

İSVİÇRE VE TÜRK İŞ HUKUKUNDA KADIN İŞÇİNİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMUNDAKİ ÜCRET VE İZİN HAKKI

Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN-KAPLAN*

I. GENEL OLARAK

Kadın işçi için hamilelik ve analık durumları, hastalık ve kaza gibi onun çalışma edimini kusuru olmadan yerine getiremediği hallerdir. Hamilelik ve analık durumları kadın işçiler için iş güvenliği ve işçi sağlığı açısından çeşitli risklere karşı korunmayı gerektirmektedir.

Nitekim, İş Hukuku ile ilgili uluslararası sözleşmeler ile ulusal kanunlarda, kadın işçinin hamilelik ve annelik dönemlerinde, hem anneyi hem de doğacak çocuğu sağlık açısından ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı korumak için, bir yandan çalışan kadın işçiye sadece bu dönemlere münhasıran ücretli izin hakkı tanınmış, diğer yandan da koruyucu hükümler öngörülmüştür. Bu suretle kadın işçinin hamilelik ve analık nedeniyle mali açıdan ücret kaybına uğraması ve işini kaybetme tehlikesi önlenmek istenmiştir¹. Ayrıca, kadın işçinin, çalışmasının, onun anne olabilme ve annelik yükümlülükleri ifa edebilmesini engellememesi amaçlanmıştır.

Aşağıda önce, İsviçre İş Hukukunda kadın işçinin hamilelik ve analık durumundaki izin ve ücret hakları ele alınacak, daha sonra da bu konuda Türk İş Hukukunda getirilen düzenleme incelenecektir.

II. İSVİÇRE İŞ HUKUKUNDA KADIN İŞÇİNİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMUNDAKİ ÜCRET VE İZİN HAKKI

1. Genel Olarak

İsviçre İş Hukukunda kadın işçinin hamilelik ve analık durumlarındaki ücret veya izin hakları ile emzirme süresine ilişkin talepleri, İsviçre Borçlar Kanununun 324a. maddesi ile Federal İş Kanununun 35. maddesinde düzenlenmiştir.

* Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Molitor, Rda, 1984, Heft I. s.18.

2. Ücret Hakkı

İsviçre’de diğer bazı Avrupa ülkelerinden farklı olarak, zorunlu analık sigortası bulunmadığından, kadın işçinin hamilelik ve analık dönemlerindeki ücret talep hakkı, tamamen İsviçre Borçlar Kanununun (OR) 324 a. maddesi hükmüne tabi bulunmaktadır. Ancak işverenlerin, 1.1.1996 tarihinde yürürlüğe giren (Krankenversicherungsgesetz) Hastalık Sigortası Kanununun 72. maddesine göre, günlük hastalık parası kollektif sigortası kapsamına, kadın işçilerin hamilelik ve analık durumlarını da dahil ettirmesi mümkündür². Bu suretle işveren sadece hastalık parasının dışında kalan ücret miktarını, kanuni süreler içinde ödemek yükümlülüğünde olacaktır. Bu sigorta primlerinin yarısı işveren, diğer yarısı ise kadın işçi tarafından ödenecektir. Kadın işçi, bu sigortadan 900 gün içinde azami 720 gün ücretinin %80 değerindeki tutarını elde edebilecektir³.

OR Art. 324a hükmüne göre, işveren kadın işçinin hamilelik ve analık dönemlerinde, hastalık halinde olduğu gibi aynı ücreti ödemekle yükümlüdür. Hamilelik iş hukuku açısından bir hastalık sayılmamak ve kadının çalışma yeteneğini etkilememekle beraber, hamilelik döneminde ortaya çıkan ve geçici olarak kadının çalışma gücüne engel olan durumlar, hamilelikte hastalıkla ilgili kuralların uygulanması görüşüne yol açmış ve kanunda bu yönde düzenleme yapılmıştır⁴.

Madde 324a fıkra 3 hükmünün 1. fıkra hükmünde; hastalık ve kaza hallerinde öngörüldüğü gibi, hamilelik ve analık halinde de, iş ilişkisi üç aydan fazla devam etmiş olmak veya üç aydan fazla süreli yapılmış bulunmak şartı ile (bu şart gerçekleşmemişse kadın işçi, hamilelik ve analık nedeniyle yine aynı sebeple hastalık ve kaza için ücret alamayacaktır. Ücretini ancak ya zorunlu kaza sigortasından veya varsa ihtiyari hastalık sigortasından alabilecektir), işverenin kadın işçiye belirli bir süre ücretini ödemekle yükümlü olduğu, hükme bağlanmıştır. Maddenin 2. fıkrasında ise, sözleşmede veya normal iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde daha fazla bir süre kararlaştırılmamışsa, işverenin ilk çalışma yılı için üç aylık ücreti, daha sonra ise, iş ilişkisinin devam süresi ve özel hal ve şartlara göre, daha uzun uygun bir sürenin ücretini ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. İsviçre İş Hukuku uygulamasında bu münasip sürenin tespiti için, Bern veya Züriç veya Basel skalaları (listeleri) dikkate alınmaktadır. Bu skalalardan Bern skalası en yaygın uygulama alanına sahiptir. Bern Skala’sında ise;

1. hizmet yılı için	3 haftalık
2. hizmet yılı için	1 aylık
3 ve 4. Hizmet yılları için	2 aylık
5 ila 9 yıl arasındaki hizmet yılları için	3 aylık

² Göldi-Schürer, s. 54-56; Class/Mössinger, s.69-70.

