilt: 6, Sayı: 4, 2002, ss. 1-43.

Dolce, Rodolfo ve Doriana de Luca. **Arbeitsrecht in Italien Überblick über das italienische Arbeitsrecht nach den Job-Act-Regelungen für Unternehmer, Anwälte und Berater**, Springer Gabler, Wiesbaden 2016.

Dornbusch, Gregor/Fischermeier, Ernst/Löwisch, Manfred. **AR Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht**, 8. aktualisierte Aufl., Luchterhand, Köln 2016, (AR-Bölüm Yazarı).

Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, C. 3, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Eichenhofer, Eberhard. **Sozialrecht**, 5. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2004.

Ekin, Ali. **Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İnsan Onurunun Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Ekmekçi, Ömer. "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtayın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, **Kamu-İş**, Ankara 2011, ss. 319-407.

Ekmekçi, Ömer. "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 13, Mart 2009, ss. 19-28.

Ekmekçi, Ömer. "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi**, Kamu-İş, İstanbul 2001, ss. 61-140.

Ekonomi, Münir. "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 53, 2017, ss. 21-58.

Ekonomi, Münir. "Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 47, 2015, ss. 21-48.

Ekonomi, Münir. "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 22, 2009/3, ss.11-34.

Ekonomi, Münir. **İş Hukuku Cilt: 1, Ferdi İş Hukuku**, 3. Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1984.

Ellis, Evelyn. **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York 2005.

English, Penny. **The European Union and Discrimination Law, Discrimination Law**, Edited by Malcom Sargeant, Pearson Education Limited, England 2004.

Eraltuğ Kökkılınç, Ayşe Gül. "Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İzni", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2006, ss. 111-132.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Ergin, Hediye. "Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 14, 2007, ss. 635-664.

Erkul, İhsan. **Almanya'da İşçinin Ebeveyn Parası-Ebeveyn İzni-Babalık İzni ve Türkiye'deki Durum**, Özdemir Ofset, Eskişehir 2012.

Erlenkämper, Arnold/Fichte, Wolfgang. **Sozialrecht Allgemeine Rechtsgrundlagen Sozialegesetze Verfahrensrecht**, 6. vollständig überarbeitete Aufl., Luchterhand, München 2007.

Ertürk, Şükran ve İlke Gürsel. "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 425-458.

Ertürk, Şükran. "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri" **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 745-1026.

Ertürk, Şükran. **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara 2008.

Ertürk, Şükran. "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Hükümlerinin Birlikte Değerlendirilmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, Mart 2007, ss. 120-124.

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Ertürk, Şükran. "Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akidlerine Genel Bir Bakış", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2000, ss. 225-246.

Esener, Turhan. **İş Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

Eser, Dilek. **Sosyal Sigortalar Hukukunda Kadın: 506 ve 5510 Sayılı Kanunlar Bakımından Değerlendirme**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2009.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Eyrenci, Öner. "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1991, ss. 239-262.

Eyrenci, Öner. **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar**, Mozaik Yayıncılık, İstanbul 1989.

Foubert, Petra ve Šejla Imamović. "The pregnant workers directive: must do beter: lessons to be learned from Strasbourg?", **Lournal of Social Welfare and Family Law**, 2015, Cilt: 37, Sayı: 3, ss. 309-320.

Foubert, Petra. **The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community- Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America**, Kluwer Law International, The Hague 2002.

Franzen, Martin, Inken Gallner ve Hartmut Oetker. **Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht**, 2. Aufl., C.H.Beck, München 2018, (EUArbR/Bölüm Yazarı).

Fuchs, Maximilian ve Franz Marhold. **Europäisches Arbeitsrecht**, 3. Vollständig überarbeitete und erweiterte Auf., SpringerWienNewyork, Germany 2010.

Gallner, Inken, Wilhelm Mestwerdt ve Stefan Nägele, (Hrsg.). **Kündigungsschutzrecht**, Handkommentar, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2015, (HaKo-Bölüm Yazarı).

Gökçeoğlu, Şebnem. **Sosyal Güvenlik Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1994.

Göktaş, Murat. "Başkasının Bakımına Muhtaç Ağır Engelli Çocuğu Bulunan Kadın Sigortalıların Emekliliği", **İş ve Hayat Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2015, ss. 211-218.

Göktaş, Seracettin ve Şahin Çil. **Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu**, 4857 Sayılı İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitapevi Ankara 2003.

Graue, Bettina. **Mutterschutzgesetz Basiskommentar zum MuSchG**, 2. Auflage BundVerlag, Frankfurt am Main 2009.

Grobys, Marcel ve Andrea Panzer-Heemeier, (Hrsg.). **Arbeitsrecht, Alphabetische Gesamtdarstellung, Individualarbeitsrecht / Kollektives Arbeitsrecht / Prozessrecht**, 3. Aufl. Nomos, Baden-Baden 2017, (Grobys/Panzer/Bölüm Yazarı, SWK-ArbR 2017).

Gross, Willi. **Arbeitsrecht I**, 2. überarbeitete Aufl., Springer Wiesbaden 1992.

Güler, Şerafettin. "Kullandırılmayan Süt İzninin Fazla Çalışma Olarak Kabulüne Yönelik Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Karatahta Dergisi**, Sayı: 8, Ağustos 2017, ss. 99-114.

Günay, C. İlhan. **İş Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Gürsel, İlke. "Kişisel Verilerinin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkisine Etkileri", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 50, 2016, ss. 763-848.

Gürsel, İlke. **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Güzel, Ali ve Hande Heper. "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!.... Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 52, 2017/1, ss. 11-58.

