

Karar İncelemesi

Bir Yargıtay Kararı Işığında

Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği

Kayhan ÖZEL*

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/4893, K. 2007/13796, T. 01.05.2007

Karar Özeti: Kadın işçiye verilmesi gereken süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilmesi olanaksızdır.

İlgili Mevzuat: 1475 Sayılı İş Kanunu m.62; 4857 Sayılı İş K. M.74,104,105; Borçlar K. 41, 96

Yargıtay Kararı

Dava: Taraflar arasındaki, kıdem, izin, fazla çalışma ücreti, süt izni, bayram ve genel tatil ücreti, alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 01.05.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat A. ile karşı taraf adına Avukat İ. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı bayan işçi 2001 yılında doğum yaptığı halde işverence süt izninin kullanılmadığını ileri sürerek, karşılığı olan ücretlerin ödetilmesi isteğinde bulunmuştur. Mahkemece, verilmeyen süt izin sürelerinin fazla çalışma ücreti gibi

* Av. İstanbul Barosu, E. Baş İş Müfettişi

zamlı ücret üzerinden hesaplanarak karşılığının davacı işçiye ödenmesi gerektiği belirtilerek isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Davacı bayan işçinin doğum yaptığı tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı Yasa'nın 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 öngörülmemiştir. Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1.5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesiyle getirilmiştir. İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımını da, anılan yasanın 104. maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir. Böyle olunca süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz. Zira davacı işçinin haftalık 45 saati aşan fazla çalışmaları hesaplanmış ve hüküm altına alınmıştır. Süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olmuştur.

Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, Davalı yararına takdir edilen 500 YTL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, 01.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

Kararın İncelenmesi

Yukarıdaki Yargıtay Kararında da vurgulandığı gibi, 1475 sayılı Kanunda bulunmayan ve 4857 sayılı İş Kanunumuzun 74. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır." Kanun tasarısında bulunmayan ve 'TBMM' deki görüşmeler sırasında maddeye eklenen bu hükmün çağdaş bir düzenleme olduğu tartışmasız.

Görüldüğü gibi, kadın işçi, (doğumdan sonra normal koşullarda 8 hafta analık izni kullandığını varsaydığımızda) çocuğun bir yaşına basmasına kadar yaklaşık 10 ay süre ile bu izni kullanabilecek, çocuğu ile bu kadar süre daha fazla ilgilenebilecek, diğer yandan da doğal olarak günde 1,5 saat daha az çalışacaktır.

Uygulamada işe 1,5 saat geç gelme veya bu kadar süre erken çıkma biçiminde de kullanılan bu iznin emziren anne ve çocuk için, gerek tıbbi ve gerekse sosyal açıdan olmazsa olmaz faktörlerden olduğu ortadadır.

İşte şimdi, kanununun bu açık emrine rağmen işverenin bu izni vermemesi halinde bunun hukuki sonuçlarını Yargıtay kararı ışığında incelemeye çalışacağız.

Kanundan doğan bu iznin verilmemesi öncelikle işçi için haklı fesih sebebi oluşturur ise de, işsizliğin boyutları düşünüldüğünde bunu önermek hayatın olağan akışına uygun olmayacaktır.

Kadın işçinin işverene karşı, “bizzat ihkak-ı hak” yaparak bu izni kullanması mümkün ise de, bunun doğuracağı sonuçları hayal etmek bile imkânsız olmalı.

Kala kala her zamanki gibi, çalışırken pek rastlanmadığı için, işten ayrıldıktan sonra bu izni vermeyen işverene karşı yargı yoluna başvurmak kalıyor ki, 2001 yılına bir ihtilafın 2007 yılında sonuçlandığını nazara aldığımızda çok pratik olmasa bile bunun da hukuki temelini bulmak gerekiyor.

Kararın 2007 yılında verilmiş olmakla birlikte, 2001 yılına, yani 1475 sayılı Kanunun yürürlüğü dönemine ait bir uyuşmazlığın çözümüne ait olduğu anlaşılmalıdır. Yargıtay’ın, eski kanunun 62. maddesindeki “süt izninde geçen sürenin iş süresinden sayılacağı” yolundaki düzenlemeyi, elbette kanunda süt izni verileceğine dair açık bir düzenleme olmadığı için, ayrıca ücret ödenmesi için yeterli bulmadığı anlaşılmalıdır. Bu görüşün aksine söylenecek şeyler olsa bile yeni kanunun yürürlüğünden bu yana yedi yılı aşkın bir süre geçtiğinden hukuki ve pratik hiçbir yararının olmadığı ortada. Ne var ki Yargıtay, yeni Kanundaki düzenlemeye de değinerek 4857 sayılı Kanunun 74. maddesini yorumlamış ve anılan kararında, “... kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1,5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 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 kurala yer verilmiş değildir. Böyle olunca süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz. Zira davacı işçinin haftalık 45 saati aşan fazla çalışmaları hesaplanmış ve hüküm altına alınmıştır. Süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olmuştur” denilerek kadın işçinin süt izninde çalıştırılmasının fazla çalışma olarak nitelendirilemeyeceği hatta bu süre için ayrıca ilave ücret de ödenemeyeceği görüşüne ulaşılmış bulunmaktadır. Yargıtay’ın bu tarihten sonra görüşünü değiştirdiğine dair başka bir karara tesadüf edemediğimizi, varsa takipteki hatamızdan ötürü şimdiden özür dilediğimizi belirterek kendi görüşümüzü açıklamaya çalışalım.