³ Brunner-Bächler-Waerber, Kom. zum ArGV, Art. 324a Nr. 18.

⁴ Göldi/Schürer, s.47; Brunner-Bächler-Waerber, Kom. zum Arb.V, zu Art. 324a Nr. 5.

10 ila 14 yıl arasındaki hizmet yılları için	4 aylık
15 ila 19 yıl arasındaki hizmet yılları için	5 aylık
20 ila 24 yıl arasındaki hizmet yılları için	6 aylık
25 ila 29 yıl arasındaki hizmet yılları için	7 aylık
30 ila 34 yıl arasındaki hizmet yılları için	8 aylık
35 ila 39 yıl arasındaki hizmet yılları için	9 Aylık
40 yıl ve üstü hizmet yılı için ise	10 Aylık

ücretin işverence ödenmesi öngörülmüştür.⁵

İsviçre hukukunda hamilelik hali, hastalık durumuna benzetilerek, ücret ödendiği için, bir kadın işçi, aynı hizmet yılı içinde, hem hasta olduğunda hastalık iznini, hem de hamile kalıp doğum yapmış ise, hastalık izninde kullandığı ücretli izin, hamilelik ve analık dönemlerindeki ücretli izinde, dikkate alınıp alınmayacağı tartışma konusu yapılmıştır: İsviçre Federal Mahkemesi 18.12.1992 tarihli bir kararında⁶; hamilelik ve analık ücretli izninin kullanılmasında, daha önceden kullanılan ücretli hastalık izninin dikkate alınması gerektiğine, bu suretle hamilelik ve analık dönemlerinde kullanılan ücretli izin süresinin kısaltılabileceğini, kabul etmiştir. Federal mahkemenin bu kararı, doktrinde tenkit edilmiş; hamile kadın ve anaya hastalık halinde ücretli izin kullanmış olsa bile, bu dikkate alınmadan ayrı bir ücretli hamilelik ve doğum izninin verilmesi gerektiği savunulmuş ve bu sebeple de Bern, Züriç ve Basel'in ücretli izinlere ait skalalarının yayınlandığı ve uygulandığı görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşün, uygulamada Federal Mahkemenin yukarıda zikredilen karardaki görüşüne rağmen, mahalli iş mahkemeleri tarafından kabul gördüğünü ve uygulandığını söylemek mümkündür.⁷

3. İzin Hakkı

İsviçre İş Kanununun 35. maddesinin 1. fıkrası gereğince, hamile kadın işçi, her zaman sadece işverene haber vererek işi bırakabilir veya işyerini terk edebilir. Bu hüküm, hamile kadını ve beklenen çocuğu korumaya yöneliktir. Ancak bu hükümde, kadın işçinin işten uzak kaldığı süreye ilişkin ücretinin işverence ödenip ödenmeyeceği hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak İsviçre İş Hukuku doktrininde; hamile kadının, bu durumu doktor raporu ile belgelemek kaydıyla, OR Art. 324a hükmüne göre, işverenin belirli bir süre ücret ödemekle yükümlü olacağı,

⁵ Brunner-Bächler-Waeber, Kom. zum ArbV. Zu Art. 340a Nr. 12; Haftalık süreler için bkz. Göldi-Schürer, s.48.

⁶ Bu kararın metni için bkz. SJZ 1993, s. 349=JAR 1993, s.143.

⁷ Brunner-Bächler-Waeber, Kom. zum ArbV. Art. 324a N. 15; Göldi-Schürer, s.47-48.

bu sürenin üstündeki süre için ücret ödemekle veya sigorta yaptırmakla yükümlü olmayacağı savunulmaktadır⁸.

İsviçre İş Kanununun 35. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre, kadın işçi doğumdan sonraki sekiz haftalık süre içinde çalıştırılmaz. Ancak kadın işçinin talebi ve doktor raporu ile tekrar işe başlamasında sakınca görülüyorsa, bu süre altı haftaya kadar kısaltılabilir. Bu hükümde de emzikli kadına, bu süre içinde ücretinin işverence ödenip ödenmeyeceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu dönemde de yine emzikli kadının ücreti, OR Art. 324a/III hükmüne göre ödenecektir. İşverenin sınırlı süre ücret ödeme yükümlülüğü sona ermişse, kadın işçi doğumdan sonraki çalışması yasak olan sekiz haftalık süre için, hiçbir ücret alamayacaktır. İşte bu durumda ya Analık sigortasından veya işverenin işletme içi düzenlemeler gereği veya hastalık sigortasının yasal olarak yükümlü ödemelerden, emzikli kadın işçinin ücreti karşılanmalıdır⁹.