Güzel, Ali, A. Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu. **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

Hantel, Peter. **Europäisches Arbeitsrecht mit zahlreichen Beispielesfällen aus der Rechtsprechung des EuGH** , Springer, Heidelberg 2016.

Heilmann, Joachim. **Mutterschutzgesetz Kommentar**, Nomos, Baden-Baden 1984.

Hekimler, Alpay. “Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal İş Mahkemesi Kararları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 33, 2012/2, ss. 473-482, (Hekimler, 2012/2).

Hekimler, Alpay. “Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 3, 2004/3, ss. 269-275.

Henssler, Martin, Heinz Josef Willemsen ve Heinz-Jürgen Kalb, (Hrsg). **Arbeitsrecht Kommentar**, 7. Aufl.,Ottoschmidt, Köln 2016, (HWK/Bölüm Yazarı)

Hessel, Philipp. **Krankeit im Arbeitsrecht**, Werlagsgesell schaft Recht und Wirtschaft MBH, Heidelberg 1957.

Hey, Thomas ve Gerrit Forst, (Hrsg.). **Kommentar AGG; Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**, 2. neu bearbeitete Aufl.,Fachmedien Recht und Wirtschaft in Deutscher Fachverlag GmbH, Frankfurt am Main 2015, (Hey/Forst-Bölüm Yazarı)

Hromadka, Wolfgang ve Frank Maschmann. **Arbeitsrecht Band I**, Individualarbeitsrecht, 7. Aufl.,Springer, Berlin 2018.

Hyde, J. Shibley. **Presidential Address: Women and Maternity Leave: Emprical Data and Public Policy Psychology of Women Quarterly**, 1995, Cilt: 19, Sayı: 3, ss. 299-313.

Jochem, Grönert. **Erziehungsgeld, Mutterschutz, Elternzeit**, Wilhelm Goldmann Verlag, München 2005.

Kabakçı, Mahmut. “İş ve Aile Hayatının Bağdaştırılması: Bakım İzni”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2012, ss. 56-82.

Kammerer, Cèline ve Nadja Kirsch Roβ. **Arbeitsrecht in Frankreisch, Rechtssicheres HR-Management für Unternehmer, Anwälte und Berater**, Springer Gabler, Wiesbaden 2017.

Kandemir, Murat. "4857 sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", **A. Can TUNCAY'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, ss. 415-444.

Kannengießer, C.Ulrike. **Arbeitsschutz für Frauen, Ein Leitfaden für die Praxis**, Hans-Böckler-Stiftung, Germany 2005.

Kaplan, Emine Tuncay. "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, ss. 1224-1238.

Kaplan, E. Tuncay. **İşverenin Fesih Hakkı-Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadıoğlu Matbaası, Ankara 1987.

Karadeniz, Oğuz. "Türkiye'de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 29, 2011/2, ss. 83-127.

Karadeniz, Oğuz/Yılmaz, Hakan. **İş Dünyasında Kadın**, Cilt 3, TÜRKONFED, İstanbul 2018.

Kenner, Jeffrey. **EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and Beyond**, Hart Publishing, North America 2003.

Keser, Hakan. "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan Iskatın ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 19, 2008, ss. 1025-1044.

Kiel, Heinrich, Stefan Lunk ve Hartmut Oetker, (Hrsg.). **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht,** Band. 1, 4. Aufl., C.H.Beck, München 2018, (MHdB ArbR/Bölüm Yazarı).

Kittner, Michael, Betram Zwanziger, Olaf Deinert ve Johannes Heuschmid, (Hrsg). **Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis**, 9. überarbeitete und aktualisierte Aufl., Bund Verlag, Frankfurt am Main 2017, (Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid-Bölüm Yazarı).

Koç, Sedef. "İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar 2**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, ss. 195-209.

Korkmaz, Fahrettin ve Nihat Seyhun Alp. "Avrupa Adalet Divanı Kararları Işığında İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkek Arasında Eşit Davranılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması", **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Cilt: 1**, İÜHFM, Cilt: 74, Özel Sayı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, ss. 529-550.

Korkusuz, M. Refik ve Suat Uğur. **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Son Mevzuata Göre Geliştirilerek Güncellenmiş 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018.

Korkusuz, Refik. "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Kısa Vadeli Sigorta Türlerinin Hukukî Durumunun İncelenmesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, ss. 140-165.

Kovancı, Nuray: **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Borçlanması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.

Köker, Nilüfer. "Alman Federal İş Mahkemesi Kararı (2 AZR 237/14-26.03.2015)", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Cilt: 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Sayı: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 941-949.

Kökkılınç, Ayşe Gül. **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.

Köseoğlu, Ali Cengiz ve Ayça Kaya. "Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, 2011, ss. 45-79.

Köseoğlu, Ali Cengiz. "Türk İş Hukukunda Analık", **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı:4, 2016, ss. 97-124.

Krause, Rüdiger. **Arbeitsrecht**, 3. Aufl.,Nomos, Baden-Baden 2015.

Kurt, Resul. "Türk Sosyal Hukukunda Doğuma Bağlı Haklar", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 138, Şubat 2018, ss. 48-69.

Küttner, Wolfdieter. **Personalbuch 2017 Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht**, 24. vollständig neubearbeitete Aufl.,C.H.Beck, München 2017, (Küttner/Bölüm Yazarı, Personalbuch 2017).

Landau, C. Eve ve Yves Beigbeder. **From ILO Standars to EU Law,The Case of Equality between Men and Women at Work**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.

Lyonette, Clare. "Part-time Work, Work Life Balance and Gender Equality", **Journal of Social Welfare and Family Law**, 2015, Cilt: 37, Sayı: 3, ss. 321–333.

Makas, Recep. **Hizmet Borçlanması**, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

Manav, A. Eda. "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2015, Cilt: XIX, Sayı: 2, ss. 95-136.

Manav, A. Eda. "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye' deki Uygulamalar" **DEÜHFD**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, ss. 731-779.

Marburger, Horst. **Das neue Mutterschutzgesetz Anwendungsbereich-Leistungen-Durchführung des Arbeitsschutzes für werdende und stillende Mütter**, Walhalla, Regensburg 2018.

Marburger, Horst. **Mehr Geld für Mütter und Vater Elternzeit-Elterngeld-Kindergeld-Mutterschutz**, **Soziale Leistungen für Eltern**, 13. aktulisierte Aufl., Walhalla, Regensburg 2018.

Marburger, Horst. **Schwangerschaft, Mutterschaft, Elternzeit**, RdW Band 232, 3. Aufl., Boorberg, Germany 2017.

Maschmann, Frank, Riner Sieg ve Burkhard Göpfert. **Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht**, 2. Aufl.,C.H.Beck, München 2016, (Maschmann/Sieg/Göpfert-Bölüm Yazarı).

Mc Glynn, Clare. **Families and the European Union Law**, Politics and Pluralism, New York 2006.

Medem, Andreas von. **Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Die Integration der Diskriminierungsverbote der Richtlinien 2000/78/EG, 2000/43/EG und 76/207/EWG in das deutsche Kündigungsschutzrecht**, Duncker&Humboldt, Berlin 2008.

Meinel, Gernod, Judith Heyn ve Sascha Herms. **Teilzeit- und Befristigungsgesetz**, Kommentar, 5. neubearbeitete Aufl.,C.H.Beck, München 2015.

Meisel, G-Peter ve Hans-Harald Sowka. **Mutterschutz und Erziehungsurlaub**, 5. neubearbeitete Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 1999.

Metin, Banu. "İş ve Aile Yaşamının Uyumlaştırılmasına Yönelik Politikalar ve Kadın İstihdamı: İsveç, Almanya ve Birleşik Krallık Örnekleri", **TİSK Akademi**, Cilt: 12, Sayı: 23, ss.19-49.

MISSOC. **European Commission, Mutual Information System on Socaial Protection in the Member States of the European Union, of the European Economic Area and in Switzerland, Situation on May 1 2004**, European Communities 2005.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. **İş Hukuku Ders Kitabı**, Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018.

Mutlay, Barış Faruk. **Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

Müller-Glöge, Rudi, Ulrich Preis ve Ingrid Schmidt. **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 18. neubearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 2018, (ErfK/Bölüm Yazarı).

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku**, **Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku II**, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

Narmanlıoğlu, Ünal. **Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973.

Nazlı, Seçkin. "Ücretsiz İznin Sigortalılık Niteliğinin Yitirilmesine ve Analık Sigortasından Sağlanan Yardımlara Hak Kazanmaya Etkisi", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2014, ss. 47-73.

Nebe, Katja ve Bettina Graue. "Die Reform des Mutterschutzgesetz", **AuR 11**, 2017, ss. 437-444.

Ocak, Saim. "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 37, Temmuz 2017, ss. 52-102.

Ocak, Saim. "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması", **İş ve Hayat Dergisi**, Sayı: 5, 2017, ss. 174-228.

Ocak, Saim. "Doğum Borçlanmasına İlişkin Yargıtay Kararı Tahlili", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 26, Haziran 2012, ss. 131-141.

Ocak, Saim. "Genel Sağlık Sigortasında Prim Koşulu", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, ss. 1053-1135.

Ocak, Saim. "Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 20, Aralık 2010, ss. 153-170.

Ocak, Saim. "Hizmet Borçlanması", **Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları III. Sempozyumu**, 2011, ss. 39-134.

Ocak, Saim. "Sigorta Başlangıcından Önceki Doğumlar Nedeniyle Hizmet Borçlanması", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 32, 2011, ss. 1477-1523.

Odaman, Serkan. "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları", Tekstil İşveren Dergisi, Sayı: 274, Ekim 2002, ss. 40-43.

Oğuz, Özgür ve Tuğçe Arslanpınar. "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Kadın Çalışanlara İlişkin Düzenlemeler", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 54, 2017, ss. 725-764.

Oğuz, Özgür. "Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler", **TBB Dergisi**, Sayı: 134, 2018, ss. 567-586.

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut M. Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Oğuzman, M. Kemal. **Hukuki Yönden Grev ve Lokavt Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun Sistematik Tetkiki ve İlgili Mahkeme İçtihatları**, Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967.

Okur, Ali Rıza. "Çalışmanın Gelir ve Aylıklara Etkisi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, ss. 2141-2201.

Okur, Ali Rıza. "Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı:12, 2006, ss. 1286-1308.
Onaran Yüksel, Melek. **Karşılaştırılmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

Ozanoğlu, Teoman. "Analık Sigortası ve Analık Sigortasına İlişkin Davalar", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 2, Sayı. 6, Kasım 1988, ss. 3-9.

Ozanoğlu, Teoman. "Ölüm Sigortası", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, Mart 1988, ss. 7-18.

Öktem Songu, Sezgi. "İşçinin İfade Özgürlüğü", **İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 2016 Yılı Toplantıları**, İstanbul Barosu Yayınlar, İstanbul 2018, ss. 120-162.

Öktem Songu, Sezgi. **Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.

Özdemir, Burhan. "Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 16, Aralık 2009, ss. 100-110.

Özel, Kayhan. "Karar İncelemesi Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 28, 2011/1, ss. 325-330.

Özer, Hatice Duygu. "Doğum Borçlanması", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, ss. 1137-1157.

Özer, Hatice Duygu. "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı. 21, 2009/2, ss. 123-136.

Özkan, Deniz Sema. **5510 Sayılı Kanunda Doğum Borçlanması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017.

Özkaraca, Ercüment. "Doğum Borçlanması (Karar İncelemesi)", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 26, 2010, ss. 501-525.

Öztan, Bilge. **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Pakin Akın, Ebru. **Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği**, Legal Yayınevi, İstanbul 2005.

Pıtt, Gwyneth. **Pitt's Employment Law**, 10. Edition, Sweet&Maxwell, London 2016.

Podehl, Jörg. **Arbeitsrecht Praxtischer Leitfaden für den betrieblichen Einsatz**, Springer Gabler, Wiesbaden 2017.

Preis, Ulrich. **Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis**, 3. Aufl.,Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2009.

Rambach, H. M. Peter. **Teilzeit und Befristung, Arbeitsverhältnisse flexibel gestalten**, 2. Aufl., Haufe, Freiburg 2015.

Rancke, Friedbert (Hrsg.). **Mutterschutz Betreuungsgelg/ Elterngeld/Elternzeit, Handkommentar**, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2015, (HK - MuSchG/BEEG/Bölüm Yazarı).

Rehbinder, Manfred. "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", **İÜHFM.**, Cilt: 45-47, ss. 745-762, (Çev: Öner Eyrenci).

Roos Elke ve Dirk Bieresborn, (Hrsg). **Mutterschutzgesetz, Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz, (MuSchG-BEEG), Kommentar**, Luchterland Verlang Köln 2014, (Roos/Bieresborn-Bölüm Yazarı MuSchG/BEEG).

Rust, Ursula ve Josef Falke, (Hrsg). **AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschrıften Kommentar**, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2007, (Bölüm Yazarı, in: Rust/Falke, AGG).

Saraç, Coşkun. "Analık Halinde Çalıştırma Yasağı", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, ss. 1881-1894.

Saraç, Coşkun. **Hastalık Sigortası**, Altın Nokta Yayınevi, İzmir 2013.

Saymen, Ferit Hakkı ve Münir Ekonomi. **Sosyal Sigortalar Tatbikatı**, İstanbul 1966.

Schaub, Günter. **Arbeitsrecht Handbuch**, 17. neu bearbeitete Aufl., C.H.BECK München 2017, (Schaub ArbR-HdB/Bölüm Yazarı).

Schleusener, Aino, Jens Suckow ve Burkhard Voig. **AGG Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**, 4. Auf., Luchterhand Verlag Köln 2013.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay. **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2018.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay. "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017 Özel Sayı, ss. 225-268.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay. "İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını**, İzmir 2000, ss. 709-722.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay. **Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması**, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1999.

Serozan, Rona. "Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **İÜMHAD**, Yıl: 2, Sayı: 3, 1968, ss. 108-129.

Sevimli, Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.

Sievers, Jochen. **TzBfG Teilzeit- und Befristungsgesetz**, 5. Aufl., Luchterhand, Köln 2016.

Silkin, Sema. "Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Kadın", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 5-6, Ağustos-Kasım 2011, ss. 28-75.

Sowka, Hans-Harald. **Elternzeit**, 7. Aufl., Düsseldorfer Schriftenreihe, Düsseldorf 2015.

Soyer, M. Polat. **İşçinin İş Görme Borcu**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1979.

Soyer, M. Polat. "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", **Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, ss. 149-167.

Sözer, Ali Nazım. **Türk Genel Sağlık Sigortası**, Güncellenmiş 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

Sözer, Ali Nazım. **Türk Sosyal Hukuku (Yoksulluk/Yoksunluk Mevzuatı)**, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

Sözer, Ali Nazım. **İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Sözer, Ali Nazım. "Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Değerlendirme", **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan**, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı 8, 2013, ss. 2477-2534.

Sözer, Ali Nazım. "5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Sosyal Sigortalara İlişkin Hükümleri Üzerine (506 SK. Bakımından Kısa Bir Değerlendirme) ", **Mercek Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 43, Temmuz 2006, ss. 127-143.

Sözer, Ali Nazım. "Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda İş Kazası Kavramı ve Uygulanması", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, ss. 1893-1917.

Sözer, Ali Nazım. "Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sosyal Sigorta Hakları", **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyon Bülteni**, Sayı: 4, 2000, ss. 69-90.

Sözer, Ali Nazım. **Sosyal Sigorta İlişkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1991.

Sözer, Ali Nazım. "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", **Adalet Dergisi**, Yıl: 73, Sayı: 6, Kasım - Aralık 1982, ss. 1049-1072.

Stahlhacke, Eugen, Ulrich Preis ve Reinhard Vossen. **Kündigung und Kündigungschutz im Arbeitsrecht**, 11. völlig neu bearbeitete Aufl.,C.H. Beck, München 2015, (SPV/Bölüm Yazarı).

Stratigaki, Maria. "The EU and the Equal Opportunities Process", **Gendered Policies in Europe-Reconciling Employment and Family Life**, edited by Linda Hantrais, St. Martin's Press, United States of America 2000, ss. 27-49.

Sur, Melda. "İş İlişkilerinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 37, Temmuz 2017, ss. 33-51, (Eşitlik İlkesi).

Sur, Melda. "Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu", **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1998, ss. 167-174.

Sur, Melda. **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir 1995.

Sümer, H. Hadi. "Yargıtay Kararlarının Işığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Türk Ağır Sanayi Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını**, Ankara 1998, ss. 201-224.

Süral, Nurhan. “Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve”, **Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan**, Cilt: 1, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15 Özel Sayı 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2014, ss. 279-309.

Süral, Nurhan. “Compatibility of Turkey’s Legal Ruleson Pregnancy and Maternity with the EU *Acquis”,* **European Gender Equality Law Review**, No. 2/2009, ss. 15-22.

Süral, Nurhan. “Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt: 2**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, ss. 1289 -1325.

Süral, Nurhan. **Avrupa Topluluğunun Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Türkiye**, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2002.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 12, Aralık 2008, ss. 24-39.

Süzek, Sarper. “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Özel Sayı 2007, ss. 115-133.

Süzek, Sarper. **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Savaş Yayınevi, Ankara 1989.

Şahin, Barış. “6663 Sayılı Kanun’da Analık Haline Özgü Öngörülen Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 3, Mayıs 2016, ss. 34-49.

Şahlanan, Fevzi. İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri İşin Düzenlenmesine İlişkin Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2016, ss. 93-94.

Şahlanan, Fevzi. "Doğum Yapan Kadın İşçiye Süt İzni Verilmemesi", **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 412, Haziran 2015, ss. 2-8.

Şahlanan, Fevzi. "Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, **İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, ss. 143-159.

Şakar, Müjdat. **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Şakar, Müjdat. "Kadının Sosyal Güvenliği Yok!", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2012, Sayı: 27, ss. 179-189.

Şakar, Müjdat. **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlıların Korunması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987.

Şimşek, Oğuz. "Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 73, Sayı:1, Ocak 2008, ss. 116-134.

Taşkent, Savaş ve Dilek Kurt. "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 40, 2014/1, ss. 29-50.

Taşkent, Savaş. "İş Kazası Kavramı", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, ss. 1951- 1966.

Taşkent, Savaş. İş K.md. 17, **İHU 1981/II**, No:14, ss. 1-2.

Taşkent, Savaş. "İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri", **Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan**, Cilt: 2, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, ss. 169-181.

Tillmanns, Christoph ve Bernd Mutschler, (Hrsg.). **Mutterschutzgesetz Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz Praxiskommentar**, 2. Aufl., Haufe, Freiburg 2018, (Tillmanns/Mutschler-Bölüm Yazarı).

Tröger, Beatrix ve Nadja Kirsch Roβ. **Arbeitsrecht in Großbritannien Praxisrelevante Regelungen und Unterschiede zur deutschen Rechtslage**, 2. Aufl., Springer Gabler Wiesbaden 2017.

Tuaç, Pelin. **Uluslararası Belgeler Işığında Sosyal Güvenlik Hakkı: Türk Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2016.

Tuaç, Pelin. "Analık Hâlinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar-6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler-", **DEÜ İBBFD**, Cilt: 32, Sayı: 1, 2017, ss. 201-241.

Tuaç, Pelin. "Çalışan Annelerin Hukuki Olarak Sahip Oldukları Haklar: Hamilelik, Lohusalık ve Analık Dönemlerine İlişkin Yasal Düzenlemeler", **ÇalışAnne, Çalışma Yaşamında Annelik**, (Ed. Olca Sürgevil Dalkılıç), Nobel Yayınları, Ankara 2015, ss. 111-148.

Tuaç Yılmaz, Pelin. "The Legal Protection of Pregnant Workers and Working Mothers According to Turkish Labour Law", **IJCEAS**; Cilt: 7, Sayı: 3-4, 2017, ss. 1-14.

Tulukçu, Binnur. "Türk Hukukunda ve Milletlerarası Alanda İşverenin Doğum Öncesi ve Doğum Sonrası İzin Verme Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt: 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, ss. 1350-1372.

Tulukçu, Binnur. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması**, Haber İş Sendikası Yayınları, Ankara 2000.

Tuncay, A. Can ve Ömer Ekmekçi. **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Tuncay, A. Can ve Ömer Ekmekçi. **Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları**, Legal Yayıncılık İstanbul 2008.

Tuncay, A. Can. "Doğum İzni Borçlanması-Karar İncelemesi-", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 27, 2010, ss. 1015-1023.

Tuncay, A. Can. "İş Hukukunda Eşit Davranma ve Eşitlik İlkesi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, ss. 21-38.

Tuncay, A. Can. "Yeni Sistemde Fiili Çalışma İlişkisine Dayanmayan Sigortalılık", **Mercek Dergisi**, Sayı: 43, Temmuz 2006, ss. 68-75.

Tuncay, A. Can. "Çalışan Kadının Analık Durumunda İzin ve Ücret Güvencesi", **Mercek Dergisi**, Sayı: 39, Temmuz 2005, ss. 29-47.

Tuncay, A. Can. "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994**, MESS Yayını, İstanbul 1996, ss. 35-59.

Tuncay, A. Can. **Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri**, Evrim Basım, İstanbul 1989.

Tuncay, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

Tunçomağ, Kenan. **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1990.

Tunçomağ, Kenan. "Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu", **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan**, Cilt:1, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, ss. 101-131.

TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. Cilt: 16 Sayı: 6 Mayıs 2001, Clt: 17, Sayı:1, Ağustos 2001.

TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. Cilt: 16, Sayı: 4-5, Kasım 2000-Şubat 2001.

Tünzünkan, Demet. "Kadın İş Gücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı: Mevzuatlar Açısından Türkiye-İtalya Karşılaştırması", **Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı: 12, Nisan 2016, ss. 313-324.

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri, Diğer Kanunlarla Yapılan Değişiklik Gerekçeleri ve 19 Ekim 2005 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı İle Birlikte**, Yenilenmiş 4. Baskı, Matsa Basımevi 2009.

Uğur, Murat. "Çalışma Yaşamında Kadınlara Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Sağlanan Haklar", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 28, Aralık 2012, ss. 215-223.

Uğur, Suat ve Ömer Uğur. "İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları," **Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 3, 2017, ss. 663-684.

Uğur, Suat ve Yusuf Yiğit. "İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı", **Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi**, Cilt: 6, Sayı: 1 Haziran 2017, ss. 71-100.

Ulucan, Devrim. "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", **Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan**, Cilt: 1, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15 Özel Sayı 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2014, ss. 369-383.

Ulucan, Devrim. "4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri", **Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşveren Sendikası**, Çeşme 2003, ss. 35-66.

Ulusoy, Tülay. " Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 53, 2017/2, ss. 741-766.

Uşan, Fatih. "5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 14, Haziran 2009, ss. 239-248.

Uşan, Fatih. **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Uşan, Fatih. "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 8, 2005, ss. 1624-1632.

Ünal, Canan. "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, ss. 261-318.

Waltermann, Raimund. **Arbeitsrecht**, 16. Aufl.,Verlag Franz Vahlen München 2012.

Watson, Philippa. **EU Social and Employment Law**, 2. Edition, Oxford University Press, United States of America 2014.

Wedde, Peter (Hrsg.). **Arbeitsrecht Kompaktkommentar zum Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen**, 3. überarbeitete Aufl.,Bund-Verlag, Frankfurt am Main 2013, (Wedde-Bölüm Yazarı).

Weiss Susanne, Uta. **Arbeitsrecht für Führungskräfte**, Springer Vieweg, Wiesbaden 2015.

Wickede, René von. **Sonderkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht,** Band 272, Duncker & Humblot, Berlin 2009.

Willikonsky, Birgit. **MuSchG Kommentar zum Mutterschutzgesetz**, 2. Aufl., Luchterhand, Neuwied 2007.

Yenidünya, Caner. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu", İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 11, 2006/4, ss. 97-127.

Yetik, Murat ve Duygu Erkan. "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası Açısından Sürekli Bakıma Muhtaç Derecede Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalılar", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 53, 2017, ss. 221-237.

Yıldız, Gaye Burcu. "Ayrımcılık Yasağı", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, **14. Yıl Toplantıları**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2011, ss. 189-328.

Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Yuvalı, Ertuğrul. "4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçilerle İlgili Hükümlerine Genel Bakış", **TBB Dergisi**, Sayı: 106, 2013, ss. 93-113.

Yürekli, Sabahattin. "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo)", **İÜHFM**, Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, ss. 541-580.

Zencir, İlker. "Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Yapılan Yardımlar ve Kapsam Dışı Sağlık Hizmetleri", **Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, ss. 37-73.

Zmarzlik, Johannes, Manfred Zipperer ve Peter Hans Viethen. **Mutterschutzgesetz Mutterschaftsleistungen Bundeserziehungsgelgesetz**, 8. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Carl Heymanss Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 1999.

Zmarzlik, Johannes, Manfred Zipperer, Peter Hans Viethen ve Gerhard Vieß. **Mutterschutzgesetz Mutterschaftsleistungen mit Mutterschutzver- ordnung**, 9. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Carl Heymanss Verlag, Köln-Berlin-München 2006.

Zöllner, Wolfgang, Karl- Georg Loritz ve Curt Wolfgang Hergenröder,. **Arbeitsrecht**, 7. neu bearbeitete Aufl.,C.H.Beck, München 2015.

Elektronik Kaynaklar

Burri, Susanne. "Parents who want to reconcile work and care: which equality under EU law?", **http://sim.rebo.uu.nl/wp-content/uploads/ 2015/04/Burri_-Parents-who-want-to-reconcile-work-and-care.pdf**, (ET. 17.05.2018).

calismatoplum.org

Demiral, Cavit. "4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı", **E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi**, Mart 2005, S. 37, http://www.e-akademi.org/makaleler/cdemiral-1.htm, (ET. 05.03.2017).

Evde Çocuk Bakım Hizmetleri Yoluyla Kayıtlı İstihdamı Destekleme Projesi, **http://archive.ismmmo.org.tr/Mansetler/MEVZUAT/Duyuru/brosur.pdf_881.pdf**, (ET. 05.05.2018).

Gökçek Karaca, Nuray ve Fatma Kocabaş. "Fransa'da Aile Yardımları", **Çimento İşveren Dergisi**, https://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale110.pdf, s.4-15, (ET. 10.09.2017).

http://curia.europa.eu/juris/f

http://eur-lex.europa.eu

http://www.conventions.coe.int/

http://www.e-akademi.org

http://www.europarl.europa.eu/

http://www.government.se

http://www.gunes.com

http://www.gunes.com/ekonomi/calisan-annelere-iskurdan-destek-957131

http://www.gunes.com/ekonomi/calisan-annelere-iskurdan-destek-957131

http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/

http://www.ilo.org/

http://www.kazanci.com

http://www.schweizer.eu/

http://www.sgk.gov.tr/

https://judicialis.de/Bundesarbeitsgericht_2-AZR-621

https://kms.kaysis.gov.tr

https://legalbank.net/

https://lexetius.com/

https://osha.europa.eu/

https://tr.euronews.com

https://worksmart.org.uk/

https://www.ab.gov.tr

https://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/an_1.html

https://www.csgb.gov.tr/

https://www.evrensel.net

https://www.gesetze-im-internet.de/

https://www.gov.uk/

https://www.infobest.eu

https://www.infobest.eu/de/themengebiete/artikel/sozialversicherung/mutterschaft-1.

https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe/france.html

https://www.tbmm.gov.tr

Kaya, Gözde. Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı, **Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi- 1**, 2012, https://www.ab.gov.tr/files/pub/gozde_kaya_doktora_tezi.pdf, (ET.: 05.12.2016).

Keser, Hakan. "4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 3, 2004, http://www.kamu-is.org.tr/ pdf/733.pdf, ss. 1-38, (ET.: 20.12.2016).

Kul Parlak, Nurgün. "Avrupa Birliği'nde İş- Yaşam Dengesine Yönelik Uyumlaştırma Politikaları: Ebeveyn İzni", **http://dergipark.gov.tr**, (ET. 10. 03.2018).

Seratlı, Gaye Burcu. "4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", **http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/278/2515.pdf**, (ET. 01.12.2017).

Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2016-France **https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2016-2017/europe /france.pdf**, (ET. 13.10.2018).

Soysal, Tamer. "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, 2006, http://www.kamu-is.org.tr/, ss. 1-48, (ET. 02.09.2017).

Sözer, Ali Nazım. Hasta İşçinin İş İlişkisi, İzmir 1981, **https://asozer.yasar.edu.tr/.../HASTA%20ISCININ%20IS%20ILISKISI%20D OKTORA%,** (İş İlişkisi).

Tunçomağ, Kenan. "Borçlar ve İş Kanunu Açısından İşi Kabulden Kaçınma", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 1968, http://istanbul-universitesi.dergipark. gov.tr/iusskd/issue/910/10246, s. 93-114, (ET. 12.02.2018).

Zabel, Cordula. "Eligibility for Materniy Leave and First Birth Timing in Great Britain", **Max Planck Institute for Demographic Research, Workıng Paper WP 2007-009 February 2007**, https://www.demogr.mpg.de, (ET. 10.03.2018).

EKLER

Ek 1: Doğum Ve Evlat Edinme Sonrası Yarım Çalışma Belgesi

(İşveren tarafından tanzim edilecek)

1	İşyeri Unvanı:			
2	Sosyal Güvenlik Kurumu İşyeri Sicil Numarası:			
3	İşyerinin Kapsamı:	Kamu ☐	Özel ☐	
4	İşyeri Sandık Sicil Numarası (Varsa):			
5	İşyeri İletişim Bilgisi (Adres, Telefon, eposta):	İl: İlçe: Tel: Eposta:		
6	İşçinin T.C. Kimlik Numarası, Adı ve Soyadı:			
7	İşçinin Sandık Sicil Numarası (Varsa):			
8	Çocuğun Doğum veya Evlat Edinme (Fiilen Aileye Teslim Edildiği) Tarihi:	…/…/20…		
9	Çocuğun T.C. Kimlik Numarası, Adı ve Soyadı:			
10	Başvuruya Konu Doğum/Evlat Edinmenin Kaçıncı Doğum/Evlat Edinme Olduğu:	1. Doğum	2. Doğum	3. ve Sonrası Doğum
11	Başvuruya Konu Bebeğin Doğuma Bağlı Engelinin Olup Olmadığı:	Var ☐	Yok ☐	
12	Analık Hali İzninin Bittiği Tarih:	…/…/20…		
13	Yarım Çalışmanın Başlama/Bitiş Tarihi:	…/…/20… .../.../20…		
14	İşçinin İletişim Bilgisi (Adres, Telefon, eposta):			

		İl: İlçe: Tel: Eposta:
✓ Yukarıda bilgileri yer alan ……..'i kanunla belirlenen hak sahipliği süresince yarım zamanlı çalıştıracağımı, ✓ İşçinin talebi doğrultusunda tam çalışmaya başlaması halinde bildireceğimi, ✓ Bu belgede yer alan bilgilerin tam ve doğru olduğunu, yanlış veya eksik bilgiler bulunması halinde, İŞKUR'ca yapılacak haksız ve fazla ödemelerden doğabilecek her türlü sorumluluğun tarafımıza ait olacağını kabul/taahhüt ederim. İşveren/ Yetkili Adı Soyadı, Unvanı, İmza, Kaşe		Yukarıda yer alan bilgiler kapsamında yarım çalışma yapmak ve doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinden yararlanmak istiyorum. İşçi Adı Soyadı, İmza

NOT: Bu belge 2 nüsha doldurulacaktır. Bir nüshası işyerinde saklı kalacak ikinci nüshası işçiye İŞKUR'a başvuru yapması için verilecektir.

GENEL AÇIKLAMA

1- **İşyeri Unvanı:** İşçinin çalıştığı işyerinin açık adı/unvanı yazılacaktır. İşyeri 506 sayılı Kanunun geçici 20 inci maddesi kapsamında ise sandık adı yazılacaktır.

2- **Sosyal Güvenlik Kurumu İşyeri Sicil Numarası:** İşyerinin Sosyal Güvenlik Kurumu sicil numarası (İşyeri 506 sayılı Kanunun geçici 20 inci maddesi kapsamındaki sandıklar dahil) yazılacaktır.

3- **İşyerinin Kapsamı:** İşyerinin kamu veya özel olduğuna ilişkin seçenek işaretlenecektir.

4- **İşyeri Sandık Sicil No (Varsa):** İşyeri 506 saylı Kanunun geçici 20 inci maddesi kapsamında ise işyerine ait sandık sicil numarası yazılacaktır.

5- **İşyeri İletişim Bilgisi:** İşyerine ait iletişim bilgileri açık olarak yazılacaktır.

6- **İşçinin T.C. Kimlik Numarası, Adı ve Soyadı:** Yarım çalışmaya tabi tutulacak işçinin bilgileri yazılacaktır.

7- **İşçinin Sandık Sicil Numarası:** İşyeri 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamında ise işçinin sandık sicil numarası yazılacaktır.

8- **Çocuğun Doğum veya Evlat Edinme (Fiilen Aileye Teslim Edildiği) Tarihi:** Yarım çalışmaya konu olan çocuğun doğum tarihi veya evlat edinme halinde çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarih yazılacaktır.

9- **Çocuğun T.C. Kimlik Numarası, Adı ve Soyadı:** Yarım çalışmaya konu olan çocuğun bilgileri yazılacaktır.

10- **Başvuruya Konu Doğum/Evlat Edinmenin Kaçıncı Doğum/Evlat Edinme Olduğu:** Başvuruya esas çocuğun/çocukların hayatta olup olmamasına bakılmaksızın kaçıncı doğum veya evlat edinme olduğuna ilişkin bilgi yazılacaktır.

11- **Başvuruya Konu Bebeğin Doğuma Bağlı Engelinin Olup Olmadığı:** İlgili seçenek işaretlenecektir.

12- **Analık Hali İzninin Bittiği Tarih:** Doğum halinde analık hali izni bittiği tarih, evlat edinme halinde çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren 8 haftalık sürenin sonuna gelen tarih yazılacaktır.

13- **Yarım Çalışmanın Başlama/Bitiş Tarihi:** İşçiye 4857 sayılı İş Kanununun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresinin başlama ve bitiş tarihi yazılacaktır. Ancak başlama ve bitiş tarihleri analık hâli izninin bittiği tarihi izleyen gün ile hak kazanılan yarım çalışma süresinin bittiği tarih arasındaki dönemin dışında olamaz.

14- **İşçinin İletişim Bilgisi:** Yarım çalışmaya tabi tutulacak işçiye ait iletişim bilgileri açık olarak yazılacaktır

Ek 2: Yarım Çalışma Ödeneği Talep Dilekçesi

Adı soyadı:			
T.C. Kimlik Numarası:			
Çocuğun T.C. Kimlik Numarası ve Adı soyadı:			
Çocuğun Doğum veya Evlat Edinme Tarihi:	…/…/20		
Evlat Edinme de Fiilen Aileye Teslim Edildiği Tarihi:	…/…/20		
Analık Hali İznin Bittiği Tarih:	…/…/20		
Yarım Çalışmanın Başlama/Bitiş Tarihi:	…/…/20	…/…/20	
Kaçıncı Doğum Olduğu:	1. Doğum	2. Doğum	3. ve Fazlası Doğum
Tekil /Çoğul Doğum Belirtiniz	Tekil	Çoğul	
İşçinin İletişim Bilgisi (Adres, Telefon, eposta):			
İşyeri Unvanı:			

Bilgilendirme ve Talep

1. 4857 sayılı Kanunun 74 üncü maddesi kapsamında kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde; birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır.

2. 4447 sayılı Kanunun Ek-5 inci maddesi kapsamında işçiye, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir.

3. Yarım çalışma ödeneğinden yararlanılabilmesi için işçinin;

Analık hali izni bitiminden itibaren yarım çalışmaya başlaması, işçi adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması, Hak sahipliğine konu olan çocuğun hayatta olması, Doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir.

4. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam (başlama ve bitiş tarihi belirli olan yarım çalışma süresinden) süreden düşülerek ödeme yapılır.

5. Yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır.

6. İşçiler, TC Kimlik Numaralı kimlikleri ile birlikte her hangi bir PTT şubesine başvurarak yarım çalışma ödeneklerini alabilir.

7. Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde ödenir.

8. İŞKUR aktarılan tutarla sınırlı olmak üzere ödeme yapılan hesap üzerinde her türlü işlem yapabilir. Altı ay süreyle işlem görmeyen hesap bakiyeleri İşsizlik Sigortası Fonu emanet hesabına iade edilir. İşçiler iade edilen ödeneklerini İŞKUR birimlerine başvurarak alabilir.

9. Yarım çalışma yapılan işten ayrılan ve aynı kapsamda yeni işe başlayanlara kalan süre için ödeme yapılır.

10. İşçi tarafından verilen bilgilerdeki eksiklik veya yanlışlık (işçi kusuru) nedeniyle yapılan fazla ödemeler yasal faizi ile birlikte işçiden tahsil edilir. Hesabından ödeneği almayanlara yasal faiz uygulanmaz, borcuna karşılık tahsil edilir. Borcun taksitlendirilmesi mümkündür. Ancak, taksit miktarı brüt asgari ücretin 1/10 undan az olamaz. Ödeme yapılmaması halinde yasal yollardan takip işlemi başlatılır.

11. Yarım çalışma süresi içinde tam zamanlı çalışmaya başlamam, ikamet adresimin değişmesi, ödenek ödenen dönemde işten ayrılmam, yetkili sağlık kuruluşunca istirahatli kılınma, hallerinde durumun İŞKUR'a 15 gün içinde bildirileceğimi,

12. Dilekçemde vermiş olduğum bilgilerin tam ve doğru olduğunu,

"Bilgilendirme ve Talep" konusunda bilgi aldığımı beyan, kabul ve taahhüt ederim. Yarım Çalışma ödenmesini talep ediyorum, gerekli işlemin yapılmasını arz ederim.

Ekler:

- Başvuru Sahibinin Kimlik fotokopisi
- Çocuğun kimlik belge fotokopisi
- Doğum sonrası rapor fotokopisi

Tarih:

İmza:

Evrak Kayıt No: