

KULLANDIRILMAYAN SÜT İZİNİNİN FAZLA ÇALIŞMA OLARAK KABULÜNE YÖNELİK YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

* Şerefettin GÜLER

ÖZET

Son yıllarda ülkemizde kadınların istihdamda daha fazla yer almaya başladıkları görülmektedir. Ancak, kadınların istihdam oranlarında son yıllardaki bu artışa rağmen, erkeklerle oranla oldukça düşüktür. Bu durumu yaratan faktörlerden en önemlisi, kadının anne rolüdür. Son yıllarda yapılan yasa değişikliklerinde, kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık ilkesine uygun çeşitli avantajlar sağlanmaktadır. Anne olarak kadın çalışan için en önemli konulardan biri de süt iznidir. Annenin bu süreyi bebeği ile geçirmesi bebeğin gelişimi için oldukça önemlidir. 4857 sayılı İş Kanununda süt izninin kullanılmaması halinde bir ücret ödenece-

ğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımını da, anılan yasanın 104'üncü maddesinde öngörülmüştür. Ancak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, incelediğimiz bu kararında kullandırılmayan süt izninin fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde oldukça önemli bir karar vermiştir. Karar aynı zamanda bir içtihat değişikliği de olduğu için, incelemeye değer görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Annelik, Süt izni, Fazla çalışma ücreti, Kadın işçilerin korunması, 4857 Sayılı İş Kanunu

*Dr. / TÜHİS TİS Müşaviri

KARATAHTA İş Yazıları Dergisi
Sayı: 8 / Ağustos 2017 (s:101-116)

ABSTRACT

In recent years, it is observed that women in our country are taking more places in employment. However, the proportion of women in employment is much lower than that of men despite this increase in recent years. The maternal role of the woman is the leading factor in this situation. In the legislative amendments made in recent years, various advantages are provided in accordance with the principle of positive discrimination against women. One of the most important issues for women as a mother is breastfeeding leave. This period of motherhood is very important for the development of the baby. Within the Labor Code

No. 4857, there is no explicit provision which requires pay a fee if the breastfeeding leave is not granted. The sanction for non-compliance to the breastfeeding leave is also envisaged in Article 104 of the cited code. However, the Court of Appeals's 22nd Chamber has given a very significant decision that the unused breastfeeding leave should be regarded as overtime. The decision was also considered worthy of examination, as it was a precedent change at the same time.

Keywords: Maternity, Breastfeeding leave, Overtime pay, Protection of women workers, Labor Code No.4857

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas : 2015/12878

Karar : 2016/17527

Tarih : 13.06.2016

ÖZET: Davacı, fazla çalışma ücreti, doğum ve süt izni alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatları tarafından temyiz edilmiş ve davacı avukatı tarafından duruşma talep edilmiş ise de; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3 üncü maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438 inci maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimitarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 01.09.1991-08.03.2013 tarihleri arasında çalıştığını, işyerinde yürürlükte olan TİS hükümlerinden yararlanamadığını, 04.01.2010 tarihinde doğum öncesi izne ayrıldığını, 24.01.2010

tarihinde doğum yaptığını, doğum öncesi kullanamadığı izinlerin sadece bir haftasının doğum sonrası izne eklendiğini, kalan sürenin izne eklenmediğini, verilmesi gereken iki saat süt iznini çoğu kez kullanmadığını, herhangi bir ödeme de yapılmadığını, fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini belirterek fazla çalışmayla doğum ve süt izni ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti: Davalı vekili, zamanaşımı itirazında bulunarak davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece yapılan yargılama sonunda fazla çalışma alacağına yönelik talebin kabulüne, sair taleplerin ise reddine karar verilmiştir.

Temyiz: Kararı, kanuni süresi içinde taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekeçe:

1) Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde değildir.