4. Çocuk Emzirme Süresi Talep Hakkı

Emzikli kadın işçi, doğumdan itibaren sekiz haftalık sürenin sonunda, ancak kendi rızası üzerine çalıştırılabilir. Emzirme için kadın işçiye yeterli sürenin tanınması gerekir (Art. 35 Abs. 3 ArbG). Bu hükme göre, emzikli kadın işçiye, bu dönemde çalışıp çalışmama konusunda seçimlik hak tanınmıştır. Çalışmama hakkını kullanırsa, emzikli kadın, emzirmenin devam ettiği süre boyunca, hiçbir ücret ödenmeden işten uzak kalabilir¹⁰.

Emzikli kadın işçinin kararı; emzirme döneminde çalışma yönünde olursa, işyerini sadece çocuğunu emzirmek için terk edebilir ve bu süre içinde kendisine emzirme süresi izni tanınır. İşte bu süre içinde emzikli kadın işçi, aylık ücretle çalışıyorsa, bu ücretin niteliği gereği, ücretten herhangi bir kesinti yapılamaz¹¹.

5. İş Değişikliğinde Hamile Kadının Ücret Talep Hakkı

Hamilelik durumu kadın işçinin, sözleşme ile üstlendiği işi yapmasını imkânsız kılıyorsa, onun ücret hakkı Art. 324a hükmündeki esaslara göre belirlenir. İşveren hamile kadını, önceki işiyle eşdeğer başka bir işte çalıştırmayı önerir, bu işde kadın ve beklenen çocuğun sağlıklarına zarar vermeyecekse, kadın işçi ücret hakkını kaybetmek istemiyorsa, bu işi kabul etmekle yükümlüdür¹². Hamile ve emzikli kadın işçinin bu durumları nedeniyle iş değişikliği yapılması talebinin kabulü, işverenle, bu hususta anlaşmalarına bağlıdır.

⁸ Göldi-Schürer, s.49; Class/Mössinger, s. 65.

⁹ Göldi-Schürer, s.50.

¹⁰ Class/Mössinger, s.67.

¹¹ Class/Mössinger, s.67; İşverenin talebi üzerine emzikli kadının bu süreleri sonradan çalışarak tamamlaması gerektiği yönündeki, aksi görüş için bkz. Rehbieter, Kom. zum ArbG Art 35 N. 3.

¹² Class/Mössinger, s.51.

III. TÜRK İŞ HUKUKUNDA KADIN İŞÇİNİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMLARINDA ÜCRET VE İZİN HAKKI

1. Genel Olarak

Kadın işçilerin hamilelik ve analık dönemlerinde¹³ sahip olduğu haklara ilişkin özel düzenlemeler, Türk İş Hukukunda da mevcuttur. Bu hükümlerin temel kaynağını Anayasanın 50. maddesi teşkil etmektedir. Zira 50. maddenin 2. fıkrasında; çocuklar, gençler ve kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları öngörülmüştür.

Bu temel hüküm doğrultusunda kadın işçiye hamilelik ve analık dönemlerinde yani doğumdan önce ve doğumdan sonra hem kendisinin hem de doğacak çocuğun hayatını ve sağlığını korumak amacıyla, bir takım haklar tanınmıştır. Bu haklar, hamilelik ve analık durumunda tanınan izin hakkı ile bu izin sırasında tanınan ücret talep hakkıdır.

2. Kanuni İzin Hakkı

İş Kanununun 70. maddesine göre, kadın işçiler doğumdan önce ve sonra olmak üzere toplam 12 haftalık süre çalıştırılmaz¹⁴. Maddede belli bir yıl çalışmış olmak koşulu öngörülmemiş, sadece hamilelik durumu ve doğum yapmış olmak yeterli görülmüştür¹⁵.

Aynı yönde düzenleme 16.3.1987 tarihli “Gebe ve Emzikli Kadınların Çalışma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair” Tüzüğü’nün 3. maddesinde de yer almıştır. 1475 sayılı İş K.’nun 70. maddesi “Analık halinde çalıştırma yasağı”, Tüzüğü’nün 3. maddesi ise “çalıştırma yasağı” başlıklarını taşımakla

¹³ Kadın işçinin hamilelik (gebelik) dönemi, gebelik durumunun tesbit edildiği andan başlayarak çocuğun doğum anına kadar geçen süredir. Analık dönemi ise, çocuğun doğumundan başlayarak, kadının loğusalık ve emzirme dönemleriyle, çocuğun büyütülmesi ve bakımı için geçen süreleri kapsayan dönemdir. Bu tanımlar, Avrupa Birliği Meclisinin 19 Ekim 1992 tarih ve 85 sayılı “Hamile Kadın İşçilerin, Loğusa ve Emzikli Kadın İşçilerin İşyerinde Sağlık Ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Önlemlerinin İcrası” başlıklı yönergesinin hem başlığında, hem de yönergenin amacını ifade eden 1. maddesinde ve hamile kadın işçi ile loğusa ve emzikli kadın işçilerin tanımını veren 2. maddesinde, aynı anlamda yer almıştır. Ayrıca Bkz. **Tuncay**, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.237; **Altan** ise, “Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması” başlıklı eserinin 159. sayfasında, “Analık durumu deyiminin, gebe işçi kadın ile, doğum yapmış emzikli ve emzirme dönemini tamamlamış küçük çocuklu işçi kadını kapsadığını” ifade ederek, analık durumuna, hamilelik dönemini kapsayan, daha geniş bir anlam vermektedir.

