

T.C.

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

**4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca İşverenin İş
Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırlamaları**

Yüksek Lisans Tezi

ÇAĞLAR HARMANCIOĞLU

İstanbul, 2017

T.C.

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ, ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK
LİSANS PROGRAMI**

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal

**4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca İşverenin İş
Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırlamaları**

Yüksek Lisans Tezi

ÇAĞLAR HARMANCIOĞLU

İstanbul, 2017

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	iv
ÖZET	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN DOĞUŞU ve SINIRLANDIRILMASI

I. Sözleşme Serbestisinin Doğuşu ve Sınırlandırma Gerekçeleri.....	4
A. Sözleşme Serbestisi	4
B. Sözleşme Serbestisinin Ortaya Çıkışı.....	8
C. Sözleşme Serbestisini Sınırlandırma Gerekçeleri.....	10
II. Türk Hukuk Sisteminde Sözleşme Serbestisi.....	15
A. Anayasa Hukukunda Sözleşme Serbestisi.....	15
B. Borçlar Hukukunda Sözleşme Serbestisi.....	18
C. İş Hukukunda Sözleşme Serbestisi.....	23

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA ZORUNLULUĞU

I. Yeniden İşe Alma Zorunluluğu	34
A. Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında İşten Çıkarılan İşçiler	35
1. Toplu İşçi Çıkarma Kavramı	36
2. Toplu İşçi Çıkarma Sebepleri	38
3. Toplu İşten Çıkarılanların Yeniden İşe Alınma Zorunluluğu.....	42
B. İşyerinden Malulen Ayrılan İşçiler	43
C. Askerlik veya Kanuni Bir Ödev Nedeniyle İşten Ayrılan İşçiler	48
II. İşe Alma Zorunluluğu.....	56
A. Engelliler	56
1. Uluslararası Düzenlemeler.....	56
2. Ulusal Düzenlemeler	61
3. İşverenin Engelli Çalıştırma Zorunluluğunun Şartları	69
a. Düzenlemeden Yararlanabilecek Engelliler.....	74

b. İşverenin Engelli İşçi İstihdam Süreci	78
4. Engellilerin Çalıştırılmasında İşverene Getirilen Ek Yükümlülükler	84
5. Korumalı İşyerleri.....	89
6. İşverene Tanınan Teşvikler.....	90
B. Eski Hükümlüler	92
1. Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluğuna İlişkin Düzenlemeler	95
2. Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Şartları.....	98
a. Düzenlemeden Yararlanabilecek Eski Hükümlüler	100
b. İşverenin Eski Hükümlü İstihdam Süreci	104
3. Eski Hükümlülerin Çalıştırılmasında İşverene Getirilen Ek Yükümlülükler..	109
C. Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Derecede Yaralananlar	109
1. Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Derecede Yaralananları Çalıştırma Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemeler	110
2. Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Derecede Yaralananları Çalıştırma Zorunluluğunun Şartları.....	114
2.a. Düzenlemeden Yararlanabilecek Kişiler.....	115
III. Yeniden İşe Alma Zorunlulukları ile İşe Alma Zorunluluklarına Aykırılığın Yaptırımları.....	116
A. Yeniden İşe Alma Zorunluluklarına Aykırılığın Yaptırımları	116
B. İşe Alma Zorunluluklarına Aykırılığın Yaptırımları	121

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YASAKLARI

I. Yaş Küçüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesi Yapma Yasası	130
A. Uluslararası Sözleşmeler	132
B. Ulusal Düzenlemeler	138
1. Asgari Çalışma Yaşı	139
a. Çıraklık	144
2. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılmayacakları İşler	145
3. Çocuk ve Genç İşçileri Çalıştırmayacak İşverenler.....	149
C. Yaş Küçüklüğüne İlişkin Sözleşme Yapma Yasaklarına Aykırılığın Sonuçları .	152
1. Hukuki Yaptırım.....	152

2. Cezai Yaptırım.....	154
II. Kadın İşçilere Yönelik Sözleşme Yapma Yasakları	156
A.Uluslararası Sözleşmeler	157
B.Ulusal Düzenlemeler	160
1. Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı	162
2.Gece Çalıştırma Yasağı	163
3.Hamile ve Çocuklu Kadın İşçilere Yönelik Getirilen Düzenlemeler	165
C.Kadın İşçilere Yönelik Sözleşme Yapma Yasaklarına Aykırılığın Sonuçları.....	179
1. Hukuki Yaptırım.....	179
2. Cezai Yaptırım.....	181
SONUÇ	183
KAYNAKÇA.....	185

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASŞ	Avrupa Sosyal Şartı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
Basın İşK.	5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BM ÇHS	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
C.	Cilt
C.D.	Ceza Dairesi
ÇGİÇUEHY	Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
ÇSGB	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
D.	Daire
Deniz İşK.	854 sayılı Deniz İş Kanunu
DİK	2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
DMK	657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
Dn.	Dipnot

E.	Esas
Ed.	Editör
EHB	Engelliler Hakları Bildirgesi
EHİS	Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme
EK.	5378 sayılı Engelliler Kanunu
EKPSS	Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavı
f.	Fıkra
GEKÇŞEOÇBYDY	Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik
GGASS	Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
GVK	193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
H.D.	Hukuk Dairesi
H.G.K.	Hukuk Genel Kurulu
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHSGHD	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İSGK	6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İSSMMO	İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası
İşK.	İş Kanunu
İş-Kur	Türkiye İş Kurumu
İÜHFMM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	Karar
KÇGPÇKHY	Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KİK	4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KKEHTMMSŞYİÖAUHY	Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
KPSS	Kamu Personeli Seçme Sınavı
KTK	4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu
md.	Madde
ÖEHTMİHY	Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik
RG	Resmi Gazete
RKHK	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	Sayı
s.	Sayfa
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SEHÇHY	Sakatların ve Eski Hükümlülerin Çalıştırılmaları Hakkında Yönetmelik
SİHT	Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük
SMRİHS	159 sayılı Sakatların Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdamı Hakkında Sözleşme

SSGSSK	5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STİSK	6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TİHEKK	6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TİKGMİYİHHY	Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	Türk Lirası
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	ve benzeri
YHGK	Yüksek Hakem Genel Kurulu
YHK	Yüksek Hakem Kurulu
YİYHHY	Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik
YUKK	6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

ÖZET

4857 SAYILI İŞ KANUNU UYARINCA İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA SERBESTİSİNİN SINIRLAMALARI

Harmancıoğlu, Çağlar

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal

İş sözleşmesi yapma serbestisi Borçlar Hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan sözleşme yapma serbestisinin İş Hukukundaki yansımasıdır. Bu ilke uyarınca kural olarak işçi ile işveren sözleşme yaparken sözleşmenin tarafını seçme, içeriğini ve şeklini belirleme, sözleşmeyi sona erdirmeye gibi serbestilere sahiptirler. Ancak bu serbestiler mutlak olmayıp sosyal devlet olmanın gereği ve işçiyi işveren karşısında koruma düşüncesiyle çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamalar kimi zaman iş sözleşmesi yapma zorunluluğu kimi zaman iş sözleşmesi yapma yasağı kimi zaman ise çalışma şartlarına getirilen düzenlemeler ile olmuştur.

Mevcut çalışmada iş sözleşmesi yapma serbestisine 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında getirilen sınırlamalar ve bu sınırlamalara aykırılık halindeki yaptırımlar irdelenmiştir. Bu itibarla konu; özel kanun hükümleri ile karşılaştırma yapılarak, uluslararası sözleşmeler, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme Özgürlüğu, Sözleşme Serbestisi, İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğu, İş Sözleşmesi Yapma Zorunlulukları, İş Sözleşmesi Yapma Yasakları.

GİRİŞ

Sözleşmeler tarih boyunca bireylerin veya kuruluşların birbirleri ile olan ilişkilerinde başvurdukları en önemli hukuki işlemlerden olmuştur. Tarihsel süreçte ilk olarak belli başlı sözleşmeler üzerinden sözleşme ilişkisi kurulmaktayken, zamanla sosyolojik nedenlerin de etkisiyle bu kalıplar dışına çıkmış ve sözleşme serbestisine doğru bir akım oluşmuştur. Bu anlamda sözleşmeyi oluşturan tarafların sözleşmeyi diledikleri şekilde, diledikleri içerikle ve diledikleri tarafla oluşturma yönelimi hız kazanmıştır. Tüm bu serbestlikler hukuk düzleminde sözleşme serbestisi olarak ifade edilmiş ve bugünkü özel hukuk alanına şekil veren temel ilkeler arasına girmiştir.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Bu anlamda bir sözleşmenin amacına uygun sonuçlar doğurması için, sözleşme tarafı olan kişilerin iradelerinin sağlıklı, hür ve herhangi bir etki altında olmaksızın açığa çıkması gerekir. Sözleşme serbestisi ile ulaşılmak istenen ideal sözleşme de budur. Ancak sözleşme kurulurken tarafların ekonomik gücü, eğitimi, tecrübesi birbirinden çoğu zaman farklı olmakta, bu da tarafların sözleşme ilişkisine girerken eşit şartlarda olmamasına neden olmaktadır. Bu bağlamda, her sözleşme ilişkisinde tarafların eşit şartlara sahip olmasının zorluğunun görülmesi ile zamanla mutlak sözleşme serbestisinin adil bir çözüm getirmediği anlaşılmış ve özellikle tüketici, işçi, kiracı gibi sözleşme şartları ile ilgili müzakere gücü düşük olan tarafı korumaya yönelik düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu amaçla kanun koyucular sözleşme serbestisini sınırlamaya yönelik düzenlemeler getirmiştir.

Sözleşme serbestisinin İş Hukukundaki yansıması iş sözleşmesi yapma serbestisi şeklinde olmuştur. Bu bağlamda kural olarak işçi ve işveren iş sözleşmesini yaparken sözleşmenin tarafını seçme, içeriğini belirleme, istediği şekilde yapma ve iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkına sahiptir. Daha açık bir anlatımla, iş sözleşmesi serbestisi kapsamında işçi ve işveren yapılacak iş, çalışma düzeni, ücret gibi sözleşmeyi oluşturan hususlarda serbestiye sahiplerdir. Ancak işçinin işveren karşısında korunması ihtiyacı nedeniyle işverenin iş sözleşmesi yapma serbestisine sınırlamalar getirilmiştir.

Böylece işverenin iş sözleşmesi yaparken tam bir serbesti içinde olmasının ve işçiye deyim yerindeyse sözleşme şartlarını dayatmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

Mevzuatımızda iş sözleşmesi yapma serbestisinin sınırlandırılması, işverenin belli kişilerle iş sözleşmesi yapmaya zorlanması, belli kişilerle iş sözleşmesi yapmasının yasaklanması, ancak belli şartlarla iş sözleşmesi yapabilmesi gibi çeşitli görünümlere sahiptir. Anılan bu sınırlamalar kapsamlı olarak 4857 sayılı İş Kanunu¹'nda yer almakla birlikte, sadece bu kanun ile sınırlı tutulmamış ve farklı kanunlarda dağınık olarak çeşitli düzenlemelere de yer verilmiştir.

Tüm yabancı işçilerin kayıt altına alınması, vatandaşların çalışma alanında yabancıların rekabetine karşı korunması, kaçak işçiliğin önlenmesi, işsizliğin önüne geçilmesi yabancı istihdamı ve iş gücü göçü yönetimi kapsamında konuya ilişkin politikaların oluşturulması, bu politikaların uygulanması, uygulama sonuçlarının değerlendirilmesi, ilgili kurumlarla ortak çalışmalar yapılması, uluslararası iş gücü politikasının oluşturulması amacıyla² yürürlüğe giren 6735 sayılı Uluslararası İş Gücü Kanunu konu ile ilgili bir çok sayıda özel düzenlemeler barındırmaktadır. Kanun çalışma izinlerini süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni ve istinai çalışma izni olarak dört gruba ayırmakta ve belirtilen izinlere sahip olmayan yabancıların yurtiçinde izinsiz çalışmalarını yasaklamaktadır (md. 6/f. 2). Öte yandan 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun gibi çeşitli kanunlar ile de yabancılarla belli meslekler için sözleşme yapma yasakları getirilerek iş sözleşmesi yapma serbestisi tamamen kaldırılmıştır.

Nitekim, sözleşmelerin geçerli olabilmesi adına kanuna emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmamasını şart koşan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun³'da hastalanarak işten ayrılmak zorunda kalan gazeteciyle yeniden iş sözleşmesi yapılmasını

¹ RG 10.06.2003, S. 25134.

² Kanunun genel gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

³ RG 20.06.1952, S. 8140.

düzenleyen 12. madde hükmü, 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁴'nda işverenin belli oranda engelli çalıştırmasını öngören 13. madde hükmü; asgari çalışma yaşı öngören 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁵'nun 173. madde hükmü söz konusu düzenlemelere örnek teşkil etmektedir.

Sözleşme serbestisini kısıtlayan özel hukuk alanındaki tüm düzenlemeleri tek bir çalışma altında incelemek mümkün olmadığından ve gerek uygulama alanı gerekse ayrıntılı hükümlerinin diğer kanunlara nazaran daha fazla oluşu nedeniyle çalışmamız İş Kanunu'ndaki düzenlemelere hasredilmiştir. Bu bağlamda birinci bölümde, sözleşme serbestisinin doğuşu, sınırlandırma gerekçesi tarihsel süreç içerisinde incelenerek Türk Hukukundaki yansıması ele alınacaktır. İkinci bölümde, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu irdelenecektir. Bu bölümde işverenin eski işçisi ile yeniden iş sözleşmesi yapmakla yükümlü kılındığı durumlar ile ilk defa çalıştıracağı bir kişi ile iş sözleşmesi yapmakla yükümlü kılındığı durumlara yer verilecektir. Çalışmamızın son bölümünü oluşturan üçüncü bölümünde ise, iş sözleşmesinin yapılmasının yasaklandığı haller açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca konu ile ilgili uluslararası sözleşme hükümlerinden, doktrindeki görüşlerden ve Yargıtay kararlarından da istifade edilerek ilgili bölümlerde yer verilecektir.

⁴ RG 29.04.1967, S. 12586.

⁵ RG 06.05.1930, S. 1489.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN DOĞUŞU ve SINIRLANDIRILMASI

I.Sözleşme Serbestisinin Doğuşu ve Sınırlandırma Gerekçeleri

A. Sözleşme Serbestisi

Serbesti (özgürlük) kavramı, temelini tabii hukuk doktrininden alan ve yüzyıllardır felsefi, toplumsal, siyasal ve hukuksal olarak anlamını bulmaya çalışan bir ifade olup tabii hukukçular tarafından “*etik bir varsayım*” olarak tanımlanmıştır. Bugün her ne kadar düşünsel tartışmalar özgürlüğü tam ve kesin olarak açıklama imkânı yaratmasalar da, kavram genel olarak olumlu ve olumsuz olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Buna göre, olumlu anlamda özgürlük; belirli bir emrin, baskının, engelin ya da kuralın yokluğunu yani “*bağımsızlığı*”; olumsuz anlamda ise bireyin davranışlarını kendi kişisel iradesiyle belirleyebilmesini yani “*seçebilme iktidarını*” ifade eder. İşte bu ikinci anlamıyla, özgürlük iradeye bağlıdır ve buradaki irade topluma ait genel bir irade değil, bireyin kendi kişisel iradesidir⁶.

Özgürlük kavramının özel hukuktaki yansıması ise bireylerin mevzuatın belirlediği sınırlar içerisinde hukuki ilişkilerini özgürce kurması, değiştirmesi ve ortadan kaldırması şeklindedir. Bu da kısaca irade özgürlüğü olarak ifade edilmektedir⁷. Diğer bir anlatımla, irade özgürlüğü, bireyin hem bağımsız olduğunu hem de kendi kurallarının egemenliği altında bulunduğunu, bu sebeple eğer borç altına gireceği bir durum yaratmak istiyorsa buna ancak kendisinin karar verebileceğini, yani insanın kendi kaderini bizzat belirleyebilmesi ve çeşitli alternatifler arasında seçim

⁶ ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007 (Genel Ahlaka Aykırılık), s. 31-32.

⁷ YILDIRIM, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 100; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015 (Borçlar Genel), s. 297; KESER, Hakan, “4857 sayılı İK’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, Ankara 2004: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

yapabilmesini ifade eder⁸. Dolayısıyla irade özgürlüğü ilkesi, kişileri kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle de devletin baskısından korumayı amaçlar⁹.

Borçlar Hukuku sisteminde irade özgürlüğü ilkesi hâkim olup ilkenin bu hukuk düzleminde yansıması sözleşme serbestisi şeklinde olmuştur¹⁰. Bu bağlamda sözleşme serbestisi, serbest piyasa ekonomi düzeninin var olduğu ülkelerin benimsediği özel mülkiyet, teşebbüs özgürlüğü gibi temel ilkelerden biridir¹¹. Sözleşme serbestisi, irade özgürlüğünden doğar ve bireylerin özgür iradelerinin ifadesi olarak kabul edilir¹². Bu anlamda, irade özgürlüğü sözleşme özgürlüğünün ideolojik esasını oluşturur¹³. Sözleşme serbestisi ve onun kaynağı olan irade özgürlüğünün temelinde bireylerin hukuken eşit oldukları, özgür bir toplumda herkesin kendi menfaatini en iyi şekilde gözeticeği ve borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyecekleri fikri mevcuttur. Mademki her birey özgür olup hukuki işlemler ile kendi menfaatlerini izlemektedir, o halde dışarıdan gelebilecek her türlü baskı ve zorlama, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitlik ve özgürlük ilkelerini zedeler. Bu nedenle başka bir kişinin diğer kişinin çıkarı için, ona yardım ve müdahale etmesine gerek yoktur. Herkes menfaatini en iyi şekilde gözetip izlediği zaman, bu menfaatlerin toplamından oluşan genel menfaat de en iyi şekilde gerçekleşmiş olur¹⁴.

Sözleşme serbestisi ile bireyler kendi kararları ve kendi sorumlulukları doğrultusunda özel ilişkilerini bizzat düzenleyip biçimlendirmek için sözleşme yapma yoluna

⁸ ATEŞ, Genel Ahlakı Aykırılık, s. 24.

⁹ EREN, Borçlar Genel, s. 16.

¹⁰ OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016. s. 23-24; ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 53; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2016, s. 6-7; TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 485; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2005, s. 6; ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 34.

¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 536.

¹² ATEŞ, Derya, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", TBB Dergisi, S. 72, Ankara 2007 (Sözleşme Özgürlüğü), s. 75; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2014, s. 61; Sözleşme serbestisinin sadece Borçlar Hukukunda değil, tüm özel hukuk ilişkilerinin hukuk düzeni sınırları içerisinde özgürce düzenlenebileceği anlamına geldiği yönünde bkz. ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıcındaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 71.

¹³ EREN, Borçlar Genel, s. 16.

¹⁴ EREN, Borçlar Genel, s. 301.

başvururlar. Bu bakımdan sözleşme, iki tarafın bir hukuki sonucu (borç ilişkisini) yaratmak üzere birbiriyle uyuşan karşılıklı özgür iradelerini açıklamalarıyla oluşan hukuki işlemdir¹⁵. Bireyler hukuki ilişkiye girerken irade özgürlüğü ile hareket ederekbizzat uymak zorunda oldukları hukuk normlarını koyarken, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşturdukları sözleşmeleri kullanırlar ve bu sözleşmelerle sınırlı da olsa kendilerini bağlayan yani borç altına sokan veya hak sahibi yapan konuma girerler. Bu sebeple sözleşme; onu yapanların kanunu, tarafların özgür iradeleri ise hukukun kaynağını oluşturur¹⁶.

İrade özgürlüğünden doğan sözleşme serbestisi, niteliği itibari ile kendi içinde alt özgürlükleri de barındıran geniş bir kavramdır. Bir diğer ifade ile, sözleşme serbestliği ilkesikendinden doğan farklı alt özgürlükleri yani “kısmi özgürlükleri” bünyesinde barındıran genel ve kapsamlı bir çerçeve hukuk kuralı niteliğindedir¹⁷. Bu alt özgürlükler, “sözleşme yapıp yapmama serbestisi”, “sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisi”, “sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi”, “şekil serbestisi” ve “sözleşmeyi sonlandırma serbestisi” şeklinde ortaya çıkar¹⁸.

Sözleşme yapma serbestisi, sözleşme yapıp yapmama konusunda herkesin özgür olması anlamına gelmektedir¹⁹. Herkes kendi isteği ile bir sözleşmenin tarafı olabilecek, kendi iradesi ile borç altına girebilecektir. Kimse istemediği bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamayacağı gibi istediği bir sözleşmeyi yapmaktan da alıkonulamaz²⁰. Zira sözleşme yapmayı kabul etmek kadar, bir sözleşme ilişkisine girmemek de kanuna ve hukuka uygun bir hakkın kullanımındır²¹.

Sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisi, kural olarak herkesin sözleşme ilişkisini kurmak istediği kişiyi seçme hürriyeti şeklinde tanımlanabilir. Bu husus sözleşmenin

¹⁵ ZEVKLİLER, s. 29.

¹⁶ ALTUNKAYA, s. 65; EREN, Borçlar Genel, s. 298.

¹⁷ ATEŞ, Genel Ahlaka Aykırılık, s.40.

¹⁸ AYAN, s. 6; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Borçlar Özel), s. 49-50; EREN, Borçlar Genel, s. 17; ZEVKLİLER, s. 71; ALTUNKAYA, s. 71; ANTALYA, s. 261.

¹⁹ ANTALYA, s. 53; OĞUZMAN / ÖZ, s. 23.

²⁰ AYAN, s. 7; EREN, Borçlar Özel, s. 50; EREN, Borçlar Genel, s. 301.

²¹ ATEŞ, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 41; ATEŞ, Sözleşme Özgürlüğü, s. 79; AYAN, s. 9; EREN, Borçlar Özel, s. 50, 315; YAVUZ, s. 6-7.

her iki tarafı için de geçerli olan bir kural olup kimsenin kimse ile sözleşme yapmaya zorlanamayacağı anlamına gelmektedir.

Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi, sözleşme taraflarının hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar kapsamında, kendi iradeleri ile sözleşme konusunu, yükümlülüklerini diledikleri gibi oluşturmalarını, sözleşme içerisinde bulunmasını istedikleri hususları diledikleri gibi sözleşmeye dahiletmelerini, daha sonra içeriğini değiştirmelerini veya süresini belirlemeyi sağlayan bir özgürlüktür²². Ancak yapılan sözleşmenin sonradan içeriğini değiştirmek veya sözleşmeyi ortadan kaldırmak için tarafların bu konuda anlaşmaları gerekir. Yoksa haklı bir neden yokken sözleşme taraflarından birinin tek taraflı iradesi ile sözleşmede değişiklik yapamaması esastır²³. İçeriğini belirleme serbestisi sözleşmenin tipini serbestçe belirleyebilme serbestliğini de içinde barındırır. Böylelikle sözleşme yapmak isteyen taraflar kanunda düzenlenen bir sözleşmenin hükümlerini tamamen kabul edip kanuna atıf yapabilecekleri gibi, kanunda öngörülen bazı sözleşme tiplerini birleştirerek veya karıştırarak da sözleşme yapabilirler. Hatta kanunda düzenlenmemiş yeni bir (atipik) sözleşme yaratmaları da mümkündür²⁴.

Şekil serbestisi, sözleşme yapmaya yönelik tarafların iradelerini ortaya koyarken kural olarak bunun herhangi bir şekle tabi olup olmayacağını özgürce seçebilmeleridir²⁵. Bir diğer ifade ile, şekil serbestisitarafkların iradelerini açıklarken (sözleşme yaparken) bunu yazılı yapıp yapmama, yazılı yapacaklar ise adi yazılı şekli veya resmi yazılı şekli (noter onaylı olması gibi) seçme konusunda tamamen serbest olmaları anlamına gelmektedir.

Sözleşmeyi sona erdirme serbestisi ise sözleşmeye taraf olanların karşılıklı özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmeyi diledikleri bir zamanda sona erdirebilmesi anlamına gelir. Sözleşme ilişkisine girmek gibi bu ilişkiyi istenen bir zamanda karşılıklı olarak sona erdirebilmek de sözleşme serbestisinin doğal bir sonucudur.

²² **AYAN**, s. 10; **ANTALYA**, s. 54.

²³ **ZEVKLİLER**, s. 36.

²⁴ **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 23-24; **EREN**, Borçlar Özel, s. 50-51; **EREN**, Borçlar Genel, s. 317; **REİSOĞLU, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 113; **ZEVKLİLER**, s. 37; **ANTALYA**, s. 55, 268.

²⁵ **ATEŞ**, Sözleşme Özgürlüğü, s. 80; **AYAN**, s. 10; **ANTALYA**, s. 54.

Yukarıdaki bilgiler ışığında sözleşme serbestisini genel olarak kişilerin özgür iradelerini kullanarak diledikleri sözleşmeyi geçerli bir şekilde yapabilme konusunda sahip oldukları özgürlük olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanımı biraz daha açarsak, tarafların bir sözleşmeyi kendi istekleri dışında yapmak zorunda olmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe tespit edebilmeleri ve istedikleri zaman değiştirebilmeleri, kendileriyle sözleşme yapacak kimseyi seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi tayin edebilmeleri, sözleşmeyi karşılıklı rıza ile ortadan kaldıracabilmeleri hususlarındaki özgürlüklerin tümüdür²⁶.

B. Sözleşme Serbestisinin Ortaya Çıkışı

Toplumsal ilişkilerin her alanda düzenlenmesinde en temel araçlardan olan sözleşmenin hukuki işlevini yerine getirebilmesi için şüphesiz sözleşme serbestisi ilkesi ile tamamlanması gerekir. Bu doğrultuda sözleşme serbestisi ilkesi, Avrupa Sözleşmeler Hukukunda olduğu gibi tüm çağdaş hukuk düzenlerinde 19. yüzyıldan bu yana uygulanmakta olan bir ilkedir²⁷. Çalışmamızda bu ilkenin ortaya çıkmasına duyulan ihtiyaç Avrupa Sözleşmeler Hukuku kapsamında tarihsel süreç içerisinde ele alınmıştır.

İlk olarak Roma Hukuku'na baktığımızda bu dönemdeki hukuk sisteminde sınırlı sayı ilkesinin (numerus clausus) mevcut olması nedeniyle günümüzdeki sözleşme kavramına eş değerde bir hukuki işlemin söz konusu olamadığı gözlemlenmektedir. Anılan bu dönemde belli hüküm ve sonuçlara bağlanan belli başlı hukuki işlemlerin uygulanması kabul edilmiş ve bunların dışında yapılan işlemler (sözleşmeler) geçersiz olarak kabul edilmiştir. Sınırlı olarak sayılan sözleşmeler dışında sözleşme yapma imkânı ise bireylere tanınmamıştır. Bu sebeple sözleşme serbestisinin bu dönemde mevcut olmadığı söylenebilir²⁸.

Orta Çağ'da ise feodal düzenin hâkim olmasının etkisiyle insanlar arasında statülere göre bir yapılaşma ve ayrışma söz konusu olmuş; toprak mülkiyeti, kilise ve şehirler

²⁶ **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 483.

²⁷ **KÜÇÜKYALÇIN, Arzu**, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHFD, C. 53 S. 4, Ankara 2004, s. 101.

²⁸ **KÜÇÜKYALÇIN**, s. 102-103.

anılan statülerin kaynağını oluşturmuştur. Bu dönemde birey sabit bir toplumsal statü içinde doğmakta ve hayatı boyunca bu statü içerisinde kalmaktaydı. Zira bu düzenin Tanrı tarafından yaratıldığı düşüncesi toplumda hâkim olmuştur. Dolayısıyla bu dönemde de sözleşme serbestisi ilkesinin uygulanması mümkün olamamıştır²⁹.

17. ve 18. yüzyıla doğru geldiğimizde ise bu kez birey ve toplum üzerine düşüncelerin oluşması ile insanı otoriter ve geleneksel yapının kısılcısından kurtarma düşüncesi hakim olmaya başlamıştır. Bu düşünce temelinde insanın özgür ve mantık yürütme yeteneğine sahip olduğu için de egemen olduğu savunulmuştur. Buna göre toplumsal düzen ve devlet insanın mantığının ürünleridir. Nitekim 1789 tarihli Fransız Devrimi ile de bu düşünce akımı siyasal ve toplumsal yaşamda etkisini göstermiş, devlet faaliyetlerinin belli bazı azınlık, grup veya statü sahibi kişilerin işi olduğu düşüncesini ortadan kaldırılarak kanun önünde eşitlik düşüncesi toplumda yerleştirilmiştir³⁰.

Sanayi Devrimi de 18. yüzyıldaki düşünce akımlarının mevcut olduğu dönemde başlamış ve 19. yüzyılda doruk noktasına ulaşmıştır. Sanayi Devrimi ile ekonomik gelişme sağlanmış ve bunun sonucu olarak Orta Çağ'daki feodal yapıya sahip olan toplum düzeninin daha özgürlükçü ve genişlemeye yönelik endüstri toplumuna dönüşümü gerçekleşmiştir. Zanaata ve tarıma dayalı ekonomik model yerini sanayi temelli imalata bırakmış ve serbest işletmeci modeli ile paraya dayalı ekonomik sistem hâkim olmaya başlamıştır. Arzın ve talebin karşılanması ile dengelenmesinin piyasa üzerinden gerçekleşmesi işbölümü üzerine kurulu bir ekonomik düzen ortaya çıkarmış, bireyler gerek üretici gerek tüketici gerek işletmeci veya sermayedar gerekse işçi olarak piyasada rol almaya başlamıştır. Piyasadaki bu işleyişin sağlanması da sözleşme ile olmuştur. Diğer bir ifade ile, toplumsal ve ekonomik alanda yaşanan gelişme kapsamında iş bölümüne dayalı piyasa ekonomisinin hukuksal alana yansımaları sözleşme kurumu üzerinde olmuştur. Böylelikle tarafların ilişkilerini kanunlar çerçevesinde özgürce şekillendirme ihtiyacı ortaya çıkmış ve 19. yüzyıl “sözleşme yılları” olarak anılmaya başlamıştır³¹. Bu dönemde hukuk düzenleri sözleşme taraflarına sözleşme şartlarını genel olarak serbest iradeleri ile kararlaştırabilecekleri alan bırakarak

²⁹ ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 10-11.

³⁰ ATAMER, s. 11.

³¹ ATAMER, s. 12-15.

sözleşme serbestisi ilkesini kabul etmiştir³². Bu bağlamda sözleşme serbestisi ilkesinin temellerinin bu dönemde atıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

19. yüzyıldaki ekonomik alanda yaşanan gelişmeler kanunlaştırma hareketlerini de beraberinde getirmiştir. Serbest pazar ekonomisinin bütün Avrupa'da uygulanmaya başlanmasıyla eski feodal toplum düzeninin ihtiyaçlarına yönelik hazırlanmış hukuk düzenlerinin de yenilenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. 19. yüzyıl başlarında bu gerekçe ile önemli kanunlaştırma hareketi yaşanmış ve bireylerin özgürce hukuki ilişkilerini oluşturması için hukuki altyapı oluşturulmuştur. İlk önce 18. yüzyıl sonlarında Prusya Genel Kanunu kabul edilmiş, bunu 1804 yılında Fransız Medeni Kanunu ve 1811 yılında Avusturya Medeni Kanunu takip etmiştir³³.

Bu dönem gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketlerinden en iyi örnek olan Fransız Medeni Kanununda sözleşme serbestisi ve sözleşmeye sadakat düşünceleri en geniş kapsamda esas alınmıştır. Buna göre birey kendisi için en iyi olanı özgür iradesi ile seçer ve sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir. Sözleşme ile kararlaştırılanlar da sözleşme tarafları için kanun ile eş değer niteliktedir. Fransız Medeni Kanunundan yaklaşık yüzyıl sonra yürürlüğe giren Alman Medeni Kanununda da aynı ilkeler hâkim olmuştur³⁴.

C. Sözleşme Serbestisini Sınırlandırma Gerekçeleri

Sözleşme serbestisinin doğmasındaki temel görüş; bu özgürlüğün ve onun temeli olan irade serbestisinin devletin ihdas ettiği hukuk düzeninden önce de var olduğudur. Bu sebeple kanunlar özgürlükleri doğurmaktan çok, onları teyit eder ve doğrular. Ancak bu görüş modern hukuk düzenlerinde, toplum içinde yaşayan insanların hiçbir alanda sınırsız ve mutlak bir serbestiye sahip olamayacağı düşüncesiyle kabul görmemiş ve sözleşme serbestisi birtakım sınırlamalara maruz kalmıştır³⁵. Zira toplum içinde yaşamının bir sonucu olarak, toplumda varolan her hukuk süjesinin özgürlüğü, bir

³² KÜÇÜKYALÇIN, s. 105-106.

³³ ATAMER, s. 17.

³⁴ ATAMER, s. 18 vd.

³⁵ ATEŞ, Sözleşme Özgürlüğü, s. 79; ATEŞ, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 43; EREN, Borçlar Genel, s. 298-299.

yandan diğerk kişilerin özgürlükleri ilebir yandan da toplumsal yaşamı sağlayan kurullarla sınırlanır. Söz konusu sınırları oluşturan değerler ise, tabii hukuk doktrinine göre, hem diğerk bireylere saygılı olmakhem de ortak menfaatlerin devamı için gerekli fedakârlıklarda bulunmaktan geçer. Kişilerin toplum içinde bir arada yaşamalarına imkân veren ve ortak yaşamın sürekliliğini sağlayan da budur³⁶. Bu nedenle hukuk düzeni irade serbestisini sınırlı bir şekilde tanıyabileceği gibi ona her zaman yeni sınırlar da getirebilir³⁷. Ancak buna rağmen özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna olarak kabul edilmesi gerekir. Aksinin kabulü halinde devlet müdahalesi artacağından, bunun sonucu olarak liberal bireyci toplum düzeninin temel sütunu olan özel hukukun, dolayısıyla da Borçlar Hukukunun anlam ve fonksiyonu önemli ölçüde azalmış olacaktır. Bu nedenle sınırlamanın ölçüsü, her zaman birey yararıyla toplum yararı arasındaki uyumlu denge olmalıdır³⁸.

Yukarıda belirtilenlere ek olarak özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra sosyal ve ekonomik sebeplerle sözleşme serbestisine sınırlama getirilmesi söz konusu olmuştur. Zira bu dönemde sözleşme yapanların ekonomik ve sosyal olarak birbirlerine eşit olmamaları, güçlü olanların zayıf olanlara karşı kendi iradelerini kabul ettirmelerine yaygınlık kazandırmıştır. Bu sebeple özellikle işçi, kiracı ve tüketici gibi sözleşmenin güçsüz tarafının korunmasına yönelik düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş ve bu yönde kanuni düzenlemeler getirilmiştir³⁹.

İş Hukuku alanındaki sözleşme serbestisine getirilen sınırlamaların tarihçesine bakıldığında temelinde işçilerin korunmasını hedefleyen sosyal düşüncenin yer aldığı görülmektedir. Sanayi Devrimi ile birlikte loncalara dayalı bir düzen içinde sürdürülen çalışma ilişkileri çözülmüş, çalışma yaşamı hiçbir kural ve kurumun düzenleyici işlevinin bulunmadığı bir döneme girmiştir. Kapitalist bir ekonomik düzen ve liberal bir devlet anlayışının benimsendiği bu dönemde, devletin ekonomik ve sosyal hayattan uzaklaştırılmaya çalışılması, çalışma yaşamında koşulların tamamen işverenlerin arzusuna göre düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Liberal anlayışla devlet

³⁶ ATEŞ, Genel Ahlakta Aykırılık, s. 45.

³⁷ EREN, Borçlar Genel, s. 299.

³⁸ EREN, Borçlar Genel, s. 16.

³⁹ EREN, Borçlar Genel, s. 299-300.

müdahalesinin söz konusu olmadığı bu dönem, hem işçi hem de işveren açısından en geniş anlamıyla sözleşme yapma serbestisinin tanındığı yıllar olmuştur. Ancak bir taraftan emeğin bol ve güçsüz olması, buna bağlı olarak işçiler arasında yaşanan aşırı rekabet, diğer taraftan sözleşme serbestisi çerçevesinde düşük ücretle ve uzun çalışma saatleri ile yetişkinler yanında kadın ve çocukların da çalıştırılması sağlıksız bir toplum yapısını ortaya çıkarmıştır. Bu elverişsiz çalışma ve yaşam koşulları sonucunda oluşan ekonomik ve sosyal sorunlar ve giderek yoksullaşan toplum yapısı, sözleşmeler hukukunun temelinde yatan hukuki eşitlik varsayımının sorgulanmasına yol açarak sosyal düşüncelerin ağır basmasını ve devletin koruyucu ilk müdahalelerinin çalışma ilişkilerine yönelmesini gündeme getirmiştir. Bu dönemde hukuki ve maddi eşitlik arasındaki farkın giderek belirginleşmesi ve toplum içerisinde bağımlı çalışanların sayısının giderek artması, sözleşme serbestisine bakışı değiştirmiştir⁴⁰. Sosyal sorunları ortadan kaldırmaya yönelik devlet müdahalesinin zaman içinde artışı, liberal devlet anlayışından sosyal devlet anlayışına doğru bir gelişimi ortaya çıkarmıştır. Bu anlayış çerçevesinde devletin hem sosyal hem de ekonomik gelişmeler açısından koruyucu önlemleri alma zorunluluğu kabul edilmiştir. Devletin çalışma yaşamına yönelik müdahalelerinin bir zorunluluk olarak ortaya çıkmasıyla ilk kanunlar oluşmaya başlamış ve zaman içinde sözleşme serbestisine sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin, Alman Medeni Kanununun (BGB) kodifikasyonu (1887-1896) ve İsviçre Borçlar Kanunu revizyonu (1905-1911) sırasında sosyal bir bakış açısı özel hukuk içine sızmıştır. Özel hukuk ilişkilerine müdahale edilmemesi görüşü terk edilerek sözleşme serbestisicanunun çizdiği sınırlar içerisine yerleştirilmiştir. Sözleşme serbestisine müdahalenin arttığı bu yeni dönemde sözleşmeler hukukunda emredici norm sayısı da artmış, özel hukukta daha eşit özgürlükler için daha fazla emredici normun gerekli olduğu fikri öne çıkmıştır⁴¹.

İş Hukuku alanındaki sözleşme serbestisini sınırlama gerekçesinin, tarihsel gelişim nazara alındığında işçiyi koruma fikri olduğu açıktır. Böylece ekonomik yönden zayıf ve

⁴⁰ **DOĞAN YENİSEY, Kübra**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014 (İş Hukuku), s. 11; **KILKIŞ, İlknur**, “Çalışma Mevzuatındaki Son Düzenlemeler Işığında İşverenlerin Çalıştırma Zorunluluğu ve Yaptırımları”, Prof Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Türkiye Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2000, s. 853. “Sözleşme serbestliği ilkesi tarafların birbirleri karşısında eşit hak sahibi olarak bulunmalarını gerektirir.” : Yargıtay H.G.K., T. 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 07.05.2003: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴¹ **DOĞAN YENİSEY**, İş Hukuku, s. 13-15.

hukuki yönden korunmasız olan işçinin, ekonomik yönden kuvvetli olan işverene karşı özel bir şekilde korunması ve aynı zamanda toplum düzeninin de sağlanması amaçlanmıştır⁴². Zira sözleşme serbestisi, temel bir ilke olan sosyal devlet ve sosyal adalet ilkesi doğrultusunda, kişinin kendisine tanınan özgürlükleri kullanamadığı alanlarda müdahale edilmesini temin eder⁴³. Nitekim sırf siyasi ve felsefi anlamda eşitlik, kişileri uygulamada ve özellikle gerçek hayatta eşit yapamaz. Geçim imkân ve şartlarından yoksun bulunan kişilerin irade serbestisi, sözleşme yapma serbestisi, kısaca eşitlikleri, çoğu zaman teorik bir değer taşır. Sözleşme taraflarından birisi, sözleşme hükümlerini tek başına belirleyecek kadar üstün güce sahip olursa bu, karşı taraf açısından istemediği hükümlerle bağlı tutulması anlamına gelecektir. Taraflar arasında eşite yakın bir güç durumu olmadığı sürece sadece sözleşme aracılığı ile tarafların menfaatlerini denkleştirmek yeterli olmayacak olupdenkleştirici müdahalelerin yapılması gerekecektir⁴⁴. Sözleşmede zayıf taraf olma hali, bir tarafın zihni yetenek yoksunluğu veya bilgi eksikliği nedeniyle kişisel niteliklerinden ileri gelebileceği gibi, sözleşmenin diğer tarafı ile karşılaştırıldığında ortaya çıkan göreceli bir zayıflık veya ekonomik ve sosyal nedenler gibi kişinin kendi özel durumlarından da kaynaklanıyor olabilir⁴⁵. Bu bağlamda bir işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinde tarafların eşit şartlar altında olduklarını iddia etmek zordur. Zira sözleşme ilişkisinde taraflar arasındaki eşitsizliğin en yukarı seviyeye ulaştığı sözleşme türü iş sözleşmesidir⁴⁶. Bu nedenle zayıf durumda olan işçiyi korumak için kanun koyucular sözleşme yapma serbestisine müdahale ederek önlem almaya çalışmışlardır⁴⁷.

Yukarıdaki nedenler doğrultusunda kanunkoyucu tarafından sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalara bakıldığında, sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme yapma yasağı, sözleşmenin belli şartlar altında yapılabilmesi ve geçerlilik kazanması gibi çeşitli görünümler tespit edilmektedir. İlk olarak sözleşme yapma/yapmama

⁴² **KILKIŞ**, s. 852-853.

⁴³ **ATAMER**, s. 26-27.

⁴⁴ **ERTÜRK, Şükran**, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 49.

⁴⁵ **DOĞAN YENİSEY**, İş Hukuku, s. 12.

⁴⁶ **BENOKAN, Ömer / ÖZCAN, Turgut**, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, İstanbul 2007, s. 154.

⁴⁷ **EREN**, Borçlar Genel, s. 302; **EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016, s. 93-94; **SÜZEK, Sarper**, İş Hukuku, İstanbul 2017 (Bireysel İş Hukuku), s. 332; **AKTAŞ, Murat**, İş Hukuku, Kütahya 2014, s. 54.

serbestisine⁴⁸ ele alacak olursak, bu özgürlük de mutlak sınırsız bir görüntüye sahip olmayıp istisnaları vardır. Bu istisnalar sözleşme yapma zorunluluğu şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi sözleşmenin tarafların dışında kurulmasının veya geçerliliğinin bir izne tabi tutulması veya tamamen yasaklanması şeklinde de olabilir⁴⁹.

Sözleşme yapma serbestisinin karşılığını sözleşme yapma zorunluluğu oluşturur. Sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki sebebi dürüstlük kuralı, kanun veya anlaşma olabilir⁵⁰. Bu zorunluluk özellikle piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde ekonomik gücün kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür⁵¹. Özel hukuk alanında istisnai olarak görülen⁵² bu zorunluluğun özellikle kamu hizmeti veren kurum ve kuruluşlar ile imtiyaz yoluyla bu hizmetleri yürüten işletmeler açısından işin niteliği gereği mevcudiyetinden bahsedilir. Zira bu hizmetler, toplum ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla kamu yararına yapılan ve tüm vatandaşların eşit olarak faydalanması amacıyla verilen kamu hizmetleridir. Bu nedenle posta, elektrik, su, doğalgaz idarelerinin kendilerine yapılan talepleri kabul ederek sözleşme yapmaları zorunludur⁵³.

⁴⁸ Sözleşme yapıp yapmama serbestisi Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, sözleşme serbestisinin doğal bir sonucudur. Bkz. **ALTUNKAYA**, s. 72; **ANTALYA**, s. 261.

⁴⁹ **ATEŞ**, Genel Ahlakı Aykırılık, s. 47.

⁵⁰ **EREN**, Borçlar Genel, s. 303.

⁵¹ **ALTUNKAYA**, s. 76; **EREN**, Borçlar Genel, s. 302.

⁵² Özel hukuk alanında İş Kanunları haricinde sözleşme yapma zorunluluğu getiren hükümlere örnek 6502 sayılı TKHK md. 6 verilebilir. Buna göre, tüketiciye teşhir edilen bir malda satılık olmadığına dair bir ibareye yer verilmedikçe, malın satışından veya hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz (md. 6). Bir diğer örnek 4925 sayılı KTK'nun md. 5/f. 6 hükmünde karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemeye göre, taşımacılar, taşıma hizmetlerini kabul edilebilir bir neden olmaksızın veya zorunlu haller dışında yapmaktan kaçınamazlar ve taşıma hizmetinden herkesin her zaman yararlanmasını sağlamak zorundadırlar.

⁵³ **ATEŞ**, Genel Ahlakı Aykırılık, s. 49; **EREN**, Borçlar Genel, s. 304. "*Devlet veya kamu kurumlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ve zaruri ihtiyaç maddelerini dağıtan kuruluşlarla, bunları talep eden kişiler arasında, sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Bu sebeple davalı kurum, elektrik enerji dağıtım tekelini elinde bulunduran bir kurum olarak sözleşme yapmak zorunda olup bunun için de, alacaklı olmadığı kişilere mükellefiyet getirecek şekilde, başka aboneliklere ait borçların, davacıdan istenmesi sözleşme yapma hürriyetine engel teşkil eder.*" Yargıtay 13. H.D., T. 29.09.2011, E. 2011/5231, K. 2011/13318: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

II. Türk Hukuk Sisteminde Sözleşme Serbestisi

A. Anayasa Hukukunda Sözleşme Serbestisi

Türk hukuk sistemindeki duruma baktığımızda sözleşme serbestisi ilkesinin AY ile teminat altına alındığını görmekteyiz⁵⁴. Nitekim AY'nın 12. maddesinde herkesin temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmiş, 13. maddesinde⁵⁵ de bunların sınırları gösterilmiştir. Sözleşme serbestisi de 48. maddede⁵⁶ temel hak ve özgürlükler arasında sayılmıştır. İlgili madde düzenlemesine göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir ve özel teşebbüsler kurmak serbesttir⁵⁷. 48. maddenin gerekçesinde ise *“Hürriyet temelinde dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir.”* ifadelerine yer verilmiştir⁵⁸. Bu bağlamda AY'daki sözleşme serbestisini, aslında sadece sözleşmeler açısından değil, tek taraflı hukuki işlemler de dahil genel olarak hukuki işlem özgürlüğü olarak anlamak daha uygun olur⁵⁹.

Anlaşıldığı üzere AY, 48. maddede irade serbestisinden yola çıkarak birbirine yakın nitelikte üç ayrı özgürlüğü düzenlemiştir. Bu özgürlükler; çalışma özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü ve sözleşme serbestisi (özgürlüğü) dir. Çalışma özgürlüğü; gerçek kişilerin özellikle iş sözleşmesi çerçevesinde dilediği alanda (işte) çalışabileceğini ifade etmektedir. Bu haliyle çalışma özgürlüğü iş sözleşmesi yapma serbestisidir.

⁵⁴ EREN, Genel Ahlak Aykırılık, s. 38.

⁵⁵ 1982 Anayasası madde 13 - *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*.

⁵⁶ 1982 Anayasası madde 48 - *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*

Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” 1961 Anayasasında bu konu 40. maddede ve şu şekilde düzenlenmekteydi: *“Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğü hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”*

⁵⁷ Ertürk'e göre *“48. maddede çalışma özgürlüğü yanında sözleşme özgürlüğüne de yer verilmiştir. Ancak çalışma özgürlüğü temel haklardan olmakla birlikte, sözleşme özgürlüğü temel hak olmayıp, temel hak güvencelerinden yoksun kılınmış anayasal bir haktır. Ancak bu hakkın yine de kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ile doğrudan olan ilişkisi nedeniyle temel hak kapsamında değerlendirilmesi ve temel hakların sahip olduğu güvencelere kavuşturulması kabul edilmelidir.”* ERTÜRK, s. 62.

⁵⁸ https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁵⁹ ERTÜRK, s. 48.

Teşebbüs özgürlüğü; kişilerin diledikleri alanda diledikleri büyüklükte özel teşebbüsler kurarak iktisadi faaliyette bulunabileceklerini ifade etmektedir. Bu yönüyle teşebbüs özgürlüğü, az-çok süreklilik isteyen bir faaliyeti yapmakta özgür olma anlamına gelir. Sözleşme serbestisi ise, hukuki işlem türlerinden biri olan sözleşmelerle ilgili olarak, sözleşme yapma ya da yapmama, yapılacak ise de bunun türünü, tarafını ve içeriğini belirleme serbestisidir. Bu bağlamda 48. maddede öngörülen üç özgürlüğün aslında sözleşme serbestisi temelinde şekillendiğini söylemek mümkündür. Zira sözleşme serbestisine kadar kısıtlanırsa, diğer iki özgürlük de o oranda kısıtlanmış olacaktır⁶⁰.

Sözleşme serbestisi AYM'nin 2008 yılında verdiği bir kararda şöyle tanımlanmıştır: *“Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir⁶¹”*. AYM'nin de kararında vurguladığı gibi sözleşme serbestisi, bireylerin kanuni sınırlar içerisinde kendi özgür iradeleri ile sözleşme düzenleyebilmelerini ifade eden anayasal bir haktır.

AY'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddesinde 2001 yılında değişiklik yapılmıştır. Değişiklik öncesi, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanma koşullarını belirten bu madde, özel sınırlama içermeyen sözleşme serbestisinin (md.48)

⁶⁰ **BATTAL, Ahmet**, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, s. 48.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, T. 07.02.2008, E. 2005/128, K. 2008/54: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

anayasal sınırlarını da düzenlemekteydi⁶². 2001 yılında yapılan değişiklik ile maddede yer alan “*millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı*” şeklindeki genel sınırlama nedenleri kaldırılarak temel hak ve özgürlüklerin yalnızca AY’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve hakkın özüne dokunmaksızın sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Bu değişiklik aynı zamanda, “*Anayasada özel bir sınırlama nedeni içermeyen sözleşme özgürlüğüne kanun ile getirilen sınırlamalar artık Anayasaya aykırılık mı teşkil edecek?*” sorusunu da gündeme getirmiştir. Doktrinde, bir özgürlüğün sınırlarının AY hükmü içerisinde hiç belirlenmemiş olması, o özgürlüğün kayıtsız ve şartsız, mutlak ve sınırsız bir kullanım alanı yarattığı anlamını taşımayacağı, zira bütün hak ve özgürlüklerin anayasal şartları konulmamış olsa dahi, niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bulunduğu ve öte yandan genel ahlaka aykırı sözleşmeleri anayasal koruma alanına dahil etmenin de nesnel ve mantıksal bir açıklamasının olamayacağı belirtilmiştir⁶³. Bu bağlamda devlet, çalışanlarının hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek, çalışanlarını korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemek gibi nedenlerle sözleşme serbestisinin özüne dokunmaksızın kanun yolu ile birtakım sınırlamalar getirebilir. Zaten özel hukukta yer alan emredici hukuk kurallarını temelinde de bu düşünce yer alır⁶⁴.

Ülkemizde hem 1961 hem de 1982 AY’ları ile getirilen hak ve özgürlükler sistemi, devletin ekonomik alanda liberalizmi uygulayan klasik devlet anlayışını ölçülü olarak terk ettiğini ve sosyal devlet anlayışına yöneldiğini göstermektedir. Bu durumda diğer hak ve özgürlükler gibi sözleşme serbestisinin de belirli şartlar altında kanun ile sınırlandırılabilceğini kabul etmek gerekir⁶⁵.

⁶² 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasında sözleşme özgürlüğünün Anayasal sınırları yönünden ve Anayasa Mahkemesi kararlarının içerikleri ve yorum yöntemleri yönünden önemli bir farklılık bulunmamaktadır: Bkz. **BATTAL**, s. 51, dn. 13.

⁶³ Detaylı bilgi için bkz. **ATEŞ**, Genel Ahlaka Aykırılık, s. 57 vd.

⁶⁴ **ERTÜRK**, s. 63-64.

⁶⁵ **BATTAL**, s. 50-51.

B. Borçlar Hukukunda Sözleşme Serbestisi

AY'daki düzenlemeye paralel olarak taraflar arasındaki borç ilişkisini ve sözleşmeler hukukunu düzenleyen TBK'nda da sözleşme serbestisine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. TBK'nda tarafların sözleşme içeriğini kanundaki sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği ve kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmadıkça sözleşmenin geçerli olacağı kabul edilmiştir⁶⁶ (md. 26 ve md. 27). Bu da göstermektedir ki, TBK da sözleşme serbestisini mutlak bir şekilde değil, sınırlı olarak kabul etmiştir⁶⁷. Bu doğrultuda sözleşme serbestisi ilkesi ve bunun sınırları hükme bağlanmış olup, bireyci ve liberal hukuk anlayışının etkisi ile sözleşme serbestisiasli bir kural olarak kabul edilmiştir⁶⁸.

TBK'nda sözleşme serbestisinin genel sınırları çerçeve olarak çizilmiştir. Serbestinin sınırlarını oluşturan emredici kurallar, ahlak, kamu düzeni ve kişilik hakları kuralları eş anlamlı değildir. Ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılığı düzenleyen kurallar emredici kuralların sadece bir bölümünü oluştururlar ve kural olarak emredici hukuk kuralları niteliğindedirler. Ancak istisna olarak emredici olmamakla birlikte ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık oluşturan haller de geçersizlik sebebi teşkil eder⁶⁹.

İş Hukukunda emredici hukuk kuralları mutlak emredici ve nispi emredici olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hukuk kuralları tarafların uymak zorunda oldukları, anlaşarak ortadan kaldırmalarının mümkün olmadığı kurallardır⁷⁰. Bir hükmün mutlak emredici olup olmadığı hükmün lafzından anlaşılabilir. Kanun, bazen bir kuralın emredici nitelikte olduğunu ve aksine sözleşme yapılamayacağını açıkça ifade etmektedir (TBK md. 116/f. 3, md. 148, TMK md. 873/f. 2, md. 949 gibi). Bazen ise, emredici nitelikte olduğu kanunun amacı ve konusu göz önünde bulundurularak tayin

⁶⁶ Doktrinde kanundaki düzenlemenin sözleşme serbestisinin anlamını tam olarak yansıtmaktan uzak olduğu, zira maddede sadece sözleşme konusu açısından tarafların özgür olmasından bahsedildiği, oysaki sözleşme serbestisinin, sözleşme yapıp yapmama, sözleşme tarafını seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya içeriğini değiştirme gibi serbestlikleri de kapsayan bir kavram olduğu belirtilmiş ve bu nedenle söz konusu hüküm eleştirilmiştir. Bkz. **ZEVKLİLER**, s. 35.

⁶⁷ **EREN**, Borçlar Genel, s. 299.

⁶⁸ **EREN**, Borçlar Genel, s. 297.

⁶⁹ **ANTALYA**, s. 278.

⁷⁰ **ALTUNKAYA**, s. 80; **ANTALYA**, s. 276; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 82-83.

edilmektedir. Bu açıdan belli bir kurala uymama, kamu düzenine, kişilik haklarına veya ahlaka aykırı düşüyorsa o kural mutlak emredici niteliktedir (TMK md. 23, TBK md. 417 gibi)⁷¹. Nispi emredici hukuk kuralları ise hükmün tanıdığı imkân kapsamında aksi kararlaştırılabilen hukuk kurallarıdır. Yani nispi emredici niteliği olan kurallar konusunda taraflar sözleşmelerle kararlaştırma yapabilirler. Örneğin işçi lehine olması koşuluyla İşK.'ndaki bildirim sürelerine ilişkin süreler (md. 17), yıllık izin süreleri (md. 53) sözleşme ile arttırılabilir.

Sözleşmenin hukuken geçerli olabilmesi için içerdiği hükümlerin mutlak emredici hukuk kuralları ile uyumlu olması gerekir. Diğer bir ifade ile sözleşme, içerdiği hak ve borçlar ile hukuk düzeninin emredici bir normuyla çatıştığı takdirde hukuka aykırılık söz konusu olur. Hatta emredici kuraldan kaçınmak için kanuna karşı hileye başvurulması halinde de aynı yaptırım uygulanır⁷². Bir sözleşmenin hukuka aykırı olup olmadığı hukuk düzeninin tamamı göz önünde tutularak değerlendirilir. Bu bağlamda emredici normların kaynağı, ceza hukuku, idare hukuku, medeni hukuk veya borçlar hukuku olabilir⁷³. Tarafların işlemi yaparken işlemin emredici hukuk kuralına aykırı olduğunu bilip bilmemeleri önemli değildir. Aykırı davranılan emredici nitelikteki hukuk kuralının bulunması işlemi geçersiz kılmak için yeterlidir⁷⁴. Taraflar emredici normların aksine sözleşme yapsalar bile sözleşme değil, emredici hukuk kuralı uygulanır⁷⁵.

Sözleşmenin geçerli olabilmesi içerdiği hükümlerin kamu düzeni ile de uyumlu olmasını gerektirir. Bu anlamda kamu düzeni, zaman ve yere göre değişen bir kavram olduğundan sınırlarının çizilmesi güç olmakla birlikte, genel bir ifade ile, korunmasında ve uyulmasında toplumun ve devletin menfaatlerinin söz konusu olduğu konularda, bu menfaatleri korumak için konulmuş kurallar bütünü olarak kabul edilir⁷⁶. Böylece kamu düzenine ilişkin kurallar daima emredici niteliktedir ve hem özel hukukta hem de kamu

⁷¹ REİSOĞLU, s. 114; ANTALYA, s. 276-277.

⁷² OĞUZMAN / ÖZ, s. 82.

⁷³ EREN, Borçlar Genel, s. 318.

⁷⁴ ANTALYA, s. 277.

⁷⁵ EREN, Borçlar Genel, 318. "Somut olayda; taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmelerinin 2.2. maddesinde kiracının tebligat adresinin belirlendiği, 2.3. maddesinde ise "... adres değişiklikleri usulüne uygun şekilde karşı tarafa tebliğ edilmedikçe en son bildirilen adrese yapılacak tebliğ ilgili tarafa yapılmış sayılır." şeklinde düzenleme yapıldığı görülmektedir. Tebligat Kanunu ve Yönetmeliği koşullarına aykırı anılan sözleşme maddesinin kabulü mümkün değildir." Yargıtay 8. H.D., T. 08.07.2014, E. 2014/13623, K. 2014/14536: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.10.2016].

⁷⁶ ALTUNKAYA, s. 81; EREN, Borçlar Genel, s. 320; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 62.

hukukunda mevcuttur⁷⁷. Ortada herhangi bir emredici hüküm bulunmasa dahi yapılan bir sözleşme kamu düzenini ihlale yönelik ise, bu sözleşme yine hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır⁷⁸.

Kamu düzenine aykırılıkta olduğu gibi kişilik haklarına aykırı yapılmış olan sözleşmeler de kanun gereği geçersiz olacaktır. Bu bağlamda TMK bir kimsenin vücut bütünlüğünü, şeref ve haysiyetini, hak ve fiil ehliyetini, sosyal ve ekonomik özgürlüğünü, doğrudan doğruya kendisine karşı da korumuştur. Nitekim anılan Kanunun 23. maddesi; *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”düzenlemesi getirerek, kişinin kendi rızasıyla özgürlüğünden yoksun kılınması da önlenmiştir. Bu bağlamda hiç kimse taraf olduğu bir sözleşme ile, kişilik haklarından ve kişiliğini oluşturan en önemli unsurlar olan hak ve fiil ehliyetlerinden feragat edemez. Örneğin, bir kimse ölünceye kadar hiç evlenmeyeceğini, iş sözleşmesini yaşam boyu sonlandırmayacağını, oy kullanmayacağını veya din değiştireceğini taahhüt edemeyecek, eder ise de bu geçersiz sayılacaktır⁷⁹.

Bir toplumda belirli bir zamanda orta zekâlı, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve telakkileri, o toplumun genel ahlakını oluşturur⁸⁰. Sözleşmenin içeriği, yani borçlanılan edim ahlaka aykırı olabileceği gibi bizzat sözleşmenin yapılması veya amacı da ahlaka aykırı olabilir⁸¹. Ancak kanunda açıkça düzenlenmiş olan hallerin dışında, özgürlüğün ne zaman ahlaka aykırı olacağını her zaman kesin bir ölçü ile belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle her sözleşmede durumu ayrı olarak ele almak gerekir. Hâkim sözleşme konusunun ahlaka aykırı olup olmadığını belirlerken kendisinin veya tarafların özel ahlak anlayışını değil, toplumdaki doğru düşünen vatandaşların ortak görüşlerini

⁷⁷ REİSOĞLU, s. 115.

⁷⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 83.

⁷⁹ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 63.

⁸⁰ ALTUNKAYA, s. 83; ANTALYA, s. 279; EREN, Borçlar Genel, s. 323.

⁸¹ EREN, Borçlar Genel, s. 325.

dikkate almak zorundadır⁸². Örneğin, Yargıtay bir kararında, bir tarafın mesleki gelişimini, ekonomik hayatını aşırı derecede zora sokan ancak diğer tarafın aşırı derecede menfaat sağladığı sözleşmeyi ahlaka aykırı bularak geçersiz saymıştır⁸³. Belirtmek gerekir ki, herhangi bir somut hükümde ifade edilmiş olmasa da konusu veya amacı toplumda yerleşmiş ahlak kurallarına, diğer bir ifade ile genel ahlaka aykırı sözleşmeler de hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır⁸⁴.

Sözleşme serbestisini sınırlayan diğer bir sebep de imkânsızlıktır. Buradaki imkânsızlık; sözleşmenin içerdiği edimin veya edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli olarak imkânsız olmasıdır⁸⁵. Diğer bir ifade ile, edimin başlangıçtan itibaren imkânsız olması, sözleşmenin daha yapıldığı anda yerine getirilmesinin mümkün olmaması, ifayı önleyen engelin en geç sözleşmenin kurulması anında mevcut olması demektir. Sözleşmenin kuruluşu anındaki imkânsızlık şartların sonradan değişmesi ile ortadan kalksa dahi sözleşme geçerli hale gelmez. Ancak sözleşme bir süreye veya şarta bağlı olarak yapılmışsa ve sürenin dolduğu ya da şartın gerçekleştiği anda ifası mümkünse imkânsızlıktan söz edilemez ve sözleşme geçerli bir sözleşme olur⁸⁶. İmkânsızlık; hukuki bir sebepten kaynaklanabileceği gibi doğal olaylar nedeniyle de söz konusu olabilir. Örneğin, satış sözleşmesi yapılan bir hayvanın, sözleşmenin yapıldığı sırada ölmüş olması veya kiraya verilen evin sözleşme yapılmadan önce yanmış olması halinde başlangıçtan itibaren imkânsızlık söz konusu olur.

Sonraki imkânsızlık ise başlangıçtaki imkânsızlıktan farklıdır. Burada sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan bir imkânsızlık söz konusudur. Bir ifa imkânsızlığı ortaya çıkar. Sonraki imkânsızlık borçlunun kusuruyla meydana gelirse TBK md. 112⁸⁷

⁸² REİSOĞLU, s. 117-118; ALTUNKAYA, s. 83; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 63.

⁸³ “Ticaret Kanununa göre borçlu tacir yönünden cezai şartın indirilmesi olanağı bulunmadığına göre iktisadi yıkımı intaç eden bir cezai şartın ahlaka ve (adaba) aykırı olması sebebiyle ve geçersizliğini kabul etmek zorunludur.”: Yargıtay H.G.K., T. 20.03.1974, E. 1970/1053, K. 1974/222: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁸⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 85.

⁸⁵ EREN, Borçlar Genel, s. 327; OĞUZMAN / ÖZ, s. 87.

⁸⁶ EREN, Borçlar Genel, s. 328.

⁸⁷ TBK md. 112- “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

vd., ona yükletilemeyen bir sebepten gerçekleşirse md. 136⁸⁸ hükmü uygulama alanı bulur.

Sözleşme yapma serbestisinin sınırlama şekillerinden biri olan sözleşme yapma zorunluluğu sözleşme ilişkisine girme arzusunda olan tarafların bu yönde önceden anlaşması ile de getirilebilir. Tarafların her ikisinin birbirlerine veya taraflardan yalnız birinin diğerine veya üçüncü bir kişi ile ileride borç sözleşmesi yapma sözü vermesine “ön sözleşme” veya “sözleşme yapma vaadi” denir⁸⁹. Bu husus TBK md. 29’daki bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin yapılan sözleşmelerin geçerli olacağı hükmü ile düzenlenmiştir⁹⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, TBK’nda bu yönde bir düzenleme yer almasaydı dahi, irade serbestisi ilkesi gereği böyle bir sözleşmenin yapılmasının mümkün olduğu kabul edilecektir⁹¹. Ön sözleşme ile taraflar, asıl sözleşmeyi şartlar oluşunca yapmayı önceden teminat altına almış olurlar. Görülüyor ki, ön sözleşme kavram olarak, tarafların ileride bir başka sözleşme (asıl sözleşme) yapacaklarına ilişkin olarak yaptıkları bir sözleşmeyi ifade etmektedir. Bir başka deyişle ön sözleşme, sözleşme yapma borcunu doğuran bir hukuki işlem den ibarettir. Ön sözleşmenin konusu da her zaman borçlandırıcı bir işlemdir⁹². Yapılması taahhüt edilen bir tasarruf işlemi ise, bu taahhüdün yer aldığı sözleşme; bir ön sözleşme olmayıp, başlı başına bir sözleşme olarak kabul edilir⁹³. Ön sözleşme yapılmasından itibaren vaat alacaklısı yararına bir hak doğmaktadır. Diğer bir deyişle, ön sözleşme ile kendisine sözleşme yapılması vaat edilen taraf tıpkı kanunen getirilen sözleşme yapma zorunluluğunda olduğu gibi sözleşme yapma hakkına kavuşmaktadır. Ancak bu hak kullanılıncaya kadar

⁸⁸ TBK md. 136- “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer.*

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”

⁸⁹ EREN, Borçlar Genel, s. 308; OĞUZMAN / ÖZ, s. 189.

⁹⁰ TBK md. 29- “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.*”

⁹¹ EREN, Borçlar Genel, s. 308.

⁹² DOĞAN, Gül, Ön Sözleşme, Sözleşme Yapma Vaadi, İstanbul 2006, s. 52.

⁹³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 189.

kendisini belli etmez. Asıl sözleşme yapma zorunluluğunu doğuracak nitelikte ve geçerlilikteki bir ön sözleşmede bulunması gereken şartlar şunlardır:

- a) Ön sözleşmede, ileride yapılacak olan asıl sözleşmenin konusu ve esaslı şartları yeterince bir açıklıkla saptanmış olmalı, hiç olmazsa saptanması mümkün bulunmalıdır.
- b) Tarafların karşılıklı olarak açıkladıkları iradeleri birbirine uygun olmalı, her türlü iradeyi sakatlayan sebeplerden uzak bulunmalı ve taraflar sözleşme yapma ehliyetini haiz olmalıdır⁹⁴.

Ön sözleşme ile yapılması vaat edilen asıl sözleşme şekle tabi tutulmuş ise kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece ön sözleşme de geçerli olabilmesi için aynı şekle tabidir. Ön sözleşme ile yapmayı vaat ettiği sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişiye karşı, lehine vaatte bulunulan kişi tarafından sözleşmeye zorlama için dava açılabilir. Bu davanın kabul edilmesi halinde hâkimin vereceği karar, sözleşme yapma vaadinde bulunanın irade beyanı yerine geçer ve asıl sözleşme kurulmuş olur⁹⁵. Ön sözleşme, uygulamada daha çok taşınmaz satış vaadinde söz konusu olmaktadır⁹⁶.

C. İş Hukukunda Sözleşme Serbestisi

Türk Hukukunda sözleşme yapma açısından genel ilke; sözleşme serbestisi olmakla birlikte TBK'nun bu ilkeyi belli bir ölçüde sınırladığını, sözleşme konusunun imkânsız olmaması, ahlaka ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerektiğini yukarıda açıklamıştık⁹⁷.

⁹⁴ Yargıtay H.G.K., T. 28.04.2010, E. 2010/15 – 193, K. 2010/235: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁹⁵ OĞUZMAN / ÖZ, s. 190-191.

⁹⁶ “Kaynağını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 237. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re’sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.”: Yargıtay 14.H.D., T. 13.11.2015, E. 2015/10774, K. 2015/10298: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, II, B.

İş Hukukundaki düzenlemeler ise konunun sosyal karakteri ve işçiyi koruma düşüncesiyle Borçlar Hukukuna nazaran biraz farklılık göstermektedir. Diğer bir ifade ile, İş Hukukunda da mevcut olan sözleşme serbestisi ilkesi, İş Hukukunun diğer ilkesi olan sosyal koruma ilkesi ile sınırlandırılmaktadır.

İş Hukukunun doğuş ve gelişiminin nedeni olan işçiyi iktisadi açıdan işveren karşısında koruma düşüncesi ve sosyal hukuk devleti olmanın verdiği sorumluluk sözleşme serbestisinin sınırlandırılmasındaki başlıca nedenleri oluşturmaktadır⁹⁸. Sosyal devlet; vatandaşları arasında güçsüzleri güçlülere karşı koruyan ve gözeten devlettir⁹⁹. Devlete düşen görevler AY'da açıkça belirtilmekte ve buna bağlı olarak çıkarılan kanunların izin verdiği çerçevede sözleşmeler düzenlenmektedir. Bu sebeplerle, iş sözleşmesi yapma serbestisine getirilen sınırlamalar ile bir taraftan iş sözleşmesi yapılması yasaklanırken diğer taraftan zorunlu kılınmaktadır¹⁰⁰. Söz konusu yasaklar ve zorunluluklar ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacağından bu bölümde genel olarak İş Hukuku alanındaki sözleşme serbestisi ilkesi ve bu serbestisinin sınırlandırılması konularına değinilecektir¹⁰¹.

İş sözleşmesi serbestisi, genel nitelikli sözleşme serbestisinin İş Hukukundaki görünümü olup, işçi ve işverenlerin iş sözleşmesi yapıp yapmama, sözleşme yapılacak tarafı belirleme, sözleşmenin içeriğini belirleme, yapılan sözleşmeden cayma serbesti ve seçeneklerini ifade etmektedir¹⁰². Bu bağlamda kural olarak işveren ve işçiler diledikleri kişi ile diledikleri içerik ve şekilde iş sözleşmesi yapabilirler. Yani iş ilişkisinin

⁹⁸ NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, İstanbul 2014, s. 193; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s. 206; SÜZEK, Bireysel İş Hukuku, s. 323; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara 2016 (İş), s. 50; ANTALYA, s. 264; MANAV, Eda, “İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, İstanbul 2006, s. 139.

⁹⁹ “Sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayan devlettir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde yaşama geçirilmesini gerekli kılar. Sosyal hukuk devletinde kişinin korunması, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasıyla olanaklıdır.”: AYM, T. 06.01.2005, E. 2001/479, K. 2005/1: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

¹⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 206; SUBAŞI, İbrahim, “İş Hukukunda Özürliülerin Hukuki Durumu”, Sendikacılık Akademisi Ders Notları 1, İstanbul 2012, s. 688.

¹⁰¹ İş sözleşmesi yapma zorunlulukları ve iş sözleşmesi yapma yasakları için bkz. İkinci Bölüm ve Üçüncü Bölüm.

¹⁰² MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 537.

dayanağını teşkil eden iş sözleşmesinin bağitlanması, bağitlanmaması, istenilen kişiyle bağitlanması, sözleşmenin kapsamının serbestçe belirlenmesi ve herhangi bir şekilde uymak zorunda kalmaksızın yapılması hususlarında taraflar ilke olarak özgürdürler¹⁰³.

Bununla birlikte İş Hukuku alanında Borçlar Hukukunda olduğu gibi sözleşme serbestisi mutlak değildir. AY'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, "sosyal hukuk devleti"dir. Yine AY'nın "çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49. maddesine göre "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.".

Ayrıca sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan surette siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak Devletin temel görevleri arasında sayılmıştır (AY md. 5). Bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde bir ekonomik hak olan çalışma hakkının kullanılmasını engelleyen hususlar var ise devletin, bu engelleri ortadan kaldırmak için önlemler alması beklenebilecektir¹⁰⁴. İş sözleşmesi serbestisine ilişkin sınırlandırmaların temelinde de bu düşünce yer almaktadır.

Sözleşme serbestisinin sınırları bir taraftan İş Kanunları ve TBK diğer taraftan toplu iş sözleşmeleri ile çizilmiştir. Yapılan sınırlandırmalar da genel itibari ile işverenin iş sözleşmesi yapma serbestisini sınırlandırmaya yöneliktir¹⁰⁵. Bu kapsamda iş sözleşmesi serbestisi de kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kullanılabilir. Nitekim bu husus İşK.'nda şu ifade ile vurgulanmıştır: "*Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler.*" (md. 9).

¹⁰³ SÜMER, İş, s. 50; AKTAY, Nizamettin / ARICI, Kadir / SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2013 s. 76.

¹⁰⁴ CANIKLIOĞLU, Nurşen, Türk Hukukunda Sakat Ve Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 1991 (Sakat Çalıştırma), s. 12.

¹⁰⁵ AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Ankara 2013 (İş), s. 111; NARMANLIOĞLU, s. 193.

İşverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçiler arasındaki çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumlulukları düzenleyen İşK.'nun içerdiği (özel) hükümler tüm işyerleri, işveren ve işçiler için uygulanmamaktadır. Kanun koyucu 4. maddedeki¹⁰⁶ istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağını belirtmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İşK. dışında belli işlerde çalışanların iş ilişkilerini düzenleyen özel kanunlar da mevcuttur. Bunlar; Türkiye'de yayınlanan gazete ve süreli yayınlar ile haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu'ndaki "işçi" tanımı dışında kalan kişilerle bunların işverenleri hakkında uygulanan Basın İşK. ile denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı gross tonajlı gemilerde bir iş sözleşmesi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri ile sahip olduğu gemilerin gross tonajları toplamı yüz veya daha fazla olan veya çalıştırdığı gemi adamı sayısı beş veya daha fazla olan işverenler hakkında uygulanan Deniz İş Kanunu'dur. Bu bağlamda TBK genel kanun niteliğindedir ve özel kanunların (İşK., Basın İşK., Deniz İşK.) kapsamına girmeyen iş ilişkilerinde TBK hükümleri uygulanır. Ayrıca genel kanun olma niteliği gereği özel kanunlarda hüküm bulunmayan hususlarda TBK'na

¹⁰⁶ İşK. md. 4 "Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;
a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,
b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,
c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,
d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,
e) Ev hizmetlerinde,
f) Çırağlar hakkında,
g) Sporcular hakkında,
h) Rehabilitasyon edilemleri hakkında,
ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde (*)
Şu kadar ki;
a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri,
b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler,
c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler,
d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri,
e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri,
f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler,
Bu Kanun hükümlerine tabidir."

(*) Belirtmek gerekir ki, maddede atıf yapılan 507 sayılı Kanun 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu (RG 21.06.2005, S. 25852) ile mülga olmuştur. Bu nedenle madde metninde yapılan atıfta 5362 sayılı Kanunun 3. maddesinin esas alınması gerekir.

başvurulması gerekir¹⁰⁷. Bu nedenle sözleşme serbestinin İş Hukukundaki yansımına bakarken TBK hükümlerini de göz önünde bulundurmak gerekir.

TBK md. 393 uyarınca iş sözleşmesi; işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşK.'nda, TBK'ndaki tanıma paralel bir tanım yapılmıştır. İşK. md. 8'e göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Kural olarak taraflar iş sözleşmesinin konusunu diledikleri gibi düzenleyebilirler. Ancak bütün sözleşmeler için geçerli olan ve emredici hükümleri içeren TBK md.26 ve md.27 hükümleri iş sözleşmeleri için de sınırlayıcı etki doğurmaktadır. Buna göre iş sözleşmeleri kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamalı ve konuları imkânsız olmamalıdır¹⁰⁸.

İş sözleşmesi aksine bir hüküm olmadığı takdirde kural olarak şekil serbestisine tabidir ve taraflar sözleşmeyi yazılı veya sözlü olarak yapabilir (TBK md. 394/f. 1; İşK. md. 8/f. 1). Ancak İşK. bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Bu bağlamda getirilen şekil kuralları ise büyük ölçüde işçiyi korumak ve sözleşme koşulları üzerinde işçiyi düşünmeye sevk etmek amaçlıdır¹⁰⁹. Nitekim, bir yıl veya daha uzun süreli iş sözleşmeleri (md. 8/f. 2)¹¹⁰, çağrı üzerine veya uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri

¹⁰⁷ EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 50; SAVAŞ, Fatma Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2011 (Fesih), s. 25.

¹⁰⁸ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda da benzer düzenlemelere yer verilmiştir (md. 19 ve md. 20) ek olarak iş sözleşmeleri için de bu hususu yineleyen maddeye yer verilmişti. Bu bağlamda 319. madde düzenlemesi "*Hizmet mukavelesinin şartları kanuna âhlaka (âdaba) muğayir olmamak üzere istenildiği gibi tâyin olunabilir*" şeklinde idi. Mülga BK., genel kurallarla yetinmeyerek iş sözleşmesi bakımından bu özgürlüğe bir kere daha vurgu yapmış ve iş sözleşmesi koşullarının, kanuna, ahlaka (adaba) aykırı olmamak üzere istenildiği gibi belirlenebileceğini (md. 319) ayrıca belirtmişken TBK. 27. maddedeki genel hükmün açık ve kapsayıcı olması nedeniyle olsa gerek bu şekilde ayrı bir hükme yer vermemiştir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 537; AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN, s. 71; BENOKAN / ÖZCAN, s. 154.

¹⁰⁹ DOĞAN YENİSEY, İş Hukuku, s. 324.

¹¹⁰ İşK. md. 11'de 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 sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması gerektiği anlamı da çıkmakta ve bu durum İşK. md. 8 ile de çelişki doğurmaktadır. Bu çelişkinin bir kanun değişikliği olana kadar, İşK. md. 11'deki düzenlemenin tanım niteliğinde olması ve 8. maddenin şekle ilişkin özel düzenleme olması nedeniyle İşK. md. 8/f. 2'nin esas alınarak giderilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Bkz.

(md. 14), takım sözleşmesi ile oluşturulacak iş sözleşmeleri (md. 16/f. 2), geçici iş ilişkisi (md. 7), çocukların çalıştırılmasına ilişkin iş sözleşmeleri (md. 71/f. 1)¹¹¹ bu istisnaları oluşturur. İşK. haricinde Deniz İşK. (md. 5), Basın İşK. (md. 4) ve Özel Öğretim Kurumları Kanunu¹¹² (md. 9) kapsamında yapılacak iş sözleşmelerinin de yazılı yapılması kanuni bir zorunluluktur.

Kanunda öngörülen yazılı şekil adi yazılı şekil olup, sözleşmenin resmi bir makam tarafından düzenlenmesi ve onaylanması gerekmez¹¹³. İşK.’nun ilgili maddesine göre *“Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.”* (İşK. md. 8/f. 3). Öte yandan toplu iş sözleşmelerine konulacak hüküm ile kanunen şekil şartına bağlanmayan bir sözleşmeye yazılı şekil öngörülebileceği (STİSK md. 33/f. 1) gibi, iş sözleşmesinin tarafları da kanunen yazılı olarak yapılması öngörülmeleyen bir sözleşmenin yazılı yapılmasını kararlaştırabilirler (TBK md. 17/f. 1).

İşK.’nda öngörülen şekil koşuluna uyulmaması halinde doğacak hukuki sonuçlar ise doktrinde tartışmalıdır. Hâkim olan görüşe göre, kanunda öngörülen yazılı şekil şartı geçerlilik koşuludur, bu nedenle sözleşmeler yazılı olarak yapılmadıkları takdirde geçerli değildirler. Bu görüşün pozitif dayanağını genel hüküm niteliğinde olan TBK’nun 12. maddesinin *“Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm*

SÜZEK, Bireysel İş Hukuku, s. 329-330; aynı yönde **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 529-530.

¹¹¹ İşK. md. 71 doğrultusunda çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 06.04.2004, S. 25425)’e göre çocuk (bitirmiş, on beş yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi) ve genç (yaşını tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış kişi) işçinin veli veya vasisi ile iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

¹¹² RG 14.02.2007, S. 26434.

¹¹³ **SÜMER**, İş, s. 59; **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 535; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz**, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012 (İş sözleşmesi), s. 88.

doğuramaz” şeklindeki 2. fıkra düzenlemesi teşkil etmektedir. Dolayısıyla Kanunda açıkça yazılı olarak yapılması emredilen iş sözleşmeleri bu şekilde yapılmaz ise geçersiz olacaktır. Ancak bu sonucun İş Hukukunun işçinin korunması amacıyla bağdaşmadığı söylenebilir ise de bu görüşü savunanlar tarafından geçersizliğin ileriye etkili olacağı ve bunun işçiye yeterli bir koruma sağlayacağı savunulmuştur¹¹⁴. Diğer görüşe göre, şekil şartının işçiye koruma amacı taşıdığı, geçersizlik yaptırımının kabul edilmesi halinde bunun işçiye bazı haklardan mahrum edeceği ve bu sonucun da işçinin korunması amacına aykırı düşeceği belirtilerek kanunda aranan şekil şartının ispat şartı olması gerektiği savunulmuştur¹¹⁵. Yargıtay da bu görüşe katılmaktadır¹¹⁶. Bir diğer farklı görüş ise, iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmaması halinde sözleşmeyi geçersiz saymak yerine sözleşmeyi tahvil¹¹⁷ ile tarafların iradelerine en uygun sözleşme ile ayakta tutulması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması halinde sözleşmenin geçersiz olmayacağı sadece belirli süreli olma özelliğini yitirerek belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği belirtilmektedir¹¹⁸. Bunun gibi çağrı üzerine çalışma sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmaması halinde de tahvil ile sözleşmeyi kısmi süreli sözleşme olarak kabul etmek uygun bir çözüm olacaktır¹¹⁹. Doktrinde ayrıca Deniz İşK. ile Basın İşK.’nda yer alan sözleşmelerin şekline ilişkin düzenlemelerin yazılı şekil şartı yanında yazılı sözleşmede yer alması gereken unsurları

¹¹⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 534; **SÜMER**, İş, s. 58; **NARMANLIOĞLU**, s. 192; **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 331; **AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN**, s. 75; **TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2015 s. 82; **EKONOMİ, Münir**, “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması” Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, İstanbul 2009 (Gebelik), s. 18.

¹¹⁵ **SEVİMLİ, Kamil Ahmet**, “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, Çimento ve İşveren Dergisi, C. 17, S. 2, Ankara 2003, s. 17; **ÇİL, Şahin**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004 (Şerh), s. 114-115.

¹¹⁶ “Mahkemece mütalasına başvurulmuş bilirkişi tarafından düzenlenen rapora itibar edilerek ve yazılı bir iş akdinin olmaması da gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetler Hakkındaki Kanun’un 4. maddesinde öngörülen yazılı şekil bir geçerlilik şartı değildir.” Yargıtay 9. H.D., T. 18.10.1999, E. 1999/13238, K. 1999/15919: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; “Yasanın öngördüğü yazılı şekil geçerlilik değil, ispat koşuludur.”: Yargıtay 9. H.D., T. 05.04.1984, E. 1984/2706, K. 1984/3733: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

¹¹⁷ Tahvil; şekle uyulmaması nedeniyle hükümsüz olan sözleşmede, başka bir sözleşmeye ilişkin şekle uyulmuş ise ve eğer tarafların yaptıkları sözleşmenin hükümsüzlüğünü bilmiş olsalardı şekline uyulan diğer sözleşmeyi yapacakları kabul edilebiliyorsa ve bu sözleşme için aranan geçerlilik şartları tamamsa, şekil noksanı sebebiyle hükümsüz sözleşmenin, şekline uyulan sözleşmeye dönüştürülerek ve böylece hüküm doğurmasının kabul edilmesidir. **OGUZMAN / ÖZ**, s. 155-156.

¹¹⁸ **EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN**, s. 99; **DOĞAN YENİSEY**, İş Hukuku, s. 334; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, İş Sözleşmesi, s. 108; **ÇENBERCİ, Mustafa**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1998, s. 259-260.

¹¹⁹ **DOĞAN YENİSEY**, İş Hukuku, s. 335.

da düzenlendiği, getirilen şekil şartının işçinin haklarını güvence altına almayı amaçladığı gerekçesiyle yazılı şekle aykırı davranılması halinde sözleşmenin yine de geçerli olacağı ileri sürülmektedir¹²⁰.

Kanaatimizce, şekle ilişkin hükmü geçerlilik şartı olarak kabul etmek ve sözleşmeyi ileriye yönelik de olsa geçersiz saymak savunulanın aksine işçi için zararlı sonuç doğurabilecektir. Nitekim, geçersizliğin ileri sürülmesi bir fesih teşkil etmeyeceğinden işverene feshe ilişkin sınırlamalara uymaksızın sözleşme ile bağlı olmama imkânı tanınmış olacak ve işçinin kıdem tazminatı başta olmak üzere feshe bağlı talep hakkı olmadan işini kaybetmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle şekle aykırılığı geçersizlik sonucuna bağlamak yerine iş sözleşmeleri için öngörülen şekil şartını ispat şartı olarak yorumlamak ve sözleşmeyi ayakta tutmak en uygun çözüm olacaktır. Öte yandan şekil şartının gerek geçerlilik şartı gerekse ispat şartı olarak aranmasında geçersizliğin ileri sürülmesinde dürüstlük kuralının (TMK md. 2) da göz önünde bulundurulması ve hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının irdelenmesi yerinde olacaktır.

İşK. hükümlerinin en temel özelliği, yukarıda da üzerinde durulan sosyal devlet olma gereği işçiye koruma sağlamak olduğundan, işverenin sözleşme serbestisine dayanarak işçi aleyhine sözleşmeye hükümler dahil etmesine kanun izin vermemektedir. Yüksek Hakem Kurulu İşK.’nin işçi lehine olan hükümlerini ortadan kaldıran toplu iş sözleşmesine ilişkin önüne gelen bir uyuşmazlıkta verdiği kararda bu ilkeye vurgu yapmıştır. YHK’na göre İşK. başta olmak üzere kanunların amir hükümlerine aykırı olarak sözleşme yapılamaz, yapılması halinde geçersiz olurlar¹²¹.

Bu bağlamda, iş sözleşmeleri hukuk kuralları ile belirtilen sınırlar içerisinde içerik olarak serbestçe düzenlenebilir. Hukuk kurallarından anlaşılması gerekenise, geniş olarak başta iş kanunları ve buna ilişkin diğer mevzuatın emredici hükümleri olmak

¹²⁰ DOĞAN YENİSEY, İş Hukuku, s. 329-330.

¹²¹ “Akit serbestisi, hukukun başta gelen prensiplerinden biri olmakla beraber akıtle beraber tesis ve kabul olunan münasebet ve taahhütlerin, kanunların amir hükümlerine aykırı olmaması, yine hukukun kabul ettiği en esaslî prensiplerinden birinin icabıdır. İş Kanunu ise, sosyal hayatın en mühim şubelerinden biri olan iş hayatını tanzim eden bir amme kanunu olmak itibarıyla bütün hükümleri amir ve riayeti mecburi hükümlerendir. Bu gibi hükümlere aykırı mukaveleler batıldır.”: Yüksek Hakem Kurulu’nun 12.03.1952 tarih ve 136 sayılı kararı, RG 09.04.1952, S. 3329.

üzere toplu iş sözleşmeleriyle birlikte bütün normatif düzenlemelerdir¹²². İş sözleşmesi içeriğini serbestçe düzenlenmesini sınırlayan bu hükümler, işçiyi koruma amacıyla getirilmiş ve işçi lehine asgari şartları belirlemiş olduğundan, işçi yararına bunlardan vazgeçilmesi mümkündür¹²³. Diğer bir ifade ile, işçinin korunmasına yönelik hükümler kural olarak nispi emredici nitelikteki hükümlerdir ve işçinin daha fazla korunmasına yönelik hükümler iş sözleşmesinde geçerli olarak yer alabilecektir¹²⁴. Örneğin, Yargıtay da kanunda belirtilen sınırın altında kalmamak kaydıyla, ücretin işçi ile işveren tarafından iş sözleşmesinde serbest bir şekilde belirlenebileceğini belirtmiştir¹²⁵. Buna karşılık, İşK.'nda yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği emredici bir hüküm olarak düzenleme altına alınmıştır (md. 53/f. 2). Bu nedenle buna aykırı olan sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. Ancak işçi lehine olacak şekilde taraflar kanunda belirtilen sürenin üzerinde yıllık izin süresini sözleşmede düzenleyebileceklerdir.

Toplu iş sözleşmeleri de içerik yönünden iş sözleşmelerini sınırlayan diğer bir unsurdur. Zira STİSK'na göre toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması halinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerli olacaktır (md. 36/f. 1). Böylece işverenin iş sözleşmesi yapma serbestisi toplu iş sözleşmesinde işçi lehine düzenlenen hak ve kurallar ile sınırlandırılmış olup, bu düzenlemeler dışına çıkılmayacak ve çıkılsa bile toplu iş sözleşmesi hükümleri geçerli ve bağlayıcı olacaktır.

Sözleşme serbestisi, sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisini de kapsar. Ancak iş sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisi iş güvencesi sistemi ile önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. İşçinin işine keyfi olarak son verilmemesini amaçlayan bu sınırlama işçiyi korumayı hedefleyen iş güvencesinin bir gereğidir. Bu nedenle işveren iş sözleşmesini sona erdirmek için İşK.'nda belirtilen sebeplerden birine

¹²² MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 558; SUBAŞI, s. 692.

¹²³ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 559.

¹²⁴ BENOKAN / ÖZCAN, s. 154

¹²⁵ "İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.": Yargıtay 22. H.D., T. 17.03.2015, E. 2013/37210, K. 2015/10424: www.calismavetoplum.org [erişim tarihi: 15.04.2017].

dayanmak zorundadır. Bununla birlikte taraflar belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerini anlaşma yolu ile her zaman sona erdirebilme hakkına sahiptir¹²⁶. Bu sona erdirme anlaşması, uygulamada ve yargı kararlarında ikale sözleşmesi veya bozma sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. İkale sözleşmesi çalışma mevzuatımızda düzenlenmemiş olup genel hükümlerde de buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple uyuşmazlıklar yargı kararlarıyla çözümlenmeye çalışılmaktadır¹²⁷. İkale sözleşmelerinin tamamen sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilerek sadece tarafların iradesine bırakılması sakıncalı olabilmektedir. Çünkü ikale sözleşmelerinin, işçilerin mevzuattan doğan haklarından ve özellikle iş güvencesinden yararlanmalarını önlemek amacıyla kullanılması ihtimali vardır¹²⁸. Nitekim ikale sözleşmeleri 1475 sayılı İşK. ve öncesinde uygulamada pek görülmezken, önce 4773 sayılı Kanun, sonrasında da 4857 sayılı İşK. ile iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından giderek yaygın bir hal almıştır. Yargıtay konu üzerinde titizlikle durmakta ve genel esaslar dışında ikale sözleşmesinin geçerli sayılabilmesi için “makul yarar” kriterini esas almakta ve her somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini çeşitli kararlarında belirtmektedir¹²⁹.

¹²⁶ SÜMER, İş, s. 58.

¹²⁷ “İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa iletildiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.”: Yargıtay 9. H.D., T. 18.03.2008, E. 2007/26232, K. 2008/5313: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; “Taraflar anlaşarak her zaman aralarındaki akdi ilişkiye son verebilirler (ikale). Sözleşme özgürlüğünün sonucu kabul edilen ve ilişkinin ortadan kaldırılmasına yönelik bu tür sona erdirme sözleşmeleri yasalarımızda ayrıca düzenlenmemiştir.”: Yargıtay 15. H.D., T. 02.10.1995, E. 1995/2259, K. 1995/5181: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; “İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır. Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir.”: Yargıtay 9. H.D., T. 13.10.2008, E. 2008/34079, K. 2008/26691: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

¹²⁸ İkale sözleşmesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **GEREK, Hasan Nüvit**, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 31, İstanbul 2011; **ASTARLI, Muhittin**, İş Hukukunda İkale, Bozma Sözleşmesi, Ankara 2016.

¹²⁹ “Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA ZORUNLULUĞU

İş sözleşmesi serbestisi yukarıda açıklanan nedenlerle çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamaların görünüm biçimlerinden biri de “sözleşme yapma zorunluluğu”dur. İş sözleşmesi yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde işveren dilediği kişi ile değil iş sözleşmesi yapma zorunluluğu kapsamında bulunan kişi ile iş sözleşmesi yapmakla yükümlü olmaktadır. Bu yükümlülük esas itibari ile kanuni düzenlemeler ile getirilmiş olmakla birlikte bunun toplu iş sözleşmesi veya ön sözleşme gibi bir hukuki işlemle yaratılmasında da engel bulunmamaktadır¹³⁰.

Kanunla getirilen sözleşme yapma zorunluluğunda kanun koyucu özellikle işverenler için cezai yaptırım öngörerek işverenleri iş sözleşmesi yapmaya zorlamaktadır. Nitekim getirilen bu yükümlülük işverenler için olup, işçiyi iş sözleşmesi yapmaya zorlayan bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Zira AY'nın 18. maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma yasağı da işçiler ile zorla iş sözleşmesi yapılamayacağını temin eder¹³¹.

koymaktadır.”: Yargıtay 9. H.D., T. 08.04.2008, E. 2007/27825, K. 2008/7827: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; “Bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukundaki işçi yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır. Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanununun 23-31.(TBK'nun 30, 36, 37 ve 38.) maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır.”: Yargıtay 7. H.D., T. 20.01.2015, E. 2014/16476, K. 2015/109: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

¹³⁰ **AKAR, Esin**, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2007, s. 45.

¹³¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 538; **SUBAŞI**, s. 690; **EKONOMİ, Münir**, İş Hukuku Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1980 (İş Hukuku), s. 90; **AKYİĞİT, Ercan**, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, s. 445.

Kanuni düzenleme ile getirilen iş sözleşmesi yapma zorunluluğu iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar yeniden işe alma ve işe alma zorunluluğu şeklindedir. Aşağıda ayrı ayrı inceleme altına alınacaktır.

I. Yeniden İşe Alma Zorunluluğu

İş sözleşmesinin belli biçimlerde sona ermesi bazı hallerde feshin geçersiz sayılarak işçinin işe iadesine bazı hallerde de bir süre sonra belli şartlar altında yeniden işe alınmasına yol açabilmektedir. Yeniden işe alma zorunluluğunda, bir işyerinde daha önce çalışmış olup da kanunda belirtilen hallerden birinin gerçekleşmesi üzerine işten çıkmış veya çıkarılmış işçilerin aynı işyerinde yeniden işe alınması söz konusu olmaktadır. Yeniden işe alma zorunluluğu bulunan hallerde işverenin sözleşme yapma serbestisi ile birlikte iş sözleşmesinin içeriğini belirleme serbestisini de sınırlandırılmış olmaktadır¹³². Nitekim aşağıda detaylı olarak anlatılacağı üzere bu gibi durumlarda işçilerin eski işlerine veya eski işlerine uygun işlerine alınmaları söz konusu olmaktadır.

Hukukumuzda işverenin işe alma yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin önemli bir kısmı 1475 sayılı mülga İşK.'nda¹³³ "işten çıkarmanın sonucu" başlıklı 24. maddesinde yer alıyordu. Sözü edilen madde, 09.08.2002 tarihinde 4773 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile "Toplu işçi çıkarma" başlığı altında yeniden düzenlenmiş, sonrasında 4857 sayılı İşK.'nin yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkmıştır. 4857 sayılı İşK.'nda ise işverenlere yeniden işe almalarını düzenleyen bağımsız bir madde bulunmamaktadır. Buna karşılık toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. maddesinde toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılan işçiler; 30. maddesinde bir işyerinde malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler ve 31. maddesinde askerlik ve kanundan doğan bir ödev nedeniyle işten ayrılan işçiler ile yeniden iş sözleşmesi yapılarak bu kişilerin işe alınması yönünde hükümler yer almaktadır.

¹³² SUBAŞI, s. 691.

¹³³ RG 01.09.1971, S. 13943.

A. Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında İşten Çıkarılan İşçiler

İşyerinde çalışan işçilerin toplu olarak işten çıkarılmasının sonucunda birçok işçi ailesi ile birlikte gelirden yoksun kalmaktadır. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde veya işsizlik oranının yüksek olduğu ülkelerde işçilerin bu anlamda hemen iş bulması da oldukça zordur. Kanun koyucu da bu durumdaki işçilerin tekrar iş bulmasını kolaylaştırabilmek, ekonomik ve sosyal açıdan yaşadıkları sorunlara çözüm getirebilmek adına işverene belli şartlar oluştuğunda toplu olarak çıkardığı işçiler ile yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü getirmiştir¹³⁴. Bu yükümlülük hukukumuzda ilk olarak 3008 sayılı İşK.'nda yer almış olup toplu işçi çıkaran işverenlerin, altı ay içinde aynı iş için yeniden işçi alma ihtiyacı duymaları halinde, toplu olarak işten çıkardıkları işçileri öncelikle işe almaları zorunlu kılınmıştır (md. 24). 28.07.1967 tarih ve 931 sayılı İşK.'nda¹³⁵ da 3008 sayılı İşK.'na paralel bir düzenleme yer almış ve işverene toplu işten çıkardığı işçileri öncelikli olarak işe alma yükümlülüğü getirilmiştir. Kanun maddesine göre, toplu işçi çıkaran veya bu gibi işyerlerini aynı şartlarla işleten veya işletmeye başlayan işverenler, çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde aynı işyerlerine aynı iş için işçi almak zorunda kalırlarsa işveren durumu uygun araçlarla yayınlarak ve işçiye bildirerek daha önce çıkardıkları işçilerden çalışmak isteyenleri günün şartlarına uygun olarak işe almak zorundadırlar (md. 24/f. 2).

931 sayılı İşK.'nun AYM tarafından iptalini¹³⁶ takiben yürürlüğe giren 1475 sayılı İşK.'nda ise önceki mevzuata göre daha geniş kapsamlı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre geçerli neden ile işine son verilen işçiler ile işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçilerin yerine çıkma veya çıkarılma tarihlerinden itibaren altı ay içinde başka işçi alınamayacağı öngörülmüş ve bu süre içerisinde işverenin aynı nitelikteki iş için işçi almak istemesi halinde iş sözleşmesi sona eren işçilere haber vermesi ve kendisine on beş gün içerisinde başvuranları işe alması şeklinde bir yükümlülük getirilmiştir (md. 24). Ancak maddedeki ilk düzenlemede işçilere yapılacak

¹³⁴ TAŞKENT, Savaş, "Toplu İşçi Çıkarmalar Üzerine", İÜHFİM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. I, 2016, Özel Sayı, İstanbul, s. 717.

¹³⁵ RG 12.08.1967, S. 12672.

¹³⁶ RG 11.05.1971, S. 13833.

çağrının biçimi, çağrı üzerine işçiye tanınacak süre konusunda bir düzenleme yer almadığı gibi hükme aykırılık halinde bir yaptırım da öngörülmemiş idi. Bunun üzerine 04.07.1975 tarihli ve 1927 sayılı Kanun ile 24. maddede değişiklik yapılmış, yeni düzenlemede işverenin altı ay içinde yeniden işçi alma talebi olması halinde, bunu uygun araçlarla yayınlaması ve işçinin adresine noter aracılığıyla duyurması gerektiği, işçinin cevap vermesi için on beş günlük hak düşürücü süre öngörülmüştür.¹³⁷ 09.08.2002 tarihinde 4773 sayılı Kanun ile yapılan sonraki değişiklikle¹³⁸ madde kapsamlı bir değişikliğe uğramıştır. Bu son değişiklikle “işten çıkarmanın sonucu” olan madde başlığı “toplu işçi çıkarma” olarak değiştirilmiş ve maddede daha önce yer alan iş sözleşmesi yapma zorunluluğu kaldırılmıştır.

Yukarıdaki düzenlemeler sonrasında kabul edilen 4857 sayılı İşK.’nda ise, işverene 1475 sayılı İşK.’ndan önceki düzenlemelere benzer olarak toplu işçi çıkaran işverenlere, altı ay içinde aynı iş için yeniden işçi alma ihtiyacı duymaları halinde, önceden çıkarılan işçilerden niteliklerine uygun olanları öncelikle işe alma şeklinde bir zorunluluk getirilmiştir (md. 29).

1. Toplu İşçi Çıkarma Kavramı

İşK.’nun 29. maddesinde toplu işçi çıkarma düzenlenmiş ve işverenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri ve işin gerekleri sonucu işçi çıkarmak istemesi halinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcisine, ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğü’ne ve İş-Kur¹³⁹’a bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Yapılacak bildirimde de işçi çıkarmalarının sebepleri, çıkarılacak işçi sayısı ve grupları ile işe son verme işlemlerinin ne kadarlık bir sürede gerçekleşeceğine ilişkin bilgilere yer verilmesi zorunlu kılınmıştır. Madde düzenlemesi gereğince işyerinde işçi çıkarmanın toplu işçi çıkarma olarak sayılıp sayılmayacağı işyerinde çalışan toplam işçi

¹³⁷ URHANOĞLU CENGİZ, İstar, “İşverenin Yeniden İşçi Alma Gereği Halinde Toplu İşten Çıkarılanları Tercihen İşe Alma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışının Yaptırımı”, Sicil Dergisi, C. 5, S. 18, İstanbul 2010 (Yaptırım), s. 49.

¹³⁸ RG 15.08.2002, S. 24847.

¹³⁹ 4904 sayılı Kanun ile istihdamın korunmasına, geliştirilmesine, yaygınlaştırılmasına ve işsizliğin önlenmesi faaliyetlerine yardımcı olmak ve işsizlik sigortası hizmetlerini yürütmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı olarak Türkiye İş Kurumu kurulmuştur: RG 05.07.2003, S. 25159.

sayısı üzerinden belirlenen orana göre tespit edilecektir. Buna göre, işyerinde çalışan işçi sayısı 20 ile 100 arasında ise en az 10 işçinin; 101 ile 300 arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin; 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin işveren tarafından ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu işine süreli fesih usulüne uyarak ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma olarak kabul edilir (md. 29/f. 2).

Kanunda toplu işçi çıkarmaya ilişkin yapılan tanımlamada “işyeri” esas alınmış ve işyerinde çalışan işçilerin hesaplamaya dahil edileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, işyerindeki toplam işçi sayısının hesabında işyerindeki işçiler esas alınacaktır. Birden çok işyerinden oluşan ve her işyerinde yirmiden az işçi çalıştıran bir işletmede, işletme genelinde çalışanların sayısı kanunda aranan oranlara ulaşsa bile işyeri esas alınacağı için, bu işyerlerinin hiçbirinde toplu işçi çıkarma prosedürü uygulanamayacaktır¹⁴⁰. Öte yandan maddede belirtilen “bir ay” ile takvim ayı değil, ilk işçi çıkarmadan itibaren bir ay içerisinde yapılacak fesihlerin anlaşılması gerekir¹⁴¹.

Her ne kadar kanun maddesinde işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde esas alınacak iş sözleşmelerinin türü bakımından bir sınırlama getirilmemiş olsa da iş sözleşmelerine toplu işçi çıkarma kapsamında son verilebilecek olan işçiler belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerdir. Zira düzenlemede açıkça toplu işçi çıkarmaya yönelik yapılacak fesihlerin süreli feshi düzenleyen 17. madde uyarınca yapılacağı belirtilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin iş sözleşmesini süreli fesih ile sona erdirmek mümkün değildir¹⁴². Bu bağlamda işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan belirsiz süreli işçilerin hesaplamada dikkate alınması gerekir. Ancak geçici iş ilişkisi ile çalışan işçiler, geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olması kaydıyla alt işverenin işçileri hariç tutulmalıdır. Zira hesaplamada işverene iş sözleşmesi ile bağlı ve işverenin sözleşmesini süreli feshetme imkânı olan işçilerinin dikkate alınır¹⁴³. Bunun gibi süreksiz iş sözleşmesi ile çalışan işçiler de nazara alınmayacaktır. Çünkü

¹⁴⁰ URHANOĞLU CENGİZ, Toplu İşçi Çıkarma, s. 69; TAŞKENT, s. 718.

¹⁴¹ TAŞKENT, s. 719.

¹⁴² URHANOĞLU CENGİZ, *İştar*, Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Ankara 2009 (Toplu İşçi Çıkarma), s. 67; Taşkent ise işçi sayısı tespit edilirken belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin birlikte hesaplamaya dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır: TAŞKENT, s. 719.

¹⁴³ URHANOĞLU CENGİZ, Toplu İşçi Çıkarma, s. 76

süreksiz iş sözleşmesi ile çalışan işçilere İşK. md.10 uyarınca İşK. 29. madde hükmünün uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.

2. Toplu İşçi Çıkarma Sebepleri

Toplu işçi çıkarmadan söz edilebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, toplu işçi çıkarma nedenlerini açıklayan toplu işçi çıkarmayı gerektiren bir durumun, bir olgunun ortaya çıkmasıdır. Bunlar; "*ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gereği*" olarak işyerinin bir bölümünün kapatılması veya otomasyona geçilmesi gibi durumlar olabileceği gibi (İşK. md. 29/f. 1), "*işyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı surette faaliyete son verilmesi*" (İşK. md. 29/f. 4) biçiminde de olabilir. O halde toplu işçi çıkarma nedenlerinin sadece işyeri ile ilgili nedenlerle sınırlandırılmış ve işçilerin kişiliğinden, yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerin toplu işçi çıkarma için fesih nedeni teşkil etmeyeceği söylenebilecektir¹⁴⁴.

Toplu işçi çıkarma nedeni olarak gösterilen işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler İşK. md. 18'in gerekçesinde¹⁴⁵ işyeri (işletme) içi ve işyeri (işletme) dışı nedenler olarak ikiye ayrılarak inceleme altına alınmıştır. Buna göre, sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesine yol açan durumlar işyeri (işletme) dışı nedenlere örnek olarak gösterilmiştir. İşyeri içi nedenlere ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması örnek olarak verilmiştir. Gerekçede ayrıca uygulamaya giderken feshe en son çare olarak bakılması gerektiği ve geçerli neden kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay da işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesihte işverenin işletmesel kararını

¹⁴⁴ URHANOĞLU CENGİZ, Toplu İşçi Çıkarma, s. 43; TAŞKENT, s. 718.

¹⁴⁵ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara: 2015, s. 97-100.

aramakta, daha sonra da bu kararı tutarlılık, keyfilik, ölçülülük denetiminden geçirerek fesihte son çare ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemektedir¹⁴⁶.

Ekonomik neden, işçinin kişiliği ile ilgisi olmayan, işletme, işyeri veya işin gereklerinden doğan gerçek ve ciddi nitelikte bir neden olmalıdır. Gerçek ekonomik güçlükten; işletme faaliyetinde önemli ve sürekli bir düşme, finansman veya üretim açığı, işletme faaliyetini bozacak seviyede müşteri kaybı gibi genel olarak işletmenin durumunu sarsan ekonomik krizin anlaşılması gerekir. Ciddi neden ise, işletmeye zarar vermeden iş ilişkisine devam edilmesine imkân vermeyen nedendir¹⁴⁷. Bu bağlamda ekonomik nedenli fesih başka bir yolla kaçınılamayan ekonomik güçlükler, işletmenin sürekliliğini tehdit eden teknolojik değişimler ve işletmenin faaliyetlerinin korunması için kaçınılmaz olan yeniden yapılanma gerekleri sonucu gerçekleştirilen fesihtir¹⁴⁸. Yargıtay da bütçe yetersizliği, maliyetlerin yüksek oluşu ve işçi fazlalığı gibi nedenleri fesih için geçerli ekonomik neden olarak kabul etmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ “Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşverenin gerçekten ekonomik sıkıntı içinde olup olmadığı, sıkıntının sürekli ve kalıcı olup olmadığı, bunun istihdam fazlalığı yaratıp yaratmadığı, fesih dışında bir tedbirle giderilip giderilemeyeceği araştırılmalıdır. Bunun dışında özellikle fesihten önce ve sonra işyeri SSK kayıtları getirtilerek, işe alınmalar olup olmadığı, işverenin tutarlı davranıp davranmadığı incelenmelidir. Keza feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde işverenin başka işyerleri olup olmadığı, işçinin bu işyerlerinde veya aynı işyerinin diğer bölümlerinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır.”: Yargıtay 9. H.D., T. 28.04.2008, E. 2007/34017, K. 2008/10355: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; “Öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.”: Yargıtay 9. H.D., T. 06.12.2010, E. 2009/43956, K. 2010/36337: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

¹⁴⁷ **ÜRİİANOĞLU CENGİZ**, Toplu İşçi Çıkarma, s. 47-49; **TAŞKENT**, s. 717.

¹⁴⁸ **ENGİN, Murat**, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003 (Fesih), s. 57-58.

¹⁴⁹ “Davalı kamu kuruluşu bütçe yetersizliği, işçi fazlalığı, maliyetlerin yüksek oluşu gibi ekonomik nedenlerle 53 yaşını doldurmuş ve emeklilik hakkını kazanmış işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yoluna giderek genel bir uygulama yapmıştır. İşten çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alındığını da iddia ve ispat edilmiş olmadığından ve kamu kurumlarında ihtiyaçtan fazla işçi çalıştırıldığı da bilinen bir gerçek olduğundan fesih için geçerli sebep bulunduğu kabul edilmelidir”: Yargıtay 9. H.D., T. 29.01.2004, E. 2003/23159, K. 2004/1418: Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 18, S. 6, s. 54-55.

İşK. md. 29’da teknolojik nedenlerle de işverenin toplu işçi çıkarabileceği öngörülmüştür. Teknoloji hiç kuşkusuz tüm işletmelerin rakip firmalarla rekabet edebilmek adına kendi faaliyetine girdiği alanlarda takip ettiği bir olgudur. İşletmenin yeni teknolojik gelişmelere uyarlanması ve bu uyarılama sonucunda bir kısım işçinin istihdamına olanak kalmaması veya işçi fazlalığı oluşması da fesih için geçerli neden oluşturmaktadır¹⁵⁰.

Toplu işçi çıkarma için geçerli nedenlerden bir diğeri olan yapısal nedenler ise daha çok piyasa şartlarından kaynaklanmaktadır. Talepte yapısal düşüşlerin yaşanması, rekabete dayalı nedenlerle işletmelerin ülke içindeki veya dışındaki piyasada müşteri kaybetmesi gibi durumlarda yapısal nedenler söz konusu olur. Üretim yönteminde veya ürün türünde değişikliğe gidilmesi sonucu insan gücüne duyulan ihtiyaç azalabileceği gibi aynı ürün türü için farklı üretim tekniklerine geçilmesi gibi nedenlerle farklı vasıfta işçiye de ihtiyaç duyulabilir. Bu gibi durumların toplu işçi çıkarmada geçerli bir neden sayılması için işverenin böylesi bir yapılanmaya gidilmesinin zaruri olduğunu, diğer bir ifade ile bu yönde bir uygulama yapılmaması halinde işletmenin rekabet gücünün rakipleri tarafından ciddi şekilde tehdit edileceğini ispatlaması gerekir¹⁵¹. Yargıtay da yapısal nedenle fesih yoluna giden işverenin yapısal değişimi somut olarak ortaya koymasını ve bunun sonucu olarak işçi sayısında azalmaya gittiğini ispatlamasını aramaktadır¹⁵².

Yukarıda açıklananlar ışığında, toplu işçi çıkarmada geçerli bir neden olduğunu söyleyebilmek için ekonomik güçlükler veya teknolojik değişim sonucunda işçinin

¹⁵⁰ **URHANOĞLU CENGİZ**, Toplu İşçi Çıkarma, s. 52.

¹⁵¹ **ENGİN**, Fesih, s. 54-55.

¹⁵² “İşçinin işletmedeki işyerinin kaybına, iş ilişkisinin feshine yol açan işletme dışı sebepleri, piyasa olayları belirler. İşletmenin doğrudan doğruya etkisinin olmadığı bütün sebepler, işletme dışı sebeplerdir. Siparişlerdeki azalma, pazarlama güçlükleri, satış ve sürümde azalma, hammadde yokluğu, enerji sıkıntısı, kamu işyerlerinde devlet bütçesinden kaldırılması, meteorolojik sebepler işletme dışı sebeplere örnek gösterilebilir. İşletme dışı sebepler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak, bu sebepler, işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kaldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebebin mevcut olup olmadığı ve bu sebeplerin işletmenin işgücü ihtiyacına doğrudan doğruya etkileri, mahkemelerce tamamen denetlenebilir.”: Yargıtay 9. H.D., T. 28.04.2008, E. 2007/34017, K. 2008/10355: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

çalışmaya devam etme olanağının ortadan kalkmış olması, işten çıkarılması düşünülen işçilerin başka şekilde çalıştırılma olanağının bulunmaması ve bu zorunlulukların fesih tarihinde de mevcut olması gerekmektedir¹⁵³. Ancak belirtilen tüm nedenlerin hepsinin birlikte bulunması gerekli olmayıp kanunda öngörülen ekonomik, teknolojik veya yapısal nedenlerden birinin varlığı yeterli olmaktadır.

Geçerli nedenin varlığı halinde toplu işçi çıkarmanın gerçekleşmesi için toplu işçi çıkarma usul ve sürecinin işletilmesi, yani işverenin toplu işçi çıkarma eğilimi taşıması ve bunun için gerekli prosedürü işletmesi gerekir. Söz konusu prosedür, toplu işçi çıkarmaya yol açan duruma göre iki şekilde öngörülmüştür. Eğer işyerinin tümünden ve kesin kapatım suretiyle faaliyete son verildiği için işçi çıkarılacaksa, işverenin durumu en az otuz gün önceden sadece ilgili Bölge Müdürlüğü ile ve İş-Kur'a bildirmesi ve işçi çıkarımının yaşanacağı işyerinde yazılı veya anons gibi sözlü olarak ilan etmesi gerekli ve yeterlidir. Şayet ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işin veya işyerinin gereği olarak işçi çıkarılacaksa, işveren durumu yine en az otuz gün önceden ilgili Bölge Müdürlüğü ile İş-Kur'a ve varsa o işyerindeki işyeri sendika temsilcilerine¹⁵⁴ yazılı olarak bildirmelidir. En az otuz gün önceden yapılacak bildirimlerde de işçi çıkarmaların nedeni belirtilmek zorundadır. İşveren, otuz gün önceden bildirimde bulunduktan sonra varsa işyeri sendika temsilcileriyle konu hakkında bir görüşme yapmak zorundadır (İşK. md. 29/f. 4). Bu bildirimde, çıkarılacak işçi sayısı ve çıkarmanın sebebi ile işten çıkarmanın ne zaman yapılacağı belirtilmesi zorunludur (İşK. md. 29/f. 3).

¹⁵³ URHANOĞLU CENGİZ, Toplu İşçi Çıkarma, s. 57-58.

¹⁵⁴ Bir işyerinde işyeri sendika temsilcisinin bulunup bulunmaması ile bağlantılıdır. STİSK md. 27/f. 1 ve f. 2 bu hususu şu şekilde düzenlemiştir: *“Toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika; işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir. Bunlardan biri baş temsilci olarak görevlendirilebilir. Temsilcilerin görevi, sendikanın yetkisi süresince devam eder. Sendika tüzüğünde işyeri sendika temsilcisinin seçimle belirlenmesine ilişkin hüküm bulunması hâlinde, seçilen üye temsilci olarak atanır.”*

3. Toplu İşten Çıkarılanların Yeniden İşe Alınma Zorunluluğu

İşK. md. 29/f. 6'ya göre işveren toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak isterse nitelikleri uygun olanları işe çağırmak zorundadır. İşK. 29. madde düzenlemesine göre yeniden işe alınma, münhasıran toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkarılan işçiler için öngörülmüştür. İş sözleşmesi, Kanunun aradığı şartlar doğrultusunda toplu işçi çıkarma kapsamında feshedilmiş sayılmayanlar yeniden işe alınma olanağından yararlanamayacaklardır¹⁵⁵. Daha açık bir ifade ile, iş sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilenler, iş sözleşmeleri süreli fesihle ve ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işyeri veya işin gerekleri nedeniyle sona erdirilmiş olmakla birlikte md. 29/f. 2'deki sayılara ulaşmadığından toplu işçi çıkarma kapsamında değerlendirilemeyenler ile iş sözleşmeleri süreli fesihle ve fakat işçinin yeterliliği veya davranışlarından dolayı sona erdirilmiş olanlar bu olanaktan yararlanamazlar.

İşçilerin toplu olarak işten çıkarılmaları sonrasında işyerinin başka bir işverene geçmesi ise işçiler açısından bir değişiklik yaratmayacaktır. Yeni işveren için de iş sözleşmesi yapma zorunluluğu devam edecektir. Ancak bu zorunluluğun yeni işveren için de devam etmesi için işyerinin aynı şartlarla işletilmesi gereklidir¹⁵⁶.

İşçinin yeniden işe alınmasında, işçilere yapılacak çağrının usulü, çağrı kapsamında işçiler tarafından işverene yapılacak başvuru süresi maddede düzenlenmemiştir. Doktrinde hükmün uygulamada anlam ifade etmesi için işçilere, son bildirdikleri adreslerine uygun vasıtalarla işe davet yazısı gönderilmesi ve başvuru için makul süre verilmesi, aksi takdirde bu haklarını kaybedecekleri uyarısında bulunulması gerektiği; işçinin de çağrı üzerine makul sürede başvuru yapması gerektiği isabetli olarak belirtilmektedir¹⁵⁷. İşK. 109. maddesi işçilere yapılacak bildirimlerin yazılı ve imza karşılığı olması gerektiğini öngördüğünden, bu kapsamda yapılacak çağrının da yazılı ve imza karşılığı olması gerekir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 539-540.

¹⁵⁶ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 92, dn. 101.

¹⁵⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 540; AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN, s. 83; KESER, s. 12.

¹⁵⁸ AKYİĞİT, Şerh, s. 1392; KESER, s. 12.

B. İşyerinden Malulen Ayrılan İşçiler

AY'nın 61. maddesine göre Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlamakla yükümlüdür. İş Kanunumuzda da bu yükümlülük bağlamında bir işyerinden malulen ayrılan işçilere bu hallerinin düzelmesi durumunda eski işlerine dönebilme ve eski gelir seviyelerine kavuşabilme imkânı tanınmıştır. İşK. md. 30/f. 5'e göre, işyerinden malulen ayrılmak zorunda kaldıktan sonra bu maluliyeti ortadan kalkan işçiler, eski işyerlerinde tekrar işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaları halinde işveren bu kişileri eski işlerine veya niteliğine uygun benzer işlere boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek o andaki şartlarla işe almakla yükümlüdür¹⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, işverenin malul olan işçiyi işten çıkarması hali ile malul olan işçinin maluliyet nedeniyle işten ayrılması maddenin uygulanması açısından bir fark yaratmamakta ve işveren için maddede belirtilen yükümlülük mevcut olmaktadır¹⁶⁰. Buradaki yükümlülük aşağıda sözü edilecek olan işyerinde belirli oranda engelli¹⁶¹ işçi çalıştırma yükümlülüğünden farklıdır. Zira burada söz konusu olan işçi (malul); herhangi bir engelli olmayıp daha önce aynı işyerinde çalışırken malul olan ve

¹⁵⁹ Deniz İşK.'nda bu konu ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Basın İşK.'nda ise hastalanarak işten ayrılmak zorunda kalan gazetecilerin iyileşmesi halinde eski işlerine dönmelerini sağlayan bir düzenleme yapılmıştır. Kanununun 12. maddesi düzenlemesine göre "*Gazetecinin uğradığı hastalık sebebiyle iş akti işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle aktin feshi cihetine gidilebilir*". Aynı maddenin ikinci fıkrasında hastalık nedeniyle işini yapamayacak duruma düşen ve işveren tarafından işinden çıkarılan gazetecinin azami bir yıl içinde iyileştiği takdirde tekrar eski işine tercihan alınacağı düzenlenerek işverene iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmiştir. Düzenleme kapsamında işverenin iş sözleşmesi yapma zorunluluğu münhasıran hastalık sebebiyle iş sözleşmesi feshedilen gazetecileri kapsamaktadır. Ancak Kanunda işveren tarafından şartları oluşmasına rağmen iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna uyulmaması halinde cezai veya hukuki bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu nedenle madde uygulamasının işverenin iyi niyetine kaldığı söylenebilir de kanaatimizce Kanunda ek bir düzenleme yapılana kadar işverenin hukuka aykırı davranışı nedeniyle gazeteci nezdinde doğacak zararları tazmin etmekle yükümlü olduğunun kabul edilmesi veya gazeteciye aynen ifa yolu ile mahkemeye başvurmaya imkân tanınması uygun olacaktır.

¹⁶⁰ TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 86.

¹⁶¹ Uluslararası anlaşmalara uyum sağlamak, ulusal mevzuatta terminoloji birliği sağlamak ve "sakat", "özürlü" gibi kelimelerin barındırdığı olumsuz ifadeyi de bertaraf etmek amacıyla 25.04.2013 tarih ve 6462 sayılı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Dair Kanun'un 1. maddesi ile İşK. ve Deniz İşK. da dahil ifadenin yer aldığı kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapılarak sakat, özürlü, çürük ifadeleri "engelli" olarak değiştirilmiştir. Bunu takiben de 30.05.2014 tarih ve 29015 sayılı RG'de yayınlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile özürlü ifadesi "engelli" olarak değiştirilmiştir. Bu nedenlerle çalışmamızda engelli ifadesi kullanılmıştır.

bu yüzden işten ayrılan işçidir. Ayrıca burada sözü edilen malul sayısında herhangi bir sınırlama olmadığı gibi, işyerindeki işçi sayısının da herhangi bir önemi yoktur. Bununla birlikte çalıştığı dönemde malul olan ve bu nedenle işinden ayrılmak zorunda kalan işçi, maluliyeti devam ettiği sürece (çalışabilir durumda ise) engelli olarak başka işyerinde işe girme hakkına sahip olabileceği gibi, maluliyeti geçtiğinde eski işyerinde çalışma imkânındanda yararlanabilecektir¹⁶². Fakat, bu hal dahilinde maluliyeti geçen kişilerin işe alınmalarının hemen gerçekleşebilmesi işyerinde boş yer bulunmasına bağlı kılınmıştır. Eğer boş yer yoksa, ancak uygun bir boş yer olduğu zaman söz konusu kişiler diğer isteklilere nazaran öncelikle işe alınacaktır¹⁶³.

Kanun maddesinde “malul olmak”tan söz edilse de, gerek maddede gerekse kanunda “maluliyet” kavramının tanımı yapılmamıştır. Genel olarak maluliyet, bir şahsın harici bir tesir neticesiyle veya bir kaza veya hastalık sonucunda faaliyet kudretini tamamiyle veya kısmen kaybetmesini ifade etmektedir¹⁶⁴. Her ne kadar Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda¹⁶⁵, çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60’ının kaybedilmesi halinde sigortalının malul sayılacağı düzenlenmiş (md. 25) ise de, İşK.’ndaki bu düzenlemeden işçinin yararlanabilmesi için maluliyetin iş kazası, meslek hastalığı sonucu ortaya çıkması gerekmediği gibi sosyal sigorta mevzuatına göre malul sayılması da gerekmemektedir. İşçinin trafik kazası veya herhangi bir hastalık yüzünden sakatlanması durumlarında da hükmün uygulanması gerekir¹⁶⁶. Aksi yorum¹⁶⁷ işçi için aleyhe sonuç doğuracak ve maddenin uygulanma alanını daraltacaktır.

¹⁶² **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 96; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1426.

¹⁶³ **KESER**, s. 7; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1425.

¹⁶⁴ Bu tanım Türk Hukuk Lügatında yapılmıştır. Türk Hukuk Lügatı. 3. Baskı. Ankara 1991: Başbakanlık Basımevi, s. 218. Türk Dil Kurumu tarafından ise malul; hasta, sakat kimse olarak tanımlanmıştır.

¹⁶⁵ RG 16.06.2006, S. 26200.

¹⁶⁶ **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 344; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 86; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 96, dn. 118; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1426; **SAVAŞ, Fatma Burcu**, “Çalışma Yaşamında Engelli Bireyin İstihdam Sorunları ve Yasal Yükümlülükler”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, İstanbul 2014 (Engelli), s. 2622; **SÜMER**, İş, s. 55; **UŞAN, Muhammed Fatih**, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Ankara 1999, s. 270; **SUBAŞI**, s. 713.

¹⁶⁷ Doktrinde maluliyet ile ilgili tanımın Sosyal Sigortalar Kanununda (şimdi Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu) yapılmış olmasından hareketle İşK. md. 30/f. 8 hükmü uyarınca malul sayılmak için Sosyal Sigortalar Kanunundaki tanımdaki şartların bulunması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **BENOKAN / ÖZCAN**, s. 197; **CANIKLIOĞLU**, Sakat Çalıştırma, s. 102; **KINIK, Önder**, Türk İş Hukukunda Özürlü Çalıştırma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek

Maluliyet sebebiyle işten ayrılan işçinin işine dönmesi için ayrılmasına sebep olan maluliyetinin ortadan kalkmış olması gerekir. 1475 sayılı İşK.'ndaki düzenlemede “maluliyeti ortadan kalkan sakat işçiler” ifadesine yer verilmişken (md. 25), şu andaki kanun metninde “maluliyeti ortadan kalkan işçiler” ifadesi tercih edilmiş, böylece mülga İş Kanunu döneminde görülen maluliyetin ortadan kalkması yanında sakatlığın da aranmasına yol açabilecek yorumların önüne geçilmiştir. Ancak maddede maluliyetin ortadan tamamen mi yoksa işçinin çalışabileceği ölçüde mi ortadan kalkması gerektiğine dair bir açıklama bulunmamaktadır. Bu konuda bir görüş, işçinin işine dönebilmesi için maluliyetin tamamen ortadan kalkmasınagerek olmadığı, işçinin kısmen iyileşmesi veya diğer deyişle, maluliyetinin işten ayrılmasına sebep verecek niteliğini kaybetmesinin dahi yeterli olacağını savunmaktadır¹⁶⁸. Bu görüşe göre işçinin eski işini veya benzeri bir işi layıkıyla yapmaya yetecek kadar iyileşmiş olması gerekli ve yeterlidir. Diğer görüş ise, işverenin işçiyi yeniden işe alma zorunluluğu doğması için işçinin maluliyetinin tamamen ortadan kalkması gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁹. Kanaatimizce, maluliyet tamamen ortadan kalkmasa da işçinin işini yapabilecek derecede iyileşmiş olması ve çalışmasının sağlığı ve iş güvenliği açısından da olumsuz bir durum oluşturmaması halinde Kanunun aradığı şartın yerine geldiğini kabul etmek yerinde olacaktır. Böylelikle Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik¹⁷⁰ hükümleri kapsamında engelli sayılmayan ve bu nedenle de engelli çalıştırma hükümlerinden yararlanamayan; ancak maluliyeti de tamamen ortadan kalkmamış bulunan işçilerin eski işyerlerinde çalışmasına olanak sağlanmış olacaktır.

Eski kanundaki düzenleme ile yeni kanundaki düzenleme arasındaki bir diğer farklılık ise, maluliyeti ortadan kalkan işçinin başlatılacağı işte ortaya çıkmaktadır. 1475 sayılı İşK.'nda işverenin malulen işten ayrılan işçisini boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe yeniden işe alma yükümlülüğü, 4857 sayılı İşK.'nda işçinin eski işine veya benzeri işe alınacağı şeklinde düzenlenmiştir. Benzeri işten anlaşılması gereken; eski

Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2005, s. 80; **KILIÇOĞLU, Mustafa**, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 337.

¹⁶⁸ **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 541; **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 344; **KESER**, s. 8; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 87; **BENOKAN / ÖZCAN**, s. 197; **SAVAŞ**, Engelli, s. 2623; **SÜMER**, İş, s. 55; **KINIK**, s. 81; **UŞAN**, s. 274; **SUBAŞI**, s. 713.

¹⁶⁹ **AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN**, s. 87; **GÜNAY, Cevdet İlhan**, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2005, s. 364; **NARMANLIOĞLU**, s. 201; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 97, dn. 119.

¹⁷⁰ RG 25.04.2009, S. 27210.

işine yakın, eski işinde sahip olduğu yeteneğini, becerilerini kullanabileceği, yapmakta zorlanmayacağı eski iş sınıflamasına uygun bir iş¹⁷¹. Fakat açıkça işçilerin “eski işleri veya benzeri işlerde” çalıştırılmasının öngörülmesi, doktrinde işçinin rehabilite edilerek başka bir iş yapma yeteneği kazanması ve o nitelikteki işin de işyerinde mevcut olması halinde işçi açısından olumsuz sonuç yaratacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁷². Kanaatimizce de bu açıdan mevcut düzenleme, eskiye kıyasen işçi aleyhine olmaktadır. Zira eski madde düzenlemesi uyarınca işverenin kendisine başvuran işçiye aynı veya benzer işte kadro olmasına rağmen alt kadroda veya işçinin nitelikleri ile örtüşmeyen bir işte çalışmasını şart koşması halinde işçi dürüstlük kuralı uyarınca (TMK md. 2) itiraz etme imkânına sahip olabilecekti. Öte yandan yürürlükteki düzenlemeye göre işveren, maluliyeti ortadan kalkan işçiyi boş yer varsa derhal işe alacaktır. Boş yer yok ise, işçi boşalacak ilk işe kadar beklemek zorundadır. Bu bekleme süresinde ise işverenden ücret talep edemeyecektir¹⁷³. Kanun boşalacak ilk iş ile ilgili bir süre sınırı da öngörmemiştir. Bu da işverenin süresiz olarak böyle bir yükümlülük altında olacağı anlamını taşımaktadır. Kanaatimizce kanunda bununla ilgili de bir düzenleme yapılması ve başvuru tarihinden itibaren makul bir azami süre (örneğin bir yıl) ile işverene yükümlülük getirilmesi uygulama açısından daha uygun olacaktır.

İşçinin İşK. md. 30/f. 5 kapsamında yeniden işe başlayabilmesi için eski işverene başvuruda bulunması gerekteyse de bu başvurunun hangi süre içerisinde yapılması gerektiği konusunda kanun sessiz kalmıştır. Bu konuda bir görüşe göre İşK. md. 31/f. 4’ün kıyasen uygulanması sonucu işçinin iyileşmesinden itibaren iki aylık sürede işverene başvuruda bulunması gerekmektedir¹⁷⁴. Diğer görüşe göre ise, dürüstlük kuralı bağlamında, işçinin iyileşmenin gerçekleştiği veya diğer bir ifade ile işten ayrılmaya neden olan maluliyetin ortadan kalktığı andan itibaren makul bir süre içerisinde başvuru yapması gerekir. Bu yorum kapsamında makul sürede başvuru yapılmaması halinde de işverenin talebi reddetme hakkının olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁵. Kanaatimizce de burada başka bir yükümlülük için öngörülen süreyi kıyasen uygulamak yerine işçinin makul bir süre içerisinde başvuru yapması gerektiğini kabul etmek yerinde olacaktır. Makul

¹⁷¹ BENOKAN / ÖZCAN, s. 197; AKYİĞİT, Şerh, s. 1426; UŞAN, s. 275.

¹⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 542-543.

¹⁷³ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 542.

¹⁷⁴ AKYİĞİT, Şerh, s. 1426; KINIK, s. 81.

¹⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 543.

sürenin hesabında da somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralı (TMK md. 2) göz önünde bulundurulacak ve işçinin makul sürede başvuruda bulunmadığının tespit olunması halinde bu hakkını kaybettiğini kabul etmek gerekecektir. Başvurunun nasıl yapılacağına yönelik madde düzenlemesinde herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak İşK. md. 109¹⁷⁶ uyarınca başvurunun yazılı ve imza karşılığı olması uygun olacaktır. Bunun gibi işçinin noter kanalı ile veya iadeli taahhütlü gönderim ile başvuru yapması da mümkündür. Bu, işçi açısından ispat kolaylığı da sağlayacaktır.

İşyerinden malulen ayrılan işçilerin Kanundaki şartlar kapsamında yeniden işe alınmaları yönündeki zorunluluk, işyerinin devri halinde yeni işveren için de geçerli olacaktır¹⁷⁷. Ancak bunun için işyerinde faaliyetin tamamen veya esaslı bir şekilde değişmemiş olması gerekir. Zira bu yönde bir değişiklik olması halinde, Kanunda belirtilen “eski işyeri”nden bahsedilemeyecektir¹⁷⁸.

İşK. md. 30/f. 5’deki düzenlemeye göre başvuru yapan işçilerin işe alınmaları “o andaki şartlarla” olacaktır. İşçinin yeniden işe alınması yeni bir iş ilişkisi niteliğinde olsa da bu zorunlu iş ilişkisinde hâkim olması gereken temel esaslar kanun ile düzenlenerek, işçilere bu yönde güvence sağlanmak istenmiştir. Bu güvence uyarınca kanuni düzenlemede öngörülen şartlar gerçekleştiğinde işçi diğer isteklilere tercihen işe alınacaktır¹⁷⁹. Madde metninde yer alan “o andaki şartlarla” ifadesi, işçinin işyerinden ayrı kaldığı süre içerisinde kabul edilen ve işe gireceği tarih itibariyle işyerinde uygulanmakta olan işçilik haklarını ve kazanılmış haklarını korumakla birlikte başvuru anındaki işyeri zorunluluklarının da dikkate alınacağını ifade etmektedir¹⁸⁰. Bu durumda işverenin işçiyi eski şartları kabul etmeye zorlayamayacağını, günün şartları içinde işyerindeki ücret vs. çalışma koşullarının dikkate alınması yoluyla iş sözleşmesinin yapılacağını kabul etmek gerekir¹⁸¹. Yargıtay da 1475 sayılı İşK. döneminde önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işçi işyeri zorunlulukları nedeniyle daha düşük ücretli bir işe

¹⁷⁶ İşK. md. 109 “Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır.”.

¹⁷⁷ UŞAN, s. 276.

¹⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 543.

¹⁷⁹ NARMANLIOĞLU, s. 200, dn. 110.

¹⁸⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 542; SUBAŞI, s. 715.

¹⁸¹ AKYİĞİT, Şerh, s. 1427.

alınsa dahi ileride kazanılmış haklarına uygun ve işyeri zorunlulukları ile bağdaşır iş açıldığında işverenin kanundan doğan yükümlülüğünün devam edeceğini belirtmiştir¹⁸². Karar, bizce isabetlidir.

C. Askerlik veya Kanuni Bir Ödev Nedeniyle İşten Ayrılan İşçiler

Kanunla getirilen bir ödev nedeniyle işyerinden ayrılan işçiye, ödevin bitiminden sonra başlıca geçim kaynağı olan bir iş bulması ve mesleki faaliyetini devam ettirmesi güvencesinin verilmesi sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Kanun koyucu da bu hususta bazı tedbirlerin alınmasını gerekli görmüş ve işçilerin kanuni ödevler sonucu işyerindeki menfaatlerinin bozulmaması için birtakım hükümler getirmiştir. İşK.'na göre askerlik veya kanuni ödevini yapmak için işinden ayrılan işçiler belli koşulların oluşması halinde ayrıldıkları işlerine geri dönebilmektedirler¹⁸³. Bahse konu kanun maddesindeki düzenlemeye göre, herhangi bir askeri veya kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bu işçileri eski işlerine veya benzeri işlere boş yer varsa¹⁸⁴

¹⁸² “25/5. madde hükmünce, koşulları gerçekleştiği takdirde, işçi kendi arzusuyla işverene başvurduğu takdirde, işveren "o andaki şartlarla" işçiyi işe almak zorundadır. İşçinin yeniden işe alınması kuşkusuz yeni bir hizmet ilişkisi niteliğindedir. Ancak bu zorunlu yeni hizmet ilişkisine hakim olması gereken temel esaslar yasa ile düzenlenmiş, yasa koyucu İş Kanununun 25/5. maddesi hükmü ile işçilere kıdeme dayanan bir güvence sağlamak istemiştir. Bu güvence uyarınca, orada öngörülen koşullar gerçekleştiğinde işçi sair isteklilere tercihan işe alınacaktır. Buradaki güvencenin etkisi, işçinin kazanılmış haklarının tanınmasıyla mümkündür; aksi halde, 25/5. madde ile gösterilen özel düzenlemenin etkisi, yasa koyucunun amacını ortadan kaldıracak ölçüde azalmış olur. Şu husus da özellikle belirtilmelidir ki, "o andaki şartlarla" sözlerinin kapsamına girer. İşçi işyeri zorunlulukları nedeniyle daha düşük ücretli bir işe alındığı takdirde ileride işçinin kazanılmış haklarına uygun ve işyeri zorunlulukları ile bağdaşır iş açıldığında işverenin 25/5. maddeden doğan yükümlülüğünün devam edeceğini de kabulü gerekir. Bu nedenlerle mahkemenin uyuşmazlığı 25/5. maddeye göre çözümlenmekte direnmesi esas itibarıyla uygundur. Ancak, özel dairece 25. maddedeki ve yukarıdaki esaslar açısından inceleme yapılmadığından bu yönlerden inceleme yapılmak üzere dosya özel daireye gönderilmelidir.”: Yargıtay H.G.K., T. 01.03.1978, E. 1979/9-3594, K. 1978/189: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

¹⁸³ Deniz İşK. kapsamındaki işverenlerin askerlik veya kanuni ödev sonrası kendilerine başvuran işçiler ile yeniden iş sözleşmesi yapma zorunlulukları bulunmamaktadır. Basın İşK.'nda ise İşK.'ndan daha farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre gazetecinin talim veya manevra dolayısıyla silah altında bulunduğu müddetçe iş sözleşmesi, işveren tarafından feshedilemez; gazetecinin ilk muvazaaf askerlik hizmeti nedeniyle silah altına alınması halinde ise işveren iş sözleşmesini ancak askerlik süresi geçtikten sonra yine Basın İşK. hükümleri kapsamında feshedebilir (Basın İşK. md. 16/f. 4).

¹⁸⁴ “Mahkemece yapılması gereken iş, işveren tarafından davacının yerine alındığı bildirilen işçinin davacının işini yapıp yapmadığının tespiti ile davacının talepte bulunduğu tarihte davacının yaptığı iş ya da benzeri işlerde boş kadro olup, olmadığını saptamak, talepte bulunduğu tarihte davacının yaptığı iş ya da benzeri işlerde boş kadro yoksa talepte bulunduğu tarihten sonra işyerine davacının yaptığı iş ya da benzeri işlere yeni işçi alınıp, alınmadığı araştırılarak sonuca gitmektir.”: Yargıtay

derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır (İşK. md. 31/f. 4).

Madde metninde “herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler” ifadesine yer verildiği için hükmün kapsamına manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınma, muvazaaf askerlik¹⁸⁵ gibi geçici süreli askerlik ile sivil hizmet ifası girmektedir¹⁸⁶. Önemli olan işçinin kanunen zorunlu kılınan bir ödevi ifa etmek amacıyla işinden ayrılmak zorunda kalmasıdır. Nitekim Yargıtay, kanaatimizce de isabetli olarak belediye başkanı seçilen işçinin işyerinden ayrılmasının kanundan doğan bir ödevin söz konusu olmadığını, zira işçi açısından işyerinden ayrılarak belediye başkanlığına aday olmada zorunluluk bulunmadığını hükme bağlamıştır¹⁸⁷.

Muvazzaf askerlik ödevinin Kanunda öngörülen süre kadar silah altında geçirilmesi gerekmeden o süreye karşılık bedel ödenmesi suretiyle (bedelli askerlik) yerine getirilmesi de mümkündür. Her ne kadar İşK. md. 31/f. 1 kısa süreli askerlik hizmetini kapsıyor ise de çok istisnai durumlarda kabul edilen bedelli askerliği de kapsadığının

9. H.D., T. 03.05.2010, E. 2008/24783, K. 2010/12023: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

¹⁸⁵ 25.10.2013 tarih ve 28802 sayılı RG'de yayımlanan 21.10.2013 tarih ve 2013/5501 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 02.07.2003 tarih ve 25156 sayılı RG'de yayımlanan 23.06.2003 tarih ve 2003/5795 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı sonucunda 111 sayılı Askerlik Kanununa göre muvazzaf askerlik hizmeti süresi erbaş ve erler için Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on iki ay (Askerlik Kanunu md. 5); 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununa tabi yükümlülerden; bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayı olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getirecekler için ise hizmet süresi altı aydır (md. 3/f). Bu hizmetler askerlik şubesinden sevk tarihi itibarıyla başlar (Askerlik Kanunu md. 5). Bu düzenlemeler kapsamında muvazzaf askerlik, askerliğin ilk gününden tezkerenin alındığı son güne kadar fiilen askerlik yapılan süreyi ifade etmektedir.

¹⁸⁶ **SÜMER**, İş, s. 56; **AKYİĞİT**, İş, s. 112; **AKYİĞİT**, Şerh, s.445, 1464; **AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN**, s. 87-88; **NARMANLIOĞLU**, s. 202; **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 345; **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 544; **EKONOMİ**, İş Hukuku. s. 93, dn. 107; **BENOKAN / ÖZCAN**, s. 198; **ŞEN, Murat**, “İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu”, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 3, Ankara 2001, s. 590; **BAYBORA, Dilek**, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 12, S. 4, Ankara 1998 (Askerlik), s. 14.

¹⁸⁷ “Davacı işçinin Belediye Başkanlığına adaylığını koymak istediği için işyerinden ayrıldığı ve sonra da yerel seçimler sonucunda belediye başkanlığına seçildiği konusunda uyuşmazlık yoktur. Böyle bir seçim nedeniyle işten ayrılmasının kıdem tazminatı gerektirip gerektirmeyeceği tartışma konusudur. Mahkemece 1475 sayılı Kanununun 27. maddesine dayanılarak “Kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden” davacı işçinin işten ayrıldığı kabul edilerek kıdem tazminatı hüküm altına alınmışsa da somut olayda çalışma ödevi yüzünden yani zorunlu olarak işten ayrılmak söz konusu değildir.” Yargıtay 9. H.D., T. 11.12.2000, E. 2000/13314, K. 2000/18557: Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi C. 17, S. 2, Kasım 2001. s. 78-79.

kabulü yerinde olacaktır¹⁸⁸. Böylece işyerinde bir yıllık kıdemi olan ve bedelli askerlik imkânından yararlanan işçinin kısa süreli olarak silah altına alınması halinde iş sözleşmesinin askıda kalacağı kabul edilmelidir. Ancak özellikle 2011 ve 2014 yıllarında kabul edilen bedelli askerlikte, önceki uygulamalardan farklı olarak başvuranlar 21 günlük temel askeri eğitimden muaf tutulmuş, diğer bir ifade ile hiç silah altına alınmadan bedelini ödemek koşuluyla askerlik hizmetini yerine getirmiş kabul edilmişlerdir. Bu bağlamda, hiçbir şekilde silah altına alınmadan bedelli askerlik imkânından yararlananların iş sözleşmelerinin aralıksız olarak devam edeceğinin (askı halinin burada söz konusu olmayacağı) kabulü yerinde olacaktır kanaatindeyiz.

Kanun ayrıca, kanuni ödev nedeniyle işten ayrılacak işçinin iş sözleşmesinin sonlandırılmasına yönelik ayrı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, muvazzaf askerlik dışında silah altına alınan veya herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi, işinden ayrılan günden başlayarak iki ay sonra işveren tarafından feshedilmiş¹⁸⁹ sayılır (İŞK. md. 31/f. 1). Kanunda iki aylık süre işveren için beklenmesi gereken bir süre olarak düzenlendiğinden, işçinin iş sözleşmesini feshederek işyerinden ayrılmasına da bir engel bulunmamaktadır.

İş sözleşmesinin iki aylık askı süresi sonunda işveren tarafından feshedilmiş sayılması veya diğer bir deyişle işçinin bu haktan yararlanabilmesi için, işçinin işyerinde bir yıllık kıdemini doldurması gerekir (İŞK. md. 31/f. 2). Her ne kadar kanunda bir yıllık çalışma süresinden söz ediliyorsa da hükmü dar yorumlamak işçi aleyhine olacaktır. Bu nedenle bir yıllık sürenin fiilen çalışılarak ve çalışılmış sayılarak geçen günlerle sınırlanmayıp “iş sözleşmesinin devam süresi” olarak algılanması isabetli olacaktır¹⁹⁰. Bir yıldan çok çalışmasına karşılık ise her fazla yıl için (belirtilen iki aylık süreye) iki gün eklenir. Ancak bu süre doksan günü geçemez (İŞK. md. 31/f. 2). Bu nedenle öncelikli olarak kanuni ödev nedeniyle işinden ayrılan işçinin muvazaaf askerlik ödevi için mi yoksa muvazzaf askerlik ödevi dışındaki bir sebeple mi işten ayrıldığına tespiti önemlidir. Eğer muvazzaf askerlik dışındaki bir nedenle işten ayrılıyorsa iş sözleşmesi, işçinin

¹⁸⁸ ŞEN, s. 584-585.

¹⁸⁹ Burada askı süresinin sona ermesi halinde gerçekleşecek feshin haklı nedenle fesih olacağı yönünde bkz. ŞEN, s. 586.

¹⁹⁰ AKYİĞİT, Şerh, s. 1458.

işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay süre (en fazla doksan gün) askıda olacaktır. Muvazaaf askerlik ödevi nedeniyle silah altına alınan işçinin iş sözleşmesinin durumu ile ilgili ise İşK.'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanundaki düzenlemenin mefhumu muhalifinden muvazzaf askerlik nedeniyle silah altına alınan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalmaksızın işyerinden ayrıldığı tarih itibariyle sona ereceği söylenebilecektir¹⁹¹. Yargıtay'a göre ise muvazzaf askerlik nedeniyle işçinin işyerinden ayrılması iş sözleşmesinin feshi anlamına gelmekte olup, bu durumda işçi en az bir yıllık çalışma süresi mevcut ise kıdem tazminatına hak kazanacaktır¹⁹².

Görüldüğü üzere, kısa süreli kanuni ödev veya askerlik nedeniyle işçinin işinden zorunlu olarak ayrılması durumunda iki aylık (en fazla doksan gün) askı süresinin kabul edilmesi işçinin korunması ilkesinin gereğidir. Askıda kalma süresi içinde fesih hakkı sınırlandırılmakta, askıda kalma nedenleri yüzünden işçinin işe devamsızlığı meşru sayılmakta ve bu durum bir yandan işçilere iş güvencesi sağlarken diğer yandan da işverenin işletmesi için gerekli işgücünü kaybetme tehlikesini bertaraf etmektedir¹⁹³. Zorunlu olarak kısa süreli kanuni ödevini yerine getiren işçi, ödev bittikten sonra ayrıldığı işinde tekrar iş sözleşmesi yapma zorunluluğu olmadan çalışabilsin düşüncesiyle, sözleşme iki ay (en fazla doksan gün) süre ile askıya alınmakta, bu süre sonunda ödev tamamlanmamışsa sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılmaktadır. Kanuni ödev veya kısa süreli askerliğin askı süresini aşması durumunda işçinin korunması sözleşmenin askıda kabul edilmesi ile değil, işverene yeniden iş sözleşmesi

¹⁹¹ **ANDAÇ, Faruk**, İş Hukuku, Türk Çalışma Hukuku Uygulaması, Ankara 2003, s. 80; **ŞEN**, s. 571-574.

¹⁹² “Davacı işçi muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılmış ve böylece iş akdi sona ermiştir. İşçinin muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılması teknik anlamda iş akdinin feshi niteliğindedir. Bu nedenle muvazzaf askerlik hizmeti yapmak üzere işten ayrılan işçinin iş akdinin askıda olduğunun kabulü mümkün değildir.”: Yargıtay 9. H.D., T. 18.04.1995, E. 1994/18905, K. 1995/13747: www.hukuki.net [erişim tarihi: 15.04.2017]; “4857 sayılı İş Kanununun 120nci maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte olan 1475 sayılı Yasanın 14üncü maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde, işinin muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle iş sözleşmesinin fesih halinde, kıdem tazminatı talep hakkı doğacağı hükme bağlanmıştır. İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedenine dayanması gerekir. Ayrıldıktan sonra başka işyerinde çalışan işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle ayrıldığı düşünülemez. İşçinin muvazzaf askerlik celp döneminden makul bir süre önce ayrılması da mümkün görülmelidir. İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini feshinde ihbar öneli tanınmasına gerek yoktur.”: Yargıtay 7. H.D., T. 02.06.2014, E. 2014/3228, K. 2014/12036: **ÇİL,Şahin**, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2015 (Yargıtay), s. 1068; “İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini feshinde ihbar öneli tanınmasına da gerek yoktur” : Yargıtay 9. H.D., E. 2012/3438, K. 2014/7629: **ÇİL**, Yargıtay, s. 1069.

¹⁹³ **SÜZEK, Sarper**, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askıya Alınma), s. 40.

yapma zorunluluğu yüklenerek sağlanmaktadır¹⁹⁴. Öte yandan belirtmek gerekir ki işçi ile işverenin anlaşarak tüm askerlik süresi boyunca iş sözleşmesini askıya almalarında hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Askı süresi içinde iş sözleşmesinin Kanundan doğan başka bir nedene dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği diğer tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için Kanunun gösterdiği ihbar süresi bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. İş sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, sözleşmenin süresi askı süresi içerisinde doluyorsa, iş sözleşmesi bu tarihte sona erer (İşK. md. 31/f.3). Ancak askı süresi içerisinde haklı bir nedenin ortaya çıkması durumunda, taraflar belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshedebilirler¹⁹⁵. Zira haklı nedenle derhal fesihte fesih iradesi açıklanıp muhataba ulaştıktan sonra bir süre işlemesi söz konusu değildir. Sonuç derhal meydana gelmektedir. Kanundaki “*Bu süre içinde iş sözleşmesinin Kanundan doğan başka bir sebebe dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için Kanunun gösterdiği süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar*” ifadesinde ise karşı tarafa ulaştıktan sonra geçecek süreden bahsedilmektedir ki, bu derhal fesih olgusu ile uyuşmamakta olup sadece süreli feshi kapsamına almaktadır. Öte yandan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih hakkının (İşK. md. 25/II) kullanılması altı iş günlük ve bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olduğundan bu süre askı süresine denk gelse de hak kaybı olmaması adına kullanılması gerekir¹⁹⁶.

İş sözleşmesinin kanunda belirtilen ödevler nedeniyle işçi veya işveren tarafından feshedilmesi veya kanunen feshedilmiş sayılması, sona eren iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması da hükmün uygulanması için fark yaratmayacaktır. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ve sözleşme süresi askı süresi içinde sona ermiş ise (İşK. md. 31/f. 3 uyarınca) işçi bu hükümden faydalanamayacaktır¹⁹⁷.

¹⁹⁴ ŞEN, s. 572.

¹⁹⁵ SÜMER, İş, s. 56; AKYİĞİT, Şerh, s. 1459.

¹⁹⁶ AKYİĞİT, E. Şerh, s. 1460.

¹⁹⁷ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 93, dn. 108.

İş sözleşmesinin askıda kalacağı süre içerisinde sözleşmeden doğan temel borçlar daişlerliğini kaybeder. Bunlar işçi açısından “iş görme” borcu iken işveren açısından “ücret ödeme” borcudur. Zaten kanuni bir ödev nedeniyle işinden ayrılan işçiden iş görmesinin beklenmesi düşünölemeyecektir¹⁹⁸. İşverenin ücret ödeme borcu ile ilgili olarak ise askı süresi içerisinde işçinin ücretinin işlemeyeceği düzenleme altına alınmış, ancak özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur (İşK. md. 31/f. 3)¹⁹⁹. Sadakat borcu veya işverenin işçiyi gözetme borcu gibi yan borçları ise askı süresince askıda olmayacaktır. Bu nedende askı süresince işçinin işverenin iş ve meslek sırlarını koruması gerekir. Aksine davranış işveren için fesih nedeni olacaktır²⁰⁰.

İşçiyi yeniden işe alma zorunluluğunun doğması için kanunda belirtilen görevinin sona ermesinden itibaren iki aylık süre içerisinde eski işyerine görevinin sona erdiğini belirten ve işe iade talebini içeren bir başvuru yapması gerekir. İki aylık süre (bir ay otuz gün hesabıyla) altmış gün olarak hesaplanmalıdır²⁰¹. Başvuru için kanunun belirttiği iki aylık süre hak düşürücü süredir²⁰². Süreyi kaçıran işçi bu haktan yararlanamayacaktır. Başvurunun nasıl yapılacağına ilişkin kanunda şekil şartı öngörölmemişse de ispat kolaylığı açısından iadeli taahhütlü posta yolu ile veya noter kanalıyla yapılması ve başvuru yazısı ekinde kanuni ödevin bittiğine dair ilgili makamca onaylı bir belge suretinin sunulması işçi lehine olacaktır²⁰³. İşçinin süresinde

¹⁹⁸ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1457.

¹⁹⁹ Basın İşK.’nda konu ile ilgili olarak özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, talim veya manevra dolayısıyla, silah altına alınan gazeteci bu süre içinde ücret hakkını korur. İlk muvazzaf askerlik hizmeti için silah altına alınan gazeteciye normal askerlik müddetince son aldığı ücret yarı nispetinde ödenir (md. 16/f. 3). Ancak, gazetecinin askeri hizmeti karşılığı aylık alması halinde aldığı aylık kendi işinden aldığı ücretten az ise, işveren gazeteciye yalnız aradaki farkı ödemekle mükelleftir (md. 16/f. 1). Gazeteci ile işveren arasındaki sözleşme esasen belirli süreli olup bu süre gazetecinin silah altında bulunduğu sırada kendiliğinden bitiyorsa işveren sözleşmenin bu sebeple sona ermesinden itibaren yukarıda belirtilen ücretleri gazeteciye ödemekle mükellef tutulamaz (md. 16/f. 5). Görüldüğü üzere Basın İşK.’nda gazetecilerin askerlik nedeniyle işlerini yapamayacak olması durumunda iş sözleşmelerinin ve ücretlerinin devam etmesi için bir koruma getirilmiştir.

²⁰⁰ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1458.

²⁰¹ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1464.

²⁰² **Sümer**, İş, s. 56; **AKYİĞİT**, İş, s. 112; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 445, 1464; **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 345; **KESER**, s. 8; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 93, dn. 109; **ŞEN**, s. 592; **BAYBORA**, Askerlik, s. 14.

²⁰³ “Davacı işçi muvazzaf askerlik hizmeti bitiminde işverene başvurduğuna dair dosyaya iki ayrı dilekçe sunulmuştur. 23.08.2014 tarihini taşıyan fotokopi şeklindeki belge, davalı belediye başkanlığına hitaben yazılmış bir dilekçe olup üzerinde işverence kayda alındığına dair bir işaret bulunmamaktadır. Davalı belediye de davacının işyerine başvurusuna dair resmi bir kaydın bulunmadığını bildirmektedir. O halde sözü edilen belge davacının yasal süresi içinde işveren başvurusunu kanıtlama noktasında yeterli değildir. Diğer başvuru belgesi ise tarihsiz olup, davacının muvazzaf askerlik görevini yaptığı dönemde görev yaptığı askeri birlikten gönderildiği

işverene başvuru yapması halinde işverenin ne kadarlık sürede işçiye cevap vereceği yönünde kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar kanun metninde işçinin işveren tarafından “*eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal*” işe alınacağından bahsedilmiş olsa da işverenin işyerindeki personel durumunu gözden geçirerek işçiye cevap vermesi zaman alabileceğinden işverenin başvuruya hemen cevap vermesi beklenmemelidir. Cevap süresinin somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralı (TMK md. 2) çerçevesinde değerlendirilerek “makul bir süre” olması gerektiği söylenebilir. İşverenin olumsuz tutumu nedeniyle işçinin zarara uğraması durumunda da işverenin bu zararı tazmin etmesi gerekir²⁰⁴. Öte yandan Yargıtay, kanunda bu yönde bir düzenleme olmadığından hareketle işçinin işverene başvuru tarihinden işe alınma tarihine kadarki sürede ücret hakkının bulunmadığını belirtmiştir²⁰⁵. İşçinin işe alınma tarihine kadar işveren ile arasında iş sözleşmesi bulunmaması sebebiyle ücret hakkı da henüz doğmamış olduğundan Yargıtay’ın kararını isabetli buluyoruz.

Kanuna göre, işveren²⁰⁶ süresinde başvuran işçiyi, eski işinde veya benzeri işte boş yer varsa derhal, yoksa boşaldığında işe almak zorundadır. Boş yerin başvuru anında olmaması işvereni iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünden kurtarmayacak olup ileride kanunun belirttiği gibi boş yer oluşması halinde yine başvuruda bulunan işçiyi işe almak zorunda olacaktır. Şu halde, boş yer veya boşalacak yer, işçinin eski işiyle veya benzeri işle ilgisi olmayan işlerde ise işverenin işçiyi yeniden işe alma zorunluluğu olmayacaktır. Benzeri işten anlaşılması gereken, işçinin eski işine yakın, eski işinde sahip olduğu yeteneğini, becerilerini kullanabileceği, yapmakta zorlanmayacağı iştir²⁰⁷. 1475 sayılı İşK.’nda “eski işlerde veya benzeri işlerde” ifadesine yer verilmeksizin iş için başvuran işçinin “*boş yerlere öncelikle*” alınacağı öngörülmüştü (md. 27). Yeni

izlenimini uyandırmaktadır. Ancak sözü edilen yazı üzerinde de herhangi bir resmi evrak kaydı bulunmamaktadır. Mahkemece davacının sözü edilen dilekçesi askeri birlikten araştırılmalı ve resmi olarak böyle bir yazının davalıya gönderilip gönderilmediği belirlenmelidir. Sonucuna göre davacının 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31. maddesinde sözü edilen tazminata hak kazanıp kazanmayacağı tespit olunmalıdır.”: Yargıtay 9. H.D., T. 02.05.2011, E. 2009/12918, K. 2011/12793: ÇİL, Yargıtay, s. 1070-1071.

²⁰⁴ AKYİĞİT, Şerh, s. 1466.

²⁰⁵ Yargıtay 9. H.D., T. 22.11.1972, E. 11342, K. 33375: MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 545, dn. 670; AKYİĞİT, Şerh, s. 1468; BAYBORA, Askerlik, s. 14.

²⁰⁶ Kanaatimizce, işyerinin devredilmesi halinde, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu -işyerinin aynı şartlarla işletilmesi şartıyla- işyerini devralan işveren için de söz konusu olacaktır. Aksi görüş için bkz. ŞEN, Askerlik, s. 593.

²⁰⁷ BENOKAN / ÖZCAN, s. 197; AKYİĞİT, Şerh, s. 1426.

kanun maddesindeki düzenleme her ne kadar işçiye kendisine yabancı, bilgisi ve becerisi olmadığı bir alanda çalışmasını önlemekte ise de işçi için mevcutta boş olan veya boşalacak iş alanını daraltmaktadır. Eski madde düzenlemesi uyarınca işverenin kendisine başvuran işçiye aynı veya benzer işte kadro olmasına rağmen alt kadroda veya işçinin nitelikleri ile örtüşmeyen bir işte çalışmasını şart koşması halinde ise işçinin dürüstlük kuralı uyarınca (TMK md. 2) itiraz edebileceğini kabul etmek gerekir. Öte yandan Kanun burada boşalacak ilk iş için herhangi bir zaman sınırlaması koymamıştır. Bu da işverenin süresiz olarak böyle bir yükümlülük altında olacağı anlamını taşımaktadır. Kanaatimizce Kanunda bununla ilgili de bir düzenleme yapılması ve başvuru tarihinden itibaren makul bir azami süre (bir yıl gibi) ile işverene yükümlülük getirilmesi ve bu süre içerisinde boş kadro olması halinde işverenin eski işçisine teklif götürmekle yükümlü olması uygulama açısından daha uygun olacaktır.

İşyerinde uygun boş yerin varlığı halinde, kanuni ödevi biten ve süresinde başvuruda bulunan tek bir işçinin olması halinde işçinin işe alınmasında sorun bulunmamaktadır. Ancak bunun gibi öncelikli olarak işe alınması gereken işçi sayısının boş yer sayısından fazla olması durumunda işverenin hangi işçiden yana tercihte bulunacağı sorun olarak gündeme gelebilir. Buna ilişkin kanunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak her hâlükârda işverenin bu seçimi yaparken keyfi davranmaması, işçinin niteliği, deneyimi, kıdemi gibi objektif kriterleri esas alması gerektiği söylenebilecektir²⁰⁸. Tercih sonrası işe alamadığı işçileri de gelecek boş yer olması halinde işe alması gerekecektir. Her halde kurulacak olan iş sözleşmesi de kural olarak İşK. md. 11 kapsamında belirsiz süreli olacaktır²⁰⁹.

²⁰⁸ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1466.

²⁰⁹ **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 348; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 104; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1467. “Belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.”: Yargıtay 9.H.D., T. 20.04.2009, E. 2008/27838, K. 2009/11183; www.calismavetoplum.org [erişim tarihi: 15.04.2017].

II. İŖe Alma Zorunluluğu

Toplumdaki her bireyin eŖit haklara sahip olma ve yaŖamını aynı seviyede sürme, alıŖma ve hayatını idame ettirme hakları mevcuttur. alıŖma hakkı yalın ifade ile kiŖilerin alıŖacak bir iŖe sahip olmalarını ifade eder. Bu anlamda Devlet herkese alıŖma olanaklarını yaratmakla yükümlüdür²¹⁰. Ancak alıŖma hayatına baktığımızda engelli, malul, eski hükümlü ve terörle mücadelede yaralanmış kiŖilerin gerek fiziki engellerinden gerekse daha önce hapis cezası almış olmalarından dolayı bir iŖ bulma evresinde çeŖitli güçlüklerle karşılaŖtıkları, iŖe girmiş olsalar bile çeŖitli ayrımcı muamelelere maruz kaldıkları görülmektedir. Özellikle işsizliğin fazla olduğu toplumlarda işverenler bu kiŖileri iŖe almakta isteksiz davranmaktadır. İşte tüm bu nedenlerden dolayı kanunkoyucu normal koŖullarda iş bulmakta karşılaŖtıkları güçlükleri azaltmak ve bu kiŖilere istihdam olanağı yaratmak için işverenlere iş alma zorunluluğu getirmiŖtir²¹¹. Bu zorunluluk kapsamına giren kiŖilerin ise daha önce o işyerinde alıŖan işiler olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

A. Engelliler

1. Uluslararası Düzenlemeler

Engelli olma halini genel olarak fiziksel veya düşünsel kaynaklı her türlü eksiklik ve bozukluk, görme, işitme veya bedensel güç kayıpları, zekânın bir kısmının veya tümünün yitirilmesi olarak tanımlayabiliriz²¹². BaŖlangıta uluslararası belgelerde insan haklarının korunması klasik hak ve özgürlüklerle sınırlı kalmıştır. Ancak özellikle II. Dünya SavaŖı'nın ekonomik ve sosyal alandaki yıkıcı etkisinin sonucu olarak ortaya ıkan engelli sayısındaki büyük artış ve bu durumun ortaya ıkardığı sosyal sorunların giderilmesi amacıyla sosyal hakların da güvence altına alınması için uluslararası alanda

²¹⁰ ERTÜRK, s. 51; KILKIŖ, s. 851.

²¹¹ MOLLAMAHMUTOğLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 553; ERDİNER, Ercan, İş Kanunu Ŗerhi, Ankara 2004, s. 140; BENOKAN / ÖZCAN, s. 178; ENBERCİ, s. 639.

²¹² UŖAN, s. 4; CANİKLİOğLU, Sakat alıŖtırma, s. 73.

çalışmalar başlatılmıştır²¹³. Yapılan bu çalışmalar konumuz olan engelli istihdamı ve engellilerin sosyal hakları çerçevesinde aşağıda incelenecektir.

BM Genel Kurulunca kabul edilen ve Türkiye tarafından da onaylanan²¹⁴ Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’de ise diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişiler engelli olarak tanımlanmıştır (md. 1). BM Engelli Hakları Bildirgesi engellileri kişisel ya da sosyal yaşantısında kendi kendisine yapması gereken işleri bedensel ya da sonradan olma herhangi bir noksanlık sonucu yapamayanlar olarak tanımlamaktadır (md. 1). Yine Türkiye’nin onaylamış olduğu ILO’nun 159 sayılı Sakatların Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdamı Hakkında Sözleşmesi’nde engelliler, uygun bir iş temini muhafazası ve işte ilerleme hususlarındaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir özür sonucu önemli ölçüde azalmış olan birey olarak ifade edilmiştir (md. 1)²¹⁵. Bu Sözleşmeye göre ulusal koşul ve olanaklara uygun olarak Sözleşmeye taraf devlet, engellilerin mesleki rehabilitasyonu ve istihdamı için bir program uygulayacak ve alınan önlemlerin, ilgili tüm kategoriler için geçerli olmasını sağlayacaktır²¹⁶.

Konu ile ilgili bir diğer belge de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi²¹⁷’dir. İHEB md. 2/1’e göre *“herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetilmeksizin bu Beyannamane ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanma hakkına sahiptir”*. Aynı Beyannamenin 23. maddesine göre *“Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır”*. İHEB’ne ek olarak yayınlanan EHB, sakat kişilerin topluma üretken bireyler olarak katılmaları konusunda olduğu kadar toplumun sakatlara karşı yükümlülüklerini de saptamaktadır. On üç maddeden oluşan söz konusu Bildiride engellilerin kendi kendilerine yeterli olmalarını sağlayan önlemler alınması gerektiği, ekonomik ve sosyal

²¹³ **GÜZEL, Ali**, “Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”, Çimento İşveren Dergisi, C. 6, S. 3, Ankara 1992, s. 687.

²¹⁴ RG 14.07.2009, S. 27288

²¹⁵ www.ilo.org. [erişim tarihi: 15.04.2017].

²¹⁶ **CANIKLIOĞLU**, SakatÇalıştırma, s. 39.

²¹⁷ Türkiye tarafından da onaylanmış ve 27.05.1949 tarih ve 7217 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

haklara, düzgün hayat standardı hakkına sahip olmaları ve yeteneklerine göre bir iş sağlamak, yararlı, verimli ve kârlı bir işe girişmek veya bir ticaret birliğine üye olmak gibi haklara sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir. EHİS’de engellilerin işe alımda ve istihdamda ayrımcılığa karşı korunmaları, mesleki rehabilitasyon ve kota sistemi gibi tedbirlerle engellilere pozitif ayrımcılık uygulanması, mesleki eğitim, istihdam ve çalışma ilişkisinde fırsat eşitliği gibi genel ilkelere yer verilmiş ve taraf devletlerin engellilerin çalışma hayatında fırsat eşitliği için gerekli tedbirleri almasına yönelik düzenleme getirilmiştir²¹⁸. SMRİHS’de engelliler için uygun mesleki rehabilitasyon tedbirlerinin sağlanması ve açık işgücü piyasasında engelliler için istihdam imkânlarının artırılması ve engelli işçiler ile engelli olmayan işçiler arasında fırsat eşitliği kurulması amaçlanmıştır (md. 3, md. 4).

²¹⁸ **ENGİN, Murat**, “Çalışma Yaşamında Özgürlük”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, İstanbul 2009 (Özgürlük), s.14; EHİS md. 27: “*Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğunu kabul eder. Bu hak, engellilerin, açık, bütünleştirici ve erişilebilir bir iş piyasası ve çalışma ortamında serbestçe seçtikleri bir işle hayatlarını kazanmaları fırsatını da içerir. Taraf Devletler çalışırken engelli olanlar dahil olmak üzere tüm engellilerin çalışma hakkının yaşama geçmesini yasama çalışmalarını da içeren uygun tüm tedbirleri alarak güvence altına alır. Taraf Devletler bunların yanısıra;*

(a) İşe alım ve istihdam edilme koşullarında, istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi ve sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dahil olmak üzere, istihdama ilişkin her hususta, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklar;

(b) Fırsat eşitliği, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, tacizden korunma ve mağduriyetin giderilmesi, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları dahil olmak üzere diğer bireylerle eşit koşullar altında adil ve uygun çalışma koşullarının sağlanmasına ilişkin olarak engellilerin haklarını korur;

(c) Engellilerin iş ve sendikal haklarını diğer bireylerle eşit koşullar altında kullanabilmelerini sağlar;

(d) Engellilerin genel teknik ve mesleki rehberlik programlarına, yerleştirme hizmetlerine, mesleki ve sürekli eğitime diğer bireylerle eşit koşullar altında etkin bir şekilde erişimini sağlar;

(e) İş piyasasında engellilerin istihdam olanaklarının ve kariyer gelişiminin desteklenmesine ve engellilerin iş aramasına veya işe başlamasına, çalışmaya devam etmesine ve işe geri dönmelerine yardım eder;

(f) Serbest çalışma, girişimcilik, kooperatif kurma ve kendi işini kurma konusundaki fırsatları geliştirir;

(g) Engellileri kamu sektöründe istihdam eder;

(h) Olumlu eylem programları, teşvikler ve diğer tedbirleri de içerebilecek uygun politika ve önlemlerle, engellilerin özel sektörde istihdam edilmelerini destekler;

(i) Engellilerin çalıştığı işyerlerinde makul düzenlemelerin yapılmasını sağlar;

(j) Engellilerin açık iş piyasasında iş deneyimi kazanmasını temin eder;

(k) Engelliler için mesleki rehabilitasyon, işte kalma ve işe dönüş programları yürütür.

2. *Taraf Devletler engellilerin kölelik altında tutulmalarını engeller ve engellileri zorla veya mecburi çalışmaya karşı diğer bireylerle eşit koşullar altında korur.”*

İncelenmesi gereken bir diğer sözleşme ise Avrupa Sosyal Şartı'dır. Sivil ve siyasal haklara yer veren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²¹⁹'nin ekonomik ve sosyal alandaki uzantısı durumundaki Avrupa Sosyal Şartı uluslararası bir sözleşme olup Türkiye ilk imzalayan devletler arasında yer almıştır²²⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi birinci kuşak haklar olarak bilinen temel hakları (yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, hürriyet ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı gibi) güvence altına alırken, ikinci kuşak haklar olarak kabul edilen sosyal ve ekonomik hakları ise (çalışma hakkı, örgütlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, adil ücret hakkı gibi) Avrupa Sosyal Şartı koruma altına almıştır²²¹. 1961 tarihinde imzaya açılan, 1965 tarihinde yürürlüğe giren ve toplam on dokuz haktan oluşan Avrupa Sosyal Şartı'nı ülkemiz, 1961 yılında imzalamasına karşın ancak 1989 tarihinde bazı çekinceler koyarak onaylayabilmiştir²²². Şartın başlangıç bölümünde eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesi amacıyla özellikle cinsiyet, renk, ırk, düşünce ve inanç temelinde her türlü ayrımcılığa karşı mücadele edilmesinin önemi vurgulanmıştır²²³. Buna ek olarak Avrupa Sosyal Şartı ile sağlık, konut, eğitim, istihdam, sosyal koruma gibi temel haklar da koruma altına alınmıştır.

GGASS ise, ASS'da var olan eksiklikleri gidermek ve sosyal hakların kapsamını genişletmek amacıyla hazırlanmıştır²²⁴. 1996 yılında imzaya açılan, 1999 yılında yürürlüğe giren ve toplam otuz bir haktan oluşan GGASS, 2004 yılında ülkemizce imzalanmış, yine bazı maddelerine çekinceler koyularak 2007 yılında ülkemizde kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir²²⁵. ASS'nda (ve ek protokollerde) teminat altına alınan haklara sekiz yeni hak eklenmiş ve fakat Şartın geleneksel yapısı da korunmuştur. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın oluşturulması, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nı ortadan kaldırmamıştır. Şart halen mevcut olup, onaylayan devletleri

²¹⁹ Sözleşme, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiştir. Tam adı, "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi"dir. Türkiye Sözleşmeyi, 4.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır: RG 19.03.1954, S. 8662.

²²⁰ RG 14.10.1989, S. 20312.

²²¹ Detaylı bilgi için bkz. **ERDOĞAN, Gülnur**, "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", TBB Dergisi, S. 77, Ankara 2008, s. 123 vd.

²²² Avrupa Sosyal Şartı Türkiye tarafından; 16.06.1989 tarih ve 3581 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş, 07.08.1989 tarihinde onaylanması kararlaştırılmış ve bundan iki ayı geçen bir süre sonra da onay kararnamesi Şartın Türkçe metni ile yayımlanmıştır: RG 14.10.1989, S. 20312.

²²³ **KINIK**, s. 30-31.

²²⁴ **AYDIN, Fazıl (Ed.)**, "Avrupa Sosyal Şartı", Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No: 6, Ankara 2014 (ASS), s. 25.

²²⁵ RG 09.04.2007, S. 26488.

bağlamaktadır. Gerek Avrupa Sosyal Şartı ve gerekse Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda engellilerin topluma kazandırılması, iş bulmaları, mesleğe yönlendirilmeleri ve engelleri nedeniyle ayrımcılığın önlenmesi doğrultusunda devletlere tedbir almaları için yükümlülükler yüklenmiştir (md. 9, md. 10, md. 15).

Uluslararası düzenlemeler; genel olarak uyulması gereken kuralları ve uygulanması amaçlanan politikaları ifade etmektedirler. Bu düzenlemelerin temel hedefi engelli bireylerin sağlık, eğitim, istihdam, sosyal güvenlik, sosyal yardım, ulaşılabilirlik gibi toplumsal yaşamın her alanına tam katılımlarının sağlanmasıdır²²⁶. Böylece taraf olan devletler, kabul ettikleri bu politikalar ışığında kendi yapısal özelliklerine göre iç uygulamalarını düzenlemekle yükümlüdürler.

Türkiye'nin onayladığı ve iç hukukuna dahil ettiği bu sözleşmelerin hükümleri kanunlarla eş değerdedir. Zira AY'ya göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” (md. 90/f. 5). Öte yandan insan haklarına ilişkin olan uluslararası sözleşmeler, AY'nın eksenini oluşturan “insan haklarına saygı” ilkesi (AY md. 2) gereğince anayasal değerde olup, kanunların da üstünde bir değer taşırlar²²⁷. Bu nedenle engelli istihdamı ve bunun uygulanması için alınacak önlemler artık yalnızca iç hukuktan doğan bir zorunluluk olmayıp aynı zamanda uluslararası da bir yükümlülüktür²²⁸. Türkiye, taraf olduğu sözleşmelerin gereği olarak iç hukukunda da engellilere yönelik gerekli düzenlemeleri yapmak, bu çerçevede engellilerin haklara erişimini sağlayacak tedbirlerin alınmasını sağlamak, kanuni düzenlemeleri hak sahipleri tarafından kolaylıkla anlaşılabilir hale getirmek, yaptırım, başvuru mercii ve başvuru yollarını sağlamakla yükümlüdür²²⁹. Aşağıda bu kapsamda Türkiye'nin engelli

²²⁶ ÖZTİMUR, Ahmet Faruk, “Engellilerin İstihdamı”, Mercek Dergisi, S. 47, 2007, s. 74-75.

²²⁷ KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s. 396-399.

²²⁸ KINIK, s. 28.

²²⁹ GÜL, Işıl İdil, “Bir Hak Mücadelesi Alanı Olarak Engellilik ve Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, Özveri Dergisi, C. 5, S. 2, 2008: <http://evh.aile.gov.tr/yayin-ve-kaynaklar/ozveri-dergisi/10sayi-2008-cilt-5sayi2> [erişim tarihi 15.04.2017]; KÖKSAL, Ayşegül,

istihdamına yönelik mevzuat düzenlemeleri hiyerarşik ve tarihsel olarak inceleme altına alınacaktır.

2. Ulusal Düzenlemeler

Engellilerin toplumsal hayata (bir işte çalışmak, okula gitmek, doktora görünmek veya seçimlerde aday olmak vb.) katılımları diğer bireylere kıyasen daha kısıtlı olmakta ve yaşamın tüm alanında çeşitli zorluklarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bunun nedeni engelli olmaları değil, karşılaştıkları çeşitli zorluklardır. Bunlar fiziksel zorluklar olabileceği gibi mevzuat ve politikalardan kaynaklı zorluklar da olabilmektedir²³⁰. Özellikle konumuz olan istihdam alanında da engelliler ayrımcılığa maruz kalmaya açık olup dezavantajlı konumundadırlar. Engelliler çalışma hayatında sık sık eşit olmayan istihdam uygulamaları ile karşılaşmakta, sınırlı haklara sahip olmakta, daha az ücretle çalışmaya zorlanmakta ve düşük istihdam güvencesine sahip olmaktadır. Bu nedenle engellilerin topluma kazandırılmaları, iyi bir yaşam imkânına kavuşturulmaları ve toplum huzurunun sağlanması için engellilere çalışma hayatı dahil her alanda fırsat eşitliği sağlanması gerekir. Nitekim engellilerin çalışma ortamına girmeleri kendilerine olumlu bakmasına, sosyal açıdan fark edilmelerine, başkalarına bağımlı olma fikrinden arınmalarına neden olmaktadır. Bu aynı zamanda sosyal devlet olmanın da getirdiği bir yükümlülüktür²³¹. İnsan onuruna yaraşır ve toplumla kaynaşan bir yaşam biçimi engellilerin en doğal hakkı olduğu gibi bu hakkın sağlanması da devletin en temel görevlerindedir. Nitekim başarılı olacağı bir işte çalışmak insanı mutlu kılan olaylardan biri olup her insan çalışmak ve topluma yararlı olmak ister. Bu istek sadece gelir kazanma amacını gütmeyen, aynı zamanda kişinin kendine güven ve saygı duygusu ile topluma olan bağlılık duygusunu da güçlendirir²³².

Türkiye’de Engelli İstihdamı ve Bir Araştırma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2010, s. 52.

²³⁰ Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin İzlenmesi, 2010: http://www.un.org.tr/humanrights/vm/engellilerin_haklarına_iliskin_sozlesmenin_izlenmesi.pdf. [erişim tarihi: 15.04.2017].

²³¹ **AKYİĞİT**, İş, s. 112-113; **DEMİR, Fevzi**, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2013, s. 106; **ŞİŞMAN, Yener**, “Türkiye’de Özürlülere Yönelik Yasal Düzenlemeler”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 60, İstanbul 2011, s. 191; **ÇİL**, Şerh, s. 615.

²³² **TOPLU, Ashi**, Sosyal Dışlanma Perspektifinde Türkiyede Özürlü İstihdamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2009 s. 4; **BAYBORA, Dilek**, “Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 51, İstanbul 2006 (Ayrımcılık), s. 230; **ALTAN, Ömer Zühtü**, “Eski Hükümlülerin Çalıştırılmasında Genel İlkeler ve

Manevi katkısının yanında maddi açıdan da engelli bireylerin bir gelire sahip olma ihtiyacı engelli olmayan bireylere göre daha fazladır. Engelli bireyler çoğu zaman yüksek tutarlı tedavi masraflarını karşılamak zorunda kalmakta, bakmakla yükümlü oldukları aile bireyleri veya kendilerine bakan yakınları bulunmaktadır. Bu nedenle düzenli bir gelir, engellilerin bu gibi zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaları için önemlidir. Ayrıca engellilerin istihdam edilmeleri ile hem kişinin kendi yoksulluğunun ortadan kalkması hem de ülke imkânlarının israf edilmeden en verimli şekilde kullanılması sağlanmaktadır. Zira çalışmayarak ömrü boyunca tüketici olarak kalan ve sayıları yüksek rakamlara varan engelliler ekonomi için de büyük bir yük oluşturmaktadır²³³. Bu da engellilerin çalışma hayatına girmesinin sosyal bir gereklilik olduğu kadar ekonomik bir gereklilik olduğunu da ortaya koymaktadır²³⁴. Öte yandan engelli olmadığı halde iş bulamayan ve işsiz kalan kimselerin olması, engelliler için iş bulmayı kolaylaştırıcı ve koruyucu hükümlerin öngörülmesini haksız kılamaz. Bir toplumda doğuştan veya sonradan engelli olan bir kişinin kendi haline bırakılması, onlar için insanca yaşayabilme imkânlarının oluşturulmaması, sosyal devlet düşüncesi ile bağdaşmaz.

Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yapılan bir araştırma ile 2002 yılı sonuçlarına göre Türkiye'deki engelli bireylerin toplumun yüzde 12,29'luk bir kesimini oluşturduğu saptanmıştır. Aynı Kurum tarafından 2010 yılında yapılan bir başka araştırmanın sonuçlarına göre ise engellilerin sadece yüzde 14,3'ü çalışmaktadır²³⁵. Kuşkusuz bu tablo engellilerin oldukça az sayıda istihdamda yer aldığını ortaya koymakta ve engelli istihdamı için yerinde ve uygulanabilir hukuki düzenlemelere ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda AY başta olmak üzere bu alanda mevzuattaki tarihsel gelişimi incelemek yol gösterici olacaktır.

Engellilerin çalışması ve işsizlikten korunmaları hususları uluslararası belgeler doğrultusunda başta AY olmak üzere ulusal mevzuatımızda düzenlenmiştir. Ulusal

Türkiye Uygulaması”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 16, S. 1, 1980 (Eski Hükümlü), s. 327; **KÖKSAL**, s. 50; **BİLGİN, Kamil Ufuk**, “Özürülülerin Çalışma Hayatındaki Sorunları ve Çözüm Önerileri”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, Ankara 2004: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017]; **KOÇAK, Orhan / ALTUN, Serdar**, “Ceza İnfaz Kurumundaki Mesleki Eğitim Faaliyetlerinin Hükümlü İstihdamına Katkıları”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 1, S. 1, 2010, s. 96.

²³³ **TOPLU**, s. 53; **KILKIŞ**, s. 853.

²³⁴ **UŞAN**, s. 55 vd.; **KÖKSAL**, s. 51; **BİLGİN**, s. 2-3.

²³⁵ www.tuik.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

düzenlemeleri hiyerarşik düzende ve tarihsel olarak inceleyecek olursak ilk olarak AY'daki düzenlemeler karşımıza çıkmaktadır²³⁶. 1982 AY'sı ile birlikte sosyal devlet ilkesi (AY md. 2) gereğince engellilerin çalışma hayatına katılmalarının sağlanması devletin görevleri arasına girmektedir. AY'ya göre “kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” (md. 50). AY md. 61 ile de devletin engellilerin korunması ve topluma intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alması öngörülmektedir. 2010 referandumu sonrası AY 10. maddeye eklenen 3. fıkra hükmü²³⁷ ile de engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Öte yandan herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirten AY md. 17, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu ve devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağını belirten AY md. 60 ve çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğunu vurgulayan AY md. 49 engellilerin çalışma hayatına katılmasına yönelik anayasal teminatı oluşturmaktadır. Böylece AY, devlete engellilerin toplum hayatına uyum sağlayacakları önlemleri alma görevi ile engellilerin çalışmalarını sağlama ödevini yüklemiştir²³⁸. Nitekim bu husus 61. madde gerekçesinde de ifade edilmiş ve devletin engellilerin çalıştırılmasını sağlamak ve rehabilitasyonları için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. 1982 AY'sı yukarıdaki maddeler ile önceki anayasalardan ayrılarak, engelliler ile ilgili özel hükümler getirmiş ve engellilerin çalışma yaşamında ve sosyal alanda korunmaları konusunda Devlete açıkça sorumluluk yükleyerek bir ilki gerçekleştirmiştir²³⁹.

²³⁶ Cumhuriyet sonrası ilk AY'mız olan 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nda klasik hak ve özgürlükler düzenlense de sosyal hak ve özgürlükler yer almamış ve engelliler için özel bir hüküm bulunmamıştır. 1961 tarihli AY döneminde doğrudan engellilere ilişkin bir madde bulunmasa da, dolaylı olarak çalışmanın herkes için bir hak ve ödev olduğunu (md. 42), herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olmasını (md. 48), iktisadi ve sosyal hayatın herkes için insanlık onuruna yaraşır bir hayat seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenmesini öngören hükümleri (md. 41) engellilerin de anayasal koruma altına alındığını gösteren kurallar arasında sayılabilir. Bkz. UŞAN, s. 194. Bu hükümler birlikte ele alındığında, devletin engellilere iş temin etmesi ve bunu engelleyen hususlar var ise bunların ortadan kaldırılması için gerekli tedbirleri alması talep edilebilecektir²³⁶. Nitekim işverenlerce engelli çalıştırılması zorunluluğuna ilişkin ilk kanuni düzenlemeler de bu AY döneminde yürürlüğe girmiş, engellilerin istihdam edilerek korunmalarına yönelik sosyal politikalar da 1960'lı yıllarda izlenmeye başlamıştır. Bkz. BAYBORA, Ayrımcılık, s. 245.

²³⁷ RG 13.05.2010, S. 27580.

²³⁸ KARA, Mehmet, “Özürlü İstihdamını Destekleyen Teşvikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 1, İstanbul 2012, s. 210; CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 13; UŞAN, s. 196; ŞİŞMAN, s. 172-173.

²³⁹ KINIK, s. 12.

Engellilerin istihdam sorunu çok boyutludur ve AY devlete çok önemli görevler yüklemektedir. AY'nın devlete yüklediği bu sorumluluklar çerçevesinde devlet tarafından engelli işgücünün çalışma hayatına katılımına yönelik kurallar kanunlar ile desteklenmiştir²⁴⁰. Ülkemizde işverenler açısından engelli çalıştırma yükümlülüğü öngören ilk kanun 29.04.1967 tarihinde yürürlüğe giren Deniz İşK. olmuştur. Bunun nedeni de 931 sayılı İşK. ile Deniz İşK. aynı tarihlerde hazırlansa da Deniz İşK.'nin daha önce yürürlüğe girmiş olmasıdır. Ancak Deniz İşK. engelli çalıştırma zorunluluğu için ayrı ve özel bir düzenleme öngörmemiş, İşK.'nin ve bununla ilgili tüzüğün bu konuda öngördüğü hükümlere atıf yaparak o esaslar, ölçüler ve şartlara göre engelli gemi adamı (işçi) çalıştırma zorunluluğu getirmiştir (md. 13). Bu nedenle İşK. bakımından söylenenler Deniz İşK. bakımından da aynen geçerlidir. 931 sayılı İşK. ise 12.08.1967 tarihinde yürürlüğe girmiş olup yüz işçiye kadar işçi çalıştıran işyerleri için her tam elli işçiye karşılık bir engelli, yüzden fazla işçi çalıştıran işyerleri için her yüz işçiye karşılık iki engelli çalıştırılmasını zorunlu kılmış ve gerekli usul ve şartların çıkarılacak tüzükte gösterileceği belirtilmiştir (md. 25). Yapılan bu düzenleme ile engelli kota sistemi²⁴¹ ülkemizde kabul edilmiştir. Ancak sözü geçen tüzük çıkarılmadan 931 sayılı İşK. AYM tarafından iptal edilmiştir²⁴². Dolayısıyla 931 sayılı Kanunun yürürlükte kaldığı üç yıllık süre içerisinde engelli çalıştırma zorunluluğu hem İşK. hem de Deniz İşK. kapsamında uygulanamamıştır. 931 sayılı Kanunun yerine kabul edilen 1475 sayılı İşK.'nda da paralel bir düzenleme yer almış, ancak gerekli usul ve esasların tüzük yerine yönetmelikte gösterileceği öngörülmüştür (md. 25). Kanunun atıfta bulunduğu Sakatların ve Eski Hükümlülerin Çalıştırılmaları Hakkında Yönetmelik²⁴³ 21.01.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece engelli çalıştırma yükümlülüğü nihayet uygulanmaya başlamıştır. Sonuç itibari ile Türkiye'de bu anlamda ilk düzenleme 1967 yılında yapılsa da mevzuatın uygulamaya geçmesi 1972 yılında mümkün olabilmıştır.

²⁴⁰ HASIRCIOĞLU, s. 17.

²⁴¹ Kota yöntemi, engellilerin istihdamı sürecinde yararlanılan yöntemlerden biridir. Bu yöntemde özel ve kamu işvereni ayrımı yapılmaksızın, belirlenen asgari sayıda personel istihdam eden işverene, belli oranda engelli çalıştırma yükümlülüğü getirilmesi söz konusudur: **ALTAN, Ömer Zühtü**, "Kota Tekniği ve Kota Oranlarının Yükseltilmesi Ülkemizde Daha Çok Sakatın İstihdam Edilmesine Yardımcı Olabilir mi?", Mercek Dergisi, İstanbul 1998, s. 23 vd.

²⁴² RG 11.05.1971, S. 13833

²⁴³ RG 21.01.1972, S. 14079.

Ülkemizde de engelli istihdamı için öngörülen kota sistemi ilk defa Avrupa ülkelerinde I. Dünya Savaşı'ndan sonra kamu ve özel sektörde belirli sayıda engellinin istihdam edilmesi amacıyla gündeme gelmiştir. O dönemde kota sistemi ile istihdam sağlamanın asıl amacı harp malullerinin sayısının oldukça fazla olması nedeniyle bu kitlenin istihdama yönlendirilmesi ihtiyacı olmuştur. Bu amaçla kota sistemi ilk defa 1919 yılında Almanya'da, 1920 yılında Avusturya'da, 1921 yılında Polonya'da ve 1923 yılında Fransa'da uygulanmaya başlamıştır²⁴⁴. Başta sadece harp malulleri, kapsama alınmışken zamanla kapsam genişletilmiş ve diğer engelli grupları da kota sisteminden yararlandırılmıştır²⁴⁵.

Avrupa'da kota sistemi uygulayan devletlerin düzenlemelerinde farklı oranlarda engelli çalıştırma zorunluluğu kabul edildiği görülmektedir. Bu bağlamda, Almanya'da en az on dokuz işçi çalıştıran özel işyerlerinde engelli çalıştırma oranı %5 olarak belirlenmiş ve idari para cezası ile yaptırıma bağlanmıştır. İspanya'da, kamu ve en az elli işçi çalıştıran özel sektör işyerlerinde %2 oranında engelli çalıştırma zorunluluğu getirilmiş ancak herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Fransa'da ise kamu ve en az on dokuz işçi çalıştıran özel sektör kuruluşlarında engelli çalıştırma zorunluluğu %6 oranında kabul edilmiş ve çalıştırılmayan her engelli için idari para cezası uygulanması öngörülmüştür²⁴⁶.

Türkiye'de ilk uygulamalar ile birlikte, kanunda yer alan hükümlerin engellilerin yaygın bir şekilde istihdamlarını sağlayacak nitelikte olmadıkları görüldüğünden 1475 sayılı İşK. md. 25, 1983 tarihinde 2869 sayılı Kanun²⁴⁷ ile değişikliğe uğramıştır²⁴⁸. Yapılan değişiklik ile işverenin çalıştıracağı engelli sayısının belirlenmesinde uygulanacak yöntem değişikliğe uğramış ve yüzde usulü getirilmiştir. Buna göre, elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlerin %2 oranında engelli kimseyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun bir işte çalıştırmaları zorunlu kılınmış, aynı il sınırları içinde birden

²⁴⁴ **TOPLU**, s. 53.

²⁴⁵ **SEYYAR, Ali**, "Uluslararası Boyutuyla Özürlü Kota Sistemi", Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 1, Ankara 2000: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi: 15.04.2017].

²⁴⁶ **ÇAKAR, Elif**, "Türkiye ve Bazı Yabancı Ülkelerde Özürlülere Sağlanan Avantajlar: Vergi Düzenlemeleri ile Ekonomik ve Sosyal Düzenlemeler", Mevzuat Dergisi, S. 112, 2007: <https://www.mevzuatdergisi.com/2007/04a/02.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

²⁴⁷ RG 30.07.1983, S. 18120.

²⁴⁸ **CANIKLIOĞLU**, Sakat Çalıştırma, s. 22.

fazla işyeri olan işverenlerin çalıştırmakla yükümlü oldukları engelli sayısının toplam işçi sayısına göre belirleneceği düzenleme altına alınmıştır.

Yapılan bir diğer değişiklik ise hesaplamada işverenin işyerinde çalışan daimi işçilerin esas alınacak olmasıdır. Her ne kadar hesaplamada işyerindeki daimi işçilerin esas alınacağı belirtilse de “daimi işçi” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktaydı. Zira İş Hukukunda daimi işçi kavramı değil, sürekli iş ve süreksiz iş kavramı mevcut olup, nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlerin süreksiz iş, bundan fazla sürenlerin de sürekli iş olduğu düzenlenmiştir (1475 sayılı İşK. md. 8). Bu sebeple Yargıtay’ın verdiği kararlar bu dönemde uygulamaya yol gösterici olmuştur. Yargıtay’a göre daimi işçi ve sürekli iş kavramları birbirinden tamamen ayrı kavramlar olup daimi işçi, süresi belirli olmayan iş sözleşmesine göre çalışan ve çalışmasında devamlılık bulunan işçidir²⁴⁹. Bu bağlamda işin niteliği gereği belirli süre devam edip son bulan işlerde çalışanlar ise geçici işçi olarak kabul edilecektir. Yine Yargıtay’a göre, kısa süre devam eden kampanya döneminde çalıştırılan ve dönem sonunda işten ayrılacak olan geçici mevsimlik işçilerin de daimi işçi olarak kabul edilmemesi gerekir²⁵⁰.

2869 sayılı Kanun ile ayrıca çalıştırılacak engelliler ile ilgili usul ve esaslara ilişkin tüzük çıkarılacağı öngörülmüş ve engellilerin işe alınmalarında İş ve İşçi Bulma Kurumu’nun (şu an İş-Kur) aracılığı getirilmiştir. Sözü edilentüzük; Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük adı altında 1987 yılında yürürlüğe girmiştir²⁵¹. Tüzüğün yürürlüğe girmesine kadar beklenen süreçte ise uygulamada aksaklıklar yaşanmıştır. Yargıtay ise anılan Tüzük yürürlüğe girmemiş olsa da işverenin engelli istihdamına engel bir durum bulunmadığını gerekçe göstererek işverenin sorumlu olacağına hükmetmiştir²⁵².

²⁴⁹ Yargıtay 9. C.D., T. 20.12.1989, E. 1989/3777, K. 1989/4939: Çimento İşveren Dergisi, Mayıs Ankara 1990, s. 20-21.

²⁵⁰ Yargıtay 9. C.D., T. 28.6.1989, E. 1989/1978, K. 1989/3363: www.legalbank.net [erişim tarihi: 15.04.2017].

²⁵¹ RG 16.03.1987, S. 19402.

²⁵² Yargıtay 9.C.D., T. 7.1.1986, E. 1985/7553, K. 1986/5: **CANİKLİOĞLU**, Sakat Çalıştırma, s. 29.

1475 sayılı İşK. md. 25 daha sonra 572 sayılı KHK²⁵³ ile de değişikliğe uğrayarak çalıştırılacak engelli oranı %2'den %3'e çıkarılmış ve işçi sayısının tespitinde daimi işçi sayısı yerine İşK.'na tabi işyerlerinde çalışan işçilerin esas alınacağı kuralı getirilmiştir (md. 13)²⁵⁴. Böylelikle yapılan yerinde değişiklik, o işyerine iş sözleşmesi ile bağlı olan ister belirli süreli ister belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan tüm işçilerin toplam işçi sayısının belirlenmesinde esas alınması sağlanmıştır.

1475 sayılı İşK.'nun yerine 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İşK., elli veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranlarda engelli işçinin meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırılmasını zorunlu tutmuştur (md. 30). Söz konusu Kanun maddesi 5763 sayılı Kanun²⁵⁵ ile 26.05.2008 tarihinde değişikliğe uğramış ve son halini almıştır. Maddenin son haline göre işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler (md. 30). Ayrıca maddede çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yönlentilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları hususlarının yönetmelik ile düzenleneceği de öngörülmüştür. Kanunun yürürlük tarihinden (10 Haziran 2003) itibaren altı ay içerisinde çıkarılması öngörülen²⁵⁶ yönetmelik biraz gecikmeli olarak 24 Mart 2004 tarihinde Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik adı altında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir²⁵⁷. Yaklaşık beş yıl yürürlükte kalan bu Yönetmelik 25.04.2009 tarihinde yürürlüğe giren Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır²⁵⁸. Böylelikle bu hususa ilişkin uygulamalar YİYHHY doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Kamu kurumlarında engelli işçi alımlarında ise Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadelede Malul

²⁵³ RG 06.06.1997, S. 23011.

²⁵⁴ Söz konusu değişikliğin 572 sayılı KHK md. 28 doğrultusunda 01.01.2001 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi öngörülmüşse de, 21.10.1998 tarih ve 4382 sayılı Kanun (RG 24.10.1998, S. 23503) ile bu tarih 01.01.1999'a çekilmiştir (md. 1).

²⁵⁵ RG 15.05.2008, S. 26887.

²⁵⁶ İşK. md. 119 gereğince "Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde çıkartılır."

²⁵⁷ RG 24.03.2004, S. 25412.

²⁵⁸ RG 25.04.2009, S. 27210.

Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²⁵⁹ hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir²⁶⁰.

Anayasal düzenlemeler ışığında çıkarılan kanuni düzenlemelerden de görüleceği üzere, devlet engellilerin istihdama katılmalarını kamu ve özel sektör işverenine zorunluluk getirerek sağlamaya çalışmıştır. Sosyal devletin bir gereği olan engellilerin korunması ve çalışma hayatına katılımlarının sağlanması kuşkusuz Devletin öncelikli yükümlülüklerindedir²⁶¹. Bu doğrultuda engellilerin korunması, rehabilitasyonu, topluma kazandırılması, istihdamı ve insan onuruna yakışır bir hayat seviyesine kavuşturulması, AY'nın 61. maddesi ile bizzat devlete verilmiş bir görev olduğundan, bu ödevin kanuni düzenlemeler ile amacı kâr olan özel teşebbüslere yüklenmesinin, diğer bir ifade ile işverenlere belirli bir kota dahilinde engelli istihdamı zorunluluğu yüklenmesinin AY'ya aykırı olduğu düşünülebilir. Nitekim İşK.'nin 30. ve 101. maddelerinin AY'nın 2., 18., 48. ve 61. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal

²⁵⁹ RG 09.08.2009, S. 27314.

²⁶⁰ Düzenlemelerden anlaşılacağı üzere engelli çalıştırma zorunluluğu esas itibari ile İşK. ile Deniz İşK.'nda düzenleme altına alınmıştır. Basın İşK. veTBK'nda ise bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Basın İşK.'nda herhangi bir düzenleme yer almaması nedeniyle bu yükümlülüğün Basın İşK.'na tabi işyerlerinde uygulanıp uygulanmayacağı konusu doktrinde tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüşe göre, Basın İşK.'nda kanuni boşluk bulunmamakta, kanun koyucu bilinçli olarak bu Kanuna tabi işverenler için bu yönde bir yükümlülük getirmek istememiştir. Ayrıca kanuni bir boşluk bulunduğu kabul edilmesi halinde dahi İşK. yerineTBK'na başvurulması gerektiğinden ve TBK'nda da bu yönde düzenleme yer olmadığından, Basın İşK. kapsamındaki işverenler için böyle bir zorunluluğun bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu görüşte bkz. **CANIKLIOĞLU**, Sakat Çalıştırma, s. 49; **KINIK**, s. 37. Diğer görüşe göre ise, olması gereken hukuk açısından Basın İşK.'nda da engelli çalıştırma zorunluluğunun bulunması gerekmektedir. Bu nedenle bu yönde bir kanuni düzenleme yapılmaması bir eksikliktir. Bu görüşte bkz. **UŞAN**, s. 213; **MANAV**, s. 144. Son olarak diğer bir görüş ise, Basın İşK.'nda engelli çalıştırılmasına yönelik bir düzenleme olmamasına rağmen İşK.'nda kapsam dışı bırakılan iş dalları arasında basın işi sayılmadığından İşK.'ndaki engelli çalıştırma zorunluluğunun Basın İşK. açısından da geçerli olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşte bkz. **ARICI, Kadir**, “Türk Hukukunda Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Sorumluluğu ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, C. 73, S.1, 1982, s. 286. Yargıtay ise İşK.'nin, Basın İşK. ve Deniz İşK.'na göre bir ana kanun niteliğinde olduğunu ve bu nedenle söz konusu kanunlarda boşluk olması durumunda genel kanun olarak İşK.'na başvurulması gerektiği görüşündedir (Yargıtay 9. H.D., T. 21.10.1993, E. 1993/3494, K. 1993/14976: www.hukuki.net [erişim tarihi: 15.04.2017]). Yargıtay'ın bu görüşü doğrultusunda Basın İşK.'nda boşluk olduğunun kabulü halinde İşK.'ndaki düzenleme esas alınarak Basın İşK.'na tabi işverenler için de engelli çalıştırma zorunluluğunun var olduğu kabul edilebilecektir. Kanaatimizce bu görüş ile her ne kadar engelli kişilerin lehine olsa da hukuk tekniği açısından isabetli bir sonuç olmamıştır. Basın İşK.'nda hüküm bulunmaması halinde TBK'nu genel kanun olarak kabul etmek yerinde olacaktır. TBK'nda da bu yönde düzenleme yer olmadığından, Basın İşK. kapsamındaki işverenler için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu boşluğun ise Basın İşK.'nda yapılacak bir değişiklik ile giderilmesi gerekmektedir.

²⁶¹ **EKMEKÇİ, Ömer**, “Özürü Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler”, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 5, Ankara 2005 (Sorunlar), s. 42.

davasında AYM bu hususu değerlendirmiştir. Ancak AYM vermiş olduğu kararda, AY ile Devlete verilen söz konusu yükümlülükler birlikte değerlendirildiğinde, özel ve kamu ayrımı yapılmaksızın engelli ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngören kuralın, sosyal amaçları gözettiği, kanunla getirilen yükümlülüğün engelli ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığı ve bunun AY'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçsüzlükten de söz edilmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir²⁶². Kanaatimizce de AY'nın devlete yüklediği görev engellilerin korunması ve istihdamı olup, bu görevin temini için özel sektöre yönelik zorunluluk getirilmesi AY düzenlemesine aykırılık teşkil etmemektedir.

3. İşverenin Engelli Çalıştırma Zorunluluğunun Şartları

Kanun koyucu engelli çalıştırma zorunluluğu getirirken işverenin veya işyerinin kamu ya da özel kesime ait olması bakımından bir ayırım yapmamıştır. Kanuni düzenleme gereği, özel veya kamu işverenleri açısından engelli işçi çalıştırma zorunluluğunun doğması için sadece İşK. kapsamına giren sürekli işlerin yapıldığı bir işyerinin²⁶³ bulunması yetmemekte bunun yanında o işyerinde en az belli sayıda işçinin çalıştırılması da gerekmektedir. Kanundaki düzenlemede “işçi”nin esas alınacağı vurgusu yapıldığından işçilik statüsüne sahip olmayanlar nazara alınmayacaklardır. Bu sebeple öncelikle işçi tanımının yapılması önem arz etmektedir.

²⁶² AYM T. 19.6.2008, E. 2006/101, K. 2008/126: RG 19.11.2008, S. 27059. Kararın yerinde olduğu ancak gerekçesinin yeterli olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. **BOZKURT, Tamer**, “Anayasa Mahkemesi’nin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 2, Ankara 2009.

²⁶³ İşK. md. 2 gereğince “(...)İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.”

İşK.'nda yapılan "işçi" tanımı bu anlamda yol gösterici olmaktadır. İşK.'na göre, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir (md. 2/f. 1)²⁶⁴. Görüldüğü üzere, Kanunda bir iş sözleşmesine dayanarak çalışma esas alınmıştır. Bu nedenle, sadece iş sözleşmesi ile çalışanlar hesaplamada esas alınacak, vekâlet veya istisna sözleşmesi gibi iş sözleşmesi dışında bir iş görme sözleşmesiyle çalışanlar ise işçi olmadıklarından engelli çalıştırma zorunluluğunun belirlenmesinde dikkate alınmayacaklardır. Bunun gibi STİSK. md. 2/f. 4 uyarınca iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin STİSK. açısından işçi sayılacakları belirtilse de, bu kişiler iş sözleşmesi ile çalışmadıkları için engelli işçi çalıştırma zorunluluğu bakımından işçi sayısına dahil edilmeyeceklerdir²⁶⁵. Bunların haricinde iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte geçici iş ilişkisi kapsamında geçici olarak çalıştırılan işçiler (İşK. md.7), işyerinde çalıştırılan engelliler²⁶⁶, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna²⁶⁷ göre kurulan özel güvenlik şirketleri ile kurumların kendi ihtiyacı için kurduğu güvenlik birimlerinde güvenlik elemanı olarak çalışan işçiler de işyerindeki işçi sayısı hesabında dikkate alınmayacaklardır. Hesaplama yapılırken o an işyerinde fiili olarak çalışsın çalışmasın izinli veya iş sözleşmesi askıda olan işçiler de işçi sayısına dahil edileceklerdir²⁶⁸. Ek olarak yer altı ve su altı işlerinde engelli çalıştırılmayacağı gibi ve bu yerlerde çalışan işçiler de hesaplamada dikkate alınmazlar (İşK. md. 30/f. 4; YİYYHY md. 11/f. 2, 3, 6; md. 19). İşK.'nun engelli işçilerin yer altı ve su altı işlerinde çalıştırılmasını yasaklaması kuşkusuz engellileri koruma amacıyla olumlu bir düzenlemedir. Ancak kanun koyucu bununla yetinmeyerek bu işlerde çalışan işçilerin engelli işçi çalıştırma zorunluluğunun tespitinde hesaba katılmayacağını da hükme bağlamıştır. Oysa bu işlerde çalışan diğer işçilerin işverenin yükümlülüğü belirlenirken esas alınacak toplam işçi sayısına katmak, istihdamın

²⁶⁴ Deniz İşK.'na göre ise bir iş sözleşmesine dayanılarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemi adamı" denir (md. 2/B).

²⁶⁵ CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 57-58; UŞAN, s. 214; MANAV, s. 145.

²⁶⁶ Buradaki engelliler; YİYYHY kapsamına giren ve çalışma gücünden en az %40 oranında yoksun olan kişilerdir.

²⁶⁷ RG 26.06.2004, S. 25504.

²⁶⁸ NARMANLIOĞLU, s. 199; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 95; AKYİĞİT, Şerh, s. 1412; UŞAN, s. 219.

yaygınlaştırılması adına daha olumlu bir düzenleme olurdu kanaatindeyiz²⁶⁹. Bu istisnalar dışında engelli çalıştırma zorunluluğu tüm sektör ve işkollarında mevcuttur²⁷⁰.

Tarım sektöründe, hasatın yılın belirli bir zamanında olması dolayısıyla sadece ilgili mevsim süresince çalıştırılan işçilerin hesaplamada dikkate alınıp alınmayacağı da gündeme gelebilen bir sorudur. Doktrinde bu hususla ilgili olarak, bu işçilerin mevsim süresince hesaba katılmaları ancak mevsim bitimiyle iş sözleşmeleri son bulanların mevsim dışı sürede hesaba katılmamaları, mevsim bitimiyle birlikte iş sözleşmeleri son bulmayan (askıda kalan) işçilerin ise hesaba katılması gerektiği savunulmuştur²⁷¹. Kanaatimizce de bu mevsimlik işçiler için savunulan bu görüş isabetli ve yerinde bir çözüm sağlamaktadır.

İşyerinde çalışan işçi sayısının tespitinde alt işveren işçileri hesaba katılmayacaklardır²⁷². Kural işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerin esas alınması ise de engelli çalıştırma zorunluluğundan kaçmak veya zorunluluk doğmuşsa da daha az sayıda engelli çalıştırmaya yönelik uygulamaların önüne geçmek için alt işveren işçilerinin de hesaba katılması gerektiği görüşü de doktrinde ileri sürülmüştür²⁷³. Öte yandan kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İşK. md. 2²⁷⁴, de öngörülen koşulları sağlamaması veya muvazaalı olması²⁷⁵ halinde alt işveren işçilerinin engelli

²⁶⁹ Aynı yönde bkz. **KINIK**, s. 46.

²⁷⁰ **ENGİN**, Özgürlük, s. 17; **SAVAŞ**, Engelli, s. 2620; **EKMEKÇİ**, Değişiklikler, s. 43; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1412.

²⁷¹ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 1411.

²⁷² **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 342; **AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN**, s. 84; **NARMANLIOĞLU**, s. 199; **ENGİN**, Özgürlük, s. 17; **MANAV**, s. 147.

²⁷³ **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 551.

²⁷⁴ İşK. md. 2/f. 6 ve f. 7 “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.”

²⁷⁵ “Muvazaa Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olup tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve

istihdamında asıl işverenin işçi sayısına dahil edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hukuken geçerli asıl işveren – alt işveren ilişkisi bulunmuyorsa alt işveren işçileri engelli istihdamında asıl işverenin işçi sayısına dahil edilmelidir²⁷⁶. Diğer görüşe göre, İşK.’nda düzenleme altına alınan “*muvazaalı asıl işveren – alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması*” kuralı (md. 2/f. 7) sadece ücret ve diğer haklar ile sendikal düzen gibi, doğrudan işçinin haklarını etkileyen hususlar bakımından önem arz etmektedir. Başka bir ifade ile, kanunun getirmek istediği, muvazaalı alt işveren ilişkisi kurulmak suretiyle işçinin asıl işveren işçisi olarak çalışsa idi elde edeceği hakların ortadan kaldırılmasının engellenmesidir. Bu nedenle asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı olması halinde dahi engelli istihdamı bakımından alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçi sayısının hesabında dikkate alınmaması gerekir. Aksinin kabulü alt işveren işçilerinin hem kendi işverenlerinin işçi sayısına hem de asıl işverenin işçi sayısına dahil olarak mükerrer bir durumun çıkmasına sebebiyet verecektir²⁷⁷. Kanaatimizce hukuken geçerli bir asıl işveren – alt işveren ilişkisi bulunmuyorsa alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçi sayısına dahil edilerek hesaplama yapılmalıdır. İşK. md. 2/f. 7’deki düzenleme de bu sonucu doğurmaktadır. Zira bu görüşün kabul edilmemesi durumunda engelli çalıştırma yükümlülüğünden kurtulmak isteyen işveren muvazalı olarak alt işveren ilişkisine girebilecek ve yükümlülükten kurtulabilecektir.

Engelli çalıştırma zorunluluğunun uygulanmayacağı işyerlerinden biri de süreksiz işlerin yapıldığı işyerleridir. İşK.’na göre en çok otuz iş günü süren işler süreksiz işlerdir ve süreksiz işlerde işverenler engelli çalıştırma zorunluluğundan muaf tutulmuştur (md. 10). Ancak bazen bir işyerinde bir tek iş değil birden çok iş birlikte yapılabilmektedir. Bu gibi durumlarda örneğin hem sürekli işin hem de süreksiz işin birlikte yapılması halinde engelli çalıştırma zorunluluğunun tespitinin nasıl yapılacağı önem arz etmektedir. Böylesi bir durumda çözüm olarak işyerinde baskın olarak yapılan işin vasfı tespit edilerek ona göre karar verme yoluna gidilebileceği gibi buna

sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka İş Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin ispatlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.”: Yargıtay 22. H.D. T. 14.02.20014, E. 2013/2938, K. 2014/2289: ÇİL, Yargıtay, s. 153.

²⁷⁶ SAVAS, Engelli, s. 2620; AKYİĞİT, Şerh, s. 1412.

²⁷⁷ EKMEKÇİ, Değişiklikler, s. 44.

bakılmaksızın tüm işçilerin hesaplamada dikkate alınması da düşünülebilir²⁷⁸. Son bir çözüm yolu da süreksiz işleri ve işyerlerini hariç tutarak sürekli işlerin yapıldığı işyerlerini engelli çalıştırma zorunluluğunun tespitinde esas almak olacaktır. Kanaatimizce kanunun amacından çıkacak olan çözüm tarzı da bu sonuncu çözüm tarzı olacaktır. Zira kısa süre sonra tamamlanacak süreksiz bir işte çalışan işçilerin hesaba katılarak işverenin engelli çalıştırma zorunluluğunun tespitine gitmek engelli istihdamı açısından olumlu olsa da işveren için ağır bir sonuç doğuracaktır.

Engelli çalıştırma zorunluluğu için hangi işçilerin hesaba katılacağını tespit ettikten sonra bu işçilerin aynı il sınırları içerisinde çalışıp çalışmadığının da tespit edilmesi gerekir. Diğer bir ifade ile işveren için engelli çalıştırma zorunluluğu doğup doğmadığının tespitinde aynı il sınırları içerisinde bulunan işyerlerinde çalışan işçi sayısı önem arz etmektedir. Hesaplama yapılırken işverenin aynı il sınırları içerisinde yer alan tüm işyerleri dikkate alınarak, buralarda çalıştırdığı toplam işçi sayısı tespit edilmelidir (İŞK md. 30/f. 1; YİYHHY md. 11/f. 5). Belirli ve belirsiz süreli ile kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçiler hesaplamada dikkate alınacak olup, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışana dönüştürülecektir.

Belirtilen esaslar doğrultusunda yapılan hesaplama sonucunda elli veya daha fazla işçi çalıştırdığı tespit olunan işverenler toplam işçi sayısının özel kesimde %3'ü, kamu kesiminde %4 oranında engelli işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işler için işe almak ve çalıştırmak zorundadırlar. Kanunun aradığı sayıdan az sayıda işçi çalıştıran işverenlerin ise engelli çalıştırma hususunda bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenler kadro yokluğu nedeniyle bu yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamazlar²⁷⁹. Tarım ve orman işyerlerinin İŞK.'na tabi olması için en az elli bir işçinin çalışması gerektiğinden bu işyerlerinin işverenlerin söz konusu yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi için de en az elli bir işçinin çalıştırılması gerekir (İŞK. md. 30/f. 1; YİYHHY md. 10 (b))²⁸⁰.

²⁷⁸ AKYİĞİT, Şerh, s. 1412.

²⁷⁹ SÜZEK, Bireysel İş Hukuku, s. 341; İNCİROĞLU, Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, İstanbul 2006, s. 366; GÜNAY, s. 364; KESER, s. 4.

²⁸⁰ SAVAŞ, Engelli, s. 2619, dn. 16; AKYİĞİT, Şerh, s. 1409; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016 (Uygulama), s. 71.

Yukarıdaki kural gereği işverenin çalıştıracağı engelli sayısının tespitinde yarım kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar ise tama dönüştürülür (İşK. md. 30/f. 2; YİYYHY md. 11/f. 1). Örneğin %3'e denk gelen işçi sayısı 2,5 ise işverenin çalıştırmak zorunda olduğu engelli işçi sayısı üç olarak; 2,2 olduğunda ise iki olarak kabul edilir. İşverenin aynı il sınırları içerisinde birden fazla işyeri varsa, çalıştırmakla yükümlü olduğu engelli işçileri, bu işyerlerinde eşit şekilde veya çalışan işçi oranlarına göre çalıştırmak zorunda değildir. İşveren, engelli işçileri dilediği işyerinde ve sayıda çalıştırma serbestisine sahiptir²⁸¹.

İşverenin engelli çalıştırma zorunluluğu işyerinde elli veya daha fazla sayıda işçi çalıştırmasına bağlandığından çalıştırılan işçi sayısının ellinin altına düşmesi halinde işverenin engelli çalıştırma zorunluluğu da sona erecektir. Bazı durumlarda da işverenin çalıştırmakla zorunlu olduğu engelli sayısında azalma meydana gelebilecektir. Örneğin, yüz işçi çalıştıran işveren üç engelli çalıştırmak zorunda iken, on yedi işçinin işine son verildikten sonra iki engelli işçi çalıştırmak zorunda olacaktır. Bunun gibi il sınırlarında yapılan değişiklik sonucunda işyerlerinden biri veya birkaçının farklı il sınırları kapsamına girmesi nedeniyle, aynı il sınırları içerisinde kalan işyerlerindeki toplam işçi sayısının ellinin altında kalması durumunda da işverenin yükümlülüğü sona erecektir. Ancak işverenin bunun gibi kısmen veya tamamen engelli çalıştırma zorunluluğundan kurtulması, işverene o işyerinde daha önce işe alınan engellilerin iş sözleşmesini bu nedenle fesih imkânı vermez. Ancak çalışmakta olan engellilerden birisinin başka bir nedenle iş sözleşmesi sona erer ise işveren onun yerine engelli işçi çalıştırmak zorunda olmaz²⁸².

a. Düzenlemeden Yararlanabilecek Engelliler

İşK. md. 30'da öngörülen çalıştırma zorunluluğundan yararlanabilmek için engelli olmak gerekir. Ancak tıbbi bakımdan engelli olmak bunun için tek başına yeterli olmayıp, mevzuatın belirttiği şartları karşılar nitelikte engelli olunmalıdır. Bu kapsamda olanlar; doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal

²⁸¹ KINIK, s. 92; MANAV, s. 148.

²⁸² CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 123-124; KINIK, s. 94; MANAV, s. 158.

yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az %40 olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenen engellilerdir (YİYYHY md. 3(e)). İşverenin çalıştırmak zorunda olduğu engelliler için ön koşul olarak engellinin çalışma gücündeki kaybının en az %40 olması aranmıştır. Çalışma gücündeki kaybın bu oranın altında olması halinde yönetmelik hükümlerinden yararlanılamayacaktır. Yönetmelikte bir engellinin düzenlemeden faydalanabilmesi için çalışma gücünde en az %40 kaybın olması gerektiği belirtilmiş, ancak çalışma gücünden yoksunluk ile ilgili azami bir sınır getirilmemiştir. Mevzuatta azami bir sınır ile ilgili bir hüküm bulunmasa da bunun %100'den az olması gerektiği sonucuna varmak gerekir. Zira işe alınacak olan engellinin çalışabilir olması esastır ve çalışma gücünü tamamen kaybeden birinin bu durumda görülemeyeceği açıktır²⁸³. Dolayısıyla YİYYHY kapsamında engellinin istihdamında aranan ilk koşul, sağlık kurulu raporu alması ve bu rapora göre çalışabilir olduğunun tespit edilmesidir. Engellilere verilecek sağlık raporları hakkındaki yönetmelik²⁸⁴ ile, sağlık raporu verebilecek yetkili kuruluşlar, raporların düzenlenmesi ve itiraz usulleri düzenlenmiş ve istihdam amacıyla verilecek raporlarda bireyin sağlığına etkisi de dikkate alınarak çalışamayacağı işlerin niteliklerinin belirtileceği hükme bağlanmıştır (md. 9/f. 4). Bu kapsamda engelliliğin ancak Yönetmelikte belirtilen sağlık kuruluşlarının sağlık kurulu raporları ile belirlenerek tespit edilmesi gerekir. Yönetmelikte belirtilenler dışındaki sağlık kuruluşlarından alınan sağlık kurulu raporlarının geçerliliği yoktur²⁸⁵. Sağlık raporu kuşkusuz engelli istihdamında önemli bir yer tutmaktadır. Geçmiş yıllarda rapor vermeye yetkili kuruluşların yeterince yetkin olmamaları engelli istihdamına engel olabilmekteydi. Örneğin, bedensel engelli olma oranı yüksek ise fikir emeği ile çalışabilecek engellilere çalışamaz raporu verilmesi engelli istihdamını olumsuz etkilemekteydi ya da engellemekteydi. Bu nedenle Yönetmelikteki son düzenlemeler kapsamında verilecek sağlık raporlarında çalışabilir/çalışamaz ifadeleri yerine hangi işlerde çalışılmayacağını belirtmesi olumlu bir gelişmedir²⁸⁶.

²⁸³ AKYİĞİT, Şerh, s. 1414.

²⁸⁴ Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik: RG 30.03.2013, S. 28603.

²⁸⁵ AKYİĞİT, Şerh, s. 1414.

²⁸⁶ ENGİN, Özgürlük, s. 15.

Kota kapsamına alınacak engellilere yönelik düzenlemede çalışma gücü kaybı %40'ın altında olan ruhsal ve zihinsel engellilerin hariç tutulması doktrinde eleştirilmiştir²⁸⁷. Eleştirinin nedeni çalışma gücü kaybı %40'ın altında olan ve az derecede ruhsal veya zihinsel engelli olanların verimli çalışabilmelerinin daha gerçekçi olmasıdır. Mevcut düzenleme ile her ne kadar %40'ın üzerinde çalışma gücünden yoksun ruhsal ve zihinsel engelliler kota kapsamına alınmışsa da, bu grupta yer alan engelliler çoğu kez çalışabilme niteliğine sahip değildirler. Oysa %40'ın altında çalışma gücünden yoksun olan ancak çalışabilir nitelikte olan ruhsal ve zihinsel engelliler hâlihazırda iş bulmakta zorlandıkları gibi mevcut düzenleme ile kota sisteminden de faydalanamamaktadırlar.

Mülga düzenlemelerde engelliler için aranan koşullar, bugün yürürlükte bulunan düzenlemelerden farklılık içermektedir. Şöyle ki, ilk yürürlüğe giren Sakatların ve Eski Hükümlülerin Çalıştırılmaları Hakkında Yönetmelik'te engelli olmanın genel tanımı²⁸⁸ yapıldıktan sonra (md. 2), yönetmelik hükümlerinden faydalanabilecek engellilerin sağlık kurulu raporu ile çalışma güçlerinden en az %50 en çok %80'inden yoksun olmaları şart koşulmuştu (md. 3). Çalışma güçlerinden %80'in üstünde yoksun olan engelliler ise bir işte yararlı bir şekilde çalışabileceklerinin saptanması halinde bu imkândan faydalanabiliyorlardı. Yönetmelikte 1974 yılında yapılan değişiklikle²⁸⁹ bu oranlar %40 ve %70 olarak belirlenmiş, ayrıca işe alınacak engellilerin 18 ila 55 yaş aralığında olmaları zorunlu kılınmıştı. Bu dönemde ruhsal hastalıklar kapsam dışında bırakılmış, zihnen hasta olanlar için ise alacakları raporda çalışabileceklerinin belirtilmesi aranmıştı (md. 3/f. 2). Bu Yönetmelikten sonra yürürlüğe giren Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük'te ise Yönetmelikteki son oranlar esas alınmış, ruhsal hastalıklar da kapsama alınarak yaş sınırı aranmamıştı (md. 2). Daha sonra yürürlüğe giren Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik'te ise önceki düzenlemelerde çalışma gücü kaybında aranan üst sınır kaldırılmıştı. Buna göre bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerindeki engelleri nedeniyle çalışma gücünün en az %40'ından yoksun olduğu sağlık kurulu raporuyla belgelenenler

²⁸⁷ SEYYAR, <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm>.

²⁸⁸ “Beden veya zihin gücünden belirli bir oranda yoksun olduğu sağlık kurulu raporu ile belirlenen ve bir iş bulmakta genellikle zorluk çeken, fakat herhangi bir işyerinde söz konusu yetersizliğe rağmen, bazı işleri derhal veya kısa bir alıştırma sonunda yapabilecek durumda olan kimseye sakat denir” (md. 2).

²⁸⁹ 25.02.1974 tarih ve 7/7907 sayılı Kararname: RG 23.03.1974, S. 14836.

yönetmelik hükümlerinden faydalanabilmekte idi (md. 3). Bugün yürürlükte olan yönetmelik de bu esası devam ettirmektedir. Buna göre özel sektörde çalışmak isteyen engellilerin on dört yaşını doldurmuş olmaları ve bahsedilen sağlık kurulu raporunu almak suretiyle İş-Kur'a kayıt yaptırılmaları gerekmektedir (YİYYHY md. 5).

Engellinin yönetmelik kapsamında işe alınması sonrasında çalışma gücü kaybının %40'ın altına düşmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda engelli olarak işe alınan işçinin iş sözleşmesinin durumu ve işverenin engelli çalıştırma zorunluluğu ile ilgili önceki düzenlemeler farklı çözümler getirmiştir. SEHÇHY'te sağlık kurulu raporu ile çalışma gücündeki değişiklik nedeniyle kapsam dışına çıkan engellilerin istekleri üzerine altı ay daha engelli gibi çalıştırılacağı düzenlenmişti (md. 25). 1974 tarihinde yönetmelikte yapılan değişiklikle beraber çalışma güçlerindeki kaybın %40'ın altına düştüğü belirlenenler o işyerinde çalıştıkları sürece, o işyerine yeni bir engelli işçinin gönderilmeyeceği düzenlenmişti. Ancak bu düzenleme kuşkusuz işe alınmayı bekleyen sıradaki engelliler için olumsuz bir durum ortaya çıkarmaktaydı. Nitekim daha sonra yürürlüğe giren tüzük ve yönetmeliklerde kanunun amacına aykırı olan bu uygulamadan vazgeçilmiştir. Bu kapsamda artık işe alınan engellinin çalışma gücü kaybındaki değişiklik nedeniyle kapsam dışına çıkması durumunda işverenin yeni bir engelli çalıştırma zorunluluğu doğmaktadır. Ancak bu durum daha önce işe alınan engellinin iş sözleşmesini etkilememektedir²⁹⁰.

Engelliliğin niteliği bakımından da mevzuatımızda farklı esaslar söz konusu olmuştur. Şöyle ki, ilk başta engellilik halinin devamlı olması aranmıştı. Bu bağlamda SEHÇHY'te engelliliğin en az on iki ay sürmesi gerektiği düzenlenmişti (md. 3(d)). SİHT'te ise açıkça bir süre belirtilmemişse de bedensel engelli olma halinin sürekli olması aranmıştı (md. 2/f. 2). Ancak süreklilikten ne anlaşılması gerektiği açık değildi. Daha sonra yürürlüğe giren yönetmeliklerde ise bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple yürürlükteki düzenlemeler ışığında engelliliğin nedeninin, doğuştan veya sonradan ortaya çıkıp çıkmamasının, sürekli olup olmasının, engellinin yaşının düzenlemeden yararlanma bakımından bir önemi

²⁹⁰ CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 125.

bulunmamaktadır²⁹¹. Ancak süreklilik şartının kaldırılması, geçici durumların da kapsama alınacağı belirtilerek doktrinde eleştirilmiştir²⁹². Kanaatimizce, sağlık raporunda engellilik hali için çok da uzun olmayan asgari bir sürenin aranması (örneğin altı ay gibi) yerinde olurdu.

Kamu işyerlerinde engelli işçi olarak alınacakların ise 2527 sayılı Kanun²⁹³ hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşı olma, on sekiz yaşını tamamlamış olma, affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmama, kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşıma ve belirtilen sağlık kurulu raporunu alma şartlarını karşılaması gerekmektedir (KKEHTMMSSYİÖAUHY md. 4).

b. İşverenin Engelli İşçi İstihdam Süreci

Kamu ve özel sektör işverenleri çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri kural olarak İş-Kur aracılığı ile sağlayacak olup, bu kişileri yükümlülüğün doğmasından itibaren beş işgünü içinde niteliklerini de belirterek Kurumdan talep etmelidirler (İşK md. 30/f. 3; YİYHHY md. 13/f. 1, md. 14/f. 1). Böylelikle işveren bu yükümlülüğünü yerine getirirken, engelli işçiyi en fazla verimi alabileceği işte çalıştırma olanağına sahip olacak; kendi niteliklerine uygun bir işte çalışma imkânı bulan engelli işçi de çalıştığı işte daha başarılı olabilecektir. Kuşkusuz belirtilen niteliklere uygun engellinin işverene yönlendirilmesi Kurumun görevidir. Zira işveren Kurumun sağlayacağı engelli işyerinde ona uygun iş varsa çalıştıracaktır. Yoksa işveren dürüstlük kuralının kendisini zorunlu kılmamasına rağmen Kurumdan gönderilen engelli için uygun iş bulmakla (böyle bir iş yaratmakla) yükümlü değildir²⁹⁴. Kaldı ki niteliklerine bakılmaksızın sırf

²⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 548-549.

²⁹² UŞAN, s. 224; KILKIŞ, s. 862.

²⁹³ RG 29.09.1981, S. 17473.

²⁹⁴ ÇENBERCİ, s. 644.

çalıştırma zorunluluğu yerine getirilsin diye engelli istihdam etmek; engellileri işyerinde verimli olmayan ve boş oturan işçilere, işverenleri de işçilere yardım ve bağışta bulunan hayır kurumlarına dönüştürür²⁹⁵. Ancak işveren İş-Kur'a yapacağı taleplerde, adaylarda aranan niteliklere ilişkin olarak işyerinde yapılan işin gerektirdiği vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı şartlar öne süremez. Engelli statüsündeki işçi taleplerinde, işin niteliği gerektirmediği sürece, engellilik oranına üst sınır getirilemez ve engel grupları arasında ayırım yapılamaz (YİYHHY md. 14/f. 2, 3). Söz konusu düzenleme işverenlerin istihdam zorunluluğundan kaçması için işin özelliğine aykırı koşullar öne sürmesini engellemek açısından yerindedir. Ancak, düzenlemedeki “işin gerektirdiği ağırlıklı vasıf” kavramını dolduracak objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Doktrinde bu kavramın değerlendirilmesinde geniş düşünülmesi ve bu kişilerin istihdam edilecekleri işlerdeki genel işçi niteliklerinin ve işin özelliklerinin yanı sıra işverenin subjektif unsurlarının da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir²⁹⁶. Ayrıca, işverenin çalıştıracığı engelliler için aşırı derecede nitelikler öne sürmesi durumunda zorunluluğa aykırı davrandığının kabul edilmesi gerektiği de haklı olarak belirtilmektedir²⁹⁷.

Kural, engellilerin İş-Kur'dan temin edilmesi olmakla birlikte sadece özel sektör işverenlerinin kurum aracılığı olmadan da engelli istihdam etmelerine olanak tanınmıştır. Kurum aracılığı olmadan engelli istihdamı imkânı ilk olarak Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük ile getirilmiş (md. 8/f. 6) ve takip eden düzenlemelerde de bu imkân saklı tutulmuştur. Hatta önceden sadece imkân olarak tanınan Kurum dışından engelli işçi istihdamı, YİYHHY md. 15/f. 1'de işveren için bir yükümlülük olarak da öngörülmüştür. Ancak işverenin Kurum dışından engelli istihdam edebilmesine yönelik düzenlemeler Kurum tarafından belli bir düzen içerisinde engellilerin işe alınmalarını ve istatistiklerin sağlıklı tutulmasını önleyebileceği, İşK.'nda engelli istihdamının sadece Kurum aracılığı ile sağlanacağını belirtmesi sebebiyle kanuna aykırı olduğu, kamu-özel işverenleri için farklı uygulamaya sebep verdiği gerekçeleri ile eleştirilmektedir²⁹⁸. Buna karşılık, Kurum dışından engelli istihdam etme imkânının kanunun işveren için getirdiği zorunluluğu biraz da olsa yumuşatması ve işverenlerin tanıdığı ve bildiği

²⁹⁵ DEMİR, s. 105; GÜNAY, s. 364.

²⁹⁶ EKMEKÇİ, Değişiklikler, s. 46.

²⁹⁷ UŞAN, s. 229.

²⁹⁸ CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 90; ENGİN, Özgürlük, s. 19.

engellilere yardımda bulunması için imkân tanınması nedeniyle engelli istihdamını teşvik edici olduğu da belirtilmektedir²⁹⁹. Kanaatimizce Kanunda sadece Kurum tarafından istihdamın öngörülmesine karşılık Yönetmelik ile işverene bu yönde bir imkân tanınması normlar hiyerarşisine uygun değilse de engelli istihdamı açısından teşvik edici bir düzenlemedir. Ancak bu durumda işverenin, işe başlama tarihinden itibaren en geç on beş işgünü içinde engelli işçileri Kuruma bildirmesi ve tescil ettirmesi zorunludur. Aksi takdirde, söz konusu işçi Kurum tarafından engelli statüsünde değerlendirilmeyecektir (YİYYHY md. 13/f. 2). Kuşkusuz işverenin Kurum aracılığı olmaksızın işe aldığı engelli ile yükümlülüğünden kurtulması için işe aldığı engelli Yönetmelik hükümlerinden yararlanabilecek bir engelli olması gereklidir. Aksi halde, işverenin engelli çalıştırma yükümlülüğü devam edecek ve kendiliğinden işe aldığı engelli Kuruma bildirme zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifade ile, işverenin Kuruma bildirim yapma zorunluluğu çalıştırdığı engellinin en az %40 oranında çalışma gücünden yoksun olması durumunda söz konusu olacaktır.

Yönetmelikte işverenin Kurum dışında engelli işçi temin etmesi düzenleme altına alınırken, engelli işçileri Kurum dışından teminine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, işveren boş olan engelli kadrosuna işçi almak için istediği imkânları kullanarak duyuruda bulunabilecektir. Özellikle uygulamada rastlanan basın organlarında ilan veya internetteki iş ilanları buna örnek verilebilir.

Kanundaki düzenleme kapsamında hesaplama sonucu işverenin çalıştırmakla zorunlu olduğu engelli işçi sayısı tam süreli olarak işe alınacak işçi sayısını göstermektedir. Kural her bir engelli işçinin tam süreli çalıştırılmasıdır³⁰⁰. Ancak işverenlerin engelli çalıştırma zorunluluğunu kısmi süreli işe alım yaparak yerine getirmesinde de bir engel bulunmamaktadır. İşveren zorunlu çalıştırma yükümlülüğünü, kısmi süreli çalıştırma ile yerine getirmek isterse, bu durumda çalıştırdığı kısmi süreli engelli işçilerin çalışma süreleri toplanarak tam süreye çevrilecek ve işverenin ne kadar engelli işçi çalıştırdığı tespit edilecektir (YİYYHY md. 11/f. 4). Örneğin, bir engelli işçi çalıştırmak ile yükümlü olan işveren, iki engelli işçiyi kısmi süreli çalıştırarak bu yükümlülüğünü yerine getirebilecektir.

²⁹⁹ UŞAN, s. 233.

³⁰⁰ AKYİĞİT, Şerh, s. 1418.

İşverenin işçisi iken engelli hale gelenlere, öncelik tanınması gerektiği de düzenleme altına alınmıştır (İŞK. md. 30/f. 2; YİYYHY md. 13/f. 3). Bu kural hem kamu hem de özel kesim işyerleri bakımından geçerlidir³⁰¹. Burada işçinin söz konusu işyerinden engelli olması sebebiyle ayrılması yeterli olup, engelli hale gelmesine neden olan olayın işyerinde veya başka bir yerde meydana gelmesi, işçinin bunda kusurunun olup olmaması önem arz etmemektedir³⁰². Önemli olan, engellilik halinden dolayı işçinin işyerinden ayrılmak zorunda kalmış olmasıdır. Eğer işçi başka bir nedenden dolayı işten ayrılmış ise bu öncelik hakkından faydalanamayacaktır. Ayrıca işveren kendi işçisiyken engelli hale gelen işçiyi çalıştırmak istiyorsa, buna ilişkin ayrı bir düzenleme olmadığından Yönetmelikteki diğer engelliler için uygulanacak prosedür burada da geçerli olacaktır. Daha açık ifade ile, işyerinin işçisi iken engelli hale gelen işçinin de yine Kuruma kaydını yapması ve Yönetmeliğin aradığı şartlara sahip olması gerekecektir (md. 4, md. 5).

İşverenin Kurumdan engelli işçi talebi için aranan talep süresi daha önce bir ayken³⁰³, sonraki eski yönetmelik³⁰⁴ döneminde yedi güne indirilmiş ve son halde de beş iş günü olarak kabul edilmiştir. Ancak sürenin işveren açısından bu denli kısa olması yerinde olmamıştır. Bu sürenin çok kısa tutulması işverenin sorumluluk şartlarını ağırlaştırmaktadır³⁰⁵. Zira işverenin, işyerindeki işçi sayısı elliyi bulur bulmaz beş iş günü içerisinde bu kişileri istihdam edeceği iş alanlarını belirlemesini ve uygun niteliklere ilişkin araştırma yapmasını beklemek inandırıcılıktan uzaktır³⁰⁶.

Özel sektör işvereni tarafından Kuruma engelli işçi için talepte bulunulması halinde Kurum, bu talep tarihinden itibaren en geç on gün içinde, başvuranlardan nitelikleri uygun engellileri durumlarını ve niteliklerini belirten belgelerle birlikte işverenle görüşür. İşveren bu görüşmeden itibaren engelli açığını, en geç on beş gün içinde karşılamakla yükümlüdür. Yönetmelik gereği Kurum talep üzerine bir kez engelli

³⁰¹ AKYİĞİT, Şerh, s. 1419.

³⁰² CANIKLIOĞLU, SakatÇalıştırma, s. 100.

³⁰³ Mülga Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük md. 9.

³⁰⁴ MülgaÖzürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik md. 7.

³⁰⁵ KINIK, s. 67.

³⁰⁶ EKMEKÇİ, Değişiklikler, s. 45

göndermekle yükümlü olup, kontenjanın buna rağmen açık kalması halinde işverenin bu açığı Kurum portalından bizzat seçerek veya Kurum dışından kendi imkânlarıyla engelli bularak kapatması söz konusudur (YİYHHY md. 15/f. 2). Ancak her hâlükârda özel sektör işvereni engelli açığını yükümlülüğün doğduğu andan itibaren otuz gün içinde karşılamak zorundadır (YİYHHY md. 15/f. 1). Yönetmelik ile bildirim ve işe alım sürecindeki sürelerin kısa tutularak sürecin hızlı bir şekilde tamamlanması amaçlanmıştır. Kuşkusuz bu süreçte engelli istihdamı sağlanması işverenler için bir zorunluluk oluşturduğu kadar nitelikleri uygun adayların işverene gönderilmesi de Kurum bakımından bir zorunluluk oluşturmaktadır³⁰⁷

YİYHHY istihdam aşamasında Kurumun görevleri ve işverenin engelli istihdamına ilişkin yukarıda belirtilen hükümleri yürürlükten kaldırılmış olan ÖEHTMİHY'ten farklıdır. Eski yönetmelikte Kurumun işverenin talebinden itibaren on beş gün içinde niteliklerine göre uygun olanlardan temin edebildiği engellileri işverene göndereceği, işverenin ise işe alınanları ve alınmayanları alınmama neden(ler)ini de yazılı olarak Kuruma bildireceği, ilk gönderilen adaylar arasından zorunlu engelli kontenjanının doldurulmaması halinde Kurumun kayıtlı engellileri meslek ve öğrenim durumlarını kapsayan listelerle birlikte işverene göndererek işyerindeki açık kontenjanların bu listelerden veya gönderilenlerden karşılanmasını isteyeceği hükme bağlanmaktaydı (md. 7). Yeni yönetmelik ile ilk gönderilen adaylara rağmen kontenjanın açık kalması halinde işverenin bu açığı Kurum portalından bizzat seçerek veya Kurum dışından kendi imkânlarıyla engelli bularak kapatabileceği düzenlenmiştir. İşverene engelli açığını Kurum portalı üzerinden bizzat seçerek veya kendi imkânı ile Kurum dışından kendi ihtiyaçlarına uygun kişilerle kapatma imkânı tanınması, istihdam edilecek engellinin yine Kuruma bildirilerek kayıt altına alınacak olması bakımından olumludur³⁰⁸.

Özel sektör işvereni işe alınanları ve alınmayanları, alınmayış nedenlerini de belirterek Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuştur (md. 15/f. 2). Yönetmelikte işverenin işe almadığı engelliler için Kuruma yazılı olarak nedenlerini bildirmesi zorunlu tutulmuşsa da, işe alınacak engellilerin seçimi ile ilgili özel bir düzenleme getirilmemiştir. SİHT döneminde işverenin seçim yaparken yazılı, sözlü veya uygulamalı sınav yapabileceği

³⁰⁷ EKMEKÇİ, Değişiklikler, s. 43.

³⁰⁸ ENGİN, Özgürlük, s. 18.

öngörölmüştü (md. 9). Yeni yönetmelikte bu yönde bir hüküm bulunmamakla birlikte işverenin seçim yapabilmek adına sınav yapmasını engelleyen bir durum da yoktur. Ancak yapılacak seçim sınavla olsun olmasın işveren gönderilen engelliler hakkında ayrımcılıktan uzak, objektif kriterlere dayanarak adil bir değerlendirme yapmalıdır. İşveren adaylar için sınav yapacak ise, engellilerin özelliklerine göre uygulanabilir formatta seçmelidir. Mülakat ile işe alım yapılacak ise duyu veya hareket kabiliyeti kaybı gibi kaybı olan engellilerin görüşmelerinde diğer adaylarla adil ve eşit bir ortam oluşturmalı, örneğin işaret dilini tercüme edecek bir çevirmen veya bir veli hazır bulundurmalıdır³⁰⁹.

Kurum aracılığı ile işveren ile görüştürölen engellilerin kendisine sunulan işi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Engelli kişi, ilk veya ikinci gönderme sonucu işveren tarafından işe kabul edilse dahi herhangi bir gerekçe belirtmeden kendisine teklif edilen işi reddedebilir. Zira düzenleme ile getirilen zorunluluk; engellinin kendisi için değil, işveren içindir. Engelli kişinin çalışmayı kabul etmemesi durumunda işverenin herhangi bir cezai yaptırıma maruz kalmaması için, engelliden kendi isteği ile bu teklifi reddettiğini belirten imzalı bir belge alması veya engellinin Kurumdaki kayıtlı adresine makul bir süre içerisinde çalışmaya başlaması için ihtar göndermesi yerinde olacaktır. Engellinin işi kabul etmemesi veya makul sürede işe başlamaması halinde işveren sadece o engelliği çalıştırma zorunluluğundan kurtulacak, ancak engelli çalıştırma zorunluluğu mevcudiyetini koruyacaktır. Bu nedenle işverenin beş işgünü içerisinde Kurumdan yeni bir talepte bulunması gereklidir. Ancak yapılacak bu talep, yeni bir talep olmayıp çalışmayı reddeden engelli işçinin yerine yeni bir işçi alınması için aynı talebin tekrarlanması niteliğinde olacaktır³¹⁰.

Kamu kurum ve kuruluşlarına engelli işçi alımında ise KKİAUUEHY hükümleri doğrultusunda hareket edilecektir. Yönetmelik uyarınca kamu kurum ve kuruluşları işçi taleplerini işkolu, meslek pozisyonu, öğrenim, iş tecrübesi, ücret, sosyal yardımlar gibi ayrıntılarla İş-Kur'a bildirerek talepte bulunacak (md. 6), bunun üzerine İş-Kur işçi talebini internet sayfasında ve diğer iletişim araçları ile kamuoyuna duyuracaktır (md.

³⁰⁹ **AKKAYA, Salih**, Türkiye'de İnsan Kaynakları Açısından Sakatlık ve Sakatların İstihdamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2002, s. 77.

³¹⁰ **KINIK**, s. 73-74.

9). Kamuda yapılacak her türlü işçi taleplerinde, işin niteliği gerektirmediği sürece, engelli olmama şartının aranmaması, engel oranına üst sınır getirilmemesi ve engel grupları arasında ayırım yapılmaması esastır (md. 7/e). Kamu kurum ve kuruluşlarının ortaöğretim ve daha yüksek eğitim düzeyindeki engelli işçi talepleri Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavı puanıyla; ilköğretim ve daha alt eğitim düzeyindeki işçi talepleri ile eğitim şartı aranmaksızın kömür ve maden işletmelerinin yeraltı işlerinde çalıştırılacaklara ilişkin taleplere gönderilecek adaylar ise noter huzurunda çekilecek kura ile belirlenir (md. 10). EKPSK kapsamındaki engelli işçi talepleri ile ilgili aday listeleri belirlenirken; talep şartlarına uygun adaylar arasından en yüksek EKPSK puanından başlanmak üzere işe alınacak işçi sayısının üç katı kadarı ayrı listeler halinde kamu kurum ve kuruluşuna gönderilir (md. 11).

İşe alım yapacak olan ilgili kamu kurum ve kuruluşu, kendisine iletilen listedeki adaylar arasından seçimi kurum içinde otuz gün içerisinde yapacağı sınav ile belirleyecektir (md. 17). Bu sınav; yazılı veya sözlü yöntemlerinden biri veya her ikisi kullanılarak, mesleki bilgi ve becerilere ilişkin konulardan yapılır. Engellilere yönelik sınavlar, engel grupları ve ulaşılabilirlikleri göz önüne alınarak uygun ortamlarda yapılır. Sınavın şekli ve soruları, meslekibilgi ve görevle ilgili bilgi ve becerilere ilişkin konularda işitme veya dil ve konuşma, zihinsel engelliler için öğrenme ve algılama düzeyleri ile dil gelişimleri ve sözel iletişim güçlükleri esas alınmak suretiyle belirlenir (md. 17/f. 3). Adayın başarı puanı; EKPSK puanı, yazılı sınav puanı, sözlü sınav puanı birlikte değerlendirilerek tespit olunur (md. 18/f. 3) ve sonuçlar sınavın bitiminden itibaren yedi gün içinde talepte bulunan kamu kurum ve kuruluşları tarafından herkesin görebileceği bir yere asılmak, varsa internet sitesinde ilan edilmek suretiyle açıklanır. Sonuçlar sınava giren adaylara ayrıca yazılı olarak bildirilir (md. 19). Asıl ve yedek listeden işe yerleştirilenler, yerleştirmeyi takip eden on beş gün içinde İş-Kur'a yazılı olarak bildirilir (md. 22/f. 2).

4. Engellilerin Çalıştırılmasında İşverene Getirilen Ek Yükümlülükler

İşveren çalıştırmak zorunda olduğu engellileri çalıştırırken tam bir serbestlik içinde değildir. İşK. çalıştırılacak engellileri koruyucu birtakım ek düzenlemelere de yer

vermiştir. Buna göre işveren istihdam edeceği engellileri meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdür (İşK. md. 30/f. 1; YİYHHY md. 10/f. 1(b)). Bu sebeple işveren engelli işçinin beden ve ruhi durumuna göre bir iş bulmalı ve bu iş engellinin mesleğine uygun ise işe yerleştirme yapmalıdır. Bunun gibi engelli işçinin engelli olmasından önce sahip olduğu mesleği, artık beden ve ruhi durumuna uymuyorsa, mesleğine uygun diye engellinin böyle bir işte çalıştırılması da kanuni düzenlemeye aykırı olacaktır. Ayrıca, ruhsal hastalık söz konusu ise bunun da göz önünde bulunması gerekir³¹¹. Öte yandan işveren engelli için verilen sağlık kurulu raporunu da dikkate almalıdır. Zira engelliler sağlık kurulu raporunda çalıştırılmayacakları belirtilen işlerde çalıştırılmazlar (YİYHHY md. 19/f. 2).

İşverenler ayrıca çalıştırdıkları engelliler için işyerlerini engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin engelli çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmalarını için gerekli araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar (YİYHHY md. 18/f. 1). Görüldüğü üzere engelli işgücünün engel türüne ve derecesine uygun işlerde çalıştırılmasının yanı sıra iş ortamının fiziksel koşulları da engelli işçinin çalışabilmesi için uygun olmalıdır³¹². İşveren için getirilen bu yükümlülük daha önceki düzenlemelerde de mevcuttu ancak önceki düzenlemelerde bu yükümlülüğün işverenin “olanakları ölçüsünde” yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmişti (SEHÇHY md. 18; SİHT md. 22; ÖEHTMİHY md. 14). Düzenlemenin lafzi yorumundan bu tedbirleri almak işveren için çok masraflı ise veya işyerindeki özel düzenlemeler işletmenin gerekleri bakımından talep edilebilir nitelikte değilse, işverenin bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınabileceği gibi bir anlam çıkmaktaydı³¹³. Ancak doktrinde işverenin işçiyi gözetme borcu nedeniyle bu önlemleri almaktan imtina edemeyeceği belirtilmişti³¹⁴. Yeni Yönetmelikte bu yönde bir ifadeye yer verilmediğinden işverenin bu tedbirleri almaktan artık hiçbir şekilde kaçınmayacağı kanaatindeyiz. Öte yandan bu tedbirleri alma zorunluluğu, gerek

³¹¹ CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 100.

³¹² HASIRCIOĞLU, s. 56; UĞUR, Mehmet, “İş Hayatında Engelli İstihdamı”, İSMMMO Mali Çözüm Dergisi, 2014, s. 339; ŞAKAR, s. 546; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 554; BENOKAN / ÖZCAN, s. 187.

³¹³ UŞAN, s. 238.

³¹⁴ CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 112-113.

İSGK³¹⁵ gerekse TBK kapsamında işverenin gözetim borcunun özel bir halini de oluşturmaktadır³¹⁶. Buna göre işveren, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmaya yükümlüdür (İSGK md. 15; TBK md. 417). Bu nedenle işveren, işyerinin engelli çalışmasına uygun olmadığını öne sürerek çalıştırma zorunluluğundan kurtulamayacaktır³¹⁷. İşverenin gözetme ve koruma borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, işçi maruz kaldığı zarar durumuna göre, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabileceği gibi ayrıca bu borcun yerine getirilmemesi, işverenin kendisine düşen ifa hazırlıklarını yapmamış olması nedeniyle alacaklı temerrüdüne düşmesine de yol açacaktır. Örneğin, işveren bir engelli işçiye gücüne uygun iş vermemiş veya iş güvenliği açısından işyerindeki aletler ile ilgili koruyucu tedbirleri almamışsa, tedbirler alınana dek (ücret hakkı saklı kalarak) işçinin çalışmayı reddetme imkânı mevcuttur³¹⁸. Engelli için işyerinde fiziki koşulların oluşturulması ve güvenlik önlemlerinin alınması gibi engellilerin işyerinde herhangi bir olumsuz ayrımcılığa maruz kalmamasının sağlanması da işveren için bir yükümlülüktür. Nitekim fiziki, ruhi veya zihinsel nedenlerle çalışma güçlerindeki kayıpları nedeniyle engellilerin ayrımcılığa maruz kalmalarının önlenmesi sosyal devletin bir gerekliliği olduğu gibi temel hak ve özgürlükler arasındadır³¹⁹. Bu nedenle ayrımcılığı önlemek adına İşK.'nda ayrımcılık yasağı kabul edilmiştir. Buna göre, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz (md. 5). Maddeye “engellilik” ifadesi 6518 sayılı Kanun³²⁰ (md. 57) ile getirilmiştir. Ancak bu ifade eklenmeseydi dahi düzenlemede yer alan “benzeri nedenler” ifadesinden yol açarak engellilik nedeniyle ayrımcılık yapılması yine yasaklanan bir eylem olacak idi³²¹.

³¹⁵ RG 30.06.2012, S. 28339.

³¹⁶ UŞAN, s. 245; MANAV, s. 161; CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 112.

³¹⁷ AKKAYA, s. 43.

³¹⁸ KAPLAN, **Emine Tuncay**, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 2, Ankara 2003: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017], s. 16.

³¹⁹ YENİDÜNYA, **Caner**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 11, İstanbul 2006, s. 99.

³²⁰ RG 19.02.2014, S. 28918.

³²¹ Aynı yönde bkz. ENGİN, Özgürlük, s. 23; YILDIZ, **Gaye Burcu**, “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, Sicil Dergisi, S. 10, İstanbul 2008, s. 80.

Engellilere yönelik ayrımcılık doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilmektedir. Bu iki kavram gerek EK.'nda gerekse 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu³²²,nda tanımlanmıştır³²³. Her iki kanunda da paralel bir tanım getirilmiştir. Buna göre engelliliğe dayalı ayrımcılık³²⁴ temeline dayanan ve engellinin hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muamele doğrudan ayrımcılık; görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması ise dolaylı ayrımcılıktır (EK. md. 3; TİHEKK. md. 2). Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dahil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır (md. 4/A). Ayrıca işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dahil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz (md. 14/f. 2).

Engellilerin çalışma gücünden yoksun olmaları nedeniyle işverenlerin engellilere daha düşük ücret vererek çalıştırma eğiliminde olmaları da yaygın olarak görülen bir uygulamadır. Bu sebeple yürürlüğe giren ilk düzenlemelerde ücret konusunda engellilere ayrımcı uygulama yapılamayacağı vurgulanmıştır. Nitekim ücrette eşitlik ilkesi gerek yürürlükteki AY'da gerekse 1961 AY'sında benimsenmiş olan bir ilkedir. Bu ilkeye göre çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları esastır ve Devlet bu hususla ilgili gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (1961 AY md.45; 1982 AY md.45). Ücrette eşitlik ilkesi doğrultusunda SEHÇHY'te engellilere aynı verimle çalışan diğer işçilerden daha düşük ücret verilemeyeceği ve sosyal yardımlarda farklılık gösterilemeyeceği düzenlenmiş; diğer işçilere kıyasen düşük verimle çalıştığı tespit edilen engellilere ise asgari ücretin

³²² RG 20.04.2016, S. 29690.

³²³ Belirtmek gerekir ki, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da düzenlenen ayrımcılık yasağı sadece İşK. veya Deniz İşK. kapsamına giren engellilerin değil, tüm engellilerin istihdam sürecinde uygulama alanı bulmaktadır.

³²⁴ Kanunun aynı maddesinde engelliliğe dayalı ayrımcılık "*Siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama*" olarak ifade edilmiştir.

altında olmamak koşuluyla aynı işte çalışan diğer işçilere ödenen ücretin %75'inden az olmayacak şekilde düşük ücret verilebileceği öngörülmüştü (md. 32). Doktrinde de aynı işte diğer işçilere kıyasen daha az verimle çalışan engellinin ücretinde asgari ücretten az olmamak kaydıyla indirimle gidilmesinin ayrımcılık oluşturmayacağı savunulmuştu³²⁵. Ancak kanaatimizce, engelli bireyin çalışma gücünden yoksun olduğu bilinen bir gerçekken ve fiziki durumuna uygun işe yerleştirilmesi işverenin sorumluluğundayken düşük ücret verilebileceğinin öngörülmesi düzenlemenin amacına aykırıdır. Nitekim Yönetmelikteki bu hüküm daha sonra yürürlüğe giren SİHT'te ve ÖEHTMİHY'te yer almamış ve engellilerin daha düşük ücretle çalıştırılmayacağı istisnasız olarak ifade edilmiştir (SİHT md. 10; ÖEHTMİHY md. 8). Böylelikle engelli olan işçinin engeli nedeniyle çalıştığı işte diğer işçilere kıyasen daha az verimli olduğu gerekçesi ile düşük ücret almasının önüne geçilmiştir. Kaldı ki, yeni Yönetmelikte ayrımcılık ile ilgili olacak ücrete vurgu yapılmaksızın tüm iş sürecinde ücret eşitsizliğini de kapsar nitelikte her türlü ayrımcı uygulama yapılamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, işveren işe almada; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan aşamaların hiçbirinde engelliler aleyhine diğer kişilerden farklı ayrımcı uygulamalarda bulunamaz (YİYHHY md. 17). Ancak çalışma saatleri ile ilgili olarak uygun koşulların varlığı halinde çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş saatleri İş Kanunlarında belirtilen sürelerden az olmamak koşuluyla, engellinin durumuna göre belirlenebilir (YİYHHY md. 18/f. 2). İşverene tanınan bu düzenlemede uygun koşullar ile ilgili bir açıklık bulunmasa da kuşkusuz yapılacak işlemde engellinin fiziki, ruhi ve mesleki durumu göz önüne alınmalı, engelli aleyhine ayrımcılık doğuracak davranışlardan kaçınılmalıdır. Kuşkusuz işverenlerin, engelli işçilerin özel durumlarını dikkate alarak bu kişilere diğer işçilerden olumlu anlamda daha farklı davranmaları halinde eşit işlem yapma borcuna aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü burada işveren, engelli işçilerin çalışmalarının devamını sağlamak için onların fiziksel ya da ruhsal durumlarına uygun önlemler almaktadır³²⁶.

³²⁵ Düşük verimle çalışmayı engellilik dışında bir ayırım nedeni olarak kabul eden ve bunu düzenlemeye aykırı bulmayan görüş için bkz. **CANIKLIOĞLU**, Sakat Çalıştırma, s. 115; **AKKAYA**, s. 45; **UŞAN**, s. 242; **ALPAGUT, Gülsevil**, "Özürülüler Hakkında Kanun ve Özürülü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler", Mercek Dergisi, S. 40, Ekim 2005 (Değişiklikler), s. 156; **MANAV**, s. 162; **KÖKSAL**, s. 75.

³²⁶ **YILDIZ**, s. 82.

Kanun koyucu, engellilerin ücret yönünden korunması amacıyla gelir vergisinden indirim yapılmasını da kabul etmiştir. 31.12.1960 tarih ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu³²⁷ md. 31/f. 2'ye göre engellilik indirimi “*Çalışma gücünün asgari %80'ini kaybetmiş bulunan hizmet erbabı birinci derece engelli, asgari %60'ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ikinci derece engelli, asgari %40'ını kaybetmiş bulunan hizmet erbabı ise üçüncü derece engelli sayılır ve aşağıda engellilik, dereceleri itibariyle belirlenen aylık tutarlar, hizmet erbabının ücretinden indirilir. Engellilik indirimi; birinci derece engelliler için 900 Türk Lirası; ikinci derece engelliler için 460 Türk Lirası; üçüncü derece engelliler için ise 210 Türk Lirasıdır.*”. Engellilik derecesine göre tespit edilecek indirimler, özel indirime eklenerek işçinin ücretinden indirilecektir. Engelliler lehine getirilen bu düzenleme ile ek bir koruma sağlanmıştır.

5. Korumalı İşyerleri

İşverenlerin uygulamada istihdam edecekleri engellilerdeki tercihlerini, engellilik oranları düşük olan adaylardan yana kullandığı yaygın görülen ve bilinen bir gerçektir. Engellilik oranı yüksek olan engellilerin veya zihinsel engellilerin oldukça az istihdam edildiği, dolayısıyla iş gücü piyasasına dahil olamadıkları görülmektedir. Bu kişilerin de istihdamını kolaylaştırmak için ek koruma sağlanmasına ihtiyaç duyulmuş ve 5378 sayılı Kanun ile birlikte ilk kez korumalı işyeri olarak adlandırılan özel nitelikte işyerleri oluşturulmasının önü açılmıştır. EK.'na göre korumalı işyeri; iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engellilere mesleki rehabilitasyon sağlamak ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen işyeridir (md. 3). Burada koruma sağlanması amaçlanan engellilerin istihdamı için işverene engelli çalıştırma zorunluluğu getirilmemektedir. Tam tersine belirtilen şartlara sahip olan işyerleri için işverene mali açıdan destek ve teşvik sağlanarak normal iş gücü piyasasına kazandırılmaları uygun olmayan engellilerin rehabilitasyon ve istihdam olanaklarının artırılması amaçlanmaktadır³²⁸.

³²⁷ RG 06.01.1961, S. 10700.

³²⁸ **HASIRCIOĞLU**, s. 107; **ORHAN, Serdar**, “Türkiye’de Özürlü Dostu İstihdam Politikaları”, ÇSGB Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın No: 35, Ankara 2013, s. 42.

Korumalı işyeri kavramı EK. ile getirilmiş ancak uygulanması, statüsü ve bu işyerleriyle ilgili usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu yönetmelik Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik adı altında ancak 2013 yılında yürürlüğe girebilmiştir³²⁹. Yönetmelik düzenlemesine göre, bir işyerinin korumalı işyeri statüsünü kazanması için o işyerinde çalışan işçilerin %75'inden az olmamak kaydıyla en az sekiz engelli bireyin çalışıyor olması gerekmektedir (md. 4/f. 1). Yönetmeliğin çalışmasını öngördüğü engellilerin ise en az %40 oranında zihinsel veya ruhsal engelli ve on beş yaşını bitirmiş olması zorunludur (md. 14/f. 1). Bu şartları sağlayan işyerinin korumalı işyeri statüsüne alınması için işverenin Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'ne başvurması gerekmektedir (md. 4). Başvuru üzerine Komisyonca yapılacak değerlendirme sonucunda uygun görülen işyerlerine valilikçe, Korumalı İşyeri Statüsü Belgesi düzenlenmektedir (md. 7).

Korumalı işyeri statüsünü kazanan işyerleri yılda en az bir kez Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü tarafından, gerekli görüldüğü hallerde ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı denetim elemanlarınca denetlenmektedir. Bu denetimlerde Yönetmelikte belirtilen koşulların bir veya birkaçını yerine getirilmediği tespit edildiği takdirde yazılı olarak uyarılarak otuz gün içinde belirtilen eksikliklerin giderilmesi istenir. Süre sonunda eksiklikleri tamamlamadığı tespit edilen işverenlerin korumalı işyeri statüsü belgesi Komisyonun görüşü alınarak valilikçe iptal edilmektedir (md. 16, md. 18).

6. İşverene Tanınan Teşvikler

İşK. engelli istihdamını teşvik etmek amacıyla özel sektör işverenleri için bazı kolaylıklar öngörmüştür. Buna göre; işverenlerin SSGSSK'na tabi çalıştırdığı engelli sigortalının, yükümlü olmadığı halde veya yükümlü olsa dahi kontenjan fazlası istihdam edilen engellilerin sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı Hazinece karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak SSGSSK. uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin kanuni süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermeleri ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan

³²⁹ RG 26.11.2013, S. 28833.

işveren hissesine ait tutarını ödemiş olmaları şarttır (İşK. md. 30/f. 6). Kontenjan fazlası engelli çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde engelli çalıştıran işverenler için tanınan teşvik, 6516 sayılı Kanun³³⁰ (md. 58) ile yapılan değişiklik öncesinde sigorta primlerinin yarısının Hazinece karşılanması yönündeydi. Kanun gereği engelli çalıştıranlara %100, kanuni zorunluluğu bulunmayıp kendi isteği ile engelli çalıştıranlara %50 oranında indirim sağlanması engelli istihdamı için yeterli olmayan bir teşvik olduğu için doktrinde haklı olarak eleştirilmekteydi³³¹. Kuşkusuz yapılan değişiklik özellikle kanuni zorunluluğu bulunmayan işverenler için daha teşvik edici olup, engelli istihdamı adına olumlu bir adımdır.

İşgücü piyasasında istihdam olanağı düşük olan zihinsel veya ruhsal engellilerin istihdamını yaygınlaştırmak için oluşturulan korumalı işyerleri için de mali yönden destekleyici düzenlemeler mevcuttur. Engelli çalıştıran işverenlerde olduğu gibi korumalı işyerlerinde³³² de çalıştırılan engellilerin sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamının Hazinece karşılanması öngörülmüştür (İşK. md. 30/f. 6). Buna ek olarak korumalı işyerlerinin yaygınlaşması amacıyla bu işyerlerinde çalıştırılacak engellilerin ücretleri ile ilgili olarak da işverenlere destek sağlanmıştır. Buna göre, işverenin çalıştırdığı engellilere ücretlerini zamanında ödemesi şartıyla;

a) Korumalı işyerlerinde çalışan her engelli için 2022 sayılı Kanunun³³³ 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi³³⁴ gereğince ödenen aylık tutarı kadarı,

b) 5084 sayılı Kanunun³³⁵ 2. maddesi kapsamındaki illerde³³⁶ kurulmuş bulunan korumalı işyerlerinde çalışan her engelli için ilaveten (a) bendi ile belirlenen tutarın %20'si,

³³⁰ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: RG 19.02.2014, S. 28918.

³³¹ **KARA**, s. 210-211; **UŞAN**, s. 257.

³³² Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 5.

³³³ 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun: RG 10.07.1976, S. 15642.

³³⁴ 2022 sayılı Kanun md. 2 a) “Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli olduklarını ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile kanıtlayan, 18 yaşını dolduran Türk vatandaşı engellilerden; 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 veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (4.860) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutar”.

c) Korumalı işyeri statüsü almak için ilgili mevzuatla çalıştırılması zorunlu olan sayıdan daha fazla engelli çalıştıran işyerlerinde, zorunlu sayının üstünde çalıştırılan her engelli için ilaveten (a) bendi ile belirlenen tutarın %20'si, Hazine tarafından işverene ödenir (İşK. ek md.1).

B. Eski Hükümlüler

Kanunun suç saydığı bir fiili işleyenlere uygulanan kanuni yaptırımlardan biri kişinin tutuklanarak kısa ya da uzun süreli cezaevine konulmasıdır. Bu bağlamda hakkında mahkûmiyet kararı kesinleşerek hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılan kişi “hükümlü”; cezasını tamamlayarak veya şartlı salıverme ile cezaevinden çıkan ve hükümlülük niteliği ortadan kalkan kişi ise “eski hükümlü” olarak tanımlanabilir³³⁷.

Eski hükümlüler her ne kadar cezalarını tamamlamakla artık “suçtan arınmış” bir kimse olarak topluma yeniden karışmış olsalar da, bu sıfatlarından ötürü toplumsal yaşama uyabilme ve yaşantılarını sürdürebilmede pek çok engelle karşılaşabilmektedirler³³⁸. Bu engellerin başında ise kendilerine gelir sağlayabilecek bir iş bulmada karşılaştıkları güçlükler veya buldukları işi ellerinde tutabilmede yaşadıkları sıkıntılar gelmektedir. Sosyal alanda görülen bu tür engellemelerin yanında kanunlarda da birtakım engellemeler yer almaktadır. Zira bazı kanunlarda bir yandan suçun cezası çekildikten sonra cezalının suçtan arındığı ilkesi kabul edilirken, diğer yandan herhangi bir işe girerken adaylardan temiz (herhangi bir hüküm kaydı içermeyen) adli sicil kaydı aranmaktadır. Örneğin DMK'na göre devlet memuru olabilmek için 48. maddede sayılan şartlar arasında “*kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal*

³³⁵ Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun: RG 06.02.2004, S. 25365.

³³⁶ 5084 sayılı Kanun md. 2 “a) Vergi ve sigorta primi teşvikleri ile enerji desteği açısından Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığınca 2001 yılı için belirlenen fert başına gayri safi yurt içi hasıla tutarı, 1500 ABD Doları veya daha az olan iller ile bu iller dışında kalan ve Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığınca 2003 yılı için belirlenen sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasına göre endeks değeri eksi olan iller, b) Bedelsiz arsa ve arazi temini açısından (a) bendindeki iller ile kalkınmada öncelikli yöreler kapsamındaki diğer iller.”.

³³⁷ TUNÇOMAĞ, Eski Hükümlü, s. 380; ÇENBERCİ, s. 642; ALTAN, Eski Hükümlü, s. 323.

³³⁸ ERKUL, İhsan, “Eski Hükümlüler ve Çalışma Sorunları”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 12, S. 2, Eskişehir 1976, s. 387; BENOKAN / ÖZCAN, s. 178.

düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum olmama”sayılmış ve bu düzenleme çok sayıda eski hükümlünün kamuda iş bulmasına engel olmuştur. Nitekim aynı yöndeki uygulama kanundan kaynaklı olmasa da özel sektör işverenleri için de geçerli olup hemen hemen tüm işverenler adaylardan işe başvuru sırasında adli sicil kaydı istemektedir. Bunun sonucu olarak da özel sektörde eski hükümlü çalışan sayısı oldukça az olmaktadır³³⁹. Zira işverenler genellikle bu kişilere yönelik olarak daha önce işledikleri suç nedeniyle kuşkulu ve ön yargılı yaklaşmakta ve güven duymamaktadırlar³⁴⁰. Öte yandan işsizlik oranlarının yüksek olduğu ülkemizde birçok kişi iş bulmakta zorlanırken hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve daha sonra değişik hukuki nedenlerle tahliye edilen hükümlülerin bu sıfatlarından dolayı iş bulabilmeleri daha da zor olmaktadır³⁴¹.

Toplum düzeni ve huzurun sağlanması ile çalışma barışının korunması için ceza sürecinin yalnız infazla sınırlı tutulmayarak, ıslah müessesesini de kapsamı gerekir. Nitekim infazın amacı da hükümlünün gelecekte tekrar suç işlemesini önlemek ve suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve topluma kazandırılmasını sağlamaktır. Bu husus 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun³⁴², da da “*ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır*” şeklinde ifade edilmiştir (md. 3). Eski hükümlünün yeniden sosyalleşmesini sağlayacak en önemli etken ve ön koşul ise kuşkusuz gelir sağlayabileceği bir işte çalışması olacaktır. Nitekim çalışma, gelir sağlamanın dışında kişinin kendine güven ve saygı duygusunu

³³⁹ ERKUL, s. 287-288.

³⁴⁰ ALTAN, Eski Hükümlü, s. 324-326.

³⁴¹ BEDÜK, Mehmet Nusret, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 11, S. 2, Ankara 2010, s. 47: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017], (2010).

³⁴² RG 29.12.2004, S. 25685.

geliştirmekte ve topluma olan bağlılığını güçlendirmektedir³⁴³. Herhangi bir suçtan hüküm giymiş olanların çoğunluğunun ekonomik yönden güçsüz, aile ve toplum ilişkileri sağlıklı, temel ve mesleki eğitimleri yetersiz genç yaştaki kişilerden oluştuğunu da göz önüne aldığımızda, cezanın infazından sonra bu kişilere yönelik herhangi bir iş imkânı yaratılmaması yeniden suç işleme olasılığını da arttıracaktır³⁴⁴.

Sosyal nedenlere ek olarak belirtmek gerekir ki, eski hükümlülerin istihdam edilmesi ve çalıştırılarak üretime katılmalarının sağlanması, toplumsal barışın yanında toplumsal refahın artmasına ve ulusal gelirin çoğalmasına da katkı sağlayacaktır. Aksi halde gerek kendileri gerekse aileleri için daha çok kamu yardımı yapılması gereği doğacaktır ki, bu da vatandaşa dolaylı olarak daha çok vergi yükü demektir. Bu nedenle eski hükümlülerin istihdam edilmemesi ekonominin en değerli kaynağı olan insan gücünün savurganlığına neden olarak ekonomiye de olumsuz bir etki yaratmaktadır.

Yukarıda açıklanan sosyal ve ekonomik gerekçeler doğrultusunda eski hükümlülerin topluma kazandırılmaları, tekrar suç işlemelerinin önlenmesi ve iş imkânı sağlanması amacıyla mevzuatta özel koruyucu düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur³⁴⁵. Nitekim maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmek, dilediği alanda çalışmak herkes için Anayasal bir haktır (AY. md. 2, md. 17, md. 48). Anayasal bir yükümlülük ve sosyal bir devlet olmanın gereği olarak da Devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında korumak ve toplumsal adaleti sağlamakla yükümlüdür. Bu doğrultuda kanun koyucu, belli şartları haiz işverenlere eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü getirmiştir³⁴⁶. Ancak söz konusu yükümlülük tüm işverenlere getirilmiş değildir. İşverenlere yönelik aranan şartlar, sektöre ve işyerinde çalışanların sayısına ilişkindir. Mevzuatın öngördüğü bu hak ve işverenlere yönelik yükümlülükler aşağıda tarihsel bir şekilde detaylı olarak inceleme altına alınacaktır.

³⁴³ **KOÇAK / ALTUN**, s. 96.

³⁴⁴ **BEDÜK, Mehmet Nusret**, “Türk İş Hukukunda Eski Hükümlü İstihdamı” Çimento İşveren Dergisi, C. 16, S. 1, Ankara 2002 (2002), s.14-15; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 94; **ENGİN, Murat**, “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 3, S. 2, 2012 (Eski Hükümlü), s. 31; **KOÇAK / ALTUN**, s. 106; **KILKIŞ**, s. 857.

³⁴⁵ **ERDİNER**, s. 139-140; **KILKIŞ**, s. 858; **EKMEKÇİ**, Değişiklikler, s. 42.

³⁴⁶ **AKYİĞİT**, İş, s. 113; **SÜMER**, İş, s. 54; **DEMİR**, s. 101.

1. Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluğuna İlişkin Düzenlemeler

Eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna ilişkin kanun koyucu tarafından getirilen ilk düzenleme 20 Nisan 1967 tarihinde yürürlüğe giren 854 sayılı Deniz İşK.'nda yer almıştır. Söz konusu Kanununun 13. maddesinde “*Bu Kanun'un kapsamına giren işveren veya işveren vekilleri, işyerlerinde İş Kanunu'nun ve bununla ilgili tüzüğün bu konuda koyduğu hükümler, esaslar, ölçüler ve şartlara göre engelli ve eski hükümlü gemi adamı çalıştırmak zorundadır*” denilmiştir. Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere eski hükümlü çalıştırmaya ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmayarak 931 sayılı İşK. ile bu Kanun hükümlerine göre çıkarılacak tüzük hükümlerine yollama yapılmıştır. Atıfta bulunulan 931 sayılı İşK.'nin 25. Maddesinde ise söz konusu yükümlülük düzenleme altına alınmış ve her yüz işçiye kadar işçi çalıştıran işyerlerinde her elli işçiye karşılık bir eski hükümlü çalıştırılması zorunlu kılınmış, usul ve esasların ise çıkarılacak tüzük ile gösterileceği öngörülmüştür (md. 25). Ancak 931 sayılı İşK.'nin AYM tarafından iptal edilmesi üzerine anılan tüzük yürürlüğe girememiştir. Daha sonra 931 yürürlüğe giren 1475 sayılı İşK.'nda ise aynı yükümlülük 25. maddede hemen hemen aynı doğrultuda düzenleme altına alınmıştır. Sadece eski hükümlülerin nitelikleri ile işe alma usul ve esaslarına dair tüzük yerine yönetmelik çıkarılacağı öngörülmüştür. Bunun üzerine SEHÇHY hazırlanmış ve 21.01.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü 1972 yılında ilk kez uygulama alanı bulabilmiştir.

1983 yılında 2869 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İşK.'nin 25. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik ile işverenin çalıştıracığı eski hükümlü sayısının belirlenmesinde uygulanacak yöntemde esaslı değişikliğe gidilmiş veyüzde usulü kabul edilmiştir. Buna göre, elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlerin %2 oranında eski hükümlüyü çalıştırmaları zorunlu kılınmıştır. Ayrıca engelli ve eski hükümlü istihdamı ayrı ayrı ele alınmış bunu takiben 1987 yılında da Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük³⁴⁷ yürürlüğe girmiştir.

1475 sayılı İşK.'nin yerini alan 4857 sayılı İşK.'ndeki düzenlemenin ilk halinde ise, elli veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde her yılın Ocak ayı başından itibaren

³⁴⁷ RG 17.03.1987, S.19403.

yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranda eski hükümlünün çalıştırılması öngörülmüştü (md. 25)³⁴⁸. Ancak 5763 sayılı Kanun³⁴⁹ ile yapılan değişiklik ile 01.07.2008 tarihinden itibaren eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü özel işverenlerinden alınarak sadece kamu işverenleri için korunmuştur (md. 2; md. 28/a). Yapılan değişiklik ile elli ve daha fazla işçi çalıştıran kamu işyerlerinde %2 eski hükümlü işçinin meslek beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırılması zorunlu kılınmıştır (md. 30/f. 1)³⁵⁰.

İşK. 30. maddesindeki eski hükümlü çalıştırılmasına yönelik 6353 sayılı Kanun³⁵¹ ile yapılan son değişiklikte ise kamu işyerlerinde %2 oranında eski hükümlü işçinin veya terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananların istihdam edilmesi³⁵² yönünde kamu işverenine seçimlik bir hak tanıyan düzenleme getirilmiştir (md. 79). İlgili düzenleme sonrası madde hükmüne göre elli veya daha fazla işçi çalıştırılan kamu işyerlerinde %2 eski hükümlü işçinin veya askerlik hizmetini yaparken terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralanan işçinin meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırılmaları zorunlu kılınmıştır (İşK. md. 30/f. 1). Böylece kamu işvereni zorunlu çalıştırma kapsamında istihdam edeceği işçileri Kanunun aradığı özelliklere haiz eski hükümlü veya terör mağdurlarından (toplamda en az %2 oranında olacak şekilde) ihtiyaç veya isteğine göre seçebilecektir.

Kanun maddesinin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile ilgili olarak ise Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik³⁵³ ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında

³⁴⁸ 5763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 4857 sayılı İşK. md. 30 hükmünde bu oranın her yılın Ocak ayı başında yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirleneceği düzenlenmişti. Dolayısıyla bu kapsamda çalıştırılacak eski hükümlü oranı kanuni olarak belli değildi.

³⁴⁹ RG 26.05.2008, S.26887.

³⁵⁰ Eski hükümlü çalıştırılmasına ilişkin kanuni düzenlemeler İşK. ile Deniz İşK.'nda hüküm altına alınmış ancak Basın İşK. ile TBK'nda bu yükümlülüğe ilişkin bir düzenleme yer verilmemiştir. Deniz İşK. md. 13'te düzenleme altına alınan yükümlülük eski haliyle halen yürürlükte iken İşK.'nda 5763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik kapsamında eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu sadece kamu ve kuruluşlarının yükümlülüğüne bırakıldığından gerek İşK. gerekse Deniz İşK. kapsamındaki özel işverenler için artık eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu söz konusu değildir.

³⁵¹ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: RG 04.07.2012, S. 28351.

³⁵² Terör mağduru çalıştırma zorunluluğu aşağıda incelenecektir. Bkz. İkinci Bölüm, II, C.

³⁵³ RG 24.03.2004, S.25412.

Yönetmelik³⁵⁴ yürürlükten kaldırılarak yerlerine YİYHHY³⁵⁵ ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadele Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁵⁶ yürürlüğe girmiştir.

Yukarıda bahsedilen gelişmelerden de anlaşılacağı üzere, 1972 yılından 2008 yılına kadar İşK.'nda eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu konusunda özel sektör ve kamu sektörü ayırımı yapılmamışken, 01.07.2008 tarihi itibari ile eski hükümlü çalıştırma zorunluluğunda ayırma gidilerek, özel sektör işverenleri bu zorunluluktan muaf tutularak sadece kamu kurum ve kuruluşları için zorunluluk korunmuştur. Özel sektör işverenlerinin eski hükümlü istihdam zorunluluğunu kaldıran kanunun adı İstihdamı Teşvik Kanunu'dur. Küresel ekonomik krizin etkisiyle 2008 yılında çıkarılan bu kanunda özellikle genç işsizlerin istihdamını teşvik eden ve işverenin üzerindeki sosyal sigorta prim yükümlülüklerini önemli ölçüde azaltan bir dizi hükme yer verilirken eski hükümlü istihdamı zorunluluğu da kaldırılmıştır. Özel sektör işverenin eski hükümlü istihdamı için teşvik etmek yerine bir istihdamı teşvik kanunuyla eski hükümlü istihdam zorunluluğunun kaldırılmış olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir³⁵⁷. Bunun yanında böylesi bir ayırma gidilmesinin nedeni olarak sosyolojik ve ekonomik bakımdan yaşanan sorunlar nedeniyle özel sektör işverenlerin eski hükümlü çalıştırmaya sıcak bakmaması ve kendilerine dayatılmasının istenmemesi düşünülebilir³⁵⁸. Zira daha önce bu ödevin Devlete ait olduğu ileri sürülerek İşK. 30. maddesinin iptaline yönelik talep AYM'ne iletilmişti³⁵⁹. Ancak, AYM bunun AY'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel sektör açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilmediği gerekçesiyle davayı oybirliği ile reddetmişti.

³⁵⁴ RG 28.04.2004, S. 25446.

³⁵⁵ RG 25.04.2009, S. 27210.

³⁵⁶ RG 19.09.2009, S.27354. Bu yönetmeliğin adı "Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" iken 06.12.2012 tarih ve 28489 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan "Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile metne işlendiği biçimde değiştirilmiştir.

³⁵⁷ ENGİN, Eski Hükümlü, s. 33.

³⁵⁸ BEDÜK, 2010, s. 52.

³⁵⁹ AYM, T. 19.6.2008, E. 2006/101, K. 2008/126: RG 19.11.2008, S. 27059. Kararın yerinde olduğu ancak gerekçesinin yeterli olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. BOZKURT, sf. 87 vd.

2. Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Şartları

İşK.'nda yürürlükte bulunan hükümler kapsamında kamu işverenleri elli ve daha fazla işçi çalıştırdıkları kamu işyerlerinde %2 oranında (terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralanan veya) eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırılmak zorundadırlar (md. 30/f. 1). Belirtmek gerekir ki, Kanunun öngördüğü oran nispi emredici bir oran olup, bunun üzerinde eski hükümlü işçinin işe alınmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır³⁶⁰. Eski hükümlü çalıştırma zorunluluğundan bahsedilebilmesi için Kanun ve yönetmelikteki özellikleri haiz bir kamu işvereni, eski hükümlü niteliğini haiz bir işçi ve uygulanmakta olan sürekli bir işin olması gerekir.

İşK. ile kamu işverenleri için getirilen yükümlülük kapsamında çalıştırılacak eski hükümlü işçi sayısının tespitinde uygulanacak hususlar ise engelli çalıştırma zorunluluğundaki kurallar ile aynı olup yukarıda detaylı olarak açıklandığından³⁶¹ burada tekrar değinilmemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, kamu kurum ve kuruluşlarında eski hükümlü çalıştırılması için asgari sayının tespitinde de tüm çalışanlar değil, sadece İşK. kapsamındaki işçiler göz önünde tutulacak, o işyerinde çalışan memurlar, sözleşmeli personel bu sayıya dahil edilmeyecektir³⁶².

Kanun düzenlemesine göre tüm kamu işverenleri için değil, en az elli işçi çalışan kamu işyerlerinde işverenlerin eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu vardır. Çalıştırılacak eski hükümlülerin ise herhangi bir sınırlama olmaksızın kamuya ait tüm işyerlerinde çalıştırılmaları esastır. Ancak KKEHTMMSŞYİOAUHY md. 2'de bazı kurum ve kuruluşlara istisna getirilmiştir. Buna göre; kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları ile müesseseleri, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun çerçevesinde özelleştirme kapsamında veya programında bulunan kuruluşlardan sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait olanlar ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunuyla kurulmuş ve sermayesinin tamamı Hazineye ait kuruluşlar hariç olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarının, il özel idarelerinin, belediyelerin ve

³⁶⁰ **BEDÜK**, 2002, s. 23-24.

³⁶¹ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 3.

³⁶² **BEDÜK**, 2010, s. 57.

bunların kurdukları veya üye oldukları mahalli idare birlikleri ile bağı kuruluşlarının Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurdukları şirketler ile kooperatifler, bankalar, borsalar ve bunların müessese, teşebbüs, işletme ve iştiraklerinin, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununa göre kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları eski hükümlü çalıştırma zorunluluğundan muaf tutulmuşlardır (md. 2/f. 2). Bununla birlikte İşK. dajenel olarak yükümlülüğü düzenledikten sonra kamu güvenliği ile ilgili olarak kanunlardaki kamu güvenliği ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümlerin saklı olduğunu belirtmiştir (md. 30/f. son). Bu bağlamda eski hükümlülerin, herhangi bir sınırlama olmaksızın kamuya ait işyerlerinde çalıştırılmaları esas olmakla birlikte kamu güvenliği ile ilgili hizmet üreten işyerlerinde eski hükümlü çalıřtırılmamaktadır³⁶³. Bu kapsamdaki işyerleri ilgisine göre, Adalet, Milli Savunma, İçişleri ve Milli Eğitim Bakanlıklarının görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tespit edilir (YİYHHY md. 20/f. 1). Aynı istisna, kanun maddesine uygun olarak KKEHTMMSŞYİÖAUHY’te de vurgulanmıştır. Buna göre, işçi talep eden kamu kurum ve kuruluşu tarafından, işçinin alınacağı mesleğin niteliğine göre özel şartlar belirlenirken kamu güvenliğine ilişkin hizmetlere yönelik olarak ilgili mevzuatlarda yer alan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, suç tasnifine göre eski hükümlüler arasında ayırım yapılmaması hususlarına dikkat edilir (md. 4/d). Bu istisnalar haricindeki diğer tüm kamu kurum ve kuruluşları Kanunla getirilen eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna tabidir (md. 2/f. 1).Ancak belirtmek gerekir ki, kamu işyerinde kamu güvenliği nedeniyle eski hükümlü çalıştırılmayacağı tespit edildiğinde o işveren eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünden kurtulacak olsa da yükümlülüğü sona ermeyecek ve terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananları istihdam etmesi gerekecektir (YİYHHY md. 20/f. 2).

Kanunun eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna ilişkin işverende aradığı şartları kaybeden kamu işvereni, artık eski hükümlü çalıştırmak zorunda olmayacaktır. Ancak bu durum daha önce işe alınmış ve çalışmakta olan eski hükümlü işçilerin işe

³⁶³ “Emniyet Genel Müdürlüğü hizmet binalarında yürütölen temizlik işlerinin, yukarıda bahsedilen Tüzük hükmünde yer alan yurt güvenliği ile ilgili bir hizmet kapsamı dışında sayılmasına imkan bulunmamaktadır.”: Danıştay 10. D., T. 19.04.2005, E. 2002/1813, K. 2005/1968: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

sözleşmelerini olumsuz anlamda etkilemeyecek ve işveren için bir fesih nedeni oluşturmayacaktır³⁶⁴.

a. Düzenlemeden Yararlanabilecek Eski Hükümlüler

İşK.'nda eski hükümlü çalıştırılacağına ilişkin düzenleme yapılmış olmakla birlikte kimlerin bu düzenlemeden yararlanabileceği belirtilmemiş, diğer bir ifade ile eski hükümlü tanımı yapılmamıştır.

Kamu işyerlerinde zorunlu olarak çalıştırılacak “eski hükümlü” kapsamına kimlerin gireceği, diğer bir ifade ile sözü edilen çalıştırma zorunluluğu kapsamında istihdam edilme hakkından kimlerin yararlanacağı YİYYHY'in tanımlar başlıklı 3. maddesinde *“bir yıldan uzun süreli bir cezadan veya Devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giyenleri, cezasını infaz kurumlarında tamamlayanları, cezası ertelenenleri, koşullu salıverilenleri, özel kanunlarda belirtilen şartlardan dolayı istihdam olanağı bulunmayanları ve ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı bulunanlar”* şeklinde ifade edilmiştir. Benzer yönde ancak bazı farklılıklar ile KKEHTMMSŞYİÖAUHY'te de eski hükümlü tanımına yer verilmiştir. Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinde yapılan tanıma göre eski hükümlü *“kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına veya Devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giyenlerden cezasını infaz kurumlarında tamamlayanları, cezası ertelenenleri, koşullu salıverilenleri; özel kanunlarda belirtilen şartlardan dolayı istihdam olanağı bulunmayanları; ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı bulunanlardan, Cumhuriyet Başsavcılığından alınan salıverilen hükümlülere ait durum bildirme formu ile durumlarını belgelendirenleri”* ifade eder. YİYYHY'de suçla ilgili kasıt ve taksir gibi bir ayırım yapılmazken daha sonra yürürlüğe giren KKEHTMMSŞYİÖAUHY'de *“kasten işlenen suç olma”* şartı getirilmiş ve buna *“Cumhuriyet Başsavcılığından alınan salıverilen hükümlülere ait durum bildirme formu ile durumlarını belgelendirme”* şartı eklenerek kapsam biraz daha daraltılmıştır. Bir diğer fark ise, YİYYHY'de mahkûmiyet için *“bir yıldan uzun süreli hapis cezası”* şartı aranmışken KKEHTMMSŞYİÖAUHY'de *“bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezası”* aranmış

³⁶⁴ **BEDÜK**, 2002, s. 33.

olmasıdır³⁶⁵. Her iki yönetmelikte kavram birliği olmaması bir eksiklik olmakla birlikte KKEHTMMSŞYİÖAUHY'in daha özel bir düzenleme olması ve daha yeni bir yönetmelik olması nedeniyle Kanunun uygulanmasında eski hükümlü tanımı olarak bu Yönetmelikteki tanımın esas alınması uygun olacaktır³⁶⁶. Bunun sonucu olarak eski hükümlü tanımına girmeyenler eski hükümlü çalıştırma zorunluluğundan yararlanamayacaklardır.

657 sayılı DMK ise bir kimsenin devlet memuru olabilmesi için TCK'nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmaması gerektiği belirtilmiştir (md. 48). Ancak Yönetmelikte eski hükümlü için yapılan tanımda buna ilişkin bir ifade yer olmadığından, kişi devlet memuru olmaya engel bir suçtan dolayı mahkûm olsa bile Yönetmeliklerdeki şartları taşıması halinde eski hükümlü sayılacak ve kamu kurum ve kuruluşlarında eski hükümlü işçi olarak çalışabilecektir³⁶⁷.

YİYHHY'deki tanımdan farklı olarak KKEHTMMSŞYİÖAUHY'deki tanımda Cumhuriyet Başsavcılığından alınan salıverilen hükümlülere ait durum bildirme formu ile durumlarını belgelendirmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bir tür ispat şartı olduğundan ilgili belgenin olmaması eski hükümlü sıfatının kaybı anlamına gelmemelidir. Diğer bir ifade ile, alınacak bu belge eski hükümlü niteliğinin kazanılması için değil, hükümlülüğün ispatı bakımından gereklidir³⁶⁸.

Mülga Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük³⁶⁹'te mükerrer suç işlediği belirlenen eski hükümlülerin, Tüzük hükümlerinden yararlanamayacakları düzenlenmiş

³⁶⁵ Yürürlükteki yönetmeliklerden farklı olarak ÖEHTMİHY'te eski hükümlü tanımı yapılırken hapis cezasının "altı aydan daha uzun süreli olması" aranmıştır (md. 3).

³⁶⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 549.

³⁶⁷ BEDÜK, 2010, s. 62.

³⁶⁸ BEDÜK, 2010, s. 62.

³⁶⁹ RG 17.03.1987, S. 19403.

(md. 2/f. 2) iken yürürlükteki Yönetmelik hükümlerinde bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bağlamda, mükerrer suç işlenmesi eski hükümlülerin Yönetmelik hükümlerinden faydalanmalarına engel teşkil etmeyecek ve bu kişiler de kamu işyerlerinde işçi olarak çalışabileceklerdir.

Eski hükümlü sayılmaya ilişkin tanıtmda yer alan “ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı olma” durumuna ayrıca değinmekte fayda vardır. Zira yürürlükteki TCK’nda ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı olma durumu asli bir ceza olarak düzenlenmemiştir. TCK’na göre suç karşılığı yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbirleri şeklinde düzenlenmiş olup verilecek cezalar da hapis cezası ve adli para cezalarıdır (md. 45). Güvenlik tedbiri uygulaması kapsamında da suç işleyen kişi belli birtakım hakları kullanmaktan yasaklanabilmektedir (md. 53). Ancak yürürlükteki TCK kapsamında anılan haklardan yoksun kılınma hali süresiz değil süreli olarak uygulanmakta ve kasıtlı işlenen bir suçtan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam etmektedir³⁷⁰. Bu durum kanunun gerekçesinde de belirtilmiştir³⁷¹. Bu nedenle kamu hizmetlerinden süresiz bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, yasaklanmış hakların geri verilmesinden de artık söz edilemeyecektir. Dolayısıyla Yönetmeliklerdeki eski hükümlü tanımında yer alan “ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı olma” ifadesi TCK sistematiğine aykırılık oluşturmaktadır³⁷². Yönetmelik düzenlemelerinde TCK uygulaması ile paralel bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.

Yönetmelik hükümlerinde özel af veya genel af ile tahliye edilenlerin eski hükümlü olarak sayılıp sayılmayacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konu ile ilgili

³⁷⁰ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 729.

³⁷¹ TCK md. 53 gerekçesi: “Hak yoksunluğu süresiz değildir. Cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiştir. Bu nedenle, madde metninde söz konusu hak yoksunluklarının mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür. Böylece, kişi mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir. Bu sistemde süresiz bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, yasaklanmış hakların geri verilmesinden artık söz edilemeyecektir.”. Bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc [erişim tarihi: 15.04.2017].

³⁷² BEDÜK, 2010, s. 63.

TCK'na baktığımızda genel af halinde, kamu davasının düşeceği, hükmolunan cezaların bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkacağı düzenlenmiştir (md. 65/f. 1). Bu kapsamda eski hükümlü kavramının lafzi olarak yorumlanması halinde genel af durumunda eski hükümlülük halinden söz edilemeyecektir³⁷³. Ancak doktrinde kanun düzenlemesinin amacından hareketle hüküm giyip cezaevine giren ve fakat genel aftan yararlanarak cezaevinden çıkan kişilerin de eski hükümlü kapsamına sokulması ve Yönetmelik ile İşK. hükümlerinden yararlandırılması gerektiği; buna karşılık henüz hüküm giyip hapsedilmeden önce çıkarılan genelfandan yararlanan kişilerin ise hüküm giyip henüz cezaevine girmemiş olmaları ve kötü bir şöhret edinmemiş olmaları nedeniyle İşK. ve Yönetmelik hükümlerinden yararlandırılmalarına gerek bulunmadığı savunulmuştur³⁷⁴. Kanaatimizce de, İşK. ve Yönetmeliğin amacı, hüküm giyip, cezaevinde yatmış olması nedeniyle iş bulmakta güçlük çekenlere yardımcı olmak olduğundan hüküm giyip hapse girmiş ve sonra genel afdan yararlanarak çıkmış bir kişi de iş bulmakta aynı sorunlarla karşılaşabileceğinden İş Kanunu ve Yönetmelik hükümlerinden yararlandırılması yerinde olacaktır.

Özel af halinde ise hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir (TCK md. 65/f. 2). Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir (md. 65/f. 3). Bu bağlamda kasten işlediği bir suçtan dolayı bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına mahkûm olup özel af nedeniyle infaz süresi kısaltılanların veya infazına son verilenlerin eski hükümlü sayılabileceği söylenebilecektir. Ancak KKEHTMMSŞYİOAUHY'deki tanımda cezanın infaz kurumunda tamamlanması arandığından özel af ile cezası adli para cezasına çevrilenlerin doktrinde Yönetmelik kapsamı dışında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁷⁵. Kanaatimizce, düzenlemenin lafzi yorumundan özel af ile serbest kalanlar eski hükümlü sayılamayacaklardır. Ancak düzenlemenin amacına uygun olarak Yönetmelikte bu kapsamda özel affa uğrayanları da kapsama alacak değişikliğe gidilmesi uygun olacaktır.

³⁷³ **BEDÜK**, 2010, s. 65.

³⁷⁴ **MANAV**, s. 151; **CANIKLIOĞLU**, Sakat Çalıştırma, s. 83; **TUNÇOMAĞ**, Eski Hükümlü, s. 380.

³⁷⁵ **BEDÜK**, 2010, s. 65.

Kanun ve yönetmelik düzenlemelerinde ceza mahkûmiyeti kesinleşen kişinin bu cezasının adli sicilden silinmiş olup olmaması üzerinde durulmamıştır. Konu ile ilgili olarak doktrinde mahkûmiyeti (sabıkası) adli sicilden Adli Sicil Yönetmeliği³⁷⁶ kapsamında silinenlerin hiç suç işlememiş gibi değerlendirilmesi ve bu nedenle eski hükümlü sayılmamaları gerektiği öne sürülmüştür³⁷⁷. Ancak kanaatimizce, yönetmeliklerde bu yönde bir düzenleme bulunmadığından söz konuu kişilerin eski hükümlü sayılarak yararlandırılmaları uygun olacaktır.

Yukarıda belirtilenlere ek olarak KKEHTMMSŞYİOAUHY’te kamu kurum ve kuruluşlarında eski hükümlü olarak çalışacaklarda bazı şartlar aranmıştır. Buna göre eski hükümlü olarak zorunlu istihdam kapsamında çalışacak adayların 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun³⁷⁸ hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşı olmak, on sekiz yaşını tamamlamış olmak, kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşımak, ortaöğretim ve üstü eğitim düzeyindeki işçi talepleri için ise KPSS’ye girmiş olmaları gerekmektedir (md. 5). Belirtilen bu şartları taşımayan adayların Yönetmelik hükümlerinden faydalanmaları mümkün değildir.

b. İşverenin Eski Hükümlü İstihdam Süreci

Mevzuat hükümleri uyarınca eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü olan kamu işvereni kanunda belirtilen oranda eski hükümlüyü işyerinde istihdam etmekle yükümlüdür. 657 sayılı DMK’na göre kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür. Memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuata göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle geçici işçiler çalıştırılır. Bunlar hakkında DMK hükümleri uygulanmaz (md. 4). Bu kapsamda eski hükümlü sıfatıyla

³⁷⁶ RG 07.09.2005, S. 25929.

³⁷⁷ AKYİĞİT, Şerh, s. 1416.

³⁷⁸ RG 25.09.1981, S. 17473.

kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilecekler de İşK.'na tabi olacak ve kamu işverenine ait işyerlerinde iş sözleşmesiyle çalışacaklardır³⁷⁹.

İşK.'na göre sözleşme taraflarının iş sözleşmesini, istisnalar hariç olmak üzere, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilmeleri esastır. İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir (md. 9). Ancak belirtmek gerekir ki en çok otuz işgünü süren süreksiz işlerde eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu uygulanmaz (md. 10). Çalıştırılacak eski hükümlüler ile hangi tür iş sözleşmesinin yapılacağı yönünde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak KKEHTMMSSŞYİÖAUHY'in amaç başlıklı 1. maddesinde eski hükümlülerin sürekli (belirsiz süreli) veya geçici süreli işlerde çalıştırılabileceği dolaylı olarak ifade edilmiştir. Ayrıca KKEHTMMSSŞYİÖAUHY'te DMK'ndaki düzenlemeye paralel olarak kamu kurum ve kuruluşlarında belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan eski hükümlü sürekli işçi; mevsimlik ve kampanya işleri ile orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde bir mali yılda altı aydan az olmak üzere vize edilecek geçici iş pozisyonlarında çalıştırılan eski hükümlü ise geçici işçi olarak tanımlanmıştır (md. 4). Bu kapsamda kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılacak eski hükümlü ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapılması esas olmakla birlikte, geçici süreli (belirli süreli) iş sözleşmesi yapılmasına da mevzuat imkân tanımıştır. Böylece bir mali yılda en çok altı aylık bir süre için izin verilecek geçici iş pozisyonlarında eski hükümlü çalıştırılması da mümkündür. Bununla birlikte eski hükümlü ile ilk başta deneme süreli iş sözleşmesi yapılması da mümkündür (md. 9/f. 4; md. 20/f. 1). Ayrıca, işyerinde kısmi süreli çalışma yapan işveren, eski hükümlünün bu yönde bir talebi olması halinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile de eski hükümlüyü istihdam edebilir (YİYHHY md. 11/f. 4).

Kamu işvereni, çalıştırmakla yükümlü olduğu eski hükümlü işçileri engelli istihdamında olduğu gibi İş-Kur aracılığı ile sağlar (İşK. md. 30/f. 3). Bu amaçla işverenlerin Kuruma kaydolmaları zorunludur (YİYHHY md. 4).

³⁷⁹ **BEDÜK**, 2010, s. 71.

Kamu işverenleri, çalıştırmakla yükümlü buldukları işçileri, yükümlülüğün doğmasından itibaren beş iş günü içinde işkolu, meslek pozisyonu, öğrenim, iş tecrübesi, ücret, sosyal yardımlar gibi ayrıntılarla yazılı veya elektronik ortamda işçinin çalıştırılacağı işyerinin bulunduğu yerdeki Kurum il müdürlüğünden veya hizmet merkezinden talep etmek ve Kurum il müdürlüğü veya hizmet merkezi tarafından gönderilenler arasından karşılamakla yükümlü kılınmıştır (YİYHHY md. 14/f. 1; KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 6/f. 1).

Kamu işverenleri eski hükümlü için Kuruma yapacakları taleplerde tam bir serbesti içinde değildir. İşin niteliğine göre işveren tarafından özel şartlar belirtilebilecekse de Yönetmelik, ayrımcılığa yönelik talepleri yasaklamıştır. Buna göre sınava tabi taleplerde; ortaöğretim, önlisans ve lisans düzeylerinden yalnızca birinden yapılması; eğitim durumlarının, belirli bir eğitim kurumu ismi ifade edilmeksizin, sadece mesleğe uygun bölümlerin belirtilmesi; biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça cinsiyet ayrımına yer verilmemesi, işçinin istihdam edileceği meslek ile işçide aranan şartlar ve istenen belgeler arasında tutarlılık bulunması ve kamu güvenliğine ilişkin hizmetlere yönelik olarak ilgili mevzuatlarda yer alan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla suç tasnifine göre eski hükümlüler arasında ayırım yapılmaması esastır (YİYHHY md. 14/f. 2, f. 4; KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 7).

Yönetmelikte taleplerin yerinden temin edilmesi amaçlanmıştır. Bu amaçla sürekli işçi talepleri il düzeyinde, geçici işçi talepleri ise il veya ilçe düzeyinde yapılır. Teşkilat yapıları veya faaliyetlerinin bölge düzeyinde olması halinde, kamu kurum ve kuruluşları işgücü talebini bölge düzeyinde de yapabilir (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 6/f. 3). Ancak taleplerin yerel düzeyde karşılanamaması halinde kademeli olarak ulusal düzeyde karşılanması yoluna gidilebilir. Bu itibarla il düzeyinde verilen sürekli veya geçici işçi taleplerinin karşılanamaması halinde ulusal düzeyde, ilçe düzeyinde verilen geçici işçi taleplerinin karşılanamaması halinde ise önce il düzeyinde sonra ulusal düzeyde karşılanması yoluna gidilecektir (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 6/f. 4). İşveren tarafından yapılan eski hükümlü işçi talebi için İş-Kur tarafından açık iş sayısı kadar ya da açık iş sayısından daha az aday gönderilmesi halinde, talep yerel düzeyde karşılanamazsa kademeli olarak ulusal düzeyde talebi karşılama yoluna gidilir. Bu

şekilde de talebin açık kalması halinde KPSS şartı aranmaksızın Kuruma kayıt tarihi esas alınarak açık iş sayısının üç katına kadar aday kamu kurum ve kuruluşuna gönderilir. Buna rağmen karşılanamayan talepler için, talep sahibi kamu kurum ve kuruluşu ile görüşülerek talep şartları değiştirilmek suretiyle yeniden talepte bulunulması sağlanır (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 9/f. son). Ancak eski hükümlü işçi talebine uygun olarak Türkiye İş Kurumu tarafından en az açık iş sayısı kadar aday bildirilmesine rağmen, kamu kurum ve kuruluşlarınca yerleştirme yapılmayarak iptal edilen talepler için, aynı şartlarda ve aynı yıl içinde yeniden Kurumdan işçi talebinde bulunulamaz (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 14).

Kamu kurum ve kuruluşlarının eski hükümlü işçi talebini alan İş-Kur, bu talepleri kendi internet sayfasında ilan eder ve adaylara en az on günlük başvuru süresi tanır. Ayrıca Kurum tarafından gerek duyulduğunda diğer iletişim araçları ile de ilan edilmesi yoluna gidilebilir (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 8/f. 1, f. 2). İş-Kur eski hükümlü işçi taleplerini eğitim düzeyine göre iki farklı usule göre belirler. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarının ortaöğretim ve daha yüksek eğitim düzeyindeki işçi talepleri KPSS puanıyla³⁸⁰, ilköğretim ve daha alt eğitim düzeyindeki işçi talepleri ile kömür ve maden işletmelerinin yeraltı işlerinde çalıştırılacaklara ilişkin talepleri noter huzurunda çekilecek kura ile belirlenir (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 9/f. 1). Yönetmelikte ayrıca kamu kurum ve kuruluşunda ortaöğretim ve daha yüksek eğitim düzeyinde sürekli (belirsiz süreli) işçi olarak başlayan ve deneme süresi sonunda da çalışmaya devam eden eski hükümlülerin aynı tarihli KPSS puanları ile bir başka kamu kurum ve kuruluşunun sürekli işçi talebine başvurularının kabul edilmeyeceği belirtilmiştir (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 9/f. 3).

Kurum tarafından talep ve başvuru kapsamında oluşturulan listeler, son başvuru tarihini izleyen günden itibaren beş iş günü içinde, sınav yapılmak üzere ilgili kamu işverenine gönderilir (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 12). Kamu işvereni, İş-Kur tarafından gönderilen listelerdeki adayların genel ve özel şartları taşıyıp taşımadıklarını, sınavdan önce inceler ve talep şartlarına uymayan adayları, isimleri ve belgeleriyle birlikte Kuruma ileterek aynı sayıda ve aynı listeden sıra gözetilerek bir defaya mahsus olmak

³⁸⁰ Yönetmeliğe göre adayların başvuru yapması için KPSS'ye girmiş olmaları yeterli olup; bunlar için herhangi bir puan barajı aranmaz (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 9/f. 2).

üzere ek liste gönderilmesi talep edebilir (KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 13/f. 1). İşveren tarafından yapılacak sınava, açık iş sayısının altında katılım olması hâlinde, sınav yapılmadan önce kamu işvereni talebi üzerine, başvuru yaptığı halde gönderilen listelere giremeyen en yüksek puanlı kişiden başlanmak suretiyle, Kurum tarafından açık iş sayısının üç katını tamamlayacak şekilde yeni bir liste gönderilir (KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 13/f. 2).

İşverenin eski hükümlü işçi istihdamında, işçisi iken eski hükümlü hale gelen adaylara tanınan öncelik hakkı 5763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle kaldırılmış ve bu hak artık sadece engelliler için geçerli olmuştur.

İş-Kur'dan aday listesini alan kamu kurum ve kuruluşu otuz gün içerisinde yazılı veya sözlü yöntemlerinden birini veya her ikisini kullanarak, mesleki bilgi ve becerilere ilişkin konuları içeren bir sınav yapar (KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 16/f. 1, f. 2). Adayın başarı puanı; hem yazılı hem de sözlü sınav yapılması hâlinde, adayın KPSS puanının %50'si, yazılı sınav puanının %30'u, sözlü sınav puanının %20'si; sadece yazılı ya da sadece sözlü sınav yapılması halinde KPSS puanının %70'i, yazılı veya sözlü sınav puanının %30'undan oluşur (KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 17/f. 3). Sınav kapsamında sonuçlar sınava giren adaylara yazılı olarak bildirilir ve başarı puanı en yüksek olan adaydan başlanmak suretiyle açık iş sayısı kadar asıl ve aynı sayıda da yedek liste³⁸¹ belirlenerek sınavın bitiminden itibaren yedi gün içinde herkesin görebileceği bir yere asılmak veya varsa internet sitesinde yayınlanmak suretiyle ilan edilir (KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 17/f. 3, md. 18). Sınav sonuçlarına tebliğden itibaren yedi gün içerisinde sınav kurulu nezdinde itiraz edilebilir (KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 18). Sınav sonrası işe yerleştirilenler, yerleştirmeyi takip eden on beş gün içinde Kuruma yazılı olarak bildirilir KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 21/f. 2).

³⁸¹ Sınavda başarılı olup da işe başlamayanlar ile deneme süresi içinde işten ayrılanların yerine, yedek listenin ilk sırasındaki kişiden başlanmak suretiyle yerleştirme yapılır (KKEHTMMSSŸİÖAUHY md. 20).

3. Eski Hükümlülerin Çalıştırılmasında İşverene Getirilen Ek Yükümlülükler

Kamu işvereni, İşK. uyarınca istihdam edeceği eski hükümlüyü meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdür (İşK. md. 30/f. 1; YİYHHY md. 10/f. 1(b)). Bu sebeple işveren eski hükümlü işçinin beden ve ruhi durumuna göre bir iş bulmalı ve bu iş eski hükümlünün mesleğine uygun ise işe yerleştirme yapmalıdır. İşveren ayrıca istihdam edeceği eski hükümlüye yönelik ayrımcı uygulamalardan kaçınmak ve işyerinde ayrıma maruz kalmasını önlemekle de yükümlüdür. Zira eski hükümlülerin, daha önce işledikleri suç ve giydikleri hüküm nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmalarının önlenmesi sosyal devletin bir gerekliliğidir. İşK.'nda da bu amaçla ayrımcılık yasağı kabul edilmiştir ve iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenleme altına alınmıştır (md. 5). Maddede açıkça “hüküm giyme” ifadesi yer almasa da kanun maddesinde yer alan “benzeri nedenler” ifadesinden yola çıkarak “hüküm giymiş olma” nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmanın da madde kapsamında yasaklanmış bir eylem sayılması gerektiği söylenebilecektir. Nitekim benzer bir hüküm YİYHHY’te de yer almaktadır. Yönetmeliğe göre işverenler işe almada; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan aşamaların hiçbirinde eski hükümlüler aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan eski hükümlülerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz (md. 17). Bu nedenle eski hükümlü işçinin de ücret ve diğer haklar bakımından aynı işyerindeki diğer işçilerle eşit muamele görmesi ve eşit sosyal haklara sahip olması esastır. Eski hükümlü olmak daha düşük ücretle çalıştırma sebebi olamaz³⁸².

C. Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Derecede Yaralananlar

AY’nın 60. maddesinde herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirlerin devletçe alınması gerektiği belirtilmiştir. Sosyal devlet olmanın gereği olarak devlet herkese insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte AY’da belli birtakım özelliklere sahip

³⁸² İNCİROĞLU, s. 367; CANIKLIOĞLU, Sakat Çalıştırma, s. 117; BENOKAN / ÖZCAN, s. 187.

kişilerin özel olarak korunması gerektiğine de vurgu yapılmıştır. AY'nın 61. maddesine göre Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlamakla yükümlüdür. Anayasadaki bu esaslardan hareketle terör mağduru olan kişilerin özel olarak korunması ve istihdam edilmesi amacıyla kanuni düzenlemeler yapılmıştır³⁸³.

Anayasanın yukarıda belirtilen maddeleri doğrultusunda askerlik hizmetini ifa ederken terörle mücadele sırasında ölenlerin hak sahiplerine, yaralanarak malul kalanların ise kendilerine 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu³⁸⁴ ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun³⁸⁵ hükümleri çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından aylık bağlanması yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bunlardan, terörle mücadele sırasında malul sayılmayacak derecede yaralananların böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu kişileri iş bulabilmelerinde kolaylık sağlamak amacıyla zorunlu istihdam kapsamındaki kişiler arasına almıştır. Bu kapsamda yapılmış olan kanuni düzenlemeler aşağıda tarihsel olarak ele alınacaktır.

1. Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Derecede Yaralananları Çalıştırma Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemeler

Terör mağdurlarını çalıştırma zorunluluğuna yönelik olarak ilk düzenleme 12.04.1991 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu'na 16.11.1995 tarihinde³⁸⁶ bir ek madde eklenmesi ile söz konusu olmuştur. Getirilen düzenlemede kamu ve özel sektör işvereni ayrımı yapılarak farklı oranlarda çalıştırma zorunluluğu öngörülmüştür. Buna göre genel, katma ve özel bütçeli kurum ve kuruluşlarla mahalli idareler ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan her nevi teşebbüs veya bağlı ortaklıklar, DMK'na tabi memur kadroları ile sözleşmeli personel ve sürekli işçi kadrolarının %0,5'ini; özel sektörde ise 50 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde

³⁸³ **KANDEMİR, Murat**, "İşverenin Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu", Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 3, Ankara 2005, s. 3; **BENOKAN / ÖZCAN**, s. 178; **ÇENBERCİ**, s. 639; **AKAR**, s. 65.

³⁸⁴ RG 12.04.1991, S. 20843.

³⁸⁵ RG 06.11.1980, S. 17152.

³⁸⁶ Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun: RG 16.11.1995, S. 22465.

çalıştırılan toplam işçi sayısının %2'sini, terör eylemleri³⁸⁷ nedeniyle şehit olan veya çalışamayacak derecede malul olan kamu görevlileri ile er ve erbaşların varsa eşlerinin, yoksa çocuklarından birisinin, çocukları da yoksa kardeşlerden birisinin veya malul olup da çalışabilir durumda olanların (kısaca “terör mağduru”) istihdamına ayırmakla yükümlü kılınmıştır (Ek md. 1/A-B). Görüldüğü üzere getirilen bu ilk düzenlemede terörle mücadelede çalışabilir olmak koşuluyla malul olanlara, terörle mücadelede ölmesi veya malul olması halinde ise hak sahiplerine istihdam zorunluluğu kapsamında koruma sağlanmaya çalışılmış, Devletin terörle mücadelesi bağlamında anılan konuma düşen kamu görevlisi veya hak sahiplerinden birine istihdam imkânı sunulularak onların yaralarının ve iş hayatındaki olası handikapların önüne geçilmesi ve sonuçta terörle mücadeleye katkı sağlanması amaçlanmıştır³⁸⁸. Ancak özel sektör ve kamu sektöründeki kontenjanlarda dört katına varan bir fark olması, Anayasanın devlete yüklediği bu koruma görevini özel sektöre yüklediği düşüncesiyle doktrinde eleştirilmiştir³⁸⁹. Malul olmayacak derecede yaralananlara yönelik bir düzenleme ise bu dönemde yapılmamıştır.

Terör mağdurlarının özel sektörde istihdam edilmesine yönelik olarak İş Kanunu ile yapılan ilk düzenleme ise 4857 sayılı İşK. ile olmuştur. İşK.'ndaki bu ilk düzenleme 3713 sayılı Kanun'un ek maddesi ile özel sektör işvereni için getirilen çalıştırma zorunluluğunu vurgular niteliktedir. Anılan düzenleme ile elli veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenlerin 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun ek 1inci maddesinin (B) fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu olan terör mağduru işçiyi meslek,

³⁸⁷ Gerek İşK.'ndaki gerekse KKEHTMMSŞYİOAUHY'deki tanımlarda 3713 sayılı Kanun'a atfı yapılmıştır. 3713 sayılı Kanunun 1. maddesinde terör eylemi “*baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylem*” olarak tanımlanmışken daha sonra 4928 sayılı Kanun (RG 19.07.2003, S. 25173) ile maddede değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik sonrası Kanunda terör eylemi “*cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylem*” olarak tanımlanmıştır.

³⁸⁸ AKYİĞİT, Şerh, s. 1417; KILKIŞ, s. 880.

³⁸⁹ KILKIŞ, s. 880.

beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmaları zorunlu kılınmıştır (md. 30). Kanunun uygulanmasına yönelik olarak, terör mağduru işçilerin niteliklerini, hangi işlerde çalıştırılabileceklerini, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma hükümlerini ve mesleğe yöneltilmelerini, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacaklarını ve bunun denetimini, bu hükümlere uymayan işveren hakkında yapılacak işlemlere ilişkin olarak usul ve esasları düzenleyen yönetmelik (ÖEHTMİHY) ise 24.03.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

5763 sayılı Kanun, 15.05.2008 tarihi itibarıyla terör mağduru çalıştırılmasına yönelik önemli birtakım değişiklikler getirmiştir. Yapılan değişiklikler ile terör mağduru çalıştırma zorunluluğu İŞK. ve bu Kanunun atıf yaptığı 3713 sayılı Kanunun madde hükmünden çıkarılmıştır (md. 2; md. 37/ç). Böylece özel sektör işverenleri bu zorunluluktan muaf tutulmuş, diğer bir ifade ile özel sektörde terör mağduru çalıştırılması işverenlerin isteğine bırakılmıştır. Ancak 3713 sayılı Kanun kapsamında genel, katma ve özel bütçeli kurum ve kuruluşlarla mahalli idareler ve sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan her nevi teşebbüs veya bağlı ortaklıklar için terör mağduru çalıştırma zorunluluğu devam etmiş, hatta 5763 sayılı Kanun ile bu kamu işverenleri için çalıştırmaları zorunlu olan terör mağduru işçi oranı %1'e çıkarılmıştır (md. 29). Kanun koyucunun bu değişiklik ile özel sektör işverenlerinin üzerinden aldığı yükümlülüğü kamudaki çalıştırma oranını arttırarak bir nebze de olsa dengeleme yoluna gitmeye çalıştığı söylenebilir.

Terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralanların zorunlu istihdam kapsamına alınması yönündeki ilk düzenleme ise 6353 sayılı Kanun³⁹⁰ ile İŞK'nun 30. maddesinde yapılan değişiklik ile olmuştur. Söz konusu değişiklik kamu işyerlerinde %2 oranında eski hükümlü işçinin veya 1111 sayılı Askerlik Kanunu³⁹¹ veya 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu³⁹² kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde

³⁹⁰ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: RG 04.07.2012, S. 28351.

³⁹¹ RG 16-17.07.1927, S. 631-635.

³⁹² RG 09.06.1927, S. 628.

yaralananların meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırılması zorunlu kılınmıştır (İşK. md. 30; 6353 sayılı Kanun md. 76, md. 79). Böylece kamu işvereni toplamda %2 oranında istihdam zorunluluğunu yerine getirmek koşuluyla, Kanunda belirtilen şartları taşıyan eski hükümlüleri veya terörle mücadelede malul olmayan şekilde yaralananları birlikte veya sadece eski hükümlüleri ya da sadece terörle mücadelede malul olmayan derecede yaralananları işçi olarak istihdam edebilecektir.

Kanun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile ilgili olarak ise YİYYHY³⁹³ ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadele Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁹⁴ yürürlüğe girmiştir.

Tüm bu düzenlemelerin yanında belirtmek gerekir ki, 3713 sayılı Kanun ek madde 1 uyarınca kamu kuruluşları³⁹⁵ DMK'na tabi memur kadroları ile sözleşmeli personel pozisyonlarına ve sürekli işçi kadrolarına Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca hak sahibi olduğu belirlenerek Devlet Personel Başkanlığına bildirilen ve Başkanlıkça kura sonucu atama teklifi yapılanları atamak zorundadır. Söz konusu hak sahipleri ise Kanundaki düzenleme uyarınca terörle mücadelede harp veya vazife malulü sayılanlar ile hayatını kaybedenlerin yakınlarıdır (md. 21; ek md. 1). Böylelikle Devlet terörle mücadelede malul veya engelli hale gelenlere ya da hayatını kaybedenlerin hak sahiplerine aylık bağlayarak koruma altına almaya çalışmakta, bununla birlikte bu hak sahiplerine yönelik, kamu kurum ve kuruluşlarında ihtiyaç bulunması halinde yapılacak işe alımlarda kura ile istihdam imkânı getirerek ek bir koruma yaratmaktadır. Malul derecesinde olmamakla birlikte terörle mücadelede yaralananlar için ise İşK.'ndaki

³⁹³ RG 25.04.2009, S. 27210.

³⁹⁴ RG 19.09.2009, S.27354; Bu yönetmeliğin adı “Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği” iken 06.12.2012 tarihli ve 28489 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilmiştir.

³⁹⁵ 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları, il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları, özel kanunla kurulan diğer her türlü kamu kurum ve kuruluşlarıdır (3713 sayılı Kanun ek md. 1).

düzenleme kapsamında kamu işyerlerinde istihdam edilmelerine yönelik koruyucu bir düzenleme getirmektedir³⁹⁶.

2. Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Derecede Yaralananları Çalıştırma Zorunluluğunun Şartları

İşK.'nin yürürlükteki düzenlemesine göre kamu işverenleri elli ve daha fazla işçi çalıştırdıkları kamu işyerlerinde %2 oranında terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananları veya eski hükümlü işçiyi meslek beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmak zorundadırlar (md. 30/f. 1). Kanunun getirdiği %2'lik oran nispi emredici bir oran olup, bu oranın üzerinde de terörle mücadelede yaralanan işçinin işe alınmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır³⁹⁷. Özel sektör işvereni için ise terör mağduru veya terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananları çalıştırmaya yönelik kanun kapsamında bir zorunluluk bulunmayıp bu konuda tamamen serbest bırakılmıştır. Kanun kapsamında bir zorunluluktan bahsedilebilmesi için Kanun ve Yönetmeliklerdeki özellikleri haiz bir kamu işvereni³⁹⁸, terörle mücadelede yaralanan ve kanuni şartları haiz bir işçi ve uygulanmakta olan sürekli bir işin olması gerekir. Kanun düzenlemesine göre en az elli işçi çalıştıran kamu işyerlilerörle mücadelede yaralanan işçiyi çalıştırma zorunluluğu altında bulunmaktadır. Terörle mücadelede yaralananların herhangi bir sınırlama olmaksızın kamuya ait tüm işyerlerinde çalıştırılmaları esastır.

İşK. ile kamu işverenleri için getirilen yükümlülük kapsamında çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde uygulanacak hususlar ise engelli çalıştırma zorunluluğundaki kurallar ile aynı olup yukarıda³⁹⁹ detaylı olarak açıklandığından burada tekrar değinilmemiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kamu kurum ve kuruluşlarında terörle mücadelede yaralananların çalıştırılması için asgari sayının tespitinde de tüm çalışanlar

³⁹⁶ Bu kapsamda istihdam edilme süreçlerine yönelik usul ve esaslar için bkz. Terörle Mücadele Kanunu Kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdam Edilecekler Hakkında Yönetmelik: RG 09.05.2014, S. 28995.

³⁹⁷ **BEDÜK**, 2002,s. 23-24.

³⁹⁸ Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında kamu işyerleri için bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2.

³⁹⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 3.

değil, sadece İşK. kapsamındaki işçiler göz önünde tutulacak, o işyerinde çalışan memurlar ile sözleşmeli personel bu sayıya dahil edilmeyecektir⁴⁰⁰.

2.a. Düzenlemeden Yararlanabilecek Kişiler

İşK.'ndaki düzenleme ile kamu işverenleri için terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralanan kişileri çalıştırma zorunluluğu getirilmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre bu kişiler 21.06.1927 tarih ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16.06.1927 tarih ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananlardır (İşK. md. 30/f. 1). Kanunun uygulanmasına yönelik çıkarılan KKEHTMMSŞYİÖAUHY'te ve YİYHHY'te bu kişilerin ayrıca durumunu gösterir (ispat amacıyla) sağlık raporuna ve terörle mücadelede yaralandığını gösteren komutanlık yazısına sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir (KKEHTMMSŞYİÖAUHY md. 4/ğ; YİYHHY md. 3/g).

KKEHTMMSŞYİÖAUHY uyarınca istihdam edilecek olan terör mağdurları için ek birtakım şartlar da getirilmiştir. Buna göre kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak istihdam edileceklerin Türk vatandaşı olması, on sekiz yaşını tamamlamış olması, kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşımaları, ortaöğretim ve üstü eğitim düzeyindeki işçi alımlarında ise KPSS sınavına girmiş olmaları gerekmektedir (md. 5).

Terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananların istihdam edilmesine yönelik usul ve esaslar KKEHTMMSŞYİÖAUHY'de düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu Yönetmelik eski hükümlü ve terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananların kamu işverenince işe alınmasına ilişkin süreci düzenleme altına almakta olup süreç hakkında yukarıda⁴⁰¹ daha önce detaylı bilgi verildiğinden burada tekrardan kaçınmak adına bilgi verilmemiştir. Zira yukarıda belirtilen süreç ve hususlar burada da geçerlidir.

⁴⁰⁰ BEDÜK, 2010, s. 57.

⁴⁰¹ Bkz. İkinci Bölüm, II, B, 3.

III. Yeniden İşe Alma Zorunlulukları ile İşe Alma Zorunluluklarına Aykırılığın Yaptırımları

İşverenin kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırı yeniden işe alma zorunluluğuna veya işe alma zorunluluğuna uymaması ve işçilerin istihdamını gerçekleştirmemiş olması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Her bir aykırılık hali için kanunda farklı yaptırımlar düzenleme altına alınmış olup aşağıda detaylı olarak inceleme altına alınmıştır.

A. Yeniden İşe Alma Zorunluluklarına Aykırılığın Yaptırımları

Kanunun işveren için öngördüğü yeniden işe alma zorunluluklarından biri olan toplu işten çıkarılan işçilerin kanuna aykırı olarak işe alınmaması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Kanuni düzenlemede altı aylık bir süre belirtildiğinden, kanunun lafzi yorumundan yeniden işe alma ihtiyacının belirtilen altı aylık süreden sonra doğması veya altı aylık süre içinde doğmuş olmakla birlikte farklı nitelikteki bir iş için söz konusu olması durumunda yeniden işe alma yükümlülüğünün söz konusu olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak altı ay dolar dolmaz veya dolmasından çok kısa bir süre içerisinde işverenin başka işçilerle iş sözleşmesi yapması halinde kanaatimizce işverenin kötü niyetli olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Bu inceleme ise dürüstlük kuralı (TMK md. 2) ve somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapılmalı ve işverenin kötü niyetli olduğunun tespiti halinde hukuka aykırı davranıldığı kabul edilmelidir. Toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak isteyen işverenin, çıkardığı işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen işe almaması halinde de pek tabidir ki söz konusu yükümlülüğe aykırılık söz konusu olacaktır⁴⁰². Fakat belirtilmelidir ki, işverenin madde 29/f. 6'da öngörülen yeniden işe alma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde kanunda herhangi hukuki bir yaptırım öngörülmemiştir. Zira İşK. 100. maddesindeki toplu işçi

⁴⁰² Taşkent'e göre, madde metnindeki "tercihen işe çağırır" ifadesi, işverenin eski işçisi ile iş sözleşmesi yapıp yapmama konusunda bir tercih hakkı olduğu anlamına gelmekte olup işveren bu yönde bir tercihte bulunmaz ise herhangi bir aykırılık söz konusu olmayacaktır: **TAŞKENT**, s. 724. Kanatimizce ise bu ifade ile kastedilmek istenen eski işçiler arasında niteliklerine göre işe çağırma işverene tanınan serbestidir.

çıkarma hükümlerine aykırılık nedeniyle öngörülen idari para cezası, 29. madde hükümlerine aykırı olarak işçi çıkarılması durumunda uygulanacak bir idari para cezasıdır. Bu da madde düzenlemesinin işverene lafzen bir yeniden işe alma yükümlülüğü getirdiği ve yeniden işe alma konusunun işverenin takdirine bırakıldığını göstermektedir⁴⁰³. Oysa 1475 sayılı İşK.'nun ilk düzenlemesinde yeniden işe alma yükümlülüğüne aykırılıkta idari para cezası öngörülmüştü (md. 98)⁴⁰⁴. İşverenin keyfi davranmasını önlemek ve yükümlülüğün işveren için bağlayıcı olmasını sağlamak adına kanunda yaptırım öngörülmesi yerinde olacaktır.

Her ne kadar kanunda işverenin yeniden işe alma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde (hukuki veya cezai) bir yaptırım öngörülmemiş olsa da doktrinde hükmün amaçsal yorum yoluyla hukuksal yaptırımın mümkün olması gerektiği savunulmuştur. Bir görüşe göre, iş sözleşmesini yapmaktan kaçınan işveren işçinin bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁰⁵. Diğer bir görüşe göre ise, yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunan bu durumda işçi, yükümlülüğe uymayan işverene karşı aynen ifa davası açabilecektir⁴⁰⁶. Buna göre, işçinin bu yöndeki talebi kapsamında mahkemenin vereceği karar işverenin iradesi yerine geçer ve iş sözleşmesi kurulur. Bu suretle kurulacak olan iş sözleşmesi de belirsiz süreli olacaktır⁴⁰⁷. Nitekim sözleşmesi sona erdirilen işçiler belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta iken iş sözleşmeleri sona

⁴⁰³ **URHANOĞLU CENGİZ**, Toplu İşçi Çıkarma, s. 52; **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 540; **SÜMER**, İş, s. 55; **AKYİĞİT**, İş, s. 112; **KESER**, s. 12; **CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat**, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, Ankara 2004: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017]; **TAŞKENT**, s. 724.

⁴⁰⁴ 1475 sayılı İşK. md. 98'in ilk düzenlemesinde kanun düzenlemesine aykırı olarak Bölge Çalışma Müdürlüğüne haber vermeden işçi çıkaran veya toplu olarak çıkardığı işçiler ile yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna uymayan işveren veya işveren velili hakkında 1.000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasına ve tekrarı halinde ise para cezasının iki katı uygulanacağı öngörülmüştü. Ancak 1475 sayılı Kanun kapsamında işverenin altı ay içerisinde aynı nitelikteki işçiye ihtiyaç duyması halinde toplu işçi çıkarma kapsamında işten çıkardığı işçiyi işe alma zorunluluğu 4773 sayılı Kanun (RG 15.08.2002, S. 24847) ile kaldırılmış, Kanunun cezai yaptırım öngören 98. maddesi de “24 üncü maddesindeki hükümlere aykırı hareket eden işveren veya vekiline beşyüzbin lira para cezası verilir” şeklinde değişikliğe uğramıştır. Dolayısıyla 1475 sayılı Kanun uyarınca işverenin toplu işçi çıkarma kapsamındaki işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğu ve buna aykırılıkta uygulanacak yaptırım ancak 15.03.2003 (4773 sayılı Kanunun yürürlük tarihidir, md. 13) tarihine kadar uygulanabilmiştir.

⁴⁰⁵ **AKYİĞİT**, İş, s. 118; **OĞUZMAN, Kemal**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (Fesih), s. 285.

⁴⁰⁶ **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 348; **TUNCAY, Aziz Can**, “İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları”, İÜHFİM, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973, s. 589; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 102.

⁴⁰⁷ **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 348; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 104.

erdirilmiştir. Buna ek olarak Yargıtay'ın da vurguladığı üzere çalışma hayatında iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıldır⁴⁰⁸. Doktrinde bu görüşe muhalif olarak iş sözleşmesinin mahkeme kararıyla kurulamayacağı da öne sürülmüştür⁴⁰⁹. Kanaatimizce, hukuka aykırılık halinde sözleşmenin mahkeme kararıyla kurulacağını kabulü yerinde olacaktır. Böyle bir durumda işçi ancak varsa zararlarının tazmin edilmesini talep edilebilecektir. Zira aksinin kabulünde işveren tam bir serbesi içerisinde olacak olup, işçinin başvuracağı herhangi bir imkân kalmayacaktır. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin mahkeme kararıyla kurulacağını kabulü halinde işveren iş sözleşmesi yapmaya zorlanacak olsa bile işverenin işçiyi işyerinde fiilen çalıştırmaması veya işçinin çalışmasına izin vermemesi durumunda işverene yönelik herhangi bir zorlama imkânı olmayacaktır. Böylesi bir durumda, işveren mahkeme kararı ile iş sözleşmesi kurulmasına rağmen işçiye iş vermekte temerrüde düşse veya işçinin fiilen çalışmasına engel olsa dahi işçi çalışmaksızın ücrete hak kazanacaktır (TBK md. 408). Ayrıca işveren işçiyi hiç çalıştırmaksızın kurulmuş olan iş sözleşmesini fesih yoluna da gidebilecektir. Fakat bu durumda feshin, sırf işçinin dava yoluna başvurmuş olması, işvereni yükümlülüğe uymaya zorlamış olması sebebiyle yapıldığından kuşku duyulmayacağından işveren geçersiz feshin (İŞK. md. 21) sonucuna katlanacaktır⁴¹⁰. Eğer işçi iş güvencesi kapsamı dışında⁴¹¹ ise işverenden bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat talep edebilecek, fesih için bildirim şartına da uyulmaması durumunda ihbar tazminatına da hak kazanacaktır (md. 17/f. 6).

İşverenin malulen işten ayrılan işçinin iyileşmesine ilişkin getirilen yeniden işe alma zorunluluğuna aykırı olarak iş sözleşmesi yapmayan işveren, işe alınma talebinde

⁴⁰⁸ “Belirli süreli iş akdini yapma serbestisi sınırlandırılmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında, hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olmasının asıl olmasının sonucu olarak, belirli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf bunu ispatla yükümlüdür.”: Yargıtay 9. H.D., T. 20.04.2009, E. 2008/27838, K. 2009/11183: www.calismavetoplum.org [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴⁰⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 558.

⁴¹⁰ EKONOMİ, İş Hukuku, s. 104.

⁴¹¹ İŞK. md. 18/f. 1 ve f. son uyarınca en az otuz işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ile İşletmenin bütününe sevk ve idare etme yetkisi bulunmayan işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare etme yetkisi bulunmayan ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunmayan işveren vekilleri iş güvencesi kapsamında olan işçi olarak kabul edilir. İş güvencesi kapsamında olan işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde ise altı aylık süre şartı aranmaz.

bulunan eski işçisine, altı aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır (md. 30/f. 5). 1475 sayılı İşK.'nda aykırılığın devam ettiği her ay ve her işçi için idari para cezası öngürülmüş iken (md. 98/C)⁴¹², yeni İşK.'nda hukuki yaptırım olarak işverenin işçiye tazminat ödemesi yönünde düzenleme getirilmiştir. Kanun, yükümlülüğe aykırılığın hukuki yaptırımını tazminat olarak öngördüğünden, işverenin kanundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle dava açılarak mahkeme kararı ile iş sözleşmesinin kurulmasının sağlanması mümkün değildir⁴¹³.

Yeni düzenlemede, işverenin iş sözleşmesi yapmaması halinde eski işçisine ödemesi gereken altı aylık ücret tutarındaki tazminata esas alınacak ücret ise, işçinin işe alınmamak suretiyle yoksun kaldığı ücrettir. Diğer bir ifade ile, maluliyeti ortadan kalkan işçinin başvurusu işveren tarafından kabul edilerek iş sözleşmesi yapılsaydı ne kadar ücret alacak idi ise o ücretin esas alınması gerekir. Bu yorum kanunun işçinin o anki şartlarla işe alınmasını belirten kanun ifadesinden de çıkmaktadır⁴¹⁴. Bu ücretin ise kanunda aksi belirtilmediğinden çıplak ücret olması, yani ücret ekleri niteliğinde olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımların tazminat hesabında dikkate alınmaması gerekir⁴¹⁵. Diğer yandan, bu tazminat zarar koşuluna bağlı olmayan götürü bir tazminat olup aksine taraflar arasında bir anlaşma olmadığı sürece hep altı aylık ücret tutarında olacaktır. Zira işçinin lehine olacak şekilde tazminat miktarını artıran anlaşmalar da düzenlemenin nispi emredici olması nedeni ile geçerli olacaktır. Hâkimin bu konuda herhangi bir takdir hakkı ise bulunmamaktadır⁴¹⁶.

Yeniden işe alma zorunluluklarından bir diğeri de askerlik veya kanuni ödevi sona erdiren işçinin işe alınmasıdır. Askerlik veya kanuni ödevi yerine getirerek işe dönmek için süresinde işverene başvuru yapılması ve kanunun aradığı şartların mevcut olmasına rağmen işveren işçiyi yeniden işe almaz ise, kanunda öngörülen hukuki yaptırım

⁴¹² 1475 sayılı Kanununun 98/C maddesinin ilk düzenlemesi “25inci maddede yazılı şartları yerine getirmeyen ve hükümlere aykırı hareket eden işveren veya vekili hakkında yükümlü olduğu her sakat için 500 liradan 1000 liraya kadar para cezası hükmolunur” şeklinde iken, 4382 sayılı Kanun (RG 24.10.1998, S. 23503) ile maddenin ilgili kısmı “25 inci maddedeki hükümlere aykırı hareketle sakat ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya vekiline çalıştırmadığı her sakat ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yetmiş milyon lira para cezası verilir.” şeklinde değiştirilmiştir.

⁴¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 543-558.

⁴¹⁴ AKYİĞİT, Şerh, s. 1427.

⁴¹⁵ KESER, s. 8; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 543; BENOKAN / ÖZCAN, s. 197; AKYİĞİT, Şerh, s. 1427.

⁴¹⁶ KESER, s. 10.

gündeme gelecektir. Buna göre işveren, işe alınma isteğinde bulunan eski işçisine üç aylık ücret tutarında tazminat ödeyecektir (İŞK. md. 31/son)⁴¹⁷. Kanunda belirtilen üç aylık ücret tutarındaki yaptırım kanuni bir görev nedeniyle işten çıkmak zorunda kalan işçiye yeniden işe dönmesi için bir kolaylık sağlamaktadır. İşveren açısından ise malulen işten ayrılanları işe alma zorunluluğunda olduğu gibi işten çıkan işçi yerine işin devamlılığı adına yeni işçi almak zorunda kalan işverenin işyerinde boş kadro bulunmadığını ispat ederek yaptırımı maruz kalmamasına imkân tanımaktadır⁴¹⁸. Kanunda hukuki yaptırım getirildiğinden, başka bir yaptırımın uygulanması ise mümkün değildir⁴¹⁹. Yine burada da tazminatın hesabında esas alınacak ücret başvuru tarihindeki şartlarda eski işçinin başvurduğu işin ücretidir⁴²⁰. Diğer yandan, bu tazminat zarar koşuluna bağlı olmayan götürü bir tazminat olup işçi ve işveren arasında daha üst miktarda bir tazminat ödenmesine yönelik bir anlaşma olmadığı sürece hep üç aylık ücret tutarında olacak ve hâkimin bu konuda herhangi bir takdir hakkı da bulunmayacaktır⁴²¹.

⁴¹⁷ “4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi ve buna paralel olarak yürürlükteki Toplu İş Sözleşmesinin 21. maddesindeki düzenleme, aynı yasanın 18 ve devamı maddelerinde feshin geçersizliği ve işe iadeyi kapsayan iş güvencesi sağlamamaktadır. Zira 18 ve devamı maddelerdeki iş güvencesi hükümleri, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi hallerinde uygulanmaktadır. Bu yükümlülük ve yaptırım, askerlik sonrası işe alınmayan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği anlamına gelmemektedir.”: Yargıtay 9. H.D., T. 04.12.2006, E. 2006/23768, K. 2006/31653: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴¹⁸ Kanuni ödev nedeniyle işini ifa edemeyen işçiye ücret ödenmesi hususu TBK'nda da düzenleme altına alınmıştır. Buna göre uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür (md. 409). Kanun düzenlemesi işverene ücret ödeme yükümlüğü getirmekle birlikte bu ücret ile ilgili net bir tutar belirtmemiştir. Öte yandan bu ücretin ne kadarlık süre için ödeneceği de belirsiz olup madde metninde kısa süre olarak muğlak bir ifadeye yer verilmiştir. Kanaatimizce burada somut olayın özelliklerini de göz önüne alarak işverenin en azından iki veya üç ay gibi bir süre için en azından yarı ücret tutarında işçiye ödeme yapmakla yükümlü olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

⁴¹⁹ SÜZEK, Bireysel İş Hukuku, s. 349.

⁴²⁰ BENOKAN / ÖZCAN, s. 199; AKYİĞİT, Şerh, s. 1467; TİRYAKİ, Hamit, “Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü”, İSMMM Mali Çözüm Dergisi, 2010, s. 276.

⁴²¹ KESER, s. 10. “Muvazzaf askerlik sonrası terhisten itibaren 2 aylık hak düşürücü süre içerisinde işe başlama talebinde bulunan ve bu talebi işveren tarafından gerekçesiz biçimde reddedilen davacının “3 aylık ücreti tutarında tazminat” talebinin “iş akdinin işverence feshedilmediği” gerekçesi ile reddi hatalıdır. Mahkemece yapılması gereken iş, işveren tarafından davacının yerine alındığı bildirilen işçinin davacının işini yapıp yapmadığının tespiti ile davacının talepte bulunduğu tarihte davacının yaptığı iş yada benzeri işlerde boş kadro olup, olmadığını saptamak, talepte bulunduğu tarihte davacının yaptığı iş yada benzeri işlerde boş kadro yoksa talepte bulunduğu tarihten sonra işyerine davacının yaptığı iş yada benzeri işlere yeni işçi alınıp, alınmadığı araştırılarak sonuca gitmektir.”: Yargıtay 9. H.D., T. 03.05.2010, E. 2008/24783, K. 2010/12023: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

B. İşe Alma Zorunluluklarına Aykırılığın Yaptırımları

Anılan kişileri çalıştırma zorunluluğunu öngören 30. maddeye aykırılığın yaptırımı İşK. 101. maddede düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, İşK. hükümlerine aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve çalıştırmadığı her ay için bin yedi yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca kamu kuruluşları bu para cezasından muaf değildir. YİYYHY’te de engelli ve eski hükümlü işçi çalıştırılmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverene İşK. md. 101’de belirtilen idari para cezası verileceği öngörülmüştür (md. 21/f. 2)⁴²².

Kanunun lafzi yorumundan terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananların istihdam edilmemesi nedeniyle kamu işvereninın yaptırıma maruz kalmayacağı söylenebilecektir. Zira madde metninde sadece ilgili maddeye bağlı olarak “engelli ve eski hükümlü” çalıştırmayan işverene idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Kuşkusuz kanun koyucunun 6353 sayılı Kanun ile terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananların istihdamına yönelik düzenleme yapmasına rağmen, gerek 30. madde başlığında (engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu) herhangi bir değişikliğe gitmemesi gerekse 101. maddede bu konuya değinmemesi önemli bir eksikliklerdir. Bu nedenle her ne kadar 101. maddede madde başlığından hareketle sadece “engelli ve eski hükümlü çalıştırmama” kurallarına aykırı davranan işverenlere yönelik yaptırım öngörüldüğü söylenebilirse de terörle mücadelede yaralanan işçileri kanuna aykırı olarak çalıştırmayan kamu işverenler için bir istisna tanınmamalıdır⁴²³. Buna ilişkin kanunda da gerekli düzenleme yapılması gerektiği açık olup aksinin kabulü kanunun amacına da aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun kapsamında istihdamı zorunlu tutulan işçinin “uygun iş yokluğu” veya

⁴²² Deniz İşK. md. 13 gereğince engelli ve eski hükümlü gemi adamı çalıştırma ile ilgili kanun ve tüzük hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve çalıştırmadığı her ay için iki bin Türk Lirası* idari para cezası verilir (md. 50/ç).

*İdari para cezaları, Kabahatler Kanunu md. 17/f. 7 kapsamında her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanmaktadır. Bu bağlamda 2017 yılı için güncellenen idari para cezası 3.671 TL olarak uygulanmaktadır: www.csgb.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴²³ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 554.

“kadro bulunmaması” nedeniyle işe alınmaması yaptırım uygulanmasına engel olmamalıdır⁴²⁴.

İşK.’nda sadece engelli, eski hükümlü veya terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralanan kişiçalıştırma zorunluluğuna uymayan işverenlere idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir⁴²⁵. Bunun sonucu olarak İşK.’na tabi işverenler yalnızca hiç veya zorunluluğu olduğu sayıdan az sayıda engelli veya eski hükümlü işçi çalıştırdığı hallerde yaptırıma maruz kalmaktadırlar. Kuşkusuz bu durum özellikle sürelerle ilişkin yönetmelik düzenlemeleri başta olmak üzere işveren için getirilen usuli hükümlerin uygulama alanını daraltmaktadır. Daha önce yürürlükte olan SİHT ve ÖEHTMİHY’te ise diğer aykırılıklara ilişkin bir düzenlemeye yer verilerek Kurumun işvereni ÇSGB Bölge Müdürlüğü’ne bildireceği hüküm altına alınmıştı (md. 21; md. 27). İlgili bölge müdürlüğünün bu durumda nasıl bir yol izleyeceği düzenlenmemişse de, bunun 1475 sayılı İşK.’nda yer alan 107. maddeye tabi olabileceği belirtilmekteydi⁴²⁶. Söz konusu Kanunun 107. maddesi Kanunda özel olarak yaptırımı öngörülmemiş düzenlemelere aykırılık halinde uygulanacak genel anlamda bir idari para cezası öngörmekteydi. 4857 sayılı İşK.’nda ise bu hükmü karşılayan bir madde bulunmamaktadır. Dolayısıyla önceki İşK. döneminde işverenler çalıştırılması zorunlu olan kişilerin istihdamına ilişkin getirilen diğer yükümlülüklerle aykırı davrandıklarında yaptırıma maruz kalıyor iken, 4857 sayılı İşK.’nda buna imkân veren bir hüküm bulunmamaktadır. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereğince yönetmelikle belirtilen diğer yükümlülükler yaptırımdan yoksun kalmaktadır⁴²⁷. Bu nedenle işverenlerin diğer yükümlülüklerle de uymasını sağlamak ve çalıştırılması zorunlu olan kişilerin istihdamına ilişkin süreci daha etkili kılmak adına İşK.’nda bu yöndeki yükümlülüklerle aykırılık için de cezai yaptırım öngörülmesi uygun olacaktır.

⁴²⁴ İNCİROĞLU, s. 366; SÜZEK, Bireysel İş Hukuku, s. 341; GÜNAY, s. 364; KESER, s. 4.

⁴²⁵ Deniz İşK.’nda ise engelli çalıştırmamanın yaptırımı ile birlikte engelli çalıştırma ile ilgili kanun ve tüzük hükümlerine uymamanın yaptırımı da 3.671 TL idari para cezası olarak belirtilmiştir (md. 50/ç). Ancak madde metninde “tüzük”ten bahsedilse de bundan yürürlükte olan yönetmelik (YİYHHY) hükümlerine aykırılıkların anlaşılması gerekir. Kanun maddesinde 2008 yılında değişiklik (RG 08.02.2008, S. 26781) yapılırken İşK. ile uyum sağlayacak bu düzeltmenin atlanması bir eksiklik olmuştur.

⁴²⁶ KINIK, s. 107.

⁴²⁷ KINIK, s. 106.

Çalıştırma zorunluluğuna uymayan işverene idari para cezası uygulanması için, yaptırım nedeni olan kabahatin maddi ve manevi unsurlarının da bulunması gerekir. Kanundaki zorunluluğa aykırı olarak çalıştırmama kabahatindeki maddi unsur; işverenin kanuni düzenleme kapsamında kendisine sağlanan engelli, eski hükümlü veya terörle mücadelede malul olmayacak derecede yaralananı meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun iş bulunmasına rağmen çalıştırmaması⁴²⁸. Öte yandan çalıştırılması zorunlu olan kişileri çalıştırmama kabahati niteliği itibariyle kasten işlenebileceğinden manevi unsur da kasıtlı hareket edilerek anılan kişilerin çalıştırılmaması olacaktır. Diğer bir ifade ile, İş-Kur tarafından işverene gösterilen adayların beden ve ruhi açıdan iş pozisyonlarına uygun olmadıklarında veya pozisyonlara uygun adaylar gönderilmediğinde işverenin kabahat işleme kastının bulunduğundan söz edilmemeli ve bu durumda işverene cezai yaptırım uygulanmamalıdır⁴²⁹. Burada önemli olan, işverenin her somut olayda kasıtlı hareket edip etmediğidir⁴³⁰. Maddi ve manevi unsurların bulunmadığı durumda da işverene idari para cezası düzenlenmesi mümkün olmayacaktır. Yargıtay da bu görüştedir⁴³¹.

İdari para cezaları Kabahatler Kanunu md. 17/f. 7 kapsamında her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 04.01.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu⁴³², nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılarak uygulanmaktadır. Bu bağlamda 2017 yılı için güncellenen idari para cezası tutarı İşK. md. 101 için 2.295 TL dir⁴³³.

⁴²⁸ **CENTEL, Tankut**, “Özürü Çalıştırma Yüğümlüne Aykırılığa İlişkin Cezai Sorumluluk Esasları”, Sicil Dergisi, C. 5, S. 20, İstanbul 2010 (Ceza), s. 8; **MOLLAMAHMUTOğLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 554.

⁴²⁹ **CANİKLIÖğLU / CANBOLAT**, s. 18.

⁴³⁰ **CENTEL**, Ceza, s. 9; **AKYİğİT**, şerh, s. 1423. Kasıt olmaksızın icrai ve ihmali davranışın olması halinde idari para cezası uygulamasının mümkün olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. **ALPAGUT**, s. 158.

⁴³¹ “İdari para cezasına yapılan itiraz üzerine, Mahkemece, itiraz dilekçesinde bahsedilen hususlar etraflıca araştırılıp, davaya konu işyerinin daimi işyeri sıfatını haiz olup olmadığı, çalıştırılan işçilerden ne kadarının daimi işçi, ne kadarının geçici işçi olduğu hususlarının tesbitinden sonra, işverenin bu işyerinde sakat ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu bulunup bulunmadığı, çalıştırmak zorunda ise aylar itibariyle kaç sakat ve eski hükümlü çalıştırması gerekeceği, **eksik çalıştırdığı anlaşıldığı takdirde, bu konuda kasıtlı hareket edip etmediğı hususları araştırılıp tartışılmak suretiyle bir sonuca varılması gerekir.**”: Yargıtay 9. C.D., T. 12.04.1990, E. 1990/966, K. 1990/1579; www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴³² RG 10.01.1961, S. 10703-10705.

⁴³³ www.csgb.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

Kanuni düzenlemeye işlerlik kazandırmak adına bu zorunluluğa uymamanın yaptırımı caydırıcı nitelikte olmalıdır. Bu yorum ile bakıldığında 2017 yılı için İşK.’nun öngördüğü 2.295 TL’lik para cezası tutarının, asgari ücret ile kıyaslandığında çok da caydırıcı olmadığı görülmektedir. Nitekim 2017 yılı itibariyle asgari ücretle çalışan bir işçinin işverene aylık toplam maliyeti 2.088,56 TL’dir⁴³⁴. Dolayısıyla kanuni zorunluluk kapsamında işçi çalıştırmak istemeyen işverenin her ay idari para cezasını ödemeyi tercih etmesi büyük bir zarar oluşturmayacaktır. Üstelik idari para cezalarının işverence kanun yoluna başvurulmadan kanuni süresi içerisinde ödenmesi halinde, dörtte üçü tahsil edilmektedir (KK. md. 17). Bu nedenle düzenlenecek olan yaptırımın asgari ücretin en az iki veya üç katı olacak şekilde tespit edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz⁴³⁵. Bununla birlikte eski hükümlü istihdamının artmasına yönelik olarak engelli istihdam eden işverenlere tanınan teşviklerin eski hükümlü istihdam eden işverenlere getirilmemesi de kuşkusuz önemli bir eksiklik⁴³⁶.

İşverenin engelli çalıştırma zorunluluğuna uymaması halinde idari para cezası Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından; birden fazla ilde işyerleri bulunan işverenlere uygulanacak idari para cezası ise işyerlerinin merkezinin bulunduğu yerdeki Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir (İşK. md. 108; Deniz İşK. md. 49)⁴³⁷. Bu kapsamda istihdam zorunluluğunun yerine getirilmesindeki süreçte görevli ve yetkili olan İş-Kur’un idari para cezalarının tahsil edilmesinde de yetkili kılınması isabetli bir düzenlemedir⁴³⁸. İşK. 30. maddesinin 7. fıkrasında tahsil edilecek para cezalarının nasıl değerlendirileceği de düzenlenmiştir. Buna göre tahsil edilecek cezalar, engellilerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki

⁴³⁴ www.csgb.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴³⁵ Bu yönde bir düzenleme yapılırken Deniz İşK. ile İşK.’na tabi işverenler için farklı ceza tutarı uygulamasından vazgeçilerek yeknesak bir düzenleme getirilmesi de işverenler arasında eşitlik sağlanması adına uygun olacaktır.

⁴³⁶ **ÇİL**, Şerh, s. 618.

⁴³⁷ “Yasanın açık hükmüyle, belirlenen idari para cezasının genel esaslara göre tahsili öngörüldüğünden, bu paraların tahsili aşamasındaki itirazın iptali davalarının genel mahkemelerde görülmesi gerekir.”: Yargıtay 9. H.D., T. 22.09.2014, E. 2012/27482, K. 2014/27539; “Türkiye İş Kurumunun ilgili müdürlükleri tarafından 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında verilen idari para cezalarının 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna göre tahsili mümkün olmadığından alacaklı kurumun genel esaslar çerçevesinde genel haciz yoluyla icra takibi yapmasında yasaya uymayan bir yön yoktur.”: Yargıtay 9. H.D., T. 13.11.2013, E. 2013/26442, K. 2013/35867; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. H.D., T. 05.09.2012, E. 2012/26448, K. 2012/27819; www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴³⁸ **ALPAGUT**, s. 155.

rehabilitasyonu, kendi işini kurma ve engellinin iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacaktır. Aynı maddede cezaların kullanımı hakkında oluşturulacak komisyonun çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş, söz konusu yönetmelik 09.01.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴³⁹.

Görüldüğü üzere engelli, eski hükümlü veya terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananları çalıştırma zorunluluğuna aykırılık halinde idari para cezasının yanında hukuki bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu sebeple cezai yaptırım yanında hukuki bir yaptırımın mümkün olmadığı doktrinde belirtilmişse⁴⁴⁰ de kanundaki düzenlemeye daha da işlerlik kazandırmak adına idari para cezası yanında hukuki yaptırımın da mümkün olması gerektiğini öne sürenler mevcuttur. Bu görüşe göre, işverenin dava yolu ile ifaya zorlanabilmesi gerekir⁴⁴¹. Ancak Usul Hukuku açısından bu imkânın sadece davacı sıfatına sahip olan işyerinin işçisi iken engelli hale gelen kişiler için söz konusu olması gerektiği görüşü de öne sürülmüştür⁴⁴². Zira Usul Hukukuna göre bir davanın görülebilmesi için sıfat unsurunun varlığı gerekir. Sıfat ise kural olarak o hakkın sahibine aittir ve bir davanın tarafları o davada gerçekten davacı veya davalı olarak taraf sıfatına sahip değilse, mahkeme davanın esasına girmeden davayı sıfat yokluğundan reddeder⁴⁴³. Bu doğrultuda işverenin engelli çalıştırma zorunluluğunu ele alacak olursak, öncelikle Usul Hukuku bağlamında engelli işçi çalıştırmayan işverene karşı zorlama veya tazminat davası açılabilmesi için dava açacak kişinin belli olması gerekir. Oysa Yönetmelik gereğince birden fazla aday işveren ile görüşürülmekte ve işverene gönderilen adaylar arasından seçim yapma hakkı tanınmaktadır. İşveren seçim hakkını kullanmadığı zaman engelliler, işçi ve dolayısıyla “sıfat” unsuruna da sahip olmamaktadırlar. Bir an için engellinin davacı sıfatı bulunduğu kabul edildiğinde ise her bir engellinin davacı sıfatına sahip olduğu dolayısıyla her bir engellinin işverene karşı tazminat veya zorlama davası açabilmesi anlamına gelecektir ki, bu imkânın tanınması

⁴³⁹ Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırmayan İşverenlerden Tahsil Edilen İdari Para Cezalarını Kullanmaya Yetkili Komisyona Dair Yönetmelik: RG 09.01.2014, S. 28877.

⁴⁴⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 558.

⁴⁴¹ **CANIKLIOĞLU**, Sakat Çalıştırma, s. 146-147; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 102; **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 348; **UŞAN**, s. 254-255.

⁴⁴² **KINIK**, s.103-104.

⁴⁴³ **KURU, Baki /ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 234-235.

istenen amaca da ters düşecektir⁴⁴⁴. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, yükümlülüğe aykırılık halinde hukuki yaptırım tanınmanın düzenlemenin amacı doğrultusunda bir önemi bulunmaktadır. Zira bu durumda başvuruların belli giderlere katlanması gerekmekte ve davaların sonuca ulaşması da uzun zaman almaktadır. Bu sebeple kanun düzenlemesine işlerlik kazandırmak için işverene getirilen yükümlülüğün tam bir kamu hukuku yükümü olarak düzenlenmesi gerekir⁴⁴⁵. Kanaatimizce, gerek usuli yönden davacı sıfatına sahip olmanın zorluğu gerekse kanun koyucunun yaptırım olarak sadece para cezası öngörmüş olması sebebiyle işverene yönelik sadece idari para cezası uygulanması mümkündür.

Yukarıda anılanların haricinde işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması sonucunda da yaptırıma maruz kalması söz konusudur. 5378 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İşK. temelinde engellilerin istihdamında korunma süreci işe alım, işin devamı ve iş sözleşmesinin sona ermesinde koruma olarak üç safhada değerlendirilebilir. Ancak 5378 sayılı Kanun ile getirilen ayrımcılık yasağı genel hüküm niteliğinde olup, kanunun ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenle yaptırım konusunda özel kanun hükümlerinin uygulanması gereklidir⁴⁴⁶. Konu ile ilgili özel düzenlemeye İşK.'nda yer verilmiş olup, buna göre iş ilişkisinde veya sona ermesinde yasağı aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir (md. 5/f. 6). Ancak maddede sadece iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi bakımından yaptırım öngörülmüş olması sebebiyle işe alınma sırasında ayrımcılık yapılmasında söz konusu hukuki yaptırım uygulanamayacaktır⁴⁴⁷. Öte yandan aynı kanun maddesine göre işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.

⁴⁴⁴ **KINIK**, s. 103-104.

⁴⁴⁵ **TUNÇOMAĞ, Kenan**, "Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümü", İÜHFM, C. 40, S. 1-4, İstanbul 1974 (Eski Hükümlü), s. 385; **MANAV**, s. 385.

⁴⁴⁶ **BAYBORA**, Ayrımcılık, s. 263.

⁴⁴⁷ **ALPAGUT**, s. 155.

Engelli veya eski hükümlü bireyin iş sözleşmesinin engelli veya eski hükümlü olması nedeniyle sona erdirilmesi halinde yukarıdaki tazminat imkânının yanında feshe itiraz imkânı da mevcuttur. İşK.'nun 18. maddesi kapsamında otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshedebilmek için işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerekir. Anılan maddede geçerli olmayacak nedenler arasında “ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” ifade edilmiştir. Maddedeki benzeri nedenler arasına “engelli olma” veya “eski hükümlü olma” hali de girmektedir. Bu kapsamda, iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından ayrımcı davranılarak feshedilmesi halinde işçi, İşK. md. 20 kapsamında feshe itiraz yoluna başvurabilecektir⁴⁴⁸.

Ayrımcılık yasağının ihlali halinde hukuki yaptırımın yanında cezai yaptırımlar da söz konusu olmaktadır. Bu cezai yaptırımlardan ilki idari para cezası olup İşK'nda düzenlenmiştir (md. 99/a). Madde hükmüne göre, eşit davranma (ayrımcılık yasağı) ilkesine aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline eşit davranmadığı her işçi için 155 TL⁴⁴⁹ idari para cezası uygulanır. İdari para cezası dışında, 5378 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde değişiklik yapılarak “engellilik” nedeniyle ayırım yapılması kanun kapsamına alınarak cezai yaptırıma bağlanmıştır. Daha sonra 6529 sayılı Kanun⁴⁵⁰ ile de maddede öngörülen cezalar arttırılmış, “ayrımcılık” olan madde başlığı “nefret ve ayrımcılık” olarak değiştirilmiş ve ayrımcılık suçu nefrete dayalı bir suç olarak düzenlenmiştir. Nitekim bu

⁴⁴⁸ **TOPLU**, s. 115; **BAYBORA**, Ayrımcılık, s. 262; **YILDIZ**, s. 86. “*Davalı taraf, davacıyı engelli olmasına rağmen işe almıştır. Engelli işçinin verimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için engellilik oranında bir performans beklenmelidir. Beklenen bu performansın altında bir çalışma yapılmışsa, bunun somut verilerle kanıtlanması gerekir. Genel ifadelere dayanan fesih gerekçesi haksızdır. Davacı işçinin işe iadesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir*”: Yargıtay 9. H.D., T. 25.05.2019, E. 2008/34233, K. 2009/14264: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴⁴⁹ 2017 yılı için uygulanan idari para cezası tutarıdır: www.csgb.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴⁵⁰ Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: RG 13.03.2014, S. 28940.

husus madde gerekçesinde⁴⁵¹ de “*madde başlığında yapılan değişiklikle, ayrımcılık ibaresinin yanında nefret ibaresine yer verilmiştir. Böylece söz konusu suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğuna vurgu yapılmıştır*” ifadeleri ile açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında maddenin son haline göre, “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, **engellilik**, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret **nedeniyle**; bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, **bir kişinin işe alınmasını, bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse**, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”. Kanunda engellilik nedeniyle “işe alınma veya alınmama” halinde cezai yaptırım düzenlenmiş olsa da işin devamı ve işin sona ermesi aşamalarında ayrımcılık yapılması ve buna ilişkin cezai bir yaptırım düzenlenmemiş olması kanaatimizce bir eksikliklerdir. Zira suçta kanunilik ilkesi ve ceza hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğinden cezai yaptırım sadece işe alınmada ayrımcılık yapılması halinde söz konusu olabilecektir⁴⁵². Öte yandan her ne kadar 6529 sayılı Kanun ile suçun cezasının arttırılması olumlu bir gelişme gibi görülse de, suçun artık sadece kasıt ve nefret saiki ile işlenebilen bir suç olarak tanımlanmış olması nedeniyle kapsamı daraltılmış ve işlenebilmesini zorlaştırmıştır. Bu bağlamda yapılan düzenlemeler ile suçun cezasının arttırılarak caydırıcılık sağlanmaya çalışılmışsa da maddenin uygulama alanında kısıtlamaya gidilmiştir⁴⁵³. Ayrıca madde metninde daha önce yer alan “benzeri sebepler” ifadesi değişiklik sonrası metinde yer almamaktadır. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden⁴⁵⁴ hareketle hüküm giymiş olma veya terörle mücadelede yaralanma ayrımcılık nedenleri arasında sayılmadığından, diğer bir ifade ile suçun tanımındaki unsurlar arasında “hüküm giymiş olma” veya “terörle mücadelede yaralanma” sayılmadığından bu kişilerin işe alınmasında ayrımcılık yapılması nedeniyle cezai bir yaptırımın uygulanması da artık mümkün değildir.

⁴⁵¹ Madde gerekçesi için bkz. (<http://www.sayilikanun.com/6529-sayili-kanun-ve-gerekcesi/>, [erişim tarihi: 22.10.2016])

⁴⁵² ENGİN, Özgürlük, s. 25; ALPAGUT, s. 155; YILDIZ, s. 81.

⁴⁵³ SAVAŞ, Engelli, s. 2631.

⁴⁵⁴ Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin anlamı ve işlevi üç yönlü olmaktadır: 1) Bireylerin, hangi davranışlarının suç oluşturduğunu ve bunların karşılığında hangi cezaların öngörüldüğünü bilmelerine olanak sağlama, 2) hâkimlerin, bireyleri keyfi olarak cezalandırmalarını önleme, 3) kanun koyucu, insan haklarına ve demokratik anayasal haklara ters düşen yasalar yapma konusunda sınırlandırma. Bkz. CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 46.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YASAKLARI

Cinsiyet, yaş, vatandaşlık gibi ayırıcı unsurlar esas alınarak işverenlerin bazı kişiler ile yapacakları iş sözleşmeleri başta İşK. olmak üzere çeşitli kanun hükümleri ile çoğu zaman sosyal devlet ilkesi gereğince engellenmiş veya özel düzenlemeler altına alınmıştır⁴⁵⁵. Bu durum gerek işveren gerekse işçi için iş sözleşmesi yapma serbestisinin bir sınırlamasını oluşturmaktaysa da kanun ile getirilen bu yasaklamalarda yasağın muhatabı (yabancı işçilere yönelik düzenlemeler hariç olmak üzere) kural olarak işçilerden ziyade işverenlerdir. Zira yasağa aykırı hareket halinde işveren veya işveren vekillerine yönelik yaptırımlar söz konusu olmaktadır⁴⁵⁶.

İşveren karşısında zayıf durumunda olan işçi korunmayı hak ederken toplumsal, sosyal ve biyolojik nedenlerle bazı işçiler daha çok korunmaya değer olmakta ve özel düzenlemelere konu olabilmektedirler⁴⁵⁷. Bu bakımdan kanun koyucunun belli şartlarda iş sözleşmesi yapılmasını yasaklamasında işin yapıldığı işyerinin özelliği doğrultusunda kimi zaman işçinin yaşı nedeniyle kimi zaman da kadın işçilerin iş düzeni, sağlık ve genel ahlak bakımından korunması ihtiyacı öne çıkmaktadır⁴⁵⁸. Kural olarak çalışan gruplar arasında farklı statülerin yaratılması ve bunların farklı düzenlemelere tabi tutulması İş Hukuku kurallarına aykırı olmakla birlikte, toplumdaki diğer kişiler ile eşit koşullarda yaşamadığı veya farklı özelliklere sahip olduğu düşünülen belli gruplara ayrıcalıklar tanımak, haksız ayrımcılık olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle İş Hukukunda, özellikle çocuk işçiler ile kadın işçilere de bu anlamda farklı bir statü oluşturulmuştur. Bu sonuç sosyal devlet ilkesine ve aynı zamanda çalışma hayatına ilişkin uluslararası sözleşme kurallarına da uygundur⁴⁵⁹. Bu anlamda kadın, çocuk ve genç işçilere yönelik olarak getirilmiş olan kısıtlayıcı hükümlerin en temel amacı;

⁴⁵⁵ EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 93.

⁴⁵⁶ GÜNAY, s. 368; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 538.

⁴⁵⁷ SOYSAL, Tamer, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 1, Ankara 2006: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

⁴⁵⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 538; NARMANLIOĞLU, s. 194; EKONOMİ, İş Hukuku, s. 57; SÜMER, İş, s. 50.

⁴⁵⁹ BACAĞ / YİĞİT.

onların fiziksel, psikolojik ve sosyo-kültürel durumlarının bu işlere uymaması, çalıştırılmaları durumunda ise telafisi veya tedavisi mümkün olmayacak zararların doğabilmesi ihtimalidir⁴⁶⁰. Nitekim Anayasanın Devlete yüklediği görevler arasında küçükler ile kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmaları ve yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde kimsenin çalıştırılmaması sayılmıştır (md. 50).

I.Yaş Küçüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesi Yapma Yasası

Çocukların⁴⁶¹ insanoğlunun üretmeye başladığı günden beri çalışma hayatında sömürülmesi, aç bırakılması, uzun saatler boyu çalışmaya zorlanması, yaralanması ve hayatını kaybetmesi geçmişten bugüne karşılaşılan durumlardandır. Sanayi Devrimi öncesinde çocuklar yaptıkları işlerde birer yardımcı ve iş gücü piyasasının görünmez aktörleri olarak yer alsalar da, özellikle Sanayi Devrimi ile birlikte fabrikalarda ve madenlerde daha çok ihtiyaç duyulan bireyler olmuş ve iş gücü kaynağı olarak görülmüştür. Nitekim bugün gelişmiş ülkelerin çoğu, tarih boyunca ve özellikle de Sanayi Devrimi ile başlayan süreçte çocuk emeğinden faydalanmışlardır. Sanayi Devrimi'nin üzerinden yüzyıllar geçmesine rağmen çocuk emeğinin ortadan kaldırılması konusundaki çalışmalar henüz tamamlanamamıştır⁴⁶².

Çocuk işçi çalıştırma sorunu, özellikle az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerde yoğun şekilde görülmektedir. Çocuk işçi istihdamında birçok neden bulunmakla birlikte en temel nedenlerden birisi yoksulluktur⁴⁶³. Yoksul ailelerdeki yetişkinlerin işsizliği ve

⁴⁶⁰ **URHANOĞLU CENGİZ, İstar**, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Genç İşçilerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBB Dergisi, S. 98, Ankara 2012, (Çocuk), s. 212.

⁴⁶¹ Çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır (BM ÇHS md. 1).

⁴⁶² **TAT, Damlanur**, “Avrupa Birliği Aday Ülkelerinde Çocuk İşçiliği: Çocuk İşçiliğini Önleme Politikaları Önerileri”, Birey ve Toplum Dergisi, C. 6, S. 11, 2016, s. 108; **ÖZEREN, Esra Emine**, “İş Hukukunda Çalışan Çocuk”, TBB Dergisi, S. 52, Ankara 2004, s. 164; **AVŞAR, Zakir / ÖĞÜTOĞULLARI, Eren**, “Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği ile Mücadele Stratejileri”, Sosyal Güvenlik Dergisi, S. 1, 2012, s. 13; **EFE, Haydar / ULUOĞLU, Sevinç Arzu**, “Dünyada Çocuk İşçiliğiyle Mücadelede Geline Nokta ve Geleceğe Dair Bazı Öngörüler”, Eğitim Bilim Toplum Dergisi, C. 13, S. 51, 2015, s. 51.

⁴⁶³ **ALPAR, Mahmut Bülent**, “Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Hakkında 182 Sayılı Ilo Sözleşmesi ile İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 1, Ankara 2002: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi: 15.04.2017]; **SAPANCALI, Faruk**, “Küreselleşme Bağlamında Çocuk İstihdamı ve Önlenmesine Yönelik Çabalar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 16, S. 4, Ankara

çocuğun nakit kaynağı olarak görülmesi de bir diğer önemli nedendir. Bunların yanında ailelerin eğitim durumu, işsizlik, hızlı nüfus artışı, gelenekler, eğitim sisteminin bozukluğu, hızlı ve çarpık kentleşme, sosyal sermaye, çocukların işverenler tarafından ucuz iş gücü olarak görülmesi gibi nedenler de çocuk istihdamında önemli etkenler arasında sayılabilir⁴⁶⁴.

Türkiye’deki tabloya baktığımızda, 2012 yılı itibariyle çocuk işgücü anketi sonuçlarına göre⁴⁶⁵ ekonomik faaliyette çalışan 6-17 yaş grubundaki çocukların istihdam oranı %5,9 olup istihdam edilen çocukların %44,8’inin kentsel, %55,2’sinin kırsal yerlerde yaşamakta ve bunların %68,8’ini erkek ve %31,2’sini ise kız çocukları oluşturmaktadır. Çalışan çocukların %49,8’inin bir okula devam ettiği, %50,2’sinin ise okula devam etmediği; okula devam eden 6-17 yaş grubundaki çocukların %3,2’sinin ekonomik işlerde ve yüzde 50,2’sinin ev işlerinde faaliyet gösterdiği, %46,6’sının herhangi bir faaliyette bulunmadığı görülmüştür. Bu yaş grubunda okula devam etmeyen çocukların ise; %34,5’inin ekonomik işlerde ve %38,8’inin ev işlerinde faaliyet gösterdiği, %26,7’sinin herhangi bir faaliyette bulunmadığı ortaya çıkmıştır. Söktörelbazlı sonuçlara bakıldığında ise çocukların %44,7’sinin tarım, %24,3’ünün sanayi ve %31’inin hizmet sektöründe çalıştığı görülmüştür. Sonuçlara göre küçük yaşta çalışanların sayısı ve çalıştıkları iş alanlarının ağırlığı dikkat çekicidir. Bu nedenle bu

2002, s. 125; **AVŞAR / ÖĞÜTOĞULLARI**, s. 118; **KARAMAN, Banu / ÖZÇALIK, Melih**, “Türkiye’de Gelir Dağılımı Eşitsizliğinin Bir Sonucu: Çocuk İşgücü”, Celal Bayar Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, Manisa 2007, s. 33; **SUNAL, Onur**, “Gelir Düzeyi ve Çocuk Emeği Arasındaki İlişki: Ülkelerarası Bir Karşılaştırma”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, Ankara 2011, s. 119 vd.; **TUNÇCAN, Nilgün**, “Çocuk İşçiliği: Nedenleri, Boyutları ve Küreselleşen Dünyadaki Konumu”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 43-44, İstanbul 2000 (Çocuk İşçiliği), s. 243; **ERDAĞ, Nevzat**, İş Hukukunda Önemli Konular, Ankara 2017, s. 240.

⁴⁶⁴ **SAPANCALI**, s. 18; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz**, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15 (Özel Sayı), İzmir 2014 (Çocuk İşçi), s. 489; **KÜÇÜKKALAY, Abdullah Mesut / DULUPÇU, Murat Ali / TURUNÇ, Ömer**, “Dünyada ve Türkiye’de Çocuk İşgücü İstihdamının Sorunları ve Önlenmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Birimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Isparta 2000, s. 106; **KAVI, Ersin**, “Çocuk İstihdamı Açısından Sosyal Sorumluluk Standardı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, C. 2, 51, İstanbul 2006, s. 275; **CENTEL, Tankut**, “Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 4, S. 2, Ankara 1997: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017] (Çocuk); **GÖKALP**, s. 125; **AVŞAR / ÖĞÜTOĞULLARI**, s. 12; **TUNÇCAN, Nilgün**, “AB’de Çocuk İstihdamı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 41-42, İstanbul 1998 (AB), s. 335-343; **KARAMAN, ÖZÇALIK**, s. 38; **TUNÇCAN**, Çocuk İşçiliği, s. 244-251; **EFE /ULUOĞLU**, s. 51; **GÜRSEL, İlke**, “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”, İÜHF Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, İstanbul 2016, s. 416.

⁴⁶⁵ www.tuik.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

alandaki düzenleme yapılması ve düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması gerektiği de su götürmez bir gerçektir. Zira bir ülkenin en önemli yatırım unsuru insan ve insan unsurunun kaynağı da çocuklardır. Ülkenin maddi imkânlarının kısıtlı olması da çocukların korunmasına yönelik çalışmaların yapılmamasında bir gerekçe olmamalıdır⁴⁶⁶.

A.Uluslararası Sözleşmeler

Çocukların erken yaşta çalışma yaşamına girmeleri onların ruhsal, fiziksel gelişimleri ile sağlıkları açısından ciddi tehlikeler yaratabilmektedir. Çocuk istihdamı, çocuklara bedensel, ruhsal veya zihinsel olarak kapasitelerini aşan yükler yüklendiğinde çocuk istismarına dönüşebilmektedir. Öte yandan bu durum, genç yaşta sakatlıkların yaşanmasına hatta ölümlere kadar varabilmekte ve toplumda huzursuzluklara da neden olabilmektedir. Çocuk istihdamının dünya genelindeki yaygınlığı ve bunun gelecek nesillere etkisi de göz önüne alındığında sorunun küresel olduğu ortaya çıkmakta, çocuk istihdamının ortadan kaldırılması ve çalışan çocukların korunması uluslararası bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır⁴⁶⁷. Nitekim yakın tarihe bakıldığında dünyadaki çocuk nüfusunun halen daha %11'inin çocuk işçi olarak çalıştırıldığı görülmektedir⁴⁶⁸.

Bir toplumun sağlıklı bireylerden oluşup oluşmaması o toplumdaki sosyal yaşam kalitesinin yükseltilmesi ya da en azından mevcut durumunun korunmasıyla yakından ilgilidir. Sağlıklı bir toplumu oluşturan en önemli yapı taşı ise çocuklardır. Çünkü bireylerin iyi yetişmesi, sağlıklı ve sosyal açıdan yeterli olması onların iyi bir çocukluk geçirmelerine bağlıdır⁴⁶⁹. Çocukların sağlıklı olarak yetişebilmeleri ise kuşkusuz belirli bir yaşa kadar çalışma yaşamında yer almamalarını gerektirir. Öte yandan eğitim kurumlarına gitmek yerine küçük yaşlarda çalışma hayatına atılan çocuklar eğitim yoluyla elde edebilecekleri bilgi ve vasıflardan da yoksun kalmakta ve bunun sonucu olarak ileride yüksek gelir getiren işlerde çalışma şanslarını da yitirmiş olmaktadır.

⁴⁶⁶ ENGİN, Murat, "Gençlerin İş Güvenliği", Çimento İşveren Dergisi, C. 8, S. 5, Ankara 1994 (Gençler), s. 12.

⁴⁶⁷ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Çocuk İşçi, s. 497; KÜÇÜKKALAY / DULUPÇU / TURUNÇ, s. 109; SAPANCALI, s. 18; AVŞAR / ÖĞÜTOĞULLARI, s. 14; TUNÇCAN, Çocuk İşçiliği, s. 254.

⁴⁶⁸ ILO-IPEC'in 2013 yılında yayınladığı "Küresel Tahminler ve Eğilimler 2000–2012 Raporu: <http://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/child-labour/lang--tr/index.htm> [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁴⁶⁹ KAVİ, s. 271; İNAN, Ali Naim, "Çocuğun Korunması ve Polis", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 1-4, Ankara 1980, s. 244; EFE / ULUOĞLU, s. 47.

Bu durum aynı zamanda toplumsal açıdan beşeri sermayenin israfına da yol açmaktadır⁴⁷⁰. Bu nedenle de çocukların belirli bir yaşa kadar çalıştırılmaması, öncelikli olarak eğitim imkânlarından faydalandırılması, belli bir çalışma yaşına ulaştıklarında da özel olarak korunmaya alınmaları gerekir.

Yukarıda belirtilen sebeplerden yola çıkarak, haklarını savunmakta zayıf ve istismara açık olan çocukların istihdamını önlemeye yönelik ilk girişimler de uluslararası kuruluşlar tarafından yapılmıştır. Uluslararası kuruluşlar uzun yıllardan beri çalışan çocuklar konusunu ele almış ve bu konuda birtakım hukuksal metinler kabul ederek soruna çözüm arayışında bulunmuştur⁴⁷¹.

Çocukların korunması ve çocuk işçiliğinin yasaklanmasına yönelik uluslararası belgelere baktığımızda en önemli sözleşmelerden biri olarak BM ÇHS gelmektedir. Türkiye de dahil olmak üzere 197 ülkenin taraf olduğu bu Sözleşme en fazla ülkenin onayladığı insan hakları belgesidir⁴⁷². Türkiye, ÇHS'ni 14 Ekim 1990'da imzalamış ve 27 Ocak 1995'te Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe almıştır⁴⁷³. Sözleşme on sekiz yaşından küçük her insanı “çocuk” olarak kabul ettikten sonra (md. 1), çocuk hakları için dört temel ilkeyi benimsemiştir: ayırım gözetmeme (md. 2); çocuğun yüksek yararı (md. 3); yaşama ve gelişme hakkı (md. 6) ve katılım hakkı (md. 12). BM ÇHS ile çocuk hakları, insan haklarının bütünleşik bir parçası olarak görülmüş, korunmasız kesimin haklarına taraf ülkelerin riayet etmesi öngörülmüştür. Çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığına veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkı kabul edilmiş ve Sözleşmeye taraf devletlerin, bu amaçla kanuni, idari, toplumsal ve eğitsel her türlü önlemi almaları bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir⁴⁷⁴. Sözleşme taraf ülkelere asgari çalışma yaşı konusunda

⁴⁷⁰ TUNÇCAN, Çocuk İşçiliği, s. 244.

⁴⁷¹ SAPANCALI, s. 24; KAVİ, s. 277.

⁴⁷² GÜRSEL, s. 418.

⁴⁷³ RG 27.01.1995, S. 22184.

⁴⁷⁴ TAT, s. 110; YILMAZ TEKİN, Tülay, “Çocuk İşçiliğinin Yeni Formları: Çocuk Oyuncular”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 1, S. 40, İstanbul 2014, s. 226; EFE / ULUOĞLU, s. 49; ERDAĞ, s. 240.

herhangi bir yaş empoze etmek yerine her ülkeye asgari yaş sınırını Sözleşmenin amacı doğrultusunda kendi iç hukuk düzeni kapsamında düzenleme serbestisi de getirmiştir⁴⁷⁵.

ILO tarafından 1973 yılında kabul edilen ve Türkiye'nin de tarafı olduğu 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme⁴⁷⁶ ise; Sözleşmeye taraf olan her devletin, çocuk işçiliğini etkin bir şekilde ortadan kaldırmasını, istihdam ve çalışmaya kabul için asgari yaştan gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanıyacak bir düzeye yükseltilmesini sağlayan ulusal bir politika takip etmesini şart koşturmuştur (md. 1). Yine Sözleşmeye göre asgari yaş sınırı, zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaştan altında ve her hâlükârda on beş yaştan altında olmayacaktır (md. 2). Bunun yanı sıra, doğası veya yapıldığı koşullar bakımından gençlerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdama kabulde ise bu yaş sınırı on sekiz yaştan altında olmayacaktır. Böylelikle, söz konusu Sözleşme genel nitelikte vetüm sektörleri kapsayıcı bir sözleşme olup, asgari çalışma yaşı ile ilgili ILO tarafından kabul edilen iki önemli sözleşmeden (diğeri ise 182 sayılı Sözleşmedir) biridir⁴⁷⁷.