2) Taraflar arasında davacı işçinin süt izni ücretine hak kaza-

nıp kazanmadığı hususu da ihtilafıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 69/3 üncü fıkrasında "İşçilerin gece çalışmaları yedibuçuk saati geçemez. Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir" hükmü bulunmakta olup, gece çalışmasının zamlı ücret üzerinden ödeneceği hususunda bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, Dairemizin yerleşik içtihatları ile bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kabul olunmuştur.

Süt izni konusuna gelindiğinde ise, 4857 s. Kanun'un 74/7nci maddesinde "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaçta 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 nci fıkrası uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağını işçi tarafından belirleneceği hüküm altına alınmış olup, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullanılmasının durdurulması durumunda, kullanılmayan sürenin tespiti ile %50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulü Anayasanın 50/2 nci maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 s. Kanun'un ruhuna daha uygun düşeceğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

İnceleyeceğimiz Yargıtay kararı, kullanılmayan süt izninin fazla çalışma olarak değerlendirilmesi ve ücretinin de buna göre ödenmesi gerektiğine ilişkin karardır. Yargıtay'ın bu kararının incelemeye değer bulunmuş olmasının sebebi, 4857 Sayılı İş Kanununda süt izninin kullanılmaması halinde işçiye herhangi bir ödeme yapılacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Yasa koyucu bilinçli olarak, bir başka ifade ile bu iznin parayla takasına imkan vermeden annenin çocuğu ile bu vaktini geçirmesi için para düzenlemesine yer vermemiştir. Yasa koyucu, örneğin, hafta tatili çalışması için de bir ücret düzenlemesine Yasada yer vermemiştir. Hafta tatilinde işçinin 24 saat kesintisiz olarak dinlendirilmesi öngörülmüştür. Ücreti konusunda ise hem fazla çalışmadan hem de Yargıtay kararlarından yola çıkılarak bir sonuca varılmaktadır. Bu iki konunun iradi olarak es geçilmesinin altında yatan nedenler izahtan vareste bir durumdur. Süt izninin mutlaka o gün içinde kullanılması, hafta tatilinde de işçinin iş sağlığı ve güvenliği açısından çalıştırılmaması gerekmektedir.

1) Türk Hukuku bakımından çalışma süresinin, işçinin, iş söz-

leşmesinden doğan iş görme borcunun ifası amacıyla işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar geçen ve işçi tarafından fiilen çalışılan veya çalışılmayan tüm süreler olarak anlaşılması gerekmektedir (Astarlı, 2008: 37). İşçinin, işyerinde mevcut olduğu halde işin nitelikleri, teknik nedenler veya işle hiç alakası olmadığı halde sosyal nedenlerle veyahut çıkacak işi beklemek üzere fiilen çalışmadan geçirdiği bazı sürelerle işverenin emriyle işyeri dışında asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler, günlük çalışma süresinden sayılır. Fiilen çalışılmadan geçirildiği halde günlük çalışma süresinden sayılan bu süreler, "farazi çalışma süresi" olarak nitelendirilmektedir. Şu halde "farazi çalışma süresi", günlük çalışma süresinin "fili çalışma" yapılmayan kısmını ifade etmektedir (Mollamahmutoğlu ve Astarlı, 2011: 1047).

4857 Sayılı İş Kanununun "Çalışma süresinden sayılan haller" başlıklı 66. maddesinin (e) fıkrasında, "Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler" fiilen çalışma olmasa dahi farazi çalışmalardan sayılarak çalışılmış sürelerden kabul edilmektedir. Emzikli kadın işçi, doğumdan sonraki sekizinci haftanın bitiminden sonra çalışmaya baş-