¹⁴ Nitekim, Basın İş K. m. 16/VII’e göre kadın gazeteci hamileliği halinde, hamileliğin 7. ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli, sayılır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre ise, kadın memurların doğum izni doğumdan önce 3 hafta, doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere toplam 9 haftadır (m. 104-A).

¹⁵ **Altan**, s.161; Mülga 3008 sayılı İş Kanununun md. 25/I de böyle bir zorunluluk mevcuttur.

beraber, bu maddeler işveren için kadın işçiyi çalıştırmama yükümlülüğünü öngörürken, kadın işçi için de doğum öncesinde ve doğum sonrasında kanuni doğum izni talep hakkını düzenlemiştir.

Anılan maddelerde, kadın işçinin hamilelik durumunu işverene bildirme yükümlülüğü konusunda bir düzenleme yapılmamış, sadece İş K. m. 70'de, bu sürelerin hekim raporu ile belirleneceği öngörülmüştür. O halde işveren, kadın işçinin doktordan alacağı rapora göre, maddedeki koruyucu süreyi işletecektir.

Gerek İş Kanunu gerekse anılan Tüzüğün ilgili maddelerinde; doğum öncesi ve doğum sonrası sürelerin, doktor raporu ile işçinin sağlık durumu ve işin özelliğine göre arttırılabileceği belirtilmiş, ancak doğumun erken olması, çocuğun ölü doğması veya doğumdan sonra çocuğun ölmesi halinde, kadının doğumdan sonra kullanacağı, 6 haftalık çalışmama süresinin hesaplanması hususunda bir açıklık getirilmemiştir.

İş K. m. 70'de, kadın işçilerin doğumdan önce ve doğumdan sonra toplam 12 haftalık süre için çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Bu süre bir koruma süresidir. Meseleyi işçiyi koruma ilkesi doğrultusunda değerlendirmek doğru olur. O halde doğumun erken olması halinde kalan süreyi, doğumdan sonraki süreye eklemek gerekir. Çocuğun erken doğması veya doğumdan kısa bir süre sonra ölmesi halinde ise, doğumdan sonraki 6 haftalık sürenin kısaltılması söz konusu olmaz¹⁶. İşçinin sağlık durumu gerektirirse, doktor raporu ile uzatılması da mümkündür (İş K. m. 70). Ayrıca, bu sürelerin toplu iş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi ile arttırılması da mümkündür¹⁷.

Kadın işçiye doğum öncesi ve sonrasında kullanma hakkına sahip olduğu toplam 12 haftalık süre içerisinde ve uzatılması durumunda bu sürenin devamı boyunca, ücret ödeneceği konusunda, İş Kanununda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁸. İzin dönemlerinde kadın işçinin ücret hakkı aşağıda incelenecektir.

3. Kanuni İzin Hakkının Kullanılması Sırasındaki Geçici İş Göremezlik Ödeneği

İş K. m. 17/I-(b) bendine göre, işçinin kendi kusuruna yükletilmeyen hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi işine gidemediği süreler için ücret işlemez. İş K. m. 70'e göre ise, kadın işçilerin doğumdan önce 6, doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere toplam 12 haftalık süre içinde çalıştırılmaları yasaktır. O halde kural doğum yapan kadın işçinin, hamilelik ve analık izninin devamı sırasında işverenden, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, ücret talep hakkının bulunmamasıdır¹⁹.

¹⁶ Altan, s.163.

¹⁷ Tunçomağ, Kadının Durumu, s.120.

¹⁸ Altan, s.161-162.

¹⁹ Tunçomağ, Kadının Durumu, s.121; ancak, İş K. m. 45/4e hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen işçilerin aylık ücretli işçi olduğu ifade edilmiştir. Eğer hamile kadın işçi "aylık ücretli işçi" ise, ücret tam olarak ödenecektir. Ayrıca, Basın İş K. m. 16/III'e göre, kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin 7. ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır, bu süre zarfında son aldığı ücretin yarısını müessesese gazeteciye öder.

Eğer kadın işçi, Sos. Sig. K. m. 49 gereğince “kendisi için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün analık sigortası primi ödemiş” ise, kendisine sadece Sosyal Sigortalar Kurumundan geçici iş göremezlik ödeneği, ödenecektir. Geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilme koşulları ise, kısaca şu şekilde özetlenebilir:

a) Prim Ödemiş Olmak

SSK m. 49'a göre, sigortalı²⁰ kadının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmesi için, “kendisi için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün analık sigortası primi ödemiş” olması gerekir. Diğer koşullar gerçekleşse bile, prim ödenmemişse, kadın işçinin bu ödeneği talep etme hakkı yoktur. Analık sigortası primi oranı, sigortalının kazancının % 1 olup, sadece işveren tarafından ödenir (SSK. M. 73/c)²¹.

b) Analık Nedeniyle Geçici İş Göremezlik Durumunun Ortaya Çıkması

SSK. m. 49 hükmünde öngörölmüş bulunan geçici iş göremezlik ödeneğinin amacı, kadın işçinin analık nedeniyle çalışmadığı geçici iş göremezlik süresinde uğradığı gelir kaybını gidermektir. 1475 sayılı İş K. m. 70'de kadın işçilerin doğumdan önce 6 ve doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere toplam 12 haftalık süre içinde çalıştırılmaları yasaktır. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu 12 haftalık süreyi kadın işçinin geçici olarak çalışamayacağı süre olarak belirlemiştir²². Nitekim SSK. m. 49 da da “doğumdan önceki ve sonraki 6 şar haftalık sürede” geçici iş göremezlik ödeneğinin ödeneceği hükme bağlayarak, bu ödeneğin yasal süresi belirlemiştir.