Yargıtay’ın bu görüşe ulaşırken, Yasada açık hüküm bulunmamasından ve aksine davranışın 104. madde ile yaptırımı bağlanmış olmasından hareket ettiği kanısına varıyoruz. Belki, kanunun bu tür fazladan çalışmalarda zamlı ücreti emretmesi, örneğin kullandırılmayan iş arama izninde % 100 zamlı ödeme öngörülmesi, verilmeyen yıllık izin ücretlerinin son ücrete endekslenmesi, fazla çalışma ücretlerinin % 50 ve 25 olarak tesbiti, hafta ve genel tatil ücretlerinin zamlı ödenmesi esasları da açık bir hükmün varlığını zaruri kılıyor sanılmış olabilir.

Öncelikle Kanunun herhangi bir hükmüne aykırılığa yaptırım öngörülmesinin doğmuş olan bir alacağın istenemeyeceği sonucuna ulaştırmayacağını vurgulayalım.

Diğer yandan kararda işaret edilen 104. madde, maalesef süt izni verilmemesine herhangi bir yaptırım da öngörmemektedir. Maddede, 74. madde hükmüne aykırı olarak “doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen” işverenlere idari ceza öngörülmüş, süt izni verilmemesi yaptırım dışında bırakılmıştır. Maddeye Meclis görüşmeleri sırasında eklendiği için, süt izni ile diğer düzenlemeler arasında bağ kurulamadığı ve böylece süt iznine aykırı davranışın yaptırım dışı kaldığı anlaşılmaktadır.

Bir an için, süt iznine dair düzenlemenin, 14.07.2004 tarihli Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 14. maddesinde yapıldığı ve bu Yönetmeliğin dayanağı olan 88. maddenin atfı ile 105/c maddesi uyarınca yaptırıma bağlandığı ileri sürülebilirse de, bu düzenlemenin zorlama olduğu pekala söylenebilir. Gerçekten bu yönetmelik, Kanunun iş sağlığı ve iş güvenliğine dair 5. bölümünde yer alan 88. maddeye göre çıkarılan bir yönetmelik olup kanunun 4. bölümünde yer alan 74. madde ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle bu yönetmeliğin 13 ve 14. maddelerine ilişkin esasların burada yer almasının gerekmemesi gibi, “yönetmelikle ceza ihdas edilemeyeceği” kuralı nedeni ile 105. maddedeki cezanın kıyasen uygulanamayacağı rahatlıkla söylenebilir. Yapılan yanlışlık şuradan da sabittir ki, 74. maddede yer alan ve 104. madde ile idari ceza yaptırımı öngörülen “doğumdan önceki ve sonraki sürelerdeki sekizer haftalık izinlerin verilmemesi” eylemi bu yönetmeliğin 13. maddesine de mükerreren konularak ayrıca 105. madde ile de cezalandırılması sağlanmıştır. Ne var ki bir fiile iki ayrı düzenleme ile iki farklı ceza öngörülemeyeceğinden anılan yönetmeliğin 13 ve 14. maddelerindeki düzenlemenin hukuki uygulamalara pek uygun olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Bütün bunlar bir yana, 4857 sayılı Kanunun ücrete ve izinlere ilişkin hükümlerine aykırılığın da yaptırımları olmakla birlikte bunların ayrıca talep edilmesinin mümkün bulunmasına göre Yargıtay’ın bu gerekçe ile vardığı sonuca katılmak mümkün değildir. Diğer yandan kanunda ilave ücret ödeneceğine dair bir hükmün bulunmaması da bir hakkın yok sayılmasına imkân vermez. Kanuna aykırılığın açıkça belirlenmemesi hallerinde “tazminat” müessesesinin devreye gireceğine kuşku yoktur.