138 sayılı Sözleşmenin yürürlüğü sonrasında ILO tarafından 17 Haziran 1999 tarihinde En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Hakkında 182 sayılı ILO Sözleşmesi kabul edilmiş, Türkiye'nin de tarafı olduğu bu Sözleşme 27 Haziran 2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır⁴⁷⁸. 182 sayılı Sözleşme on sekiz yaştan altındaki herkesi çocuk olarak kabul ettikten sonra (md. 2), en kötü durumdaki çocuk işçiliğini, çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve kölelik ve kölelik benzeri uygulamalara maruz kalması, fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde, uyuşturucu maddelerin üretiminde veya ticaretinde kullanılması gibi doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibarıyla çocukların sağlığını, güvenliğini veya ahlaki gelişmelerini olumsuz etkileyecek olan işlerde çalışması olarak tanımlamıştır (md. 3). Bu itibarla Sözleşme ile taraf devletler en kötü biçimlerdeki

⁴⁷⁵ CENTEL, Çocuk; GÜRSEL, s. 419.

⁴⁷⁶ RG 21.06.1998, S. 23379.

⁴⁷⁷ AKYİĞİT, Şerh, s. 2035; ASLANTEPE, Gülay, "Çocuk İstihdamı Konusunda Ilo Normları ve Ilo-Türkiye Cumhuriyeti İlişkileri", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 45, İstanbul 2003, s. 228; GÜRSEL, s. 420-422.

⁴⁷⁸ RG 27.06.2001, S. 24445.

çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır (md. 1; md. 2)⁴⁷⁹. Böylelikle 138 sayılı Sözleşme, 182 sayılı Sözleşme ile daha da pekişmiş ve onun etkisini arttırmıştır.

Türkiye'nin konu ile ilgili olarak tarafı olduğu bir diğer sözleşme de Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'dir⁴⁸⁰. Kötü şartlardaki çocuk işçiliğinin yasaklanması Sözleşmenin I. bölümünde yer alan "sözleşmenin uygulanma alanı ve amacı" başlıklı 1. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Sözleşme, on sekiz yaşına gelmemiş çocukların çıkarları için, haklarını geliştirmek, onlara usule ilişkin haklar tanımak ve bu hakların, çocukların doğrudan ve diğer kişiler veya organlar tarafından bir kanuni merci önündeki kendilerini ilgilendiren davalardan bilgilendirilmelerini ve bu davalara katılmalarına izin verilmesini teminen kullanılmasını kolaylaştırma amacı taşımaktadır.

AB'nin çocuk hakları da dahil olmak üzere, temel haklar alanında genel bir yaptırımı bulunmasa da AB Anlaşması uyarınca, AB'nin yetki alanında atılan her adımda temel haklara riayet etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk yalnızca hakları ihlal eden davranışlardan ibaret genel bir görevi değil, aynı zamanda anlaşmaların kendi politikalarının uygulanması esnasında ilgili her yerde bunların dikkate alınması gereğini (ana plan ve politikalara yerleştirilmesi) de ifade eder. AB'ye üye olmayan aday ülkeler ise üyelik ölçütlerinden biri olan "*aday ülkenin demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan hakları ve azınlıkların korunmasını garanti altına alan kurumlarının istikrarını sağlamış olması*" ölçütünü yerine getirmek zorundadır⁴⁸¹.

Yukarıda anlatılanların yanında ASŞ konu ile ilgili birtakım düzenlemeleri içermekte olup bu Sözleşmeye de değinilmesi gerekir. Türkiye Avrupa Sosyal Şartını bazı maddelerine çekince koyarak imzalamış⁴⁸² 16.06.1989 tarihli ve 3581 sayılı Kanunla⁴⁸³

⁴⁷⁹ ALPAR, s. 2; AKYİĞİT, Şerh, s. 2037; EFE / ULUOĞLU, s. 57.

⁴⁸⁰ RG 02.05.2002, S. 24743.

⁴⁸¹ TAT, s. 111.

⁴⁸² Avrupa Sosyal Şartı'nın Bölüm I, III, IV, V ve ekinin tümü ile II'nci bölümünün aşağıdaki "beyan" metni çerçevesinde onaylanması uygun bulunmuştur. Şöyle ki; a) 20'nci maddesinin 1 numaralı fıkrasının (b) bendine göre; 1, 12, 13, 16 ve 19'uncu maddelerinin tüm fıkralarıyla aynen, b) 20'nci maddesinin 1 numaralı fıkrasının (c) bendine göre; 9, 10, 11, 14, 17 ve 18'inci maddelerin tüm fıkralarıyla aynen, c) 4'üncü maddesinin 3. ve 5'inci fıkraları, d) 7'nci maddesinin 3, 4, 5, 6, 8 ve 9'uncu fıkraları kabul edilmiştir (3581 sayılı Kanun md. 1).

da onaylamıştır. Sözleşmenin “çocukların ve gençlerin korunma hakkı” başlıklı 7. maddesi Türkiye tarafından onaylanan maddeler arasındadır⁴⁸⁴. Anılan maddeye göre Sözleşmeye taraf ülkeler Sözleşmeyi imzalamakla birlikte, henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını, on sekiz yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını, çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı, gençlerin işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı, ulusal kanunlar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan on sekiz yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolünü sağlamayı taahhüt etmektedir (md. 7/f. 3, 4, 5, 6, 8 ve 9). Avrupa Sosyal Şartı, 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı olarak yeniden imzaya açılmıştır. GGASS’da, Avrupa Sosyal Şartı’nın geleneksel yapısı korunmakla birlikte Şartta teminat altına alınan haklara sekiz yeni hak eklenmiştir. GGASS Türkiye tarafından bazı maddelere⁴⁸⁵ çekince konularak kabul edilmiş, daha sonra da 5547 sayılı Kanun⁴⁸⁶ ile onaylanmıştır. GGASS’ın 7. maddesi çocukların ve gençlerin korunmasına ilişkin olup, Türkiye bu maddenin tüm fıkralarını onaylayarak kabul etmiştir⁴⁸⁷. İlgili madde ile çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı

⁴⁸³ RG 14.10.1989, S. 20312.

⁴⁸⁴ Türkiye Avrupa Sosyal Şartı’nın 7. maddesinin sadece 3, 4, 5, 6, 8 ve 9’uncu fıkralarını kabul ederek onaylamıştır.

⁴⁸⁵ “Türkiye Cumhuriyeti, 1996 tarihli “(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı”nın III. Bölümünün A maddesi gereğince, anılan Şart’ın II. Bölümünün aşağıdaki madde, fıkra ve bentlerini kabul ettiğini beyan eder.

1 inci madde

2 nci maddenin 1, 2, 4, 5, 6 ve 7 nci fıkraları

3 üncü madde

4 üncü maddenin 2, 3, 4 ve 5 inci fıkraları

7 ilâ 31 inci maddeler.” (5547 sayılı Kanun; beyan).

⁴⁸⁶ RG 03.10.2006, S. 26308.

⁴⁸⁷ GGASS madde 7: “Akit Taraflar, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1- Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının 15 olmasını sağlamayı;

2- Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamayı;

3- Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

4- 18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;

5- Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;

belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının on beş; tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde ise on sekiz olması gerektiği öngörülmüştür⁴⁸⁸.

AB kapsamındaki ilgili diğer düzenlemelere baktığımızda, Avrupa Birliği'nin 02.06.1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifi⁴⁸⁹ öne çıkmaktadır. Direktifte on sekiz yaşın altındakiler genç, on sekiz yaşından küçük en az on beş yaşındakiler ergen, on beş yaşından küçükler ise çocuk olarak tanımlanmıştır (md. 3). Direktif gereği olarak üye devletler çocuk işçi çalışmasını yasaklayan tedbirleri alacak, gençlerin tecrübe eksikliği, mevcut veya muhtemel riskler konularında bilgisizlik veya tamamen gelişmiş olmamalarına bağlı olarak gelişmelerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korunmalarını temin edeceklerdir (md. 7; md. 4)⁴⁹⁰. Bunun yanında çocukların iş/egitim veya fabrika içi iş-tecrübe programlarında, hafif işlerde veya kültürel ve benzeri faaliyetlerde Direktifin amaç ve kapsamına uygun olarak çalıştırılmalarına istisna tanınmıştır. Buna göre, hafif işler çocukların gelişmelerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etkisi muhtemel olmayan, okula devamının, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programına katılımını veya bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işleri ifade eder (md. 3). Kültürel ve benzeri faaliyetler ise hiçbir şekilde çocuğun gelişmesine, sağlık ve güvenliğine zarar vermemeli ve okula devamlarını engellememeli, yetkili makamlarca tasdik edilmiş mesleki rehberlik veya mesleki eğitime katılımlarına veya verilen eğitimden yararlanmalarına mani olmamalıdır (md. 5). Direktifte asgari çalışma yaşı on beş olarak belirtilmiş olmakla birlikte, yukarıda sayılan istisnalara yer verilerek üye

6- Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı;

7- 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı;

8- 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlamayı;

9- Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı;

10- Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı;

taahhüt ederler.

⁴⁸⁸ GÜRSEL, s. 426-427.

⁴⁸⁹ AYDIN, Fazıl (Ed.), "Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri", Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No: 11, Ankara 2014 (AB), s. 137-142.

⁴⁹⁰ GÜRSEL, s. 430.

devletlerin bazı istisnalar getirebilecekleri belirtilmiştir. Bu kapsamda ulusal mevzuatça belirlenecek hafif işlerde çocuklar sınırlı süreli olarak çalıştırılabilecektir.

Çocuk işçi istihdamının önlenmesi tarafı olunan uluslararası sözleşmelerin bir gereği olması yanında, 1999 yılında AB'ye aday olan Türkiye için AB sürecinde, çözümlemesi gereken çalışma hayatındaki önemli sorunlardan birisini de teşkil etmektedir. Bu bağlamda devlet çocuk işçilerin çalıştırılmasını önlemek için gerekli düzenlemeleri yapmak ve buna ilişkin uygulamaları takip etmekle yükümlüdür.

B.Ulusal Düzenlemeler

Uluslararası düzenlemeler ışığında mevzuatımızda da çocuk ve genç çalışanların korunmasına ilişkin özel düzenlemeler mevcuttur. Çocuk ve genç işçilerin korunması tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerin bir gereği olduğu gibi, Anayasal da bir yükümlülüktür. Nitekim AY'nın 50. maddesinde, kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaması gerektiği yönünde düzenleme yapılmış ve bunun sağlanması için Devlete yükümlülük yüklenmiştir⁴⁹¹. Ayrıca AY'nın 10. maddesinde de çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir. Anılan bu AY hükümleri ile birlikte eğitim ve öğretim hakkını düzenleyen 42. maddenin de konu bakımından göz önünde tutulması gerekir⁴⁹². Tüm bu hükümler kapsamında çocukların ve gençlerin korunmasının Anayasa ile güvence altına alındığı söylenebilecektir. Bu itibarla konu ile ilgili mevzuatımızı yönlendirici nitelikteki en temel hukuk kuralı Anayasadır⁴⁹³.

Çocukların çalıştırılma şartlarına ilişkin düzenlemeler başta İŞK. olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemelerde kural olarak genel ve işin niteliğine göre farklı asgari çalışma yaşı öngörme şeklinde veya sakıncalı olarak görülen

⁴⁹¹ **İŞIKLI, İbrahim,** “AB Yolunda Çocuk İşçiler”, 2006: <http://www.aliteznel.com/index.php?sid=yazi&id=687>[erişim tarihi 15.04.2017]; **URHANOĞLU CENGİZ,** s. 212; **AKAR,** s. 106.

⁴⁹² **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU,** Çocuk İşçi, s. 506.

⁴⁹³ **CENTEL,** Çocuk; **ALPAR,** s. 10;

bazı işler için çalıştırma yasağı getirme şeklinde yol izlenerek çocuk istihdamının önlenmesi ve çalışma düzeninin sağlanması amaçlanmıştır⁴⁹⁴.

1. Asgari Çalışma Yaşı

Asgari çalışma yaşı kavramı, bir kimsenin en az hangi yaştan itibaren işçi olarak çalıştırılabileceğini ifade etmektedir. Çalışma yaşamının çocuklar için içerdiği tehlikeler ve çalışmanın çocuk yaştaki işçinin eğitime, sağlığına ve mesleki gelişimine olumsuz etkileri göz önüne alınarak çalıştırılma için asgari bir yaşın belirlenmesi ve bu yaşın altındaki kişiler ile iş sözleşmesi yapılmasının yasaklanması ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁴⁹⁵. Aşgari çalışma yaşı kapsamında getirilen yasaklama ile daha çalışma yaşamına başlamadan bir koruma sağlanması hedeflenmiştir.

Mevzuatımızda yeknesak tanımı bulunmamakla birlikte çeşitli kanunlarda “çocuk” kavramı tanımlanmıştır. Bu bağlamda, TMK’nda ergenlik yaşı on sekiz olarak düzenlenmiştir⁴⁹⁶. TMK uyarınca on sekiz yaşın doldurulması ile kazanılan ergenlik dışında, evlenme veya mahkeme kararı ile de ergenliğin kazanılması mümkündür⁴⁹⁷. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁴⁹⁸ uyarınca çocuk; “*daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” dir (md. 3). Bu tanımlardan hareketle çocuğu genel olarak “tam ve sağ doğduğu andan itibaren reşit (ergen) olduğu ana kadarki sürede bulunan gerçek kişi” şeklinde tanımlayabiliriz⁴⁹⁹.

İş ilişkilerini ilk kez düzenleme altına alan 3008 sayılı İş Kanunu’yla, on altı yaşından küçüklerin günde sekiz saatten fazla çalışamayacakları hükme bağlanmış; çocukların ve gençlerin yer altında ve gece çalıştırılması yasaklanmıştı. Ancak bu kanun, günde en az on işçi çalıştırmayı gerektiren işlerde uygulanabiliyordu ve bu nedenle 7-16 yaş arasındaki çocuk sayısı 3 milyon 714 bin olmasına rağmen sadece 37 bin çocuk bu

⁴⁹⁴ URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk, s. 204.

⁴⁹⁵ AKYİĞİT, Şerh, s. 2033.

⁴⁹⁶ TMK md. 11/f. 1’e göre “Ergenlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.”

⁴⁹⁷ TMK md. 11/f. 2’ye göre “Evlenme kişiyi ergin kılar.” TMK md. 12’ye göre “On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.”

⁴⁹⁸ RG 15.07.2005, S. 25876.

⁴⁹⁹ İNAN, s. 247.

kanun kapsamına girmekte ve korunabilmekteydi⁵⁰⁰. Daha sonra yürürlüğe giren 1475 sayılı İşK. çocuk işçi tanımına yer vermemekle birlikte “çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı” başlıklı 67. maddesinde on altı yaşını doldurmamış çocukların hangi işte olursa olsun günde sekiz saatten fazla çalıştırılmayacağını düzenlemiştir. Bununla birlikte maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların (md. 68); sanayiye ait işlerde ise on sekiz yaşını doldurmamış erkek çocuklarla her yaştaki kadınların⁵⁰¹ gece çalıştırılmaları da diğer yasaklar arasında sayılmıştır (md. 69).

4857 sayılı İşK.’nda ise önceki düzenlemelerden farklı olarak çocuk işçi yanında genç işçi kavramına da yer verilmiş ve bu kavramlar dolaylı olarak kanun içerisinde tanımlanmıştır. Kanuna göre, on beş yaşın altındakiler çocuk işçi; on beş ile on sekiz yaş arasındakiler ise genç işçidir (md. 71/f. 3). İşK.’nun yaş bakımından çocuk ve genç işçilere yönelik düzenlemelerinde Avrupa Birliği’nin 94/33 sayılı Direktifi’ni esas aldığı görülmektedir⁵⁰². Nitekim bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir⁵⁰³.

İşK. çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasının yasak olmadığı işlerde bu işçilerin çalıştırılabilecekleri asgari yaşa ilişkin düzenleme getirmiş ve on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasını yasaklamıştır (md. 71/f. 1). Ancak belirtmek gerekir ki, kesin bir yasak koymak yerine istisnai hükümler tanınması özellikle on beş yaşından küçük olanların okula veya mesleki eğitim ve mesleğe yönelme programlarına devam etmesi şartıyla çalışma yaşamına hazırlık için belirli ölçülerde ufak çaplı işlerde çalışmalarına imkân tanınması faydalı olabilecektir⁵⁰⁴. Nitekim Kanun genel kuralı belirttikten sonra bu yönde istisnalar getirmiştir. İstisnai hükme göre, on dört yaşını

⁵⁰⁰ ÖZEREN, s. 167.

⁵⁰¹ Kural; kadın işçilerin sanayiye ait işyerlerinde çalıştırılması olmakla birlikte on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına, Kadın İşçilerin Sanayiye Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük kapsamında aranan şartların bulunması durumunda uygunluk da verilmiştir (1475 sayılı İşK. md. 69).

⁵⁰² AKTAY / ARICI / SENYEN KAPLAN, s. 76-77.

⁵⁰³ İşK. md. 71’in gerekçesi “Çalıştırma yaşı ve çocukların çalıştırılması yasağı bakımından madde Avrupa Birliği’nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifi’ne uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.”: 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2015, s. 97-100, 128.

⁵⁰⁴ AKYİĞİT, Şerh, s. 2034.

doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış⁵⁰⁵ olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler (md. 71/f. 1). Böylece İşK. çerçevesinde asgari çalışma yaşının on beş olduğu, ancak kanunun tanıdığı istisnalar kapsamında on beşin altına inilebildiği söylenebilir⁵⁰⁶. Asgari çalışma yaşına ilişkin İşK.'ndaki bu düzenleme 138 sayılı ILO sözleşmesi (md. 2), GGASS (md. 7/f. 1) ile uyum içerisindedir⁵⁰⁷. Ancak kanaatimizce istisnai hükümlerde de bir alt yaş sınırına yer verilmesi daha uygun olurdu⁵⁰⁸.

Kanunda hafif işlerden bahsedilse de hafif işlerin tanımı kanunda değil, ilgili yönetmelikte yapılmıştır. Nitekim çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler, genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, hafif işler ile çocuk ve gençlerin çalışma koşulları hakkında yönetmeliğin çıkarılması öngörülmüş olup (İşK. md. 71/f. 3) Çocuk

⁵⁰⁵ 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nda 2012 yılında 6287 sayılı Kanun (RG 11.04.2012, S. 28261) md. 1 ile yapılan değişiklikten öncesine kadar zorunlu ilköğretim çağı, altı ile on dört yaş grubundaki çocukları kapsamakta ve bu çağ çocuğun beş yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlayıp, on dört yaşını bitirip on beş yaşına girdiği yılın, öğretim yılı sonunda bitmekteydi. Bu düzenleme İşK. md. 71'de öngörülen hafif işler için çalışmaya başlama yaşı ile zorunlu eğitim sona erme için öngörülen yaşın uyumlu olmasını sağlıyordu. Ancak anılan değişiklik sonrası zorunlu ilköğretim çağı altı ile on üç yaş grubundaki çocukları kapsar hale getirilmiş olup çocuğun beş yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlayarak, on üç yaşını bitirip on dört yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biteceği öngörülmüştür (md. 3). Dolayısıyla her iki kanun düzenlemesindeki uyum da yitirilmiştir. Ancak İşK. madde metnindeki "on dört yaşı doldurma" şartı uyarınca bu yaşın altındaki çocukların hafif işlerde dahi çalıştırılması halen yasak kapsamındadır: **GÜRSEL**, s. 450-451.

⁵⁰⁶ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2034.

⁵⁰⁷ **GÜRSEL**, s. 447; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 510.

⁵⁰⁸ Deniz İşK. ile Basın İşK.'nda ise asgari çalışma yaşına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Gemi Adamları Yönetmeliği (RG 31.07.2002, S. 24832)'nde gemi adamları türlerinde yeterlilik derecesi almak için asgari çalışma yaşı belirlenmiştir. Bu bağlamda Yönetmeliğin 8. maddesinde güverte sınıfı gemi adamı yeterliliği için, tayfalarda on altı yaş, usta gemicilerde on sekiz yaş, sınırlı vardiya zabiti, vardiya zabıtlığı ve uzak yol vardiya zabıtlığında on sekiz yaş, sınırlı kaptanlık için yirmi bir yaş; Yönetmeliğin 9. maddesinde makine sınıfı gemi adamı yeterliliği için tayfalar açısından, yağcılarda on altı yaş, usta makine tayfası olmak için başvuranlarda on sekiz yaş, elektro-teknik tayfası için on sekiz yaş, sınırlı makine zabıtlarında on sekiz yaş, sınırlı baş makinist için yirmi bir yaş; Yönetmeliğin 10. maddesinde yardımcı sınıf gemiadamları yeterlikleri için, elektrikçiler ve elektronikçilerde on sekiz yaş, elektro-teknik zabiti için on sekiz yaş, stajyer açısından on altı yaş, yardımcı hizmetlilerde kamarotlar açısından on altı yaş, aşçılarda on sekiz yaş; Yönetmeliğin 11. maddesinde yat sınıfı gemiadamları yeterlikleri açısından, yat kaptanlığında 499 GT için yirmi bir yaş, 2999 GT için yirmi üç yaş; Yönetmeliğin 12. maddesinde balıkçı sınıfı gemi adamları yeterlikleri açısından balıkçı gemisi kaptanı olmak için on sekiz yaş, açık deniz balıkçı gemisi kaptanı olmak için yirmi bir yaş koşulu aranmaktadır.

ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁵⁰⁹ 2004 yılında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. ÇGİÇUEHY md. 5'e göre ise İşK. uyarınca çocukların çalıştırılabileceği hafif işler aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

1. Düşme ve yaralanma tehlikesi olabilecek şekilde çalışmayı gerektirecek olanlar hariç meyve, sebze, çiçek toplama işleri,
2. Kümes hayvanları besiciliğinde yardımcı işler ve ipek böcekçiliği işleri,
3. Esnaf ve sanatkârların yanında satış işleri,
4. Büro hizmetlerine yardımcı işler,
5. Gazete, dergi ya da yazılı matbuatın dağıtım ve satım işleri (yük taşıma ve istifleme hariç),
6. Fırın, pastane, manav, büfe ve içkisiz lokantalarda komi ve satış elemanı olarak yapılan işler,
7. Satış eşyalarına etiket yapıştırma ve elle paketleme işleri,
8. Kütüphane, fuar, panayır ve sergi yerlerinde yardımcı işler (yük taşıma ve istifleme hariç),
9. Spor tesislerinde yardımcı işler,
10. Çiçek satışı, düzenlenmesi işleri.

Böylelikle mevzuattaki düzenlemeler ile çocuk ve genç işçilerin, okula devam edenlerin okuldaki başarılarına engel olmayacak, meslek seçimi için yapılacak hazırlıklara ya da yetkili makamlar tarafından yeterliliği kabul edilen mesleki eğitimlere katılmalarına engel olmayacak işlerde çalıştırılmaları amaçlanmıştır⁵¹⁰.

ÇGİÇUEHY'nin "İş Sözleşmesi ve Belge Yükümlülüğü" başlıklı 12. maddesinin (c) bendine göre ise; "İşveren;, çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisi ile yazılı iş sözleşmesi yapmak zorundadır.". Bu kapsamda işveren, genel hükümlere göre belirli şartlar altında mümkün görülse de, iş mevzuatı bakımından doğrudan çocuğun veya genç işçinin taraf olduğu bir iş sözleşmesi yapamayacaktır. Söz konusu sözleşmenin yazılı olarak yapılması bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce burada geçerlilik şartı olarak aranan çocuğun veya gencin velisi veya vasisi ile sözleşme yapılmasıdır. Yazılılık unsuru ise ispat şartı olarak aranmalıdır. Aksinin kabulü, bir işte

⁵⁰⁹ RG 06.04.2004, S. 25425.

⁵¹⁰ BENOKAN / ÖZCAN, s. 157.

yazılı sözleşme olmadan çalışmış olan çocuk işçinin iş sözleşmesinin geçersiz sayılmasına ve işçilik hakları açısından mağduriyetine yol açacaktır⁵¹¹.

İşK.'nin kapsamı dışında⁵¹² kalan veya (Gemi Adamları Yönetmeliği hükümleri kapsamı haricindeki hallerde) Deniz İşK. ile Basın İşK.'nda olduğu gibi herhangi bir düzenleme bulunmayan hallerde TBK ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir⁵¹³. TBK'nda asgari çalışma yaşına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda on iki yaşın altındaki çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdam edilmesi yasaklanmıştır (md. 173/f. 1)⁵¹⁴. Söz konusu hüküm İşK. kapsamı dışında kalan (ve özel bir kanunla düzenlenmemiş) işlerde geçerlidir. Düzenlemede on iki yaşın altındakilerin korunması amaçlandığından on iki yaşın altındakilerin hangi yaşta olursa olsun çalıştırılmayacağını anlaşılması gerekir⁵¹⁵. Ancak Kanunda on iki olarak belirlenen asgari çalışma yaşı 138 sayılı Sözleşme olmak üzere uluslararası sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira 138 sayılı Sözleşmeye göre asgari çalışma yaşının on beş yaşın altında olmaması esastır. Ancak doktrinde AY'nın 90. madde hükmü gereğince 138 sayılı Sözleşme hükmünün kanun niteliğinde uygulanması gerektiği, bununla birlikte mevzuatta taraf olunan uluslararası sözleşmeler bağlamında tüm çocuk ve genç işçileri kapsayan bir düzenlemenin yapılması gerektiği savunulmuştur⁵¹⁶. Nitekim aksinin kabulü ile aynı yaşta olan ancak farklı işyerlerinde farklı kanunlara tabi olan çocuk ve gençlerin farklı uygulama ve çalışma şartlarına maruz kalması söz konusu olabilecektir. Örneğin, İş Kanunu kapsamı dışındaki çocuk ve genç işçilerin, Umumi Hıfzıssıhha

⁵¹¹ Yazılılık şartının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı olarak mı değerlendirileceği hakkındaki görüşler için bkz. Birinci Bölüm, II, C, 1.

⁵¹² Bkz. dn. 106.

⁵¹³ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 496; **ENGİN**, Gençler, s. 14.

⁵¹⁴ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ek olarak çocukların korunmasına yönelik bazı işlere özgü özel asgari yaş sınırı da getirilmiştir. Buna göre bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından küçük çocukların çalıştırılmaları yasaktır (md. 176). Benzer bir düzenleme 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (RG 04.07.1934, S. 2751)'nda da yer almaktadır. Söz konusu Kanun düzenlemesine göre eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçüklerin çalıştırılması yasaktır (md. 12).

⁵¹⁵ **TUNÇOMAĞ, Kenan**, "Çalışma Hayatında Çocuk ve Gençler" Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 31, İstanbul 1982, (Çocuk), s. 74; **NARMANLIOĞLU**, s. 194.

⁵¹⁶ **Akyiğit**, Şerh, s. 2035; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 513; **ÖZEREN**, s. 170.

Kanunu md. 179/f. 2⁵¹⁷ uyarınca, on altı yaşından itibaren herhangi bir sınırlama veya yasaklama olmaksızın her türlü ağır ve tehlikeli işte çalıştırılabileceklerini söylemek mümkün olacaktır⁵¹⁸. Kanaatimizce de mevzuattaki düzenlemelerde birlik bulunmasa da çocukların çalışmasına yönelik asgari yaş düzenlemesi temel hak ve özgürlük niteliğinde olup, uluslararası düzenlemelerle çelişen durumlarda ulusal mevzuatın değil, uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanmasının kabulü yerinde olacaktır.

Yukarıdaki düzenlemeler ile ilgili olarak ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunlarda ayırık bir düzenleme yapılmadığından ilgili hükümlerin uygulanmasında çalışılan işin sürekli veya süreksiz olması ya da iş sözleşmesinin tipik veya atipik olması açısından farklılık olmayacaktır⁵¹⁹.

a. Çıraklık

Çıraklık ilişkisi, iş ilişkisine benzer bir ilişki olmakla birlikte tarafların bu ilişkide karşılıklı edim taahhütleri, iş ilişkisinden farklılık arzeder. Çıraklık ilişkisinde çırağı çalıştıran bir sanat veya mesleğin çırağa öğretilmesini taahhüt etmektedir. Ayrıca, çırak işin icabı gereği üretime katılsa da işçiden farklı olarak işin ifası ile borçlu değildir. Bu nedenle çıraklık ilişkisi iş ilişkisinden ayrılır⁵²⁰. Mevzuatımızda da çıraklar işçi olarak kabul edilmemiş ve İşK.'nin tüm hükümleri açısından kapsam dışında tutulmuş (İşK. md. 4); TBK hükümlerine tabi tutulmuştur. Ancak TBK ile de yetinilmeyerek özel bir kanunda düzenlenmiştir. Çırakların tabi olduğu 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu⁵²¹ uyarınca çırak, çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişidir (md. 3). Anılan Kanun uyarınca çıraklık için kişinin en az ortaokul mezunu olması, bünyesi ve sağlık durumu gireceği mesleğin gerektirdiği işleri yapmaya uygun olması şarttır. On dokuz yaşından gün almış olanlardan daha önce çıraklık eğitiminden geçmemiş olanlar,

⁵¹⁷ Md. 179/f. 2 “Kadınlarla on ikiden on altı yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir.”. Kanun düzenlemesi uyarınca on altı yaşına kadarki çocukların veya gençlerin sağlığına aykırı veya tehlikeli olacak işlerin değerlendirilmesinde ÇGİÇUEHY’in göz önünde tutulması gerekecektir.

⁵¹⁸ URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk, s. 215.

⁵¹⁹ AKYİĞİT, Şerh, s. 2033.

⁵²⁰ ENGİN, Gençler, s. 23; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Çocuk İşçi, s. 491-492.

⁵²¹ RG 19.06.1986, S. 19139. Ancak belirtmek gerekir ki, 3308 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalan çıraklar hakkında TBK'nun genel iş sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır (TBK md. 393).

yaşlarına ve eğitim seviyelerine uygun olarak düzenlenecek mesleki eğitim programlarına göre çıraklık eğitimine alınabilir (md. 10).

Böylece çıraklık için de azami öğrenim derecesine sahip olma aranarak asgari ve yukarıda belirtilen istisnası ile birlikte azami bir yaş aralığı getirildiği söylenebilir⁵²². Bununla birlikte 3308 sayılı Kanun çıraklar için asgari ücret düzenlemesi de getirmiştir⁵²³. Bu doğrultuda çıraklar için kendi özel mevzuatı kapsamında asgari ücretin dikkate alınması gerekmektedir. Ancak çıraklık ilişkisinin ispatlanamadığı durumlarda işyerinin İşK. kapsamına girmesi durumunda İşK. hükümlerinin; İşK. kapsamına girmiyor ve özel bir kanun düzenlemesi de yok ise TBK hükümlerinin somut olaya uygulanması ve çalışanın işçi sayılması gerekir. Nitekim Yargıtay da bir olayda küçük yaşta çalıştırılan işçinin çıraklık sözleşmesinin bulunmaması ve çıraklık ilişkisinin de ispat edilememesi nedeniyle İşK. gereğince işçilik haklarının hesaplanacağı yönünde karar vermiştir⁵²⁴.

2. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılmayacakları İşler

İş Kanunu'nun 71. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasa'nın 50. maddesine uygun olarak, *“Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez.”* hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca ÇGİÇUEHY gereğince de çocuğun ve genç işçinin işe yerleştirilmesinde ve çalışması süresince güvenliği, sağlığı, bedensel, zihinsel, ahlaki ve psiko-sosyal gelişimi, kişisel yatkınlık ve yeteneklerinin dikkate alınması gerekir.

⁵²² **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 494.

⁵²³ Mesleki Eğitim Kanunu md. 25/f. 1 *“Aday çırak ve çıraklar ile işletmelerde mesleki eğitim gören, staj veya tamamlayıcı eğitime devam eden öğrencilere işletmeler tarafından ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışlar, düzenlenecek sözleşme ile tespit edilir. Ancak, işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler ile mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında staj veya tamamlayıcı eğitim gören öğrencilere asgari ücretin net tutarının; yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde otuzundan, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde on beşinden, aday çırak ve çırağa yaşına uygun asgari ücretin yüzde otuzundan aşağı ücret ödenemez. Bu amaçla kamu kurum ve kuruluşları gerekli tedbirleri alır. Staj yapacak işletme bulunamaması nedeniyle stajını okulda yapan ortaöğretim öğrencilerinin yaptıkları stajlar bu fıkra hükmü kapsamı dışındadır.”*

⁵²⁴ Yargıtay 9.H.D., T. 28.06.2006, E. 39175, K. 19031: **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2044.

Çocuk ve genç işçiler, okula devam edenlerin okula devamları ile okuldaki başarılarına engel olmayacak, meslek seçimi için yapılacak hazırlıklara ya da yetkili makamlar tarafından yeterliliği kabul edilen mesleki eğitime katılmalarına engel olmayacak işlerde çalıştırılabilirler (ÇGİÇUEHY md. 5/f. 1, 2). Anılan bu düzenlemeler ile çocukların sağlıklı gelişmesi ve eğitim haklarının engellenmemesi amaçlanmıştır⁵²⁵.

İşin niteliği ve yapıldığı ortam açısından gerek çocuk işçiler gerek yaş farkı gözetmeksizin tüm işçiler için oldukça zorlayıcı çalışma şekillerinden biri yer altında ve su altında çalışmaktır. Çocuk işçi açısından böyle bir çalışmanın çocuğun vücut yapısının gelişmesini olumsuz etkileyeceği, bünyesini zorlayacağı ve yıpratacağı açıktır⁵²⁶. Bu nedenle İşK. çalışma koşullarının zorluğu ve etkisini göz önünde bulundurarak yer ve su altındaki işler ile gece çalışılan işyerlerine ilişkin bir hüküm getirmiştir. Buna göre, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması; sanayiye ait işlerde ise on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece⁵²⁷ çalıştırılması yasaktır (md. 72; md. 73). Kanunda yer altı ve su altına yönelik düzenlemede “*maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı*” işleri sayılmış olmakla birlikte “*gibi*” ifadesi kullanıldığından, yer altındaki veya su altındaki tüm işlerde on sekiz yaşından küçüklerin çalıştırılması yasaktır⁵²⁸.

İşK. yukarıda belirtilen özel düzenlemelerin yanında çocuk ve genç işçiler için yasak olan işler ile on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalıştırılabileceği işlerin; on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işlerin; on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşullarının yönetmelik ile düzenleneceğini belirtmiştir (İşK. md. 71/f. 3)⁵²⁹.

⁵²⁵ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 516.

⁵²⁶ **GÖKALP**, s. 129.

⁵²⁷ Gece; çalışma hayatında en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemi ifade eder (İşK. md. 69/f. 1).

⁵²⁸ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 518; **GÖKALP**, s. 129.

⁵²⁹ İşK.'nin ağır ve tehlikeli işlere ilişkin hususları düzenleyen 85. maddesi on altı yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalışabilecekleri ağır ve tehlikeli işler ile ilgili olarak yönetmelik çıkarılmasını öngörüyordu. Öngörülen yönetmelik Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği

Kanun uyarınca çıkarılan ÇGİÇUEHY'tede çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler sınırlı biçimde düzenlenmiştir⁵³⁰. Bu işler dışında çocuk ve gençlerin çalıştırılması

adı ile yürürlüğe girmiş ise de Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Nitekim İşK.'nun 85. maddesi 6331 sayılı Kanununun 37. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bağlamda ÇGİÇUEHY'ta yer alan düzenlemeler yol gösterici olacak olup, bu yönetmelik kapsamında onay verilen işler haricinde çocuk ve gençlerin çalıştırılması yasak olarak kabul edilecektir. Önceki mevzuat hükümleri ile yürürlükteki mevzuat hükümleri karşılaştırıldığında ise çocuk ve gençlerin korunmasına yönelik olumsuz bir durumun olmadığı görülmektedir: **GÜRSEL**, s. 452.

⁵³⁰ ÇGİÇUEHY md. 5/f. 5 uyarınca çocuk işçiler Ek-1'de, genç işçiler Ek-1 ve Ek-2'de ve on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçiler ise Ek-1, Ek-2 ve Ek-3'te yer alan işler dışında çalıştırılmaz. Buna göre;

“Çocuk İşçilerin Çalıştırılabilecekleri Hafif İşler (Ek-1):

1. Düşme ve yaralanma tehlikesi olabilecek şekilde çalışmayı gerektirecek olanlar hariç meyve, sebze, çiçek toplama işleri,
2. Kümes hayvanları besiciliğinde yardımcı işler ve ipek böcekçiliği işleri,
3. Esnaf ve sanatkârların yanında satış işleri,
4. Büro hizmetlerine yardımcı işler,
5. Gazete, dergi ya da yazılı matbuatın dağıtımı ve satımı işleri (yük taşıma ve istifleme hariç),
6. Fırın, pastane, manav, büfe ve içkisiz lokantalarda komi ve satış elemanı olarak yapılan işler,
7. Satış eşyalarına etiket yapıştırma ve elle paketleme işleri,
8. Kütüphane, fuar, panayır ve sergi yerlerinde yardımcı işler (yük taşıma ve istifleme hariç),
9. Spor tesislerinde yardımcı işler,
10. Çiçek satışı, düzenlenmesi işleri.

Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler(Ek-2)

1. Meyve ve sebze konserveçiliği, sirke, turşu, salça, reçel, marmelat, meyve ve sebze suları imalatı işleri,
2. Meyve ve sebze kurutmacılığı ve işlenmesi işleri,
3. Helva, bulama, ağda, pekmez imalatı işleri,
4. Kasaplarda yardımcı işler,
5. Çay işleme işleri,
6. Çeşitli kuru yemişlerin hazırlanması işleri,
7. Küçükbaş hayvan besiciliğinde yardımcı işler,
8. Süpürge ve fırça imalatı işleri,
9. Elle yapılan ağaç oymacılığı, kemik, boynuz, kehribar, lüle taşı, Erzurum taşı ve diğer maddelerden süs eşyası, düğme, tarak, resim, ayna, çerçeve, cam ve emsali eşya imalatı işleri,
10. Toptan ve perakende satış mağaza ve dükkânlarında satış, etiketleme ve paketleme işleri,
11. Büro işyerlerinde büro işleri ve yardımcı işler,
12. İlaçlama ve gübreleme hariç çiçek yetiştirme işleri,
13. İçkili yerler ve aşçılık hizmetleri hariç olmak üzere hizmet sektöründeki işler,
14. Diğer giyim eşyası, baston ve şemsiye imalatı işleri,
15. Yiyecek maddelerinin imalatı ve çeşitli muamelelere tabi tutulması işleri,
16. Yorgancılık, çadır, çuval, yelken ve benzeri eşyaların imalatı ve dokuma yapmaksızın diğer hazır eşya imalatı işleri,
17. Sandık, kutu, fiçi ve benzeri ambalaj malzemeleri, mantar, saz ve kamıştan sepet ve benzeri eşya imalatı işleri,
18. Çanak, çömlek, çini, fayans, porselen ve seramik imaline ait işler (fırın işleri ve silis ve quartz tozu saçan işler hariç),
19. El ilanı dağıtımı işleri,
20. Cam, şişe, optik ve benzeri malzeme imalathanelerinde üretime ilişkin işler (fırın işleri ve silis ve quartz tozu saçan işler, ısıtma işlem, renklendirme ve kimyasal işler hariç),
21. Bitkisel ve hayvansal yağların üretimi ve bunlardan yapılan maddelerin imaline ilişkin işler (karbon sülfür gibi parlayıcı veya tahriş edici çözücülerle yapılan prine veya benzeri yağlı maddelerin ekstrasyon yoluyla yağ üretimi işlerinde ekstrasyonkademeleri hariç),

kural olarak yasaktır. Ancak bunun istisnası 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu⁵³¹ kapsamında mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarından mezun olan meslek sahibi on altı yaşını doldurmuş genç işçilerdir. Bu bağlamda anılan genç işçiler sağlıkları, güvenlikleri ve ahlakları tam olarak güvenceye alınması şartıyla bu Yönetmeliğin eklerinde belirtilen sınırlamalara bağlı kalmaksızın ihtisas ve mesleklerine uygun işlerde çalıştırılabilirler (ÇGİÇUEHY md. 5).

ÇGİÇUEHY, yaş gruplarına göre çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işleri sıralamışsa da belirlenen bu işlerden olsalar dahi hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde, alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işlerinde, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işlerde, gürültü veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işlerde, aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işlerde, sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işlerde, radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlarla maruz kalınması ihtimali olan işlerde, fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işlerde, parça başı ve prim sistemi ile ücret

22. Pamuk, keten, yün, ipek ve benzerleriyle bunların döküntülerinin hallaç, tarak ve kolalama tezgâhlarından ve boyama ile ilgili işlemlerden bölme ile ayrılmış ve fenni iklim ve aspirasyon tesisatı olan iplikhane ve dokuma hazırlama işleri,

23. Balikhane işleri,

24. Şeker fabrikalarında üretime hazırlamaya yardımcı işler,

25. Araçsız olarak 10 kg'dan fazla yük kaldırılmasını gerektirmeyen torbalama, fiçilama, istifleme ve benzeri işler,

26. Su bazlı tutkal, jelatin ve kola imali işleri,

27. Sandal, kayak ve emsali küçük deniz araçlarının imalatı ve tamir işleri (boya ve vernik işleri hariç).

16 Yaşını Doldurmuş Fakat On Sekiz Yaşını Bitirmemiş Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler (Ek-3)

1. Toprağın pişirilmesi suretiyle imal olunan kiremit, tuğla, ateş tuğlası işleri ile boru, pota, künk ve benzeri inşaat ve mimari malzeme işleri.

2. Kurutma ve yapıştırma işleri, kontrplak, kontratabla, yonga ağaçtan mamul suni tahta ve PVC yüzey kaplamalı suni tahta imali işleri ile emprenye işleri.

3. Parafinden eşya imali işleri.

4. Kuş ve hayvan tüyü killarının temizlenmesi, didikleme, ayrılması ve bunlara benzer işler.

5. Plastik maddelerin şekillendirilmesi ve plastik eşya imali işleri. (PVC'nin imali ve PVC'den mamül eşyaların yapımı hariç)

6. Mensucattan hazır eşya imali işleri (Perde, ev tekstili, otomobil ürünleri ve benzerleri).

7. Kağıt ve odun hamuru üretimi işleri.

8. Selüloz üretimi işleri.

9. Kağıt ve kağıt ürünlerinden yapılan her türlü eşya ve malzemenin imali işleri.

10. Zahire depolarındaki işler ile un ve çeltik fabrikalarındaki işler.

11. Her türlü mürekkep ve mürekkep ihtiva eden malzeme imali işleri.”.

⁵³¹ RG 19.06.1986, S. 19139.

ödenen işlerde, eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine imkân sağlamayan işlerde, işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işlerde, eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işlerde, para taşıma ve tahsilat işleri ile 4857 sayılı İş Kanununun 69uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde on sekiz yaşını doldurmamış işçilerin çalıştırılmayacağını⁵³² ayrıca düzenleyerek ek koruyucu bir hükme yer vermiştir (md. 5/f. son)⁵³³. Böylece daha güçlü bir koruma sağlanmıştır⁵³⁴.

3. Çocuk ve Genç İşçileri Çalıştıramayacak İşverenler

Şimdiye dek belirtilen sınırlama ve yasaklamalar işin niteliğine de bağlı olarak çocuk ve genç işçiler için bedensel veya ruhsal gelişimlerinde yaratacağı olumsuzlukları önlemek adına getirilen düzenlemelerdir. Mevzuatımızda bunların haricinde işverene bağlı olarak getirilmiş sınırlamalar da mevcuttur.

ÇGİÇUEHY’te yer alan düzenlemeye göre, çocuklara karşı işlenmiş suçlardan hüküm giyen veya yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olan işveren veya işveren vekillerinin çocuk veya genç işçi çalıştırması yasaktır (md. 11). Anılan yasaklayıcı hüküm kanunda yer almamakla birlikte Yönetmelik ile getirilmiş bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız, doktrindeki görüş uyarınca böylesi bir düzenleme hukuk tekniği olarak kanunda yer

⁵³² Aynı yönde düzenleme Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te de mevcuttur. Yönetmeliğin md. 5 hükmü gereğince “4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları yasaktır.”. Her iki yönetmelikte de herhangi bir iş ayrımı yapılmaksızın genel olarak gece çalışılan yerlere ilişkin yasak getirmişken İşK. md. 73 düzenlemesine göre sanayiye ait olan işlerde on sekiz yaş altındakilerin çalışması yasaklanmıştır. Bu anlamda kanun ve yönetmelik hükümlerinin birbiri ile uyumlu olması adına İşK.’nda düzenleme yapılması gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz **GÜRSEL**, s. 457 dn. 158.

⁵³³ Gece çalışmasına yönelik yasak İşK. dışında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nda da mevcuttur. Buna göre on iki yaş ile on altı yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları yasaktır. Bu düzenleme doğrultusunda İşK. kapsamı dışında bulunan on altı yaşın altındaki her bireyin gece çalıştırılması yasaktır (md. 174). Böylece İşK. kapsamında olan ve olmayan işçiler için gece çalışmasına yönelik farklı bir asgari yaş sınırının mevcut olduğu görülmektedir. Kuşkusuz bu durum aynı bireyler için farklı uygulamalara yol açacağından bir olumsuzluk yaratmaktadır. Kanaatimizce tüm çocuk ve genç işçileri kapsayan düzenleme getirilmesi ve uygulamada yeknesaklık sağlanması bu gibi eşitsizliklerin de önüne geçilmesini sağlayacaktır.

⁵³⁴ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 522.

alması gerektiğinden, Kanunda olmayan bir yasaklamanın yönetmelik ile getirilmesi yerinde değildir⁵³⁵.

İşveren için çocuk ve gençler ile iş sözleşmesi yapma yasağının sebebi olarak belirtilen “yüz kızartıcı suç” ile” çocuklara karşı işlenen suç” kavramlarına da değinmek gerekir. Yüz kızartıcı suç, yalın bir ifade ile utandıran, kişiyi toplum nazarında küçük düşüren kişinin utanma duygularını inciten suç olarak ifade edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki suçun “yüz kızartıcı olma” niteliği ahlaki ve görece bir değerlendirme olup insandan insana, toplumdaki topluma, yöreden yöreye değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle sübjektif bir kavram olarak belirleyici olamaz⁵³⁶. Öte yandan TCK’nda yüz kızartıcı suçların hangisi olduğunu açıkça tanımlayan veya belirten bir düzenleme mevcut değildir. Diğer bir ifade ile, TCK’nda yüz kızartıcı suçlar ve yüz kızartıcı olmayan suçlar gibi bir ayırım söz konusu olmayıp bunlar TCK dışındaki bazı özel kanun hükümlerinde⁵³⁷ ve Anayasanın 76. maddesinde⁵³⁸ tanımı yapılmadan düzenlenmiştir. Ceza hukuku alanında hiçbir sonuç doğurmayan yüz kızartıcı suç kavramı; uygulamada

⁵³⁵ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 523.

⁵³⁶ **MALKOÇ, İsmail**, “Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, TBB Dergisi, S. 4, Ankara 1989, s. 589; **DURSUN, Selman**, “Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, Polis Dergisi, S. 36, 2003, s. 445.

⁵³⁷ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (md. 3/f. 2): Anonim şirket olarak kurulan sigorta şirketinin kurucusu olabilmek için *...basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, görevi kötüye kullanma gibi yüz kızartıcı suçlar” nedeniyle mahkûm olmama şartı vardır.*

5352sayılı Adli Sicil Kanunu (md. 12/f. 1-b): “... Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler....” şeklindeki ibare ile yüz kızartıcı suç kavramını dolaylı yoldan adli sicil kaydının silinmesi için daha uzun bir süreye tabi tutmuştur.”

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu (md. 11/f. 1): “....Basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlardan mahkum olanlar milletvekili seçilemezler.”.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu (md. 8/h): Hâkim veya savcı olarak mesleğe kabul edilebilmek için “...zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı bir suçtan...soruşturma ve kovuşturma altında olmamak...” gerekir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu (md. 8/d): “.....basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar” işleyenler bankaların kurucu ortağı olamaz.

⁵³⁸ AY md. 76/f. 2 “En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı (hileli) iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

ceza hukuku dışındaki alanlarda, örneğin, bir kimsenin bir mesleğe, memuriyete vs. kabul edilmesinde, bir hak veya statüyü elde etmesinde ölçü olarak kullanılmaktadır. Esasen yüz kızartıcı suç deyimi; hukuk doktrinde toplumun şiddetle tepki gösterdiği, ahlaki açıdan kabul edilemez bulduğu, utanç verici suçlar için kullanılsa da bu kullanım biçimi de somut bir çerçeve sunmaktan uzaktır. Örneğin, “güveni kötüye kullanma suçu” yüz kızartıcı suçlardan olmasına rağmen, mevzuatın hiçbir yerinde “ihaleye fesat karıştırma suçu”, “cinsel taciz suçu” veya “cinsel saldırı suçu” yüz kızartıcı suç olarak kabul edilmemiştir⁵³⁹.

Yüz kızartıcı suç kavramı, özel kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmiş ve o kanunun amacına göre uygulanan bir kavramdır. Bir özel kanunda yüz kızartıcı suç olarak kabul edilen bir suç, başka bir özel kanunda yüz kızartıcı suç olarak kabul edilmemişse; kabul edilmeyen kanunun amacı açısından o suç, yüz kızartıcı suç olarak değerlendirilemez. Ancak özel kanunlardaki düzenlemeler ışığında genel olarak yüz kızartıcı suçların; hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, rüşvet, irtikap, zimmet, özel veya resmi belgede sahtecilik, parada sahtecilik, mühürde sahtecilik, hileli iflas suçlarından oluştuğunu söylemek mümkündür⁵⁴⁰. Dolayısıyla Yönetmelik kapsamında bu suçlardan hüküm giyenlerin çocuk ve genç işçi çalıştırmasının yasak olduğunu söylemek mümkündür.

Yönetmelikte belirtilen diğer unsur ise “çocuk ve gençlere yönelik işlenmiş suç” tur. Yönetmelikteki ifade suçun kapsamını oldukça geniş tutmuştur. Zira maddenin lafzına bakıldığında on sekiz yaşın altındaki bireyin mağdur (suçtan zarar gören) olduğu TCK kapsamındaki her suç madde kapsamına girmektedir. Kanaatimizce, burada tüm suçları kapsayan bu denli geniş bir ifade yerine düzenlemenin amacına uygun olarak bir sınırlama getirilmesi daha uygun olurdu.

⁵³⁹ **DOĞAN, Baran:** <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/yuz-kizartici-suclar-nelerdir.html>. [erişim tarihi 15.04.2017].

⁵⁴⁰ **DOĞAN.**

C. Yaş Küçüklüğüne İlişkin Sözleşme Yapma Yasaklarına Aykırılığın Sonuçları

1. Hukuki Yaptırım

İş sözleşmesi eğer kuruluşunda geçerlilik koşullarından birini taşııyorsa genel hükümlere göre geçersizlik (kesin hükümsüz) yaptırımını ile karşı karşıya kalmaktadır (TBK md. 27). Zira iş sözleşmesinin sebebinin veya konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olması şekle aykırılık, ehliyetsizlik veya muvazaa kesin hükümsüz sayılma nedenleridir⁵⁴¹. Çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacakları işlerde çalıştırılmalarına yönelik iş sözleşmeleri veya asgari yaş sınırına uymaksızın yapılan iş sözleşmeleri de emredici hukuk kuralına aykırılık nedeniyle kural olarak geçersiz olacaktır. Ancak buradaki geçersizlik yaş küçüklüğü nedeniyle “hak ehliyeti” veya “fiil ehliyeti” şeklindeki ehliyet kurallarına aykırılıktan ziyade anılan işçilerin koruyucu hükümlere aykırı olarak çalıştırılmalarından doğmaktadır⁵⁴².

Çocuk ve genç işçilerle yapılan iş sözleşmeleri belirtilen hususlardan biri nedeniyle geçersiz sayıldığında iş sözleşmesinin ifa sürecine girilmiş olup olmamasına göre ayırım yapılması yerinde olacaktır. Zira kesin hükümsüzlük sonucunda iş sözleşmesinin ifa edilmiş veya ifa edilmekte olması halinde işçinin ifa ettiği işin karşılığını hangi hukuki nedene dayanarak ve hangi ölçüde talep edebileceği sorusunun cevaplandırılması gerekecektir. Bu anlamda iş sözleşmesinde geçersizliğin geçmişe etkili değil de taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren, geleceğe yönelik etkili olması genellikle kabul gören bir çözümdür. Buna göre geçersizlik eğer iş sözleşmesinin ifasına başlanmamış ise baştan itibaren etkisini gösterecektir. Ancak iş sözleşmesinin ifasına başlanmış, diğer bir ifade ile kanunca korunmaya çalışan kişi yasağa rağmen çalışmış ise dürüstlük kuralı (TMK md. 2) ile işçi lehine yorum ilkesi gereğince işçinin mağduriyetine yol açmamak adına, geçersizliğin baştan itibaren değil ileriye dönük olarak, ileri sürüldüğü andan itibaren etkisini göstermesi gerekir. Bu nedenle iyi niyetle işini ifa eden işçinin, geçersizlik ileri sürülünceye kadar iş sözleşmesi geçerliymişcesine

⁵⁴¹ URHANOĞLU CENGİZ, Çocuk, s. 220.

⁵⁴² AKYİĞİT, Şerh, s. 2039-2040.

iş ilişkisinden doğan işçilik haklarından yararlanması gerekir⁵⁴³. Nitekim bu görüş ve uygulama TBK md. 394 ile de uyumlu olacaktır. Anılan maddeye göre, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi, iş ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur (md. 374/f. 3).

Belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünün ileriye dönük olarak etkisinin kabulü sözleşmenin bu tarihe kadar geçerli olduğu anlamına gelmemektedir; hükümsüzlüğün tesiri bakımından böyle bir sonuç doğurur. Nitekim iş sözleşmesi, sonradan verilecek olan icazet ile de geçerli hale getirilemez. Ancak geçersizliğe neden olan durum (geçersizlikle sonuçlanmadan) daha sonradan ortadan kalkmış ise, örneğin çalışan kişi asgari çalışma yaşını doldurmuş ise, artık kesin hükümsüzlük ve geçersizlikten söz edilmeyecektir⁵⁴⁴. Doktrinde ayrıca iş sözleşmesinin konusunun veya amacının fuhuş, kaçakçılık, adam öldürme gibi kanuna, ahlaka veya kamu düzenine kabul edilemez derecede aykırılık taşıması halinde, çalışma olup olmadığına bakılmaksızın iş sözleşmesinin başlangıcından itibaren geçersiz kabul edilmesi gerektiği de öne sürülmüştür⁵⁴⁵.

Yargıtay da konu ile ilgili verdiği içtihadı birleştirme kararında yasağa rağmen çalıştırılan işçinin işçi sayılacağına ve kanunun işçilere tanıdığı haklardan yararlanması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁴⁶. Söz konusu karar ile Yargıtay'ın uygulamasının da doktrindeki genel kabul gören görüş ile aynı doğrultuda olduğu söylenebilir. Ancak daha yakın tarihli kararlarında Yargıtay'ın geçersizliğin geçmişe yönelik etkisini

⁵⁴³ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2039; **TUNÇOMAĞ**, Çocuk, s. 74; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 507; **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk, s. 220-224; **CENTEL**, Çocuk; **GÖKALP**, s. 133; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 89-90; **EKONOMİ**, İş Hukuku, s. 88; **GÜNAY**, s. 368; **SÜMER, Haluk Hadi**, İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2016 (Uygulama), s. 165; **AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya**, “Çalışma Yaşamında Kadın ve Çalışan Kadını Koruyucu Hükümler”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, Ankara 1998, s. 13-14; **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 356.

⁵⁴⁴ **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk, s. 220-223; **GÜNAY**, s. 369; **BACAK, Bünyamin / YİĞİT, Yusuf**, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi. C. 9, S. 2, Ankara 2007: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

⁵⁴⁵ **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Çocuk İşçi, s. 508; **TUNÇOMAĞ**, Çocuk, s. 76; **URHANOĞLU CENGİZ**, Çocuk, s. 222; **GÜNAY**, s. 370; **SÜZEK**, Bireysel İş Hukuku, s. 360.

⁵⁴⁶ “... Yaşı ve kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve bundan dolayı işçi kanunların işçilere tanıdığı haklardan istifa edeceğine 18.6.2958 tarihli birinci toplantıda ittifakla karar verildi.”: Yargıtay İBK., T. 18.06.1958-20/9; benzer yönde Yargıtay 9. H.D., T. 20.06.2001-8243/10688; Yargıtay 9.H.D., T. 28.06.2006-39175/1903; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2041-2044.

göstereceğini kabul eden ve kanunda belirtilen asgari çalışma yaşının altındaki dönemi geçersiz kabul eden kararları da mevcuttur⁵⁴⁷. Kanaatimizce, geçersizliğin etkisini geçmişe dönük olarak kabul etmek, işçinin mağduriyetine yol açabilecektir. Üstelik küçük yaşta olan bu kişiler çoğu zaman haklarını dahi bilmemekte ve zor şartlar altında çalışmaktadırlar. Cezai yaptırımların dahi işverenler adına düzenlenmiş olması ve aslında bu yasaklamanın işveren adına olması gerektiğinden hareketle yasağa rağmen iyi niyetle çalışmış olan küçük yaştakilerin (kanuna, ahlaka veya kamu düzenine kabul edilemez derecede aykırılık taşıyan iş sözleşmeleri hariç olmak üzere) baştan itibaren işçi sayılması ve bu kapsamda işçilik haklarının korunması ve geçersizliğin ileriye etkili olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

2. Cezai Yaptırım

Mevzuat hükümlerine göre çocuk ve genç işçilere yönelik düzenlemelere aykırılık halinde uygulanacak cezai yaptırımlar; gerek genel asgari çalışma yaşı ve gerekse özel asgari çalışma yaşı ile belli işlere yönelik çalıştırma yasağına aykırı olarak iş sözleşmesi yapılması gibi durumlarda sözkonusu olmaktadır.

⁵⁴⁷ “Küçüklerin belli bir yaştan önce çalıştırılmaları yasağını koyan 1475 sayılı İş Kanununun bu kuralları koruyucu nitelikte olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu kurallar uyarınca, 15 yaşından ve kimi koşullarda hafif işlerde 13 yaşından küçük çocuklarla hizmet sözleşmesi kurulması olanağı yoktur. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Anılan buyurucu kurallara aykırı biçimde yapılan bir hizmet sözleşmesinin ya da görülen hizmetin İş Kanununun kapsamı dışında kalması kaçınılmazdır. Bu açıklamaların ışığı altında somut olay ele alınacak olursa; 1966 doğumlu olan davacı işyerinde çalışmaya başladığını iddia ettiği 1975 yılında 9 yaşındadır. 1975 yılından 13 yaşını doldurduğu 1979 yılına kadar ki çalışması 1475 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kaldığı için, bu dönemin kıdem tazminatının hesabında göz önünde tutulması mümkün değildir. Bu durumda, sadece 1979-1985 yılları arasındaki sürenin dikkate alınmasıyla yetinilmelidir.”: Yargıtay H.G.K., T. 03.04.1991, E. 1991/9-107, K. 1991/9-107: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; “Her ne kadar davacı tanıkları davacının 1996 yılından işyerinde çalışmaya başladığını beyan etmişlerse de, 01.02.1985 tarihinde doğmuş olan davacının 1996 tarihinde on bir yaşında olduğu görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesinde, onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu, ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Bu kurala göre çalışma yaşının alt sınırı ondört yaş olarak belirlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.04.1991 tarih 1991/9-107 esas sayılı kararında da belirtildiği üzere, ondört yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulma olanağı bulunmamaktadır. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde yapılan hizmet sözleşmesi 4857 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır.”: Yargıtay 22.H.D., T. 21.05.2013, E. 2012/16405, K. 2013/11851: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

İşK.'nun 104. maddesinde; genel olarak asgari çalışma yaşı ve özel asgari çalışma yaşı ile belli işlere yönelik çalıştırma yasaklarına aykırı olarak iş sözleşmesi yapılması durumunda bu aykırılıkta bulunan işverene (veya vekiline) idari para cezası uygulanabileceği öngörülmüştür. Kanun düzenlemesine göre genel asgari çalışma yaşına aykırı olarak işçi çalıştıran, ÇGİÇUEHY hükümlerine uymayan, yer ve su altı çalıştırma yasakları ile gece çalıştırmaya ilişkin olarak düzenlenen çalıştırma yasaklarına uymayarak işçi çalıştıran işverene veya işveren vekiline 1.619 Türk Lirası⁵⁴⁸ idari para cezası verilir. Söz konusu idari para cezası 108. madde uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilecektir⁵⁴⁹.

İşK. haricinde 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununda çocuğun zorunlu eğitiminin tamamlanması adına cezai yaptırımlar öngörülmüştür. 222 sayılı Kanun, İşK.'nda olduğu gibi Buna göre, muhtarlıkça veya mülki amirce yapılan tebliğe rağmen çocuğunu okula göndermeyen veli veya vasiye okul idaresince tespit edilen çocuğun okula devam etmediği her gün için yirmi bir Türk Lirası⁵⁵⁰ idari para cezası verilir. Bu para cezasına rağmen çocuğunu okula göndermeyen veya göndermeme sebeplerini okul idaresine bildirmeyen çocuğun veli veya vasisine dokuz yüz on dört Türk Lirası⁵⁵¹ idari para cezası verilir (md. 56). Ayrıca Kanun, ilköğrenim çağında olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenlerin, hiçbir resmî ve özel işyerinde veya her ne suretle olursa olsun çalışmayı gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılmayacağını vurgulamış, ilköğretim kurumlarına devam ettiklerini

⁵⁴⁸ 2017 yılı itibari ile geçerli olan idari para cezası tutarıdır: www.csgb.gov.tr[erişim tarihi: 15.04.2017].

⁵⁴⁹ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ise, çocukların çalıştırılmasına ilişkin getirilen düzenlemelere aykırılık için özel bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak Kanun genel bir yaptırım maddesi içermektedir. Madde hükmüne göre "*Kanunda yazılı olan yasalara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzelli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*" Bu düzenleme uyarınca Kanunda çocuk işçiyeye yönelik getirilen düzenlemelere aykırı faaliyet halinde 456 TL ile 1833 TL arasında (Kabahatler Kanunu md. 17/f. 7 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca yapılan hesaplama kapsamında 2017 yılı itibariyle geçerli olan idari para cezası miktarıdır) idari para cezasının verilmesi söz konusu olacaktır.

⁵⁵⁰ Kanun maddesinde 2008 yılında yapılan değişiklik ile her gün için onbeş Türk Lirası idari para cezasının verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu para cezasının Kabahatler Kanunu md. 17/f. 7 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca 2017 yılı için güncellenen idari para cezası tutarı yirmi bir Türk Lirası'dır.

⁵⁵¹ Kanun maddesinde 2008 yılında yapılan değişiklik ile beş yüz Türk Lirası idari para cezasının verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu para cezasının Kabahatler Kanunu md. 17/f. 7 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca 2017 yılı için güncellenen idari para cezası tutarı dokuz yüz on dört Türk Lirası'dır.

belgeleyenlerin ise, özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla ancak ders zamanları dışında çalışabileceğini düzenlemiştir. Bu hükümlere aykırı davrananlara ise dört yüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği öngörülmüştür (md. 59).

II. Kadın İşçilere Yönelik Sözleşme Yapma Yasakları

Kadınların çalışma yaşamına girmeleri, sanayileşmenin etkisiyle 18. yüzyılın sonlarında İngiltere’de başlamış, daha sonra Avrupa ve dünyada artarak yayılmıştır. Dünyada meydana gelen hızlı gelişmelerin de etkisiyle kadının çalışma hayatındaki konumu da önemli biçimde etkilenmiş ve kadın çalışanlar iş hayatında oldukça geniş yer edinmişlerdir. Ancak bu durum, zamanla bir takım düzenleme ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Zira kadınların fizyolojik ve anatomik özellikleri nedeni ile erkek çalışanlardan daha zayıf olmaları, dolayısıyla da tehlikelere maruz kalma açısından daha büyük risk taşımaları, ailevi yükümlülükleri, çocuklarının bakım ve eğitimlerine ilişkin yükümlülükleri gibi hususlar bir arada düşünüldüğünde kadın çalışanlar lehine çalışma hayatında özel koşulların oluşturulmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu doğrultuda kadınlar, çalışma hayatında risk grubunu oluşturan kişiler olarak İş Hukuku kuralları çerçevesinde özel çalışma kurallarına tabi kılınmıştır⁵⁵².

Bu bağlamda kadın işçilerin birtakım özel düzenlemelere tabi olması, hem toplumsal düzenin gerçekleştirilmesi ve adaletin tesisi hem de toplumun temeli olan ailenin sağlıklı bireyler yetiştirebilmesi açısından vazgeçilmez ilke olmaktadır⁵⁵³.

⁵⁵² **BACAK / YİĞİT**, s.1-3; **SOYSAL**, s. 1-2; **URHANOĞLU CENGİZ, İstar**, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 10, S. 4, Ankara 2009: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017] (Kadın); **AKAR**, s. 110-111; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2047; **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, C. 2, S. 53, İstanbul 2017, s. 743.

⁵⁵³ **SOYSAL**, s. 7; **AYHAN, Abdurrahman**, “Yeni İş Kanunu ve Kadın İşgücü”, İstihdam, Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Muğla 5 Aralık 2003, s. 64.

A.Uluslararası Sözleşmeler

Yukarıda açıklanan nedenler doğrultusunda kadın işçilerin çalışma düzenine ilişkin düzenlemelerin getirilmesi uluslararası alanda da ele alınan bir konu olmuştur. Bu bağlamda Türkiye'nin de tarafı olduğu sözleşmeler konu ile ilgili önem arz etmekte olup aşağıda ele alınmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bildirgedeki tüm hak ve özgürlüklerden yararlanabileceği düzenlenmiştir (md. 2). Bildirgede ayrıca herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkının bulunduğu da vurgulanmıştır (md. 23). Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁵⁵⁴'nin 3. maddesi ile sözleşmeye taraf devletler sözleşmede yer alan tüm hakları eşit olarak bireylere sağlamayı taahhüt etmişlerdir.

Birleşmiş Milletler tarafından 1979 yılında kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) çalışma hayatında kadınların durumu ile ilgili en ayrıntılı düzenlemeleri barındıran sözleşme olmuştur⁵⁵⁵. CEDAW, 1981'de yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmıştır. Sözleşmenin imzalanması, taraf devletleri kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için somut adımlar atmakla ve CEDAW Komitesine düzenli olarak kadının insan haklarının geliştirilmesi konusunda ülkedeki devlet uygulamalarını raporlamak ve sunmakla yükümlü kılmaktadır. Sözleşmenin 11. maddesi uyarınca taraf devletler aşağıdaki konularda gerekli önemleri almakla yükümlüdür:

- Güvenli koşullar içinde çalışma hakkı, sağlığın ve doğurganlığın korunması hakkı
- Hamilelik ve analık izni sebebiyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarma ayırımını yasaklamak,

⁵⁵⁴ RG 18.06.2003, S. 25142.

⁵⁵⁵ SOYSAL, s. 11.

- Hamilelik süresince zararlı olduğu kanıtlanan işlerde kadınlara özel koruma sağlamak

Bu bağlamda kadınların çalışma düzeni bakımından anayasa niteliğinde olan bu Sözleşmeye taraf devletler öngörülen ilkelere ulaşmak için gerekli kanuni ve idari düzenlemeler yapmayı taahhüt etmişlerdir⁵⁵⁶.

ILO tarafından da kadın işçi haklarının düzenlenmesine yönelik sözleşmeler kabul edilmiştir. Konu ile ilgili ILO Sözleşmelerine bakacak olursak ilk olarak 45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında, Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme öne çıkmaktadır. 45 sayılı Sözleşme ile kadınların yer altında çalıştırılmamalarına yönelik düzenlemeler getirilmiş ve yaşı ne olursa olsun hiçbir kadının maden ocaklarında, yer altı işlerinde çalıştırılmayağı düzenlenmiştir (md. 2). Bu sözleşme Türkiye tarafından onaylanan ilk ILO Sözleşmesi olarak da dikkat çekmektedir⁵⁵⁷. Bununla birlikte Hizmet İlişkinine Son Verilmesine İlişkin 158 sayılı Sözleşme⁵⁵⁸ ile ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken, doğum izni esnasında işe gelmeme durumlarının iş sözleşmesine son vermek için geçerli bir neden olmayacağı düzenlenmiştir. Bu anılanların haricinde Türkiye'nin imzaladığı 89 sayılı ILO Sözleşmesinde her yaşta kadın işçilerin sanayiye ait işlerde gece çalıştırılmaları yasağı düzenlenmiş, 111 sayılı ILO Sözleşmesiyle de cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın önlenmesi amaçlanmıştır. Her iki Sözleşme hükmü birlikte değerlendirildiğinde kadınlara ilişkin gece çalışma yasağı ayrımcılık teşkil eden bir hükümden ziyade bir koruma hükmü olarak nitelendirildiğinden 111 sayılı Sözleşme çerçevesinde bir ayrımcılık uygulaması olarak değerlendirilmeyecektir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ **SOYSAL**, s. 12; **DİNÇ, Meryem**, “Çalışma Hayatında Kadın ile İlgili Hukuki Düzenlemeler”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 3, Ankara 2002: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

⁵⁵⁷ ILO tarafından 1935 yılında kabul edilen Sözleşme, Türkiye tarafından 3229 sayılı Kanun ile kabul edilerek yürürlüğe girmiştir: RG 23.06.1937, S. 3638.

⁵⁵⁸ ILO tarafından 1982 yılında kabul edilen Sözleşme, Türkiye tarafından 21964 sayılı Kanun ile kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

⁵⁵⁹ **DOĞANYENİSEY, Kübra**, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk-İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 4, Ankara 2002: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017], (Kadın-Erkek Eşitliği).

Avrupa Sosyal Şartı'nda da çalışan kadınların korunmasına yönelik ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa Sosyal Şartı'nın I. Bölümünde “*çalışan kadınlar gerektiğinde, çalışırken özel olarak korunma hakkına sahiptir*” ilkesi belirtildikten sonra II. Bölümünde yer alan çeşitli maddelerle de kadınların özel olarak korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda özellikle “*çalışan erkeklerle kadınlara eşit işe eşit ücret*” hakkının tanınmasını öngören 4. madde; “*çalışan kadınların korunma hakkı*”nı düzenleyen 8. madde; “*anaların ve çocukların sosyal ve ekonomik korunma hakkı*”nın belirtildiği 17. madde önem taşımaktadır. ASŞ md. 8 uyarınca Sözleşmeye taraf devletler, kadınlara doğumdan önce ve sonra olmak üzere toplamda en az on iki haftalık izin sağlamayı, kadının doğum izni sırasında işten çıkarılmasını önleyecek önlemler almayı ve kadınların tehlikeli, sağlığa aykırı veya uygun düşmeyen işlerde çalışmalarını yasaklamayı taahhüt etmişlerdir⁵⁶⁰. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda da çalışan kadınların analık halinde korunması fikri mevcudiyetini korumuştur (md. 8)⁵⁶¹.

AB'nde de kadın işçilerin çalışma düzenine ilişkin düzenlemeler söz konusu olmuştur. AB özellikle yayınlanan direktifler yolu ile üye ülkelerin mevzuatlarını uyumlaştırma ve standart sağlamaya çalışmaktadır⁵⁶². Bu anlamda 1975 tarihli 715/177 sayılı Kadın ve Erkekler için Ücret Eşitliği Direktifi ile ücret eşitliğinin esas olması amaçlanmış, 1976 tarihli 76/207 sayılı Direktif ile hamile kadın ile annenin korunmasına ilişkin hükümlerin eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği, aksine eşitsizlikleri giderici

⁵⁶⁰ **BOLCAN, Aybike Elif**, “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 1, İstanbul 2010, s. 254.

⁵⁶¹ **TÜRKMEN / AKINTÜRK**, s. 9, dn. 16; GGASŞ md. 8: “*Çalışan kadınların analığının korunması hakkı*

Akit Taraflar, çalışan kadınların annelik durumunda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

1- 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 sağlamayı;

2- İşverenin, bir kadının işverene hamile olduğunu bildirmesi ile doğum iznine ayrılması arasındaki dönem içinde veya süresi bu döneme rastlayacak şekilde işten çıkarma bildiriminde bulunmasını yasadışı saymayı;

3- Emzirme döneminde annelere, bu amaçla yeterli bir süre işe ara verme hakkı sağlamayı;

4- Hamile, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınların gece çalışmalarını düzenlemeyi;

5- Hamile, 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.”

⁵⁶² **SOYSAL**, s. 19.

nitelikte olacağı belirtilmiştir⁵⁶³. Yine 1978 tarihli 79/7 sayılı Direktif ile sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit davranma yükümlülüğü getirilmiş ve Direktifin 4. maddesinde annenin korunması hakkındaki özel düzenlemelerin eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği öngörülmüştür⁵⁶⁴. 1992 tarih ve 92/85 sayılı Direktifte hamile, emziren kadınların işyerinde işgüvenliğinin ve sağlığının korunması amaçlanmıştır (md. 1). Direktifte ayrıca hamile işçilerin ve bebeğini emziren işçilerin sağlık ve güvenlikleri açısından tehlike teşkil eden kurum ve kuruluşlarda çalışmaya zorlanamayacağı (md. 6); hamilelik boyunca ve emziren işçinin gece çalıştırılmayacağı (md. 7); kadın işçiye doğum öncesi ve sonrasında en az on dört haftalık izin verilmesi gerektiği (md. 8); bu hususlara aykırılık durumunda mağduriyete uğrayan kadın işçiye ulusal düzeyde hukuki başvuru yolları tanınması için düzenleme yapılması gerektiği (md. 12) öngörülmüştür. Ayrıca işyerinde söz konusu işçilerin karşılaşılabilecekleri riskleri saptama yükümlülüğü işverenlere verilmiş; eğer işyerinde işçinin güvenliği, sağlığı veya hamileliği ya da emzirmesi ile ilgili bir risk varsa işverene söz konusu işçinin o tür risklere maruz kalmasını önlemek için çalışma koşullarını veya çalışma saatlerini geçici olarak ayarlama; eğer bu mümkün değilse işçiyi başka bir işe nakletme; eğer bu da mümkün değilse söz konusu işçiye ulusal kanun veya uygulama uyarınca güvenliğinin ve sağlığının korunması için gerekli süre kadar izin verme yükümlülüğü getirilmiştir⁵⁶⁵. 92/85 sayılı Direktifin diğer bir önemli yönü ise hamilelik nedeniyle işten çıkarmaya ilişkindir. Direktife göre hamilelik döneminin başından analık izninin sonuna kadar kadın işçilerin istisnai haller dışında işten çıkarılmamaları esastır. Kadın işçinin hamileliği dışında bir nedene dayanan işveren, fesih nedenini yazılı olarak işçiye bildirmelidir (md. 10). Üye devletler bu anlamda hukuka aykırı işten çıkarmaları önleyici düzenlemeler yapmakla yükümlüdür⁵⁶⁶.

B.Ulusal Düzenlemeler

AB'ne tam üyelik için aday ülke konumundaki Türkiye, çalışma hayatını düzenleyen AB mevzuatı ve ILO normları başta olmak üzere uluslararası sözleşmeler doğrultusunda

⁵⁶³ **TUNÇCAN, Nilgün**, "AB'nin Kadın-Erkek Eşitliğine İlişkin Direktifleri", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 53, S. 1, İstanbul 2003, (Kadın-Erkek), s. 96.

⁵⁶⁴ **SOYSAL**, s. 20.

⁵⁶⁵ **BOLCAN**, s. 261.

⁵⁶⁶ **DOĞAN YENİSEY**, Kadın-Erkek Eşitliği.

iç hukukta da gerekli kanuni düzenlemeleri yapmak ve uygulamada bu hükümleri hayata geçirmekle yükümlüdür. Nitekim anılan uluslararası belgelerde yer alan bu hüküm ve ilkeler ulusal mevzuatın şekillenmesinde önemli bir rol oynamıştır⁵⁶⁷.

İç hukukumuzda kadınlara yönelik koruyucu düzenlemelerin getirilmesi Anayasada devlete yüklenen yükümlülükler arasında sayılmıştır. Gerek AY'nın "*kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar*" şeklindeki 50. madde gerekse "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar*" şeklindeki 41. madde düzenlemeleri ile kadınların bünyevi özellikleri de gözetilerek özel önlemlerin alınmasına özen gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "*herkesin kanun önünde eşit olması ile kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olması*" ilkesinin bir an için kadınlara yönelik olan 41. ve 50. madde hükümlerinin ile çeliştiği düşünülebilir. Ancak kadın çalışanlar için bir yandan eşitlik ilkesinin benimsenmesi diğer yandan da özel koruma sağlanması yaşamın içinde var olan çelişkinin doğal bir sonucudur⁵⁶⁸. Bu nedenle kadına yönelik getirilen koruyucu düzenlemeler eşitliğe aykırı olarak yorumlanmamalıdır. Nitekim mevzuatımızdaki hükümlerin de cinsiyet ayrımı yapılmaksızın tüm işçilere uygulanması esastır. Bu hususla ilgili olarak, İşK.'nda da işverenlerin işe almada cinsiyet veya hamilelik nedenleriyle ayırım yapmamaları, işin devamı süresince de ücret ve çalışma koşullarında aynı nedenlerle ayırım yapamayacakları düzenlenmiştir (md. 5/f. 3). Bununla birlikte madde hükmünde işveren tarafından ayırım yapılmasını haklı kılacak sebeplere de yer verilmiştir. Bunlar; biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenlerdir. Böylece anılan haklı nedenlerin bulunması ve ayırım yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda, işverenin farklı işlem yapması eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilemeyecektir⁵⁶⁹. Zira İşK.'nda bu anlamda "işin düzenlenmesi" başlığını

⁵⁶⁷ TÜRKMEN / AKINTÜRK, s. 10.

⁵⁶⁸ TÜRKMEN / AKINTÜRK, s. 11.

⁵⁶⁹ URHANOĞLU CENGİZ, Kadın, s. 29; SÜRAL, Nurhan, "İstihdamda Cinsiyet Eşitliği", Sicil Dergisi, C. 5, S. 20, İstanbul 2010 (Eşitlik), s. 13; ÜNLÜ, Vahap, "İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı", Sicil Dergisi, S. 18, İstanbul 2010, s. 253-254; KAPIZ, Serap, "Yeni İş Kanunu ve

taşıyan dördüncü bölümde genel nitelikte düzenleyici hükümlere yer verildikten sonra kadının korunmasına ilişkin kadına has özelliklerden kaynaklanan özel hükümler konularak işin düzenlenmesinde işverene birtakım yükümlülükler yüklenmiştir. Söz konusu yükümlülükler ile ve korunması amacıyla kadınların bazı işlerde veya saatlerde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Kuşkusuz bu yasaklamalar işveren için sözleşme yapma serbestisini de sınırlar niteliktedir.

Türk İş Hukukunda, çalışma hayatında kadın işçilerin korunmasına yönelik ilk hukuki düzenleme Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile olmuştur. Bu Kanun kapsamında kadın işçilerin doğum öncesi ve sonrası belli süreler ile çalıştırılması yasaklanmış, ayrıca emzirme izni de düzenleme altına alınmıştır. Bunu takiben sırasıyla 3008, 1475 ve yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunları ile de düzenlemeler yapılmıştır⁵⁷⁰.

Türk İş Hukukunda kadın işçilere yönelik olarak iş sözleşmesinin yapılması, sürdürülmesi ve sona ermesi sırasında çeşitli aşamalarda bu kişilerin korunması düşüncesine yönelik olarak, esas itibariyle 4857 sayılı İşK.'ndave bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklerde düzenlemeler yapılmıştır.

1. Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı

İşK.'nda maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır (md. 72). Anılan bu hüküm 1475 sayılı İşK. 68. maddenin tekrarı niteliğindedir. Kadınların yer altı ve su altında çalıştırılmasının yasaklanması kuşkusuz kadınların fiziki yapıları da göz önüne alınarak getirilen bir düzenlemedir. Bu bağlamda düzenleme, kadınların maden ocaklarında, yer altı işlerinde çalıştırılmayağını öngören 45 sayılı ILO Sözleşmesi ile de uyumludur⁵⁷¹.

Kadın İşgücü”, İstihdam, Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Muğla 5 Aralık 2003, s. 66; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2047.

⁵⁷⁰ **SOYSAL**, s. 6; **BOLCAN**, s. 263.

⁵⁷¹ **SOYSAL**, s. 29.

Kanun ile getirilen bu yasaklama kapsamında, işveren bu işyerlerinde sadece erkek işçi çalıştırabilecek, kadın işçiler ile yapacağı iş sözleşmeleri ise kanuna aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla bu tür işler için yapılacak iş sözleşmelerine yönelik işverenin iş sözleşmesi yapma serbestisi kanun düzenlemesi ile sınırlandırılmıştır. Ancak Kanunda herhangi bir istisnai hükme yer vermeksizin yasaklama getirilmesi ve bu alanda kadınlara iş imkânı verilmemesi kanaatimizce uygun olmamıştır⁵⁷². Kadınlara iş imkânı yaratacak bu alanlarda da kadınların çalışabilmelerine olanak verilmesi uygun olacaktır. Zira böyle bir imkân tanınmaması, fakülte ve yüksek okulda eğitim görerek meslek edinen kadınların, mesleğini icra edebilecekleri bir iş olanağı bulamamalarına neden olacak ve kadın-erkek eşitsizliğini doğuracaktır.

2.Gece Çalıştırma Yasağı

Gece çalışma⁵⁷³ doğası gereği normal çalışma saatlerine göre daha zor bir düzeni beraberinde getirmektedir. Nitekim gece çalışması mesleki ve fizyolojik nitelikte riskler oluşturabilmekte, işçi sağlığını olumsuz yönde etkileyebilmekte, işçinin ailesi başta olmak üzere sosyal çevreden uzaklaşmasına neden olabilmekte ve kişiliğinin gelişimini olumsuz etkileyebilmektedir. Bu gibi nedenlerle kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına yönelik ek koruyucu düzenlemeler getirilmiştir⁵⁷⁴.

1475 sayılı İşK.'nda heryaştaki kadının gece çalıştırılması yasaklanmıştır (md. 69). 4857 sayılı İşK.'nda ise 1475 sayılı İşK.'ndan farklı olarak kadın işçiler için çalıştırma yasağı öngörülmemiştir. Bunun yerine cinsiyet fark etmeksizin on sekiz yaşın altındaki herkesin gece çalıştırılması yasaklanmıştır⁵⁷⁵. On sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin

⁵⁷² Aynı yönde bkz. **BİLGİN, Birgül**, "Çalışma Yaşamında Kadın ve Yasal Düzenlemeler", TBB Dergisi, S. 99, Ankara 2012, s. 314.

⁵⁷³ Gece çalışması en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemi ifade etmektedir. Bununla birlikte bazı işlerin niteliğine ve gereğine göre yahut yurdun bazı bölgelerinin özellikleri bakımından, çalışma hayatına ilişkin "gece" başlangıcının daha geriye alınması veya yaz ve kış saatlerinin ayarlanması yahut gün döneminin başlama ve bitme saatlerinin belirtilmesi suretiyle birinci fıkradaki hükmün uygulama şekillerini tespit etmek yahut bazı gece çalışmalarına herhangi bir oranda fazla ücret ödenmesi usulünü koymak veyahut gece işletilmelerinde ekonomik bir zorunluluk bulunmayan işyerlerinde işçilerin gece çalışmalarını yasak etmek üzere yönetmelikler çıkartılabilir (İşK. md. 69).

⁵⁷⁴ **TÜRKMEN / AKINTÜRK**, s. 15.

⁵⁷⁵ İşK.'daki maddede on sekiz yaş altındakilerin sanayiye ait işlerde gece çalıştırılması yasak edilmesine karşın, ilgili yönetmeliklerde sınırlamaya gitmeksizin gece çalıştırılmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel

gece çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların ise Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelik ile gösterileceği yönünde düzenleme yapılmıştır(md. 73/f. 2)⁵⁷⁶. Böylelikle on sekiz yaşını dolduran kadınların gece çalışmaları yönünde bir esneklik getirilmiştir. Kanunun gerekçesinde bu husus “gece çalıştırma ile ilgili olarak 1475 sayılı Kanununun 69 uncu maddesinde her yaştaki kadınlar için getirilen yasak, kadın erkek eşitliği ve bu konuda günümüzdeki gelişmeler dikkate alınarak kaldırılmış, gece çalıştırma yasağı sadece çocuk ve genç işçiler için kabul edilmiştir” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁷⁷. Bu bakımdan hastane, dispensar, eczane, lokanta, otel gibi gece çalışmasına konu olabilecek işyerleride ilgili yönetmelikteki şartların sağlanması ile on sekiz yaşını doldurmuş kadınların çalıştırılması mümkündür.

Kanundaki düzenleme kapsamında Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik 24.07.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁷⁸. Yönetmelik yürürlüğe girinceye kadar 7/6909 sayılı “Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük” hükümleri uygulanmıştı. Yönetmelik, on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin birtakım koşullar getirmiş, ancak Tüzükün aksine gece çalışılacak işin beceriklilik, çabukluk ve dikkat istememesi gibi niteliklere sahip olmasını aramamıştır⁵⁷⁹. KÇGPÇKHY’de gece postası İşK.’nun 69 uncu maddesinde belirtilen gece çalışma sürelerini kapsayan ve yedi buçuk saati geçmeyen çalışma zamanı; kadın işçi ise on sekiz yaşını doldurmuş kadın çalışan olarak tanımlanmıştır (md. 4). Kanun ve Yönetmelik düzenlemeleri medeni durumuna bakılmaksızın on sekiz yaşını doldurmuş tüm kadın işçiler için geçerli ve bağlayıcıdır.

Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md. 5: “4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları yasaktır” ; Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Esasları Hakkında Yönetmelik md. 5/f. son “... 4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde 18 yaşını doldurmamış işçiler çalıştırılmaz.”. Bu kapsamda Yönetmelik ile kanun düzenlemesinin birbiri ile uyumlu olmadığı, diğer bir ifade ile Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin kanun maddesine aykırı olduğu söylenebilecektir.

⁵⁷⁶ **KURT, Resul**, Karşılaştırmalı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu, İstanbul Serbest Mali Müşavirler Odası Mali Çözüm Dergisi Eki, İstanbul 2003, s. 119.

⁵⁷⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, s. 128.

⁵⁷⁸ RG 24.07.2013, S. 28717.

⁵⁷⁹ **EKMEKÇİ, Ömer**, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 20, S. 1, Ankara 2006 (Gece), s. 51.

KÇGPÇKHY ile kadın işçilerin gece saatlerinde hangi koşullarda çalıştırılabileceklerine ilişkin özel düzenlemeler de getirilmiştir. Öncelikle kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce gece postalarında çalıştırılmalarında sakınca olmadığına ilişkin işyeri hekiminden sağlık raporu almaları şartı aranmış; ayrıca işin devamı süresince işyeri hekiminin işyerindeki sağlık ve güvenlik riskleri ile kadın işçinin özel durumunu da dikkate alarak belirleyeceği düzenli aralıklarda sağlık muayenelerinin işveren tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir (md. 7). Kadın işçinin gece çalışmasında sağlık açısından sakınca bulunmadığı hallerde ise çalışma saati ile ilgili işverene sınırlama getirilmiştir. Buna göre her ne şekilde olursa olsun kadınlar gece postalarında en fazla yedi buçuk saat çalıştırılabilecektir (md. 5)⁵⁸⁰.

KÇGPÇKHY uyarınca belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber posta değişim saatlerinde toplu taşıma araçları ile gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece postalarında çalıştıracakları kadın işçileri sağlayacakları uygun araçlar ile ikametgâhlarına en yakın merkezden işyerine götürüp getirmekle yükümlüdürler (md. 6).

3.Hamile ve Çocuklu Kadın İşçilere Yönelik Getirilen Düzenlemeler

Kadın işçilerin hamilelik döneminde özellikle de doğumun yaklaştığı dönemde özel olarak korunması, hem kadının hem de çocuğun ve dolayısıyla toplum sağlığının korunması için bir gerekliliktir⁵⁸¹. Hamile ve çocuklu kadın işçilere yönelik özel düzenlemeler esas itibariyle İşK. İle İSGK⁵⁸² uyarınca çıkarılmış olan Gebe veya

⁵⁸⁰ Yönetmelik gece posta çalışmalarının düzenlenmesine ilişkin eşin çalışma saatlerine göre kadın işçiye bir imkân tanımıştır. Buna göre, “Kadın çalışanın kocası da işin postalar halinde yürütüldüğü aynı veya ayrı bir işyerinde çalışıyor ise kadın çalışanın isteği üzerine, gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece postasına rastlamayacak şekilde düzenlenir. Aynı işyerinde çalışan eşlerin aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence, imkân dahilinde karşılanır.” (KÇGPÇKHY md. 8).

⁵⁸¹ **TÜRKMEN / AKINTÜRK**, s. 22; **DİNÇ**, <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm>; **URHANOĞLU CENGİZ**, Kadın, s. 30; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2047.

⁵⁸² 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenleme amacıyla çıkarılmıştır. 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. Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz:

Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁵⁸³, te yer almıştır⁵⁸⁴.

İşK.'nda getirilen düzenlemeler özellikle 92/85 sayılı Hamile, Loğusa, Emziren Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Sağlığının Korunması Direktifinde yer alan düzenlemeler ışığında yapılmıştır. Bu husus kanun gerekçesinde de belirtilmiştir⁵⁸⁵. Hamile veya yeni doğum yapmış kadınların çalışma hayatında korunması; belli dönemlerde çalıştırma yasağı getirilerek, iş sözleşmelerinin bu esnada sona ermeyip askıda kalması ve kadın işçilerin belli bir süreyle izinli sayılması ve son olarak izin süresinin bitimi ve işe dönüşte de çocuklarıyla bağlantılarının kesilmesinin önlenmesi (emzirme dönemi) ile sağlanmaya çalışılmıştır⁵⁸⁶.

Hamile kadınların doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz olmak üzere toplamda on altı hafta çalıştırılmamaları esastır⁵⁸⁷. Çoğul gebelik halinde⁵⁸⁸ ise doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta eklenir. Erken doğumun söz konusu olması durumunda doğumdan önce kullanılmayan çalıştırılmayacak

a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki 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 (md. 2).

Bu bağlamda yukarıda anılan istisnalar haricinde bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelik hükümleri İşK. kapsamındaki işyerleri ve çalışanlar için de geçerli olarak uygulanacaktır.

⁵⁸³ RG 16.08.2013, S. 28737.

⁵⁸⁴ İşK. haricinde Basın İşK., Umumi Hıfzıssıha Kanunu ve DMK'nda da düzenlemeler mevcuttur. Deniz İşK.'nda ve TBK'nda ise konu ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Deniz İşK.'da bu yönde bir düzenleme bulunmamasını doktrinde Dinç, gemi adamlığının kadınlara kapalı is ve meslek türlerinden biri olmasına bağlamaktadır. Bkz. **DİNÇ**, <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm>; Kanaatimizce genel kanun niteliğinde olan TBK'nda bu yönde bir hüküm bulunmaması, TBK'na tabi çalışan birçok kadın işçinin, diğer kanunlar ile getirilen haklardan mahrum kalmasına yol açmaktadır. Bu nedenle TBK ile Deniz İşK.'nda da en azından İşK.'nda olduğu gibi hamile olan işçilere haklar tanınması yerinde olacaktır.

⁵⁸⁵ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2015, s. 128; Bolcan, s. 267.

⁵⁸⁶ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2048.

⁵⁸⁷ Kadın işçinin hamilelik nedeniyle çalıştırılmayacağı bu süreler, gerek bildirim süresinde gerekse kıdem tazminatında esas alınacak süre hesabına dahil olacaktır. Zira aksinin kabulü cinsiyet ve hamilelik nedeniyle kadın işçi aleyhine bir ayrımcılığa neden olur: **EKONOMİ**, Gebelik, s. 21-23.

⁵⁸⁸ Günümüzde ultrason gibi modern tıbbi cihazlar ile bu husus rahatlıkla tespit edilebilmektedir.

süreler, doğum sonrası süreler eklenmek suretiyle kullanılır (İşK. md. 74/f. 1)⁵⁸⁹. 3008 sayılı İşK.'nda bu süre doğum öncesi üç ve doğum sonrası üç olmak üzere toplamda altı hafta olarak düzenlenmişti (md. 25/f. 1). 931 sayılı İşK.'da ise bu süre toplamda on iki hafta olacak şekilde uzatılmış (md. 70/f. 1), 1475 sayılı İşK.'nda bu konuyu düzenleyen 70. maddede de aynı süreler korunmuştur⁵⁹⁰.

Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre hekim raporu ile doğumdan önce ve sonra gerekirse arttırılabilmektedir. Sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde hamile çalışan, ücretinde kesinti yapılmaksızın sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz veya bu talep nedeniyle işçinin iş sözleşmesi feshedilemez (İşK. md. 74/f. 2, 4). Başka bir işe aktarılması mümkün değilse, çalışanın sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde, isteği halinde çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ücretsiz izinli sayılması sağlanır. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (GEKÇŞEOÇBYDY md. 7/f. 3). Anılan bu düzenlemeler uyarınca süre arttırımı veya hafif işlerde çalıştırılmaya yönelik hekim raporu sonrası işveren bunu

⁵⁸⁹ DMK da hamilelikteki çalışma şartları ile ilgili düzenlemeler içermekte olup, ilgili maddelerinde yapılan değişikliklerden sonra Kanun 92/85 sayılı Direktif ve İşK. ile genel olarak uyumlu bir hale gelmiştir (BOLCAN, s. 268). DMK'nun 104/A maddesi uyarınca kadın memura doğum yapmasından önce sekiz ve doğum yaptığı tarihten itibaren sekiz hafta olmak üzere on altı haftalık (çoğul gebelik halinde on sekiz haftaya kadar) doğum izni verileceği düzenleme altına alınmıştır. Maddede ayrıca İşK.'nda olduğu gibi hekim raporu ile uygun bulunması şartıyla memurun isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabileceği, bu durumda memurun çalıştığı sürelerin doğum sonrası süreler ekleneyeceği; doğum izni sürelerinin memurun sağlık durumuna göre hekim raporunda belirlenecek miktarda uzatılabileceği de hükme bağlanmıştır. Yine düzenleme doğrultusunda doğum öncesi analık izninin başlaması gereken tarihten önce gerçekleşen doğumlarda, doğum tarihi ile analık izninin başlaması gereken tarih arasındaki süre doğum sonrası analık iznine ilave edilir. Doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılırken annenin ölümü halinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre kadar izin verilir.

⁵⁹⁰ Basın İşK.'nda İşK.'ndan farklı olarak toplamda beş ayı bulan bir süre ile çalıştırılma yasağı getirilmiştir. Buna göre kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin 7. ayından itibaren doğumun 2. ayının sonuna kadar izinli sayılacağı ayrıca bu süre içerisinde gazeteciye son aldığı ücretin yarısının ödeneceği düzenlenmiştir (md. 16/f. son). Ayrıca Doğum gerçekleşmez veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay süreyle bu ücret ödenir. Basın İşK.'nda yer alan bu düzenleme izin süresi açısından İşK.'daki düzenlemeye nazaran kadın işçi açısından daha lehe bir düzenlemedir. Bir diğer farklılık da ücretle ilgilidir. İşK. kapsamına giren işçi hamilelik iznini kullandığı sürede ücrete hak kazanamayacakken, Basın İşK.'na tabi işçi bu süre zarfında son aldığı ücretin yarısına hak kazanacak ve sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye etki etmeyecektir. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanun'da ise çalıştırma yasağına ilişkin süre daha kısa ele alınarak ve toplamda altı haftalık bir süre ile kadın işçilerin çalıştırılması yasaklanmıştır. Söz konusu Kanununun 155. maddesine göre "*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.*".

uygulamakla yükümlü olup, işverenin rızasının bulunup bulunmaması önem arz etmez. Hatta kadın işçinin rızasının olması dahi işvereni bu yükümlülükten kurtaramayacaktır⁵⁹¹.

Sağlık durumu uygun olduğu takdirde, hekimin onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelere eklenir (İşK. md. 74/f. 1). Kanunda anılan son üç haftalık süre azami olarak belirlenmiş bir süre olup hiçbir şekilde aşılamaz. Yine maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, burada işçinin rızası önemli olup istemediği sürece doğumdan önceki üç haftaya kadar zorla çalıştırılması mümkün değildir. Ancak sadece kadın işçinin isteği çalışması için yeterli olmamaktadır; ayrıca sağlık durumunun buna uygun olduğuhekim raporuyla belgelenmelidir. Kanunun aradağihkim raporunun ise, işçinin çalışma isteğine olur verdiği bir belge olmasından ziyade, hekim tarafından hamile işçinin muayene edilmesi sonrasında verilmesi gerekir. Hatta raporda işçinin hangi süreye kadar çalışabileceğinin de yer alması uygun olacaktır. Öte yandan anılan raporun mutlaka belli bir hekimden veya sağlık kuruluşundan alınmasına gerek yoktur. Kadın doğum uzmanı herhangi bir hekimden veya kurumsal ya da özel herhangi bir sağlık kuruluşundan yine aynı özellikteki bir hekimden⁵⁹² de alınabilir. İşverenin işçinin getirdiği raporu kabul etmeyerek başka bir kuruma veya hekime yönlendirmesi halinde ise ilgili masrafları kendisinin üstlenmesi gerekir⁵⁹³.

Hamile olan kadınlara günlük çalışma süresi ile ilgili de sınırlama getirilmiştir. Buna göre hamile olduğu hekim raporu ile tespit edilen kadın işçi çalıştırılma yasağı kapsamındaki süre başlangıcına kadar ise günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz GEKÇŞEOÇBYDY md. 9) . Öte yandan hamile, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere fazla çalıştırma yaptırılması da yasaklar arasındadır (İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği md. 8/c).

⁵⁹¹ AKYİĞİT, Şerh, s. 2052.

⁵⁹² Bu sebeple kadın doğum uzmanı olmayan bir hekimin (örneğin işyeri hekimi) verdiği rapor Kanunun aradığı özellikte bir rapor olarak değerlendirilemeyecektir.

⁵⁹³ AKYİĞİT, Şerh, s. 2049-2050.

Hamilelik sürecinde gerek anne gerekse çocuğun sağlığı için dzenli sağlık kontrollerinin yapılması önem arz etmektedir. 1475 sayılı İşK.'nda kadın işçinin hamilelik süresince dzenli kontrollerine gitmesine yönelik böyle bir hüküm yer almamaktaydı; ancak 1987 tarihli Gebe veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma şartları hakkındaki Tüzük işçilere ayda en az bir defa tıbbi muayeneye gitmelerine izin verilmesini düzenlemekteydi⁵⁹⁴. 4857 sayılı İşK.'nda ise bu husus daha açık olarak ifade edilerek hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verileceği düzenleme altına alınmıştır (İşK. md. 74/f. 4; GEKÇşEOÇBYDY md. 11/f. 1). Düzenleme ile doğum öncesinde anne ile bebeğin sağlıklı bir süreç geçirmesi amaçlanmıřtır⁵⁹⁵. Belirtmek gerekir ki kanunda belirtilen bu periyodik kontroller, zorunlu olmadıkça hamile işçinin kendi keyfince istediği kontrolleri değil, onu muayene eden kadın doğum uzmanı olan hekimin raporunda belirtilen periyodik kontrolleri ifade etmektedir. Bu anlamda rapor gerekçesinde periyodik kontrol ifadesine yer vermesi kadın işçi için ispata yarar bir belge olacaktır⁵⁹⁶. Öte yandan makul bir neden var ise işçinin önceki hekimden başka bir hekime de kontrol için gitmesi mümkün olmalıdır⁵⁹⁷.

GEKÇşEOÇBYDY'te gebelik veya emzirmeye başlama halinde işverenin işçi tarafından bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir (md. 6/f. 1). Ancak kanaatimizce, işveren gerek işçi tarafından gerekse başka bir yol ile işçinin hamile olduğunu öğrenmesi halinde gerekli haklarını kullanmasına olanak sağlamalı ve sağlığını tehlikeye düşürmemesi için gerekli önlemleri almalıdır. Bu bağlamda hamile veya yeni doğum yapmış kadın adayın yeni bir işe başvurmasında da hamile kadın işçi için kanunun öngördüğu düzenleme ve yasaklar yeni işveren için de bağlayıcı olacaktır. Kuşkusuz burada da başvuran kadın adayın işvereni GEKÇşEOÇBYDY md. 6 uyarınca bilgilendirmesi; işçi tarafından bildirim yükümlülüğüne uyulmaması halinde ise hamileliğe bağlı hastalık veya buna bağlı diğer zararlardan dolayı işverenin sorumlu olmaması gerekir⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ **BOLCAN**, s. 269.

⁵⁹⁵ **ULUSOY**, s. 748.

⁵⁹⁶ **ERDAĞ**, s. 231; **ULUSOY**, s. 749.

⁵⁹⁷ **AKYİĞİT**, şerh, s. 2051.

⁵⁹⁸ **EKONOMİ**, Gebelik. s. 19.

Doğumdan sonra kadın işçiye isteği halinde, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir⁵⁹⁹. Anılan ücretsiz izin süresi için işçinin bu yöndeki talebi yeterli olup, işverenin kabul edip etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır⁶⁰⁰. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (md. 74/f. 6)⁶⁰¹.

Kanun ayrıca doğum dışında evlat edinenler için de olumlu yönde bir düzenleme getirmiştir. Buna göre üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izninin kullanılacağı düzenleme altına alınmıştır (md. 74/f. 1)⁶⁰².

Çalışanların doğuma bağlı izin ve haklarının güçlendirilmesi amacıyla⁶⁰³ 6663 sayılı Kanun⁶⁰⁴ ile İşK.'nda ek düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda İşK. md. 74'te yapılan değişiklikle doğum sonrası analık iznini kullanan kadın işçiye belli bir süre için haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin imkânı getirilmiştir. Buna göre, doğum sonrası analık hali 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 halinde birinci doğumda altmış

⁵⁹⁹ Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme halinde eşlerden birine veya evlat edinene de verilir (md. 74/f. 6).

⁶⁰⁰ “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.”; Yargıtay 9. H.D., T. 13.07.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁶⁰¹ Memurlar için ise İşK.'ndan daha kapsamlı ve uzun süreli bir izin hakkı getirilmiştir. 657 sayılı Kanun uyarınca doğum yapan memura analık izni bitiminden veya md. 104/F uyarınca günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışma hakkı süresinin bitiminden sonra; eşi doğum yapmış olan memura ise doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmi dört aya kadar ücretsiz izin verilebilmektedir (md. 108/B). Bu hükümlerde, kadın işçinin çocuğun henüz anne şefkâatine ve bakımına muhtaç olduğu bir dönemde, kendi yanında olmasını temin etmek amacıyla bir düzenleme yapılmıştır (**URHANOĞLU CENGİZ**, Kadın, s. 35). Bu haktan evlat edinen memurlar da faydalanabilmektedir (md. 108/C). Kanundaki düzenleme uyarınca doğum sonrasında kadın memurların veya evlat edinenlerin analık izni bitiminde başlayan yirmi dört ay aylıksız izninin, istekleri halinde iki, dört ve altı aylık yarı zamanlı çalışma süresinin bitiminde de başlatılabilmesine imkân sağlanmıştır.

⁶⁰² Aynı yönde düzenleme DMK'nda da yer almaktadır. Buna göre 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, çocuğun teslim edildiği tarihten veya çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta süre ile izin verilir (md. 104/A).

⁶⁰³ Kanunun genel gerekçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0517.pdf> [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁶⁰⁴ RG 29.01.2016, S. 29620.

gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir⁶⁰⁵. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır (md. 74/f. 2; Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik⁶⁰⁶ md. 6, md. 7)⁶⁰⁷. Getirilen bu yeni düzenleme uyarınca, işçi analık izni bitiminden itibaren yarım çalışma hakkı ile altı aylık ücretiz izin hakkı arasında seçim yapabilecektir. Analık izni bittiğinde işçi yarım çalışma yapmak isterse yarım çalışmadan sonra altı aya kadar ücretsiz izin de kullanılabilecek veya yarım çalışma yapmayacak ise analık izninden hemen sonra altı aya kadar ücretsiz izin kullanabilecektir. Ancak işçi altı aya kadar ücretsiz izin kullanmak istiyorsa yarım çalışma yapıp yapmadığına bağlı olarak, yapmıyorsa analık izni bitmeden, yapıyorsa yarım çalışma bitmeden, işverene altı aya kadar ücretsiz izin hakkını kullanma talebini iletmesi gerekir. Bu sürede çalışanın iş sözleşmesi askıda kalacak ve altı aya kadar ücretsiz izin süresi, yıllık izin hesabında çalışılmış gibi sayılmayacaktır⁶⁰⁸. Kuşkusuz işçi her iki hakkını kullanmayarak da çalışmaya devam edebilecektir.

Madde kapsamında haftanın yarısını ücretsiz izin olarak kullanan işçi şartları karşılması halinde işsizlik fonundan ödenecek olan yarım çalışma ödeneğinden de faydalanabilecektir⁶⁰⁹. Böylece kanun koyucu getirdiği düzenleme ile yeni doğum yapan

⁶⁰⁵ Çalışmamızda bu hak “yarım çalışma” olarak ifade edilecektir.

⁶⁰⁶ RG 08.11.2016, S. 29882.

⁶⁰⁷ 6663 sayılı Kanun, İŞK.’nda getirdiği haftalık çalışma süresinin yarısında izinli sayılma ve ebeveynler için kısmi süreli çalışma hakkını devlet memurları için de getirmiştir. Getirilen düzenleme ile kadın memur analık izni sonrasında süt izni olmaksızın birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar ve md. 104/G uyarınca mali ve sosyal haklarda herhangi bir kesinti yapılmaksızın çalışma imkânına hak kazanmıştır (6663 sayılı Kanun md. 6; DMK md. 104/F). Madde düzenlemesine göre çoğul doğumlarda bu süreler birer ay ilave edilecek olup, çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hallerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanacaktır. Ayrıca evlat edinen memurların da md. 104/A uyarınca kullanacakları sekiz haftalık iznin bitiminden itibaren bu haktan aynı esaslar çerçevesinde yararlanabilecekleri düzenleme altına alınmıştır. Memurun çalışacağı süreler ise çalıştığı kurum tarafından belirlenecektir (md. 104/F).

⁶⁰⁸ **ULUSOY**, s. 753.

⁶⁰⁹ 6663 sayılı Kanun’un 20. maddesi uyarınca 4447 sayılı İşsizlik Kanununa ek madde 5 eklenmiş olup, buna göre analık izninin bitiminden itibaren otuz gün içerisinde İş Kur’a müracaat etmesi, doğumdan önce adına yüz gün süre ile İşsizlik Sigortası primi bildirilmiş olması ve fiilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışması şartıyla kadın işçiye İşsizlik Fonundan yarım çalışma ödeneği ödeneceği öngörülmüştür. Yarım çalışma ödeneğinin süresi, haftalık yasal çalışma süresinin yarısı (22,5 saat) kadar; günlük tutarı ise günlük asgari ücretin brüt tutarı olacak şekilde belirlenmiştir.

anneninin bebeği ile vakit geçirmeyi istemesi halinde uğrayacağı gelir kaybını azaltmayı amaçlamıştır⁶¹⁰.

6663 sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerden birisi de ilkokula başlayan çocuk için ebeveynlere tanınan kısmi süreli çalışma imkânıdır. Buna göre İşK. md. 74 hükmünde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma⁶¹¹ talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz⁶¹². Bu kapsamda kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması halinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz⁶¹³. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenlerin de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanabileceği düzenleme altına alınmıştır (İşK. md. 13/f. 5)⁶¹⁴. Kanun düzenlemesi gereği bu haktan faydalanmak isteyen işçinin

⁶¹⁰ ULUSOY, s. 750.

⁶¹¹ İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği md. 6 uyarınca kısmi çalışma; işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmadır.

⁶¹² Kural işveren tarafından talebin karşılanması olmakla birlikte Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik md. 12 bazı iş ve işçiler için istisna getirmiştir. Buna göre “Kısmi süreli çalışma;

a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,

b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,

c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,

ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde,

işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir.”

⁶¹³ Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik md. 10 uyarınca, “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.

Birinci fıkra kapsamındaki kısmi süreli çalışma talebi şartları, sadece başvuru sırasında aranır. Bu şartların kısmi süreli çalışma sırasında kaybedilmesi durumunda söz konusu hak devam eder.

⁶¹⁴ Analık izni akabinde yukarıda belirtilen tam aylıklı yarım çalışma süresinden başka bir de çocuğu olan memur anne veya babaya, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar normal çalışma süresinin yarısı kadar çalışma imkânı getirilmiştir (DMK md.108/B, C). Söz konusu düzenlemeden evlat edinenler de yararlanabilecektir. Düzenleme kapsamında yarı zamanlı çalışmaya başlayan memur, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak kaydıyla

işverene bunu en az bir ay önceden yazılı olarak bildirmesi ve kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih edilen iş günlerini belirtmesi ve eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemesi gerekir (İşK. md. 13/f. 5; Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik md. 9/f. 1, 2)⁶¹⁵. Usulüne uygun yapılan başvuruyu işveren otuz gün içerisinde karşılamakla yükümlüdür⁶¹⁶. İşverenin işçiye bu süre içerisinde cevap vermemesi ya da olumsuz cevap vermesi kısmi süreli çalışmanın başlaması için bir engel olmayıp, bu hakkın kullanımı işveren için iş sözleşmesini fesih sebebi de teşkil etmez⁶¹⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki kısmi süreli çalışma hakkının altı aylık ücretsiz izin talebinde bulunan işçinin de kullanmasına engel bulunmamaktadır. Bu durumda kısmi süreli çalışma talebi, altı aylık ücretsiz izin süresi kesilerek yapılacak olup, ücretsiz iznin tamamının kullanılması şartı aranmaz (Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik md. 8/f. 2). Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir (Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik md. 15/f. 2).

Hamile veya yeni doğum yapmış olan kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu (hekim raporu ile arttırılan süreler ve çalışılmayan dönemler dahil), bu sürelerde iş sözleşmelerinin askıda olduğu kabul edilecek ve işe gidilemediği için de ücret işlemecektir⁶¹⁸. Ancak hamile işçiler, doğumdan önceki çalıştırılmadıkları süre

müracaat tarihini takip eden ay başından geçerli olmak üzere normal zamanlı çalışmaya dönebilecektir. Bu haktan yararlanan memura, yarım zamanlı çalışmaya başladığı tarihi izleyen ay başından itibaren, mali haklar ile sosyal yardımlarına ilişkin her bir ödeme unsurunun yarısı esas alınarak ödeme yapılacaktır.

⁶¹⁵ Tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi de işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür (İşK. md. 13/f. 5).

⁶¹⁶ Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik md. 11: “Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır.

İşveren; işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildirir.

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.

İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz.”

⁶¹⁷ **ULUSOY**, s. 756.

⁶¹⁸ İşçiye bu askı süresince ücret ödenmeyecekse de, ücret artışında meydana gelen değişikliklerden işe başladığı tarih itibarıyla faydalanmalıdır: **EKONOMİ**, Gebelik, s. 31.

boyunca Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi ile geçici iş göremezlik ödeneğinden faydalanabileceklerdir⁶¹⁹. Bununla birlikte işveren ile işçinin anlaşması halinde işçiye bu dönemde işveren tarafından tam ücret veya işçinin alacağı işgörmelik ödeneğindeki farkın ödeneceği yönünde işlem yapılmasına da engel bulunmamaktadır.

İşK. veya özel kanun kapsamında olmayan çalışanlar ise 1593 sayılı Kanun düzenlemeleri uyarınca haklara sahip olacaktır. Ancak 4857 sayılı İşK.'nin analık halinde çalışma ve süt izni başlıklı 74. maddesine 29.01.2016 tarihinde ek bir fıkra eklenmiştir⁶²⁰. Sözü edilen fıkra hükmü “*bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır*” şeklindedir. Böylelikle İşK. kapsamı dışında olan kadın çalışanların da İşK.'nda analık ve süt izni için getirilen haklardan mahrum kalmaması amaçlanmıştır. Bu nedenle hamile ve emziren çalışanlar için burada anılan çalışma yasakları ve diğer haklar İşK. kapsamı dışında olan işçiler için de artık geçerlidir.

KÇGPÇKHYY hamile veya emziren kadınların gece çalıştırılmalarına da yasaklama getirmiştir. Buna göre hamile kadınların hekim raporuyla hamileliğin tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadınların ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılmaları yasaktır⁶²¹. Öte yandan emziren kadınlar için yasak sayılan bu süre, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi halinde altı ay daha uzatılabilecektir (md. 9)⁶²². GEKÇŞEOÇBYDY’te de aynı yönde düzenlemeler mevcuttur (md. 8). Ayrıca emziren kadın işçiler de günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz (GEKÇŞEOÇBYDY md.

⁶¹⁹ **BACAK / YİĞİT**, s. 14; **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2058; “*Doğum öncesi ve doğum sonrası 8 haftalık doğum izninin yasal dayanağı 5510 sayılı yasanın 15. Maddesi olup, bu süre içerisinde işçi ücret haktemeyip iş göremezlik ödeneğine müstahaktır. İş göremezlik ödeneğinin muhatabı da işveren değil, Sosyal Güvenlik Kurumu'dur.*”: Yargıtay 9. H.D., T. 17.03.2014, E. 2012/4507, K. 2014/8558: **ÇİL**, Yargıtay, s. 788.

⁶²⁰ 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: RG 29.01.2016, S. 29620.

⁶²¹ 1475 sayılı İşK. döneminde hazırlanmış olan Tüzüğün 6. maddesi uyarınca emzikli kadın işçilerin doğum tarihinden itibaren altı ay süre ile gece çalışmaları yasaklanmıştır.

⁶²² DMK’nda ise kadın memurların; hekim raporunda belirtilmesi halinde hamileliklerin yirmi dördüncü haftasından önce ve her hâlde hamileliklerin yirmi dördüncü haftasından itibaren ve doğumdan sonraki iki yıl süreyle gece çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir (md. 101/f. 2).

9). Doktrinde mutlak bir çalışma yasağı getirmenin kadın-erkek eşitliği ve uluslararası belgelerdeki düzenlemeler ile tam olarak örtüşmediği, önemli olanın kadın işçinin gece çalışmaya zorlanmaması ve buna ilişkin düzenlemeler yapılması gerektiği öne sürülmüştür⁶²³.

Doğumdan sonra kanuni iznini kullanarak işbaşı yapan ve İşK. md. 74/f. 2 uyarınca kısmi çalışma talebinde bulunmayan kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde⁶²⁴ toplam bir buçuk saat⁶²⁵ süt izni verilir⁶²⁶. Günlük çalışma süresi olarak kabul edilen bu sürenin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler (İşK. md. 74/f. 7; İşK. md. 66/e). Kanun düzenlemesi gereği, süt izni süresi içerisinde işçi işyerinde fiilen çalışmasa bile fiilen çalışmış gibi ücrete hak kazanacaktır⁶²⁷. 1475 sayılı İşK. döneminde yürürlükte bulunan Gebe ve Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzük'te yeni doğum yapmış kadın işçilere ara dinlenmelerinden önce ve sonra olmak üzere ayrı ayrı iki kez 45'er dakikadan süt izni tanınıyordu⁶²⁸. Toplamda yine bir buçuk saati bulan bu süre yeni kanun düzenlemesi ile sürenin kullanılması açısından daha esnek bir hal almıştır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ise emzirme süresi hamilelik süresinin bitimi sonrası işe başlayan emzikli kadınlara ilk altı ay için

⁶²³ **SÜRAL, Nurhan**, "Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (Özel Sayı), İzmir 2014 (Kadın), s. 17.

⁶²⁴ Kanun maddesinde "günde" denildiğinden bir buçuk saatlik sürenin tam gün çalışma için geçerli olacağı, yarım gün çalışılan hallerde ise kırk beş dakikalık izin verilmesinin gerekeceği yönünde görüş için bkz. **EKONOMİ, Münir**, "Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları", Legal İHSGHD, S. 47, İstanbul 2015 (Süt İzni), s. 44.

⁶²⁵ Kanunda öngörülen bu süre asgari nitelikte olup, işçi ile işveren aralarında anlaşarak bu sürenin üzerinde de süt izni verilebilir.

"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 kaçta bölünerek kullanılacağını işçi tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.": Yargıtay 22. H.D., T. 13.06.2016, E. 2015/12878, K. 2016/17527: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 44.

⁶²⁶ Belirtmek gerekir ki, kadın işçi için bu hak, doğumdan sonra yasal izinlerini kullanıp işyerinde işe başlaması ile söz konusu olacaktır. Örneğin, doğumdan sonraki analık izninin bitiminde altı aylık ücretsiz izin hakkını kullanan kadın işçi bu sürenin bitiminde ve işyerinde işe başlaması halinde ancak çocuğu bir yaşına basıncaya kadar bu hakkı kullanabilecektir. Aynı yönde bkz. **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 39; **EKONOMİ**, Gebelik, s. 26.

⁶²⁷ **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 23.

⁶²⁸ 4857 sayılı İşK.'na kadar yürürlükte bulunan sırasıyla 3008 sayılı İşK. (md. 40), 931 sayılı İşK. (md. 62) ve 1475 sayılı İşK. (md. 62)'nda süt izninin süresi ve kullanımının ayrı bir tüzük ile düzenleme altına alınacağı öngörülmüştü.

mesai saatlerinde yarımşar saatlik iki süt (emzirme) izni tanınmıştır (md. 177). DMK'nda ise kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde bir buçuk saat süt izni verileceği öngörülmüştür⁶²⁹. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır (md. 104/d).

Belirtmek gerekir ki, süt izninin nasıl kullanılacağına yönelik kadın işçiye tanınan hakkın, kadın işçi tarafından iyi niyet kurallarına, işyeri ve işin şartlarına uygun olarak kullanılması gerekir⁶³⁰. Kadın işçinin çocuğunu emzirmesinin kesilmesi halinde süt iznin ne olacağı hususu ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, kadın işçi işverene bu durumu bildirmeli ve süt izni kullanımını sona erdirmelidir. Aksi halde işçinin sadakat borcuna aykırı davranması söz konusu olacak, bu da işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı verecektir⁶³¹. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, annenin herhangi bir nedenle çocuğunu emzirmemesi veya emzirememesi halinde dahi işveren kadın işçi için tanınan bu süreyi kullandırmakla yükümlüdür. Zira kanun düzenlemesinin amacı bu sürelerde annenin çocuğuyla yakından ilgilenebilmesine olanak vermektir⁶³². Kanaatimizce, kanunun amacı çocuğun gelişimi ve anne sütü ile beslenebilmesine imkân vermek olup, annenin süttten kesilmesi, bu süreyi bu amaçla kullanmaması veya kullanamaması durumunda süt izni kullanılması madde amacına aykırılık teşkil edecektir.

Süt izni kadın işçiye çocuğunu emzirmesi için günlük kullandırılması gereken bir izin olduğundan bu iznin birleştirilerek sonraki günlerde kullandırılmasının kanunen imkân bulunmamaktadır. Ancak uygulamada haftada bir gün, kadın işçinin işe gitmeyerek bu hakkını toplu olarak kullandığı görülmektedir ki, bu durum yürürlükteki kanun düzenlemesine aykırılık oluşturmaktadır⁶³³. Mevcut düzenleme günümüz koşullarına uyum sağlamadığından kanunda esneklik getirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

⁶²⁹ DMK 104/F maddesi uyarınca memurun analık izni sonrasında yarım gün çalışma hakkını kullandığı dönemde ayrıca süt izni verilmez.

⁶³⁰ **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 44.

⁶³¹ **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 45.

⁶³² **URHANOĞLU CENGİZ**, Kadın, s. 35.

⁶³³ **SÜRAL**, Kadın, s. 294; İzin birleştirilmesi kanunen mümkün olmamakla birlikte kadın işçinin bir buçuk saatlik süreyi bölerek veya bir defada kullanmasına engel bulunmamaktadır. Bkz. **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 45.

Kadın işçiler yukarıdaki hükümlerin yanında iş güvencesi kapsamında da korumaya alınmıştır⁶³⁴. Özellikle de kadın işçilerin hamilelik ve analık gibi durumlarda performanslarında meydana gelecek azalmalar, işverenin bu işçiler ile yolunu ayırmasında geçerli neden olarak kabul edilmemiştir⁶³⁵. Nitekim İşK. md. 18'de hamilelik, doğum ve benzeri sebeplerin fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. İşveren bu gibi durumlarda işçilerine karşı özel koşullar oluşturmak ve onları daha hafif işlerde çalıştırmak ve sırf bu nedenle de iş sözleşmelerini feshetmemek şeklinde bir zorunluluk altındadır⁶³⁶. Bu bağlamda, işçinin hamileliği nedeniyle rapor alarak işe devam edememesi, doğum yapması işveren için geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacak olup; işverenin görünürde başka bir nedene dayalı şekilde iş sözleşmesini feshetmesi halinde de işçi iş güvencesi kapsamında ise feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle dava açabilecektir⁶³⁷. İşçi iş güvencesi kapsamında değil ise işverenden bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat talep edebilecek, fesih için bildirim şartına da uyulmaması durumunda ihbar tazminatına da hak kazanacaktır (md. 17/f. 6)

1475 sayılı İşK. döneminde Yargıtay vermiş olduğu bir kararda⁶³⁸ hamilelik nedeniyle verimsiz olan işçinin iş sözleşmesinin feshinin işverenin takdiri kapsamında olduğunu belirterek feshi yerinde bulmuştu. Yargıtay'ın bu kararında feshi kötü niyetli kabul etmeyerek hamilelik durumunda yapılacak fesihlerde verim düşüklüğünü meşru bir mazeret olarak kabul etmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁶³⁹. Ancak kadın işçinin hamileliğinin iş ediminin yerine getirmesini imkânsızlaştırdığı veya önemli ölçüde etkilediği durumlarda iyi niyetle kullanılmış fesih hakkından söz edilebilmelidir. Sırf hamilelik nedeniyle ve bunun verimlilikle bağlantısı kurulmadan hareket edilirse, bu durum 4857 sayılı İşK. md. 17 uyarınca kötü niyetli veya md. 18 ve devamı uyarınca geçersiz fesih olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay daha sonra vermiş olduğu

⁶³⁴ İş güvencesi önlemleri belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için de geçerli, fakat sözleşmede belirlenen süre ile sınırlı olmaktadır. Zira süre bitimi ile iş sözleşmesi de bu kapsamda sona ermektedir. Bkz. **EKONOMİ**, Gebelik, s.13.

⁶³⁵ Belirtmek gerekir ki, işçinin hamile olması işveren için bir fesih nedeni teşkil etmediği gibi işçi için de bir fesih nedeni değildir.

⁶³⁶ **BACAK / YİĞİT**, s. 19.

⁶³⁷ **EKONOMİ**, Gebelik, s. 23.

⁶³⁸ Yargıtay 9. H.D., T. 15.09.1987, E. 1987/7104, K. 1987/7858: **URHANOĞLU CENGİZ**, Kadın, s. 38.

⁶³⁹ **URHANOĞLU CENGİZ**, Kadın, s. 39.

kararlarında görüşünü değiştirmiş ve sırf hamilelik nedeniyle yapılan feshin kötü niyete dayandığını kabul etmiştir⁶⁴⁰.

Bunun yanında İşK. haklı nedenle feshe ilişkin de özel bir düzenleme getirmiştir. Sözü edilen düzenlemeye göre doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre bildirim (ihbar) sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre analık hali için tanınan çalıştırılma yasağı (askı) süresinin bitiminde başlar (md. 25/f. I-b). Buna göre doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz olmak üzere toplamda on altı hafta (çoğul gebelik halinde toplamda on sekiz hafta) için işçinin çalıştırılmaması esas olacağından, bu sürelerin dolması beklenecek, daha sonra md. 17 uyarınca işçinin kıdemine göre kanuni bildirim süresi (iş sözleşmesinde daha uzun bir bildirim süresi öngörülmediği sürece en az iki ve en çok sekiz hafta olacaktır) ve son olarak altı haftalık süre eklenerek fesih hüküm doğuracaktır⁶⁴¹. Bu dönemde iş sözleşmesi askıda kalacak ve işçi iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret de talep edemeyecektir (İşK. md. 25/f. I-b). Ancak belirli

⁶⁴⁰ “Somut uyumsuzlukta, özveriyle çalışmakta iken hamileliği sebebiyle haksız bir şekilde işine son verildiğini iddia eden davacının 25.09.2014 tarihinde amiri olan Gökhan ile yaptığı görüşmede 5 haftalık gebeliği bulunduğunu bildirdiği ve 01.10.2014 tarihinde hastaneden aldığı gebelik takip belgesini 02.10.2014 tarihinde mail yoluyla amirine gönderdiği, işverence “işin gereklerini yerine getirmede yetersiz kaldığı” gerekçe gösterilerek 02.10.2014 tarihinde davacıya tebliğ edilen yazı ile savunmasının talep edildiği, davacının da aynı gün yazılı savunmasını sunduğu, ardından iş sözleşmesinin 31.10.2014 tarihinde işverence feshedildiği, davacı iddialarının davacı tanıkları tarafından doğrulandığı, savunmasının alınmasından önce hamilelik durumunun işverence bilindiğinin davalı tanıklarınca da doğrulandığı, gerçekte feshin davacının hamileliği sebebiyle yapıldığı ve işverence yapılan feshin kötü niyetli olduğu anlaşılmaktadır.”Yargıtay 9. H.D., T. 17.11.2016, E. 2015/36382, K. 2016/20288; Yargıtay 9. H.D., T. 27.03.1997, E. 1996/22900, K. 1997/6115; Yargıtay 7. H.D., T. 03.06.2015, E. 2015/7682, K. 2015/10869; Yargıtay 22. H.D., T. 20.11.2014, E. 2014/28315, K. 2014/32809: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁶⁴¹ **BACAK