Sürenin başlangıcı, doğumdan geriye doğru 6 haftalık sürenin ilk gününden başlar. Bu süreye ilişkin istirahat raporunun kurum doktorunca verilmiş olması şart değildir²³. Eğer kadın işçi, 6 haftalık sürenin başında kendisi istirahat almışsa, SSK m. 49 daki kuralların gerçekleşmesi şartıyla, geçici iş göremezlik ödeneği talep edebilir²⁴.

Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü olarak dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Yine aynı maddeye göre, kadın gazetecinin “sigortadan veya bağlı olduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez”. Devlet Memurları Kanununa göre de, kadın memur analık izni süresinde maaşını eksiksiz alır (DMK m. 104/A).

²⁰ SSK m. 2'e göre “bir hizmet aktine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar, bu kanun anlamında sigortalı sayılır”.

²¹ Çenberci, Sos. Sigor. s.330; Güzel-Okur, s.290-292; Tuncay, s.248.

²² Çenberci, Sos. Sigor. s.332.

²³ Çenberci, Sos. Sigor. s.332.

²⁴ Güzel-Okur, s.293; Tuncay, s.248.

c) Geçici İş Göremezlik Süresinde Çalışmamak

SSK. m. 49.1'de geçici iş göremezlik ödeneğinin kadın işçinin çalışmadığı her gün için, verileceği öngörülmüştür. O halde kadın işçi çalıştırılmasının yasak olduğu günlerde çalışırsa, çalıştığı günler için iş göremezlik ödeneği alamayacaktır.

d) Süresi ve Miktarı

Geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenme süresi, doğumdan önceki ve sonraki 6 şar haftalık süre yani toplam 12 hafta, olarak kanun koyucu tarafından tesbit edilmiştir(SSK m.49.1).

Bu süre kadın işçinin erken doğum yapması nedeniyle kısalsa, geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenme süresinin ne olacağı önem arz eder. Bu sorunu SSK m. 49 ile 1475 sayılı yasanın m. 70/I hükmünü birlikte değerlendirerek çözmek gerekir. Zira söz konusu madde 70/I hükmünde; kadın işçilerin doğumdan önce 6 ve doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere 12 haftalık süre için çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Madde metninde, açık olarak 12 haftalık koruyucu bir süre belirlenmiştir. Hatta bu sürelerin işçinin sağlık durumu ve işin özelliğine göre doktor raporu ile, doğumdan önce ve sonra arttırılabileceği de belirtilmiştir (İş K. m.70/II).

O halde doğum erken olsa bile, kalan süreyi doğumdan sonraki 6 haftalık süreye eklemek ve 12 haftalık süreyi korumak gerekir. Durum böyle olunca, erken olsa bile kadın işçi 12 haftalık süre içinde çalıştırılmayacak ve kendisine geçici iş göremezlik ödeneği de, 12 hafta için ödenecektir. Bu yorum tarzı kadın işçinin analık halinde korunmasını amaçlayan İş K. m. 70'e uygun olduğu gibi, geçici iş göremezlik sırasında kadın işçinin gelirini korumak amacıyla öngörülen SSK m. 49 hükmü ve bu maddenin 2. fıkrasındaki "bu ödeneğin hiçbir şekilde kesilemeyeceği" tarzındaki kesin ifadeye de uygundur. Netice olarak erken doğum halinde de, sürenin kısaltılmayarak doğum sonrası 6 haftalık süreye eklenerek²⁵, kadın işçinin çalıştırılmaması ve geçici iş göremezlik ödeneğinin de 12 haftalık sürede kendisine verilmesi gerekir.

Diğer bir sorunda, doktor raporu ile İş K. m. 70'deki sürelerin arttırılması halinde 12 haftalık süreyi aşan günler içinde geçici iş göremezlik ödeneğinin verilip verilmeyeceğidir. SSK m. 49 hükmüne göre geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenme süresi, doğumdan önce ve doğumdan sonraki 6 şar haftalık süredir. Ancak 49. Maddeyi, yine İş K. m.70/II beraber ile değerlendirmek gerekir. Zira kadın işçinin çalıştırılmasının yasaklandığı ve işçinin geçici olarak iş göremediği bu süre, doktor raporu ile arttırılabilir. O halde 12 haftanın doktor raporu ile uzaması halinde analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesi²⁶, 49. maddede getirilen "çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir" şeklindeki

²⁵ Güzel-Okur, s.293; Bkz. ve karşı. Tuncay, s.251.