layan, 0-1 yaş arası çocuğunu emzirmekte olan ve işvereni hakkında bilgilendiren kadın işçidir (Cengiz, 2009: 35). Maddede sayılan haller genel olarak ele alındığında, bu sürelerin ortak özelliğinin işçinin, işverenin egemenliği altında bulunmakla birlikte iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu ifa etmeksizin, yani fiili olarak çalışmaksızın geçirdiği süreler olduğu görülür. Bu düzenlemenin tek istisnası çocuk emziren kadın işçilerin süt izninde geçen süreleridir. Zira bu esnada işçi ne fiili bir çalışma ifa etmektedir ne de işverenin egemenliği altındadır (Astarlı, 2008: 35). 4857 Sayılı İş Kanununun, "Analık halinde çalışma ve süt izni" başlıklı 74. maddesinde ise, "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır" düzenlemesine yer verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanununun 66. maddesinde, işçinin çalıştırıldığı işte fiilen çalışarak geçirdiği sürelerin dışındaki bazı sürelerin (farazi çalışma süreleri) de günlük çalışma süresinden sayılacağı hükme bağlanmıştır (Çelik, 2014: 785). Dolayısıyla, ister fiili çalışma olsun ister fara-

zi çalışma olsun ister işverenin emrinde olsun isterse süt izninde olduğu gibi işverenin emri altında olmaksızın geçen bu süreler, çalışma süresinden sayılmaktadır.

2) 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 30'uncu maddesine dayanılarak hazırlanan "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik" in amaç maddesinde, "gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanın işyerlerindeki sağlık ve güvenliğinin sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemlerin alınması ve bu çalışanların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemektir" denilerek, gerekli önlemlerin alınması için aynı Yönetmeliğin 13. maddesinde oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Yönetmeliğin 13. maddesine 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 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" düzenlemelerine yer verilmiştir.

Yönetmeliğin 13. maddesinde yer alan yükümlülük sadece kadın işçi sayısı dikkate alınarak öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, işverenlere birçok yükümlülük

getirilmiş olmasına rağmen, ülkemizde işyerlerinin çok büyük bir kısmı küçük ve orta ölçekli işyerleri olduğu için bu sayıda işçi bulmak zor olduğu gibi, bir işyerinde 100 ve üzeri kadının çalışması da neredeyse imkansız bir durum gibi gözükmektedir. Yönetmelikteki bu sayı makul bir seviyeye indirildikten sonra bu tür uygulamalar için devlet tarafından mutlaka destek sağlanmalıdır.

3) Yüksek Mahkeme bu karara kadar süt izni için Kanunda bir düzenleme bulunmadığından süt izni kullandırılmadığı gerekçesi ile yapılan başvuruları red etmiştir. Yakın tarihli bir Yargıtay kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "Davacı kadın işçi 2006 yılında doğum yaptığı halde işverence süt izninin kullandırılmadığını ileri sürerek, karşılığı olan ücretlerin ödetilmesi isteğinde bulunmuştur. Mahkemece, verilmeyen süt izin sürelerinin ücreti hesaplanarak, karşılığının davacı işçiye ödenmesi gerektiği belirtilerek, isteğin kabulüne karar verilmiştir. 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 Kanununun 74 üncü maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımını da, anılan

yasanın 104 üncü maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir. **Bu durumda süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.** (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; Esas: 2012/7210, Karar: 2014/11523, Tarih: 07.04.2014) Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009 tarihli bir kararında ise toplu iş sözleşmesi ile bağlantı kurarak, incelediğimiz kararlar uyuşan bir sonuca da varmıştır. Söz konusu kararda, "Mahkemece; davacının süt emzirme izni kullanmayarak fiilen çalıştığı bu sebeple ücretinin ödenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Uyuşmazlık davalı işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin ilgili maddesi uyarınca süt emzirme iznini kullanmayarak fiilen çalışan işçiye bu çalışmanın karşılığı ayrıca ücret ödenip ödenmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığa konu toplu iş sözleşmesinin ilgili maddesinde Emzirme, izinleri, 'işyerinde çalışan emzikli kadın işçiye, en çok çocuğu bir yaşını dolduruncaya kadar, her iş günü yol dahil, öğleden evvel ve öğleden sonra kullanılmak üzere, ... emzikli kadın işçiye toplam iki