Gerçekten çalışma süresinden sayılan ve günde 1,5; haftada 9, ayda yaklaşık 39–40 saate varan ve neredeyse ayda bir haftayı bulan bu sürenin emziren kadının iş gücünden çalıştığı ve bunun işveren açısından sebepsiz zenginleşme oluşturduğu ortadadır. Bu kayıp, kanunda katı kurallarla düzenlendiği için fazla çalışma veya fazla saatlerle çalışma sayılmasa bile bu süreye ait ücretin bir şekilde kadın işçiye ayrıca ödenmesi gerekir. Aynı yorum, günde 7,5 saat veya daha az çalışılması gereken işlerle röntgen muayenehanelerindeki yarım günlük izinler ve gece çalışmalarında 7,5 saatten fazla çalışmalar için de geçerlidir. Bütün bu çalışmalarda idari para cezaları ile yetinip işçilerin anayasal suç olan angarya sayılacak

çalışmalarını karşılıksız bırakmak mümkün değildir. Yargıtay'ın “bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz” sonucuna varırken bunların ne oldukları ve nasıl telafi edilecekleri yolundaki uygulama ve esasları da belirlemesi gerekmez miydi?

Tazminat esaslarını düzenleyen Borçlar Kanununun 41. maddesine göre “Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs o zararı tazmine mecburdur.” Şimdi, süt iznini ister kasten ister ihmal ile olsun kadın işçiye vermeyen şahıs, kadın işçiye zarar vermiş olmuyor mu? E o zaman bu zararı tazminle mükellef değil midir? Hadi bu yorum ağır oldu diyelim. Peki olayımıza sebepsiz zenginleşme kuralını uygulayamaz mıyız? Yani süt iznini vermeyip işçinin ayda bir hafta fazladan çalışmasını sağlayan işveren hukuka aykırı davranarak bu kadar süre iş gücünden yararlanmak suretiyle fazladan zenginleşmiyor mu? Diğer yandan, işverenin işçiyi gözetme borcu, özellikle kişiliğini gözetme borcuna aykırılığın bir yaptırımının olması gerekmiyor mu ?

Ancak, gerek haksız fiil, gerekse sebepsiz zenginleşme kurallarını uygulamak, bu kurallara ait zaman aşımı sürelerinin kısalığı (ittildan itibaren işleyen 1 yıllık süre) nedeni ile bana pek uygun ve adil gelmiyor. Peki, ne olacak o zaman? Hak kaybını nasıl karşılayacağız?

Borçlar Kanununun akde muhalefeti düzenleyen 96. maddesini hatırlayalım. “Alacaklı (kadın işçi) hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde, borçlu (işveren) kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur”. Kadın işçi ile işveren arasında bir akdin (iş akdi) bulunduğu tartışmasız olduğuna göre, bu akdin kanundan doğan borçlarını ifa etmeyen, yani süt iznini vermeyen işveren bunu tazmine mecbur olmalıdır. Tazmine mecbur olduğu zarar da kadın işçinin fazladan (fazla değil) çalışmış olduğu süt izni kadar süreye karşılık olan ücret tutarı olmalıdır.

İşin maddi tazminat boyutu böyle. Peki, manevi tazminat da mümkün mü acaba?

Yine Borçlar Kanununa dönelim. Konuya ilişkin 49. madde diyor ki : “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.” Akde muhalefet hallerinde de manevi tazminat istenebilmesi mümkün elbette. Kaldı ki, 98/2. maddede de “haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur” denildiğine göre bunda kuşku da olmamak gerek. Önemli olan süt izni verilmemesinin şahsiyet haklarına tecavüz olup olmadığı.

Bu sorunun cevabını vermek iki yönden haddimi aşmak sayılabilir. Bir kere bu konuyu irdeleyecek engin bilgiye sahip değilim. Diğer yandan “anne” değilim ve bir annenin çocuğunu emzirmesinin mutluluğunu bilmem mümkün değil. Kaldı ki, “süt izni” tabirini lafzıyla değil, ananın çocuğu ile ilgilenmesi için ayrılan zaman olarak algılasak işin analık haklarına ait boyutunu da daha iyi kavramış oluruz.

Ayrıca, yeni doğan bebelerin iki yaşına kadar ana sütüne ihtiyacı tartışılmıyor, aksine bunun zaruretinden söz ediliyor. Annelerin doğanın ve kanunun kendine tanıdığı olduğu, çocuğunu günde 1,5 saat daha fazla bağrına basıp emzirmesi bir analık hakkıdır ve analık hakkına tecavüz de şahsiyet haklarına tecavüzdür diyorsanız, süt izni verilmeyen ananın manevi tazminat talebi de pekâlâ mümkün. Yok değil diyorsanız, bunun yanıtını da analara siz vermelisiniz!