²⁶ Çemberci, Sosyal Sigortalar, s.334, dipn. 3; Tuncay, s.251; Ozanoğlu ise, 12 haftanın uzaması halinde, bu süre için hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi gerektiği görüşündedir, s. 8.

düzenlemeye de uygundur. Buradaki geçici iş göremezlik durumu, kadın işçinin analık hali nedeniyle oluştuğu için ve hastalık söz konusu olmadığından, hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi, SSK m. 49'un ruhuna uygun olmaz.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı günlük kazancının üçte ikisi kadardır (SSK m. 89/V). Bu oran değişmez. Sigortalı kadının günlük kazancı, SSK m. 78 ve 88 hükümlerine göre belirlenir²⁷.

Toplu iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliği hükümleri gereğince, SSK m. 49'da belirtilen doğumdan önce ve sonraki 6'şar haftalık süre esnasında çalışmasa dahi sigortalı kadına ücretinin bir kısmının veya tamamının ödenmesi, geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesini engellemez²⁸. İş K. m. 45 gereğince işçiye, hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi ücretinin tam olarak ödenmesi halinde de, geçici iş göremezlik ödeneği geri alınmaz.

4. Analık Sigortasından Sağlanan Gebelik ve Analık Yardımları

506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 43-51. maddelerinde; analık sigortası kapsamında "**sigortalı kadın**" ile "*sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısına*" yapılacak sağlık yardımları ile parasal nitelikli yardımlar öngörülmüştür²⁹.

a) Sağlık Yardımları

Sigortalı kadın ile sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısına yapılacak sağlık yardımları; gebelik sağlık yardımı (SSK. m. 44) ve doğum sağlık yardımı (SSK. m. 45) olmak üzere iki grupta toplanmıştır (SSK. m. 43).

aa) Gebelik Sağlık Yardımı

Gebelik yardımı, gebelik muayenesinin yapılması ve gebelikten kaynaklanan hastalıkların tedavisinden ibarettir. Bu muayene ve tedaviler kurumca önceden belirlenen işyerinde liste halinde duyurulan doktor veya ebeler tarafından yapılır. Kural olarak sigortalı, listede yer alan doktor veya ebelerden herhangi birisini seçme hakkına sahiptir (SSK. m. 44/II). Ancak seçtikten sonra zorunlu olmadıkça (SK m. 117/II) doğuma kadar doktor veya ebesini değiştiremez. Gebelikten kaynaklanan hastalıkların neler olduğu ise Kurum Genel Müdürlüğü'nün 9.1.1968 tarih ve 1153 sayılı ve 7.8.1970 tarih ve 1329 sayılı genelgelerinde belirtilmiştir.

bb) Doğum Sağlık Yardımı

²⁷ Çenberci, s.435; Güzel-Okur, s.292.

²⁸ Tuncay, s.251.; Güzel-Okur, s.273.

²⁹ Güzel-Okur, s.286; Ancak SSK m. 44/I'de öngörülen şartlar gerçekleşmişse verilecek ödeneklerin % 50'yi geçmemek üzere bir kısmı Kurumca düşürülebilir. Ayrıca SSK m. 50'deki şartlar oluşmuşsa geçici iş göremezlik ödeneğinin % 50'si verilmez.

Doğum sağlık yardımları SSK. nunun 45. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; doğum yardımı, sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin karısının doğurması halinde, doğum sırasında ve doğumdan sonra gerekli sağlık yardımlarıyla ilaçların ve sağlık malzemelerinin sağlanmasından ibarettir.

b) Gebelik ve Doğum Yardımlarının Paraya Çevrilmesi

SSK. m. 46 hükmüne göre, Kanununun 44 ve 45. maddelerinde öngörülen sağlık yardımlarının kurumca doğrudan doğruya yapılmasının mümkün olmadığı yer veya hallerde, gebelik ve doğum sağlık yardımı yerine, Çalışma Bakanlığınca onanacak ve önceden bildirilecek tarifeye göre maktu para yardımı yapılacaktır. Birden fazla çocuk doğarsa, bu maktu yardım, her çocuk için bir kat daha arttırılarak ödenecektir³⁰. Bu yardım paralarının alınabilmesi için, gebelik durumunun ve doğumun 3 ay içinde kuruma bildirilmesi gerekmektedir (SSK m. 46).

c) Emzirme Yardımı

SSK. m. 47 hükmü uyarınca, sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması dolayısıyla sigortalı erkeğe, çocuğun ölü doğmaması şartıyla, Çalışma Bakanlığınca onanacak tarifeye göre, her çocuk için bir emzirme yardımı yapılır³¹.

d) Analık Yardımlarından Yararlanmanın Şartları

SSK. nunun 48. maddesinde; analık sağlık yardımları ile emzirme yardımlarından veya maktu gebelik ve doğum yardımlarından yararlanabilmek için, sigortalı kadının, doğumdan önceki bir yıl içinde en az 90 gün Analık sigortası primi ödemiş olması, sigortalı erkek için ise, doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün Analık sigortası primi ödemiş olması ve sigortalının doğum yapan kadınla doğumdan önce evlenmiş bulunması şartları aranmaktadır.

5. Gebe Kadınların Tıbbi Muayene İçin İzin Hakkı

1475 sayılı İş Kanununun 81. maddesi gereğince çıkarılan 1987 tarihli ve “Gebe veya Emzikli Kadınların Çalışma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzük” de; gebe ve emzikli kadın işçilerin çalışma koşulları düzenlenmiştir. Bu tüzüğün 4. maddesine göre; kadın işçiler başvururlarsa “gebeliğin ilk üç ayında işyeri, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde ise, sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu sağlık tesisleri, sağlık ocakları, hükümet veya belediye hekimlerince muayene ve tedavi edilirler”. Yine ilk üç aydan sonraki aylarda da, ayda en az bir defa tıbbi muayeneye gitme izni verilir. Görüldüğü üzere, Tüzüğün bu

³⁰ Maktu yardımlar 1.8.1997 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, gebelik için 500.000 TL, normal doğum için 2.000.000 TL, diğer doğumlar için 3.500.000 TL ile 6.500.000 TL arasında değişmektedir (22.7.1997 t. ve 3-116 EK Genelge); **Güzel-Okur**, s.289.

³¹ Bu yardımın tutarı 1.8.1997 tarihinden geçerli olmak üzere her çocuk için 500.000 TL'dir (3-116 Sayılı Ek Genelge); **Güzel-Okur**, s.289.

hükmü ile, kadın işçiyi ve doğacak bebeğin sağlığını ve hayatını korumak için, kadın işçinin doktor kontrolü altında tutulması³² istenmiştir. Ayrıca, bu izin çalışılmış günler gibi hesaba katılarak (İş K. m. 41/c), izin süresi nedeniyle ücret kaybı önlenmiş ve kadının doktor kontrolüne gitmesi de teşvik edilmiştir.

6. Emzikli Kadınların Çocuk Emzirme İzni Talep Hakkı

İşveren çocukların sağlıklı olmaları için, emzikli kadınlara günün belli saatlerinde emzirme izni vermekle yükümlüdür. Ge. Em. Ka. Ça. Şa. Hk. Tüzüğü'nün 6. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre; "emzikli³³ işçilere, oda ve yurtlarda bulunan bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için, 1475 sayılı İş Kanununun 64. maddesi gereğince verilecek ara dinlenmesinden önce ve sonra, uygun saatlerde ayrı ayrı iki defa kırkbeşer dakikalık emzirme izni verilir".

Sözü geçen Tüzüğü'nün 6. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre; 100'den az işçi çalıştırılan işyerlerinde, emzikli işçilere de, bir yandan küçük çocuklarını emzirmeleri için biri ara dinlenmesinden, biri işin bitiminden önce, ayrı ayrı iki defa kırkbeşer dakikalık emzirme izni verilir (Ge. Em. Ka. Ça. Şa. Hk. T. m. 6 I.II). Bu izinler iş süresinden sayılmıştır (m. 6 III; İş K. m. 62.d). Bu hükmüne göre; 100'den az işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenin, emzirme odası veya yurt açma yükümlülüğü mevcut değildir. Bu yükümlülük sadece, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerleri işverenleri için söz konusudur.

Emzikli kadının çocuğunun anne sütü ile beslenmesi ve bir yaşından küçük çocukların bırakılması için, işveren tarafından, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun 100-150 kadın çalıştırılan işyerlerinde, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur (Ge. Em. Ka. Ça. Şa. Hk. T. m. 7). Eğer işyerinde 150'den fazla kadın işçi çalıştırılıyorsa, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakılması ve emzirme için, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulması zorunlu olup, yurdun işyerine 250 metreden uzak olması halinde işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür (m. 7.II). İşverenin oda ve yurt açma yükümlülüğü, belediye hudutları içinde kalan bütün işyerlerinde çalışan kadın işçilerin toplam sayısına göre belirlenir (m. 7.III).

7. Ücretsiz İzin Hakkı

Kadın işçinin doğumdan sonraki 6 haftalık çalıştırılmasının yasak olduğu süre sonunda, ücretsiz izin talep edebilmesi hakkı, İş K. m.70/IV, ve Ge. Em. Ka. Ça. Şa. Hk. Tüzüğü'nün m. 3/III de düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre; isteği halinde kadın işçiye, doğumdan sonraki 6 haftadan sonra 6 aya kadar ücretsiz izin verilir. Görüldüğü üzere bu hükümlerde; kadın işçinin, çocuğunun henüz anne şefkatine ve bakımına ihtiyacı olduğu bir dönemde, kendi yanında olmasını temin etmek amacıyla

³² Altan, s.160.

³³ Doğumdan sonraki altıncı haftanın bitiminden sonra çalışmaya başlayan kadın işçi, emzikli kadın işçidir. Tunçomağ, Kadının Durumu, s.120.

bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu izin kadın işçinin isteği üzerine verilir. Bu süre, ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (İş K. m. 70 IV), yani çalışılmış günler gibi sayılmaz. Ayrıca bu 6 aylık süre zarfında ücret ödenmediği için, kadın işçiden sigorta primi kesilmesi de söz konusu değildir³⁴.

8. Hafif İşte Çalıştırılmasını Talep Hakkı

Doğumdan sonraki altıncı haftanın bitiminden itibaren, eğer doktor raporu ile süre arttırılmamışsa (İş K. m.70 II; Ge. Em. Ka. Ç.a. Şa. Hk. T. m. 3 II), emzikli kadın işçi çalışmaya başlar.

Gebe ve Emzikli Kadınların Çalışma Koşullarına İlişkin Tüzüğün "*Emzikli İşçilerin Çalıştırılmaları*" başlığını taşıyan 5. maddesinde, emzikli işçilerin, Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğünde belirtilen ve kadınların çalıştırılabilecekleri ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilmesi için, doğumdan sonraki 6 haftanın bitiminde ve işe başlamadan önce çalıştırılmalarına engel bir durumun olmadığına ilişkin hekim raporunun alınması şartı öngörülmüştür. Muayene neticesinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışması mahzurlu olduğu belirlenmişse, bu durumda artık emzikli kadın işçinin doğumdan sonra ilk 6 ay içinde, bu işlerde çalıştırılmaları mümkün değildir (m. 5.II). Burada sorun böyle bir durumda kadın işçinin işverenden daha hafif bir işte çalıştırılmasını talep etme hakkının olup olmayacağıdır. Tüzüğün belirtilen maddesinde, kadın işçinin sadece ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının mahzurlu olduğunun doktor raporu ile belirlenmesi halinde çalıştırılma yasağı getirildiğinden ve hafif işte çalıştırılması doktor raporu ile yasaklanmadığı için, emzikli kadın işçi hafif bir işte çalıştırılmasını talep hakkına sahiptir³⁵.

Diğer taraftan Kadınların Çalıştırılması Koşullarına ilişkin tüzüğün 6. maddesinde de; emzikli kadın işçilerin doğum tarihinden itibaren altı ay süre ile gece çalışmaları yasaklanmış, ancak bu süre içinde gebe ve emzikli kadın işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen tüzük hükümleri saklı kalmak kaydıyla, gündüz postalarında çalıştırılabilecekleri hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere her iki tüzükte getirilen düzenleme de, emzikli kadın işçiyi korumaya yöneliktir.

³⁴ Tunçomağ, "İş Hukuku" s.187.

³⁵ Tunçomağ, Kadının Durumu, s.121; Altan s.164.

SONUÇ

Kadın işçinin hamilelik ve analık dönemlerinde gerek kendisinin ve gerekse doğacak veya doğmuş çocuğunun sağlığı ve bakımı için kanundan ve iş ilişkisinden doğan ücret hakkı ve analık yardımı, çocuk bakım parası ödenmesi, bakım izni hakları mevcuttur. Gerek İsviçre, gerekse Türk İş Hukukunda bu haklara ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, Türk İş Hukuku Mevzuatında yeni düzenlemelerin yapılması gerektiği hususu ortaya çıkmaktadır.

Özellikle İş K. M. 17/1a'da yer alan işçinin işine gidemediği süreler için ücret işlemeyeceği şeklindeki düzenleme İsviçre Borçlar Kanununun 324a maddesinde olduğu gibi, işverenin kadın işçiye belirli bir süre ücretini ödemekle yükümlü olması şeklinde değiştirilmelidir. Kadın işçinin bu dönemde geçici iş göremezlik ödeneği alma hakkı varsa, ücret ile iş göremezlik ödeneği arasındaki farkın işverence tamamlanması yerinde olacaktır.

Diğer taraftan gerek hamile gerekse emzikli kadın işçinin bu dönemlerinin, sözleşme ile üstlendiği işi yapmasını imkansız kılması halinde işverenden daha hafif bir işte çalıştırılmasını talep etme ve buna ilişkin ücret hakkına yönelik esasların da açıkça belirlenmesi gereklidir.

Ayrıca, kadın işçi talep ederse, çocuğun bakım ve terbiyesi için doğumdan sonraki analığı koruma sürelerinin sonunda verilecek ve çocuğun en fazla üçüncü yaşının tamamlanmasının sonuna kadar devam edebilecek ücretsiz bir çocuk bakım izni kanunda düzenlenmelidir.

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- Altan, Zühtü Ö.** : Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu ile Korunması, Eskişehir, 1980.
- Brunner J., Bühler M., Waeber B.** : Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main, 1997.
- Class, E./Mössinger R.** :Die, Rechte der Frau im Arbeitsverhaeltnis, Zürich, 1996.
- Çenberci, M.** : Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Yeni Bası, Ankara, 1985.
- Göldi S., Schürer U.** : Die Frau im Arbeitsrecht, Zürich, 1996.
- Güzel, A., Okur A. R.** : Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 1998.
- Molitor, Karl** : Die Stellung der Frau im Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit, in Recht der Arbeit (RdA), 1984, Heft 1, s.13-22.
- Ozanoğlu, Teoman** : Analık Sigortası ve Analık Sigortasına İlişkin Davalar, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1988, s.8.
- Rehbinder, Manfred** : Berner Kommentar Band: VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362, OR, Bern, 1985.
- Tuncay, Can** : Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 8. Bası, İstanbul, 1998.
- Tunçomağ, Kenan** : İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1982.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, s.101-131. (Kadının Durumu)