saat ... ücretli emzirme izni verilir.' şeklindedir. Bu konudaki yasal düzenlemeye bakıldığında; 1475 sayılı yasanın 70. maddesinde süt izni verileceğine dair bir kurala yer verilmemiştir. Aynı yasanın 62.maddesinin (d) bendinde süt izninde geçen sürenin iş süresinden sayılacağı hükme bağlanmış ise de, süt izni verilmesi yönünde bir zorunluluk anılan yasada yer almadığı gibi, verilmeyen süt izinleri için ücret ödenmesi gerektiği hususu da öngörülmüştür. 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 Kanununun 74'üncü maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, anılan yasanın 104'üncü maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceği sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Somut uyuşmazlıkta konu TİS hükmünde de süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. İşçi süt iznini kullanmak istemesine rağmen işveren tarafından kullandırılmamasının yalnız para cezasıyla karşılanması adil sonuç doğurmaz. Böyle bir uygulama hakkın kullanımıyla

oluşacak amaçtan uzak kalır. Bu nedenle isteğe rağmen süt izni- nin kullandırılmaması karşılığı fazla çalışma ücreti olarak öden- melidir. Ancak süt izni süresinin davacı bayan işçi tarafından TİS. nin bir başka hükmünden yararlanamama düşüncesiyle kul- lanılmadığı bu yönde işverenden bir talepte bulunulmadığı anlaşıl- maktadır. Süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olup boz- mayı gerektirmiştir." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas No: 2009/50; Karar No: 2010/40518; Karar Tari- hi: 24.12.2010)

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de tıpkı 9. Hukuk Dairesi gibi önü- ne gelen davada süt izni için ila- ve bir ücret ödenemeyeceğine hükmetmiştir. Bahse konu ka- rarda Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, "Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1,5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.06.2003 tarih- de yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanununun 74 üncü maddesiyle getirilmiştir. İşçi süt iznini top- lamak suretiyle toplu kullanma talebinde bulunamaz. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, idari para cezası olarak anılan yasanın 104 üncü mad- desinde öngörülmüştür. Somut uyuşmazlığa konu olayda süt izni verilmemesi durumunda işçiye

ilave bir ücret ödeneceğine dair taraflar arasında bir sözleşme hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle 02.10.2010 tarihi sonra- sında geçen sürenin süt izni ola- rak sayılması da mümkün değil- dir" şekline hüküm vermiştir. (T. C. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, Esas No: 2013/1842; Karar: 2013/2016; Tarih: 04.03.2013) Ancak karar- da dikkat çeken ayrıntı, dairenin, "taraflar arasındaki sözleşme" hükmüne atıfta bulunmasıdır. Bir başka ifade ile Kanunda olmasa da taraflar arasında bir hüküm öngörülmüş olsaydı Yargıtay 7. Hukuk Dairesi bunun geçerli ola- cağını kabul etmiştir.

Şu halde incelemeye değer bulunan Yargıtay kararı esasın- da ciddi bir içtihat değişikliğine de işaret etmektedir. Yasada bir düzenleme olmamasına rağ- men kullandırılmayan süt izni için Yargıtay yeni bir anlayış ge- tirmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu içtihat değişikliği Yargıtay 22. Hukuk dairesinin almış olduğu bir karar; dolayısıyla Yargıtay 9. Hukuk dairesinin bundan sonra- ki süreçte nasıl karar alacağı da önem arz etmektedir.

4) 4857 Sayılı İş Kanununun 74. maddesinde öngörülen süt izninin işverence verilmemesi- nin yaptırımı da, anılan yasanın 104'üncü maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni

verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir. Bu durum esasen yasa koyucu tarafından bilinçli olarak es geçilmiştir. Annenin bu zamanı mutlaka bebeği ile geçirmesi öngörülmüş, süt verme dışında anne bebek ilişkisinin gelişmesi ve sağlıklı bir büyüme ve gelişme öngörülmüştür. Bu sürenin verilmemesi halinde herhangi bir ücret ödeneceğine dair bir düzenleme yapılsaydı, birçok durumda parası ödenerek bu iznin verilmeyeceği düşünülmüştür. Ancak, iznin verilmemesi halinde esasen anne, bebek ve toplum birlikte cezalandırılmaktadır. Anne bebeğini görememekte, bebek annesini görememekte ve dolayısıyla sağlıklı bireylerin yetişmesi için anne bebek ilişkisi zedelendiği için hem anne hem bebek hem de toplum zarar görmektedir. Annenin herhangi bir nedenle çocuğunu emzirememesi halinde de, söz konusu iznin işveren tarafından kullanılması gerekmektedir. Zira bu hususun düzenlenmesindeki amaç, bu süreler içerisinde annenin çocuğuyla yakından ilgilenebilmesine olanak vermektir (İştar, 2009: 35). Annenin bebeğine kendi ürettiği sütü sevgiyle vermesi sonucu bebekteki psikik ilişki kuvvetlenmekte ve daha olumlu

bir anne-bebek etkileşimi doğmaktadır. Anne sütü ile beslenen çocukların çevreye daha uyumlu oldukları, olumlu davranışlar geliştirdikleri, daha erken aylarda yürüdükleri ve zeka düzeylerinin yüksek olduğu yapılan çalışmalarla kanıtlanmıştır. Bebeği, kendi sütü ile beslemenin, anne için de ruhsal yönden rahatlatıcı bir etkisi vardır. Çocuğun beden gelişimi için vitamin ve protein ne kadar gerekli ise, bedensel, zihinsel ve duygusal gelişimi için de anne sevgisi o kadar gereklidir (<http://www.medicalpsikoloji.com/annelik-ve-psikoloji/emzirme-ve-psikoloji/>.)

Dolayısıyla, sadece annenin kullanacağı bir zaman diliminden bahsedilemeyeceği için, kanaatimizce süt izninin kullandırılmaması halinde bir ücret öngörülmüş olması bilinçli bir tercih olarak yasal mevzuata yansımıştır. Ancak, kötü uygulamalar karşısında ne yapılacağı konusunda ise yeteri önlem alınmadığından dolayı adeta anne, bebek ve toplumun cezalandırılması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Yasa koyucu bu iznin insani duygularla mutlaka kullandırılacağını varsaydığından parasal bir düzenleme, bir yaptırım öngörmemiştir. Şu halde Yargıtay'ın önüne böyle kararların hiç gelmemesi gerekirken bu tür hadiselerin

yaşanması ve Yargıtay'ın böyle bir karar vermiş olması oldukça önemli ve yerindedir. Denebilir ki, Yüksek Mahkemenin bu kararı süt izni konusunda bir dönüm noktasına işaret etmektedir.

5) Karar bu yönüyle çok önemli iken eleştiriye açık bazı noktaları da bulunmaktadır. "... işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullanılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile **%50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiği**" hüküm altına alınmış, dolayısıyla bu sürenin fazla çalışma gibi kabul edilerek (aksine işçi lehine bir hüküm mevcut değilse) %50 zamlı olarak ödenmesi öngörülmüştür. Oysa 4857 Sayılı İş kanununun "yeni iş arama izni" başlıklı 27. maddesindeki düzenlemeye göre, "Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır. İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırır, o

süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. **İşveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder.**" Yeni iş arama izni de tıpkı süt izni gibi düzenlenmiş olup, belli saatler öngörülmüş ancak, süt izninden farklı olarak toplu kullanma imkanı getirilmiştir. Süt izninde ise sütün günlük verilmesi ve bebeğin günlük olarak anneye ihtiyaç duymasından dolayı toplu kullanma yasada öngörülmemiştir.

Yeni iş arama izninin kullandırılmaması ve bu sürede işverence işçinin çalıştırılması durumunda, işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödeneceği hüküm altına alınmışken, çok daha hassas ve çok daha önemli bir izin olan süt izni için sadece yüzde elli gibi tabandan bir tespit yapılmış olması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Bu noktada hiç şüphesiz yasama organınca yapılması gereken bir işin yargıya bırakılmış olması bir eksiklikse de, kararın bu noktada anne, bebek ve toplumun geleceği gözetilerek verilmesi gerektiği ve süt izninin kullandırılmaması halinde verilecek ücretin en azından yeni iş arama izninin kullan-

dırılmaması halinde verilecek ücretin üzerinde olması gerektiği kanaatindeyiz.

6) Diğer yandan, Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarı ile kullandırılmayan süt izni "ücret" olarak değerlendirilmiş olup, ücretin tabi olduğu hükümler doğrultusunda işlem yapılacaktır. Bir başka ifade ile işçi çalışırken bir tespit davası açmamışsa -ki çoğu zaman bu mümkün olmaktadır- iş sözleşmesi sona erdiğinde kullandırılmayan süt izni için de zamanaşımı hakkın doğumundan itibaren beş yıllık bir süreye tabi olacaktır. Doğum olayının genellikle işçi gençken gerçekleştiği ve iş sözleşmesinin çoğu zaman çok daha sonra sona erdiği göz önüne alındığında, bu tür olayların çoğunda zamanaşımının geçirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, Yargıtay bu kararı ile en azından yüzde elli artırımlı şekilde bu sürenin ücretinin ödemesi gerektiğini belirlemişse de, iş sözleşmesi sona erdiğinde beş yıllık zamanaşımı geçmişse söz konusu hak talep edilemeyecektir. Bu noktada iki ayrı çözüm yolu önerilebilir. Birincisi, kullandırılmayan süt izninin tazminat olarak değerlendirilmesidir. Bilindiği üzere, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 146. Maddesinde, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak

on yıllık zamanaşımına tabidir" düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, tazminat olarak değerlendirildiğinde on yıllık bir zaman aşımı söz konusu olacaktır.

Ancak, bu noktada iki ayrı sorun ortaya çıkmaktadır. Hem on yıllık zamanaşımı bu hakkın kullanımını yeterince korumayacak hem de kullandırılmayan süt izninin tazminat olarak değerlendirilmesi zorlama bir yorum olacaktır. Bu noktada ikinci çözüm yolu olarak kullandırılmayan süt izninin de tıpkı kullandırılmayan yıllık ücretli izin (4857/59) gibi değerlendirilerek uygulamanın yapılması gerektiğidir.

Bilindiği üzere, 4857 Sayılı İş Kanununun 59. Maddesinde, "İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar" düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, kanaatimizce kullandırılmayan süt izni alacağının da iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte muaccel hale gelmesi ve sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren beş yıllık zaman aşımına tabi tutulması uygun olacaktır. Bu şekilde esa-

sen doğurganlık çağından çok daha sonraki bir tarihte emekli olan veya iş hayatından çıkan kadın çalışanların kullanamadıkları süt izinlerinin karşılığı olan alacaklarını sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücretleri üzerinden almaları hakkaniyete daha uygundur olacaktır.

SONUÇ YERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Bir ülkede kanunlar ne kadar ayrıntılı düzenlenirse, sorunlar da o kadar karmaşık ve çözülmesi zor hale gelir. Analık hali gibi kutsal bir durumda dahi yasalardan ve yargıdan medet ummak, bu halin geldiği son noktayı göstermektedir. Annenin bebeği ile geçireceği vaktin kısılması demek, sadece anne ile bebeğin buaktan mahrum edilmesi anlamına gelmemekte, bundan da öte, bu kısıtlama esasında tüm toplumu cezalandırma anlamına gelmektedir. Sağlıklı bireylerin yetişmesi ve gerçek bir beşeri gücün oluşması ve ülkenin kalkınması için insana yatırımın esas alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, işe doğru bir şekilde başlanmalıdır. Bu izni vermeye yetkili makam veya kişi de vereceği iznin sadece anne-bebek ilişkisinden çok daha öte anlamlar taşıdığını bilmeli ve bu izni ona göre vermeli-dir.

Bir ülkenin ekonomik açıdan refahı ve kalkınmışlığı yönünden kadının işgücü piyasası içinde yer alması son derece önemlidir. Kadınları istihdam edecek işverenler de düzenlenen seminerlerle kadın işgücü çalıştırma konusunda eğitilmelidir. Yapılacak düzenlemelerle işverenlerin işyerinde, kadınlara erkeklerle eşit fırsatlar tanımaları sağlanmalıdır. Kadınlar için yeni iş sahaları yaratmaya çalışılmalı, bu konuyla ilgili olarak yatırımlar için hükümet tarafından teşvikler verilmelidir. (Berber ve Eser, 2008:14). Son yıllarda kadın istihdamında yaşanan artışın arkasında kadın istihdamının artırılması ve kadın çalışanların korunmasına yönelik yapılan mevzuat çalışmaları, 18 yaş üstü kadın çalıştıran işverenleri kapsayan sosyal güvenlik prim teşvikleri ve kadınların iş hayatında yer almalarının önemini vurgulayan farkındalık yaratıcı çalışmalar etkili olmuştur (Önder, 2013: 58). Son yıllarda kadın çalışanlara yönelik ve özelde anne adaylarına yönelik yasa değişiklikleri artarak devam etmektedir. Bu doğrultuda 4857 sayılı İş Kanununun 13 ve 74. maddeleri ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda kadın işçilere yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır.

Ülkemizde kadın istihdam oranı erkeklerin istihdam oranının yarısından daha az bir seviyededir. Hanehalkı işgücü araştırması sonuçlarına göre; 2015 yılında, Türkiye'de 15 ve daha yukarı yaştaki nüfus içerisinde istihdam oranı %46 olup, bu oran erkeklerde %65, kadınlarda ise %27,5'tir. Avrupa Birliği üyesi ülkelerin istihdam oranı incelendiğinde; 2015 yılında kadın istihdam oranının en yüksek olduğu ülke %74 ile İsveç iken, en düşük olduğu ülke %42,5 ile Yunanistan; yine üye ülkelerin (28 ülke) ortalama kadın istihdam oranı ise %60,4'tür.¹ Dolayısıyla, ülkemizde kadın istihdam oranı oldukça düşük olup, bu oranın anlamlı seviyelere geleceğine dair bir beklenti de bulunmamaktadır. Bu açıdan değerlendirildiği zaman özellikle anne adaylarına yönelik pozitif ayrımcılığın artarak devam etmesi ve bunun da devlet tarafından desteklenmesi gerekmektedir.

Çalışma hayatında kadınların karşı karşıya kaldıkları en büyük sorun; şüphesiz toplumsal yapı içerisinde sahip oldukları önemli rol sebebiyle, toplumsal devamlılığı sağlamak üzere analık, ev işleri ve çocukların bakımınıdır. Evdeki çalışılan saatler de göz önünde bulundurulduğunda,

kadınların günlük çalışma saatleri; normal çalışma sürelerini aşmakta ve dinlenme süreleri ise azalmaktadır. Özellikle gebe işçilerde; uzun çalışma süreleri söz konusu olduğunda, düşük yapma, erken doğum, ölü doğum yapma gibi riskler ortaya çıkmaktadır (Yiğit ve Topkaya, 2017: 66).

Öte yandan, gebelik ve annelik süreçleri, kadın işçiler açısından, mesleki kariyerlerinin sürekliliği açısından çoğu zaman dezavantaj olabilmektedir. Söz konusu dezavantajları ortadan kaldırmak için koruyucu düzenlemelerin sürekli olarak geliştirilmesi gerekmektedir. Ancak, bazı hususların da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Genelde kadın işçilerin, özelde ise gebe ve anne işçilerin korunmasında sınırın doğru tespit edilmesi gerekir. Aksi halde çoğu zaman koruma amacıyla getirilen düzenlemeler, genelde kadın, özelde anne işçilerin çalışma yaşamına girmesi veya devamında en önemli engeller haline gelebilmektedir (Köseoğlu, 2016: 121).

İncelediğimiz yargı kararına kadar kullandırılmayan süt izni için idari para cezası dışında herhangi bir yaptırım öngörülmediğinden dolayı, adeta izni vermeyen makam veya kişiler ödüllendirilmiş olmaktadır. Yar-

1- www. TÜİK Gov.tr file:///C:/Users/windows/Downloads/%C4%B0statistiklerle_Kad%C4%B1n_07.03.2017.pdf.

gı tay bu kararı ile önemli bir iç-tihat değişikliğine karar vermiş olsa da, kanaatimizce yetersiz kalmıştır. Kullandırılmayan süt izninin ücret olarak değerlendirilmesi ve fazla çalışma gibi yüzde elli artırım oranına bağlanmış olması ve beş yıllık zamanaşımına tabi olması yeterli güvenceyi sağlamamaktadır. Kanun koyucu yeni iş arama izni gibi bir konuda dahi çok yüksek bir oran öngörmüşken, Yargıtay tarafından süt izni gibi çok daha önemli ve hayati bir konuda yüzde elli ile sınırlandırmış olması yetersiz kalmıştır. Öte yandan, ücret ile birlikte değerlendirildiği zaman beş yıllık zaman aşımı da bu hakkı yeterince koruyamayacaktır. Dolayısıyla, kullandırılmayan süt izninin tıpkı kullandırılmayan yıllık ücretli izin gibi değerlendirilerek, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden ve sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren zamanaşımına tabi tutulmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın kararı ne kadar değerli olursa olsun, konunun yasama

organınca teferruatlı bir şekilde ele alınması ve bu boşluğun bir an önce giderilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde her olay için yargıdan çözüm beklemek yargıyı adeta yasama organı yerine koymak gibi olacağından, bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

Bazı eksikliklerine rağmen karar bir dönüm noktası olması hasebiyle oldukça önem arz etmektedir. Yargıtay bundan sonraki kararlarında daha ayrıntılı ve anne-bebek-toplum üçlemine dikkate alarak karar verecektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, yasalarda ve Yargı ile her şeyi korumak mümkün olmadığı gibi cezayı ve parayı ödeyenin yasaları aşabileceği gibi bir durumun ortaya çıkmasının da önüne geçilmelidir. Şu halde, her bir bireyi yetiştirirken yarının toplum inşacıları olacakları için insana saygı kavramı ve insanı yaşatma ülküsünden hareket etmek gerekecektir. Daha bilinçli nesillerin yetişmesi ile daha az yasa ve daha az cezaya ihtiyaç duyulacaktır.

KAYNAKÇA

- Astarlı, M. (2008), İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Berber, M., Eser, B.Y., (2008), "Türkiye'de Kadın İstihdamı: Ülke Ve Bölge Düzeyinde Sektörel Analiz", İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt:10 Sayı:2, ss. 1-16.
- Cengiz, İ.U. (2009), "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", Kamu – İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:10, S:4/2, ss.21-53.
- Çelik, N. (2014), İş Hukuku, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Köseoğlu, A.C. (2016), "Türk İş Hukukunda Analık", İş ve Hayat Dergisi, Yıl 2, Sayı 4, ss. 97-124.
- Mollamahmutoğlu, H. Astarlı, M. (2011) İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Önder, N. (2013), "Türkiye'de Kadın İşgücünün Görünümü", Çalışma Dünyası Dergisi, Cilt: 1, Sayı, 1, ss. 35-61.
- Yiğit, Y , Topkaya, S . (2017). "Türk İş Hukuku'nda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler", Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 6 (14), ss. 47-67.
- <http://www.medicalpsikoloji.com> Erişim: 05.06.2017.
- <http://www.tuik.gov.tr> Erişim: 02.06.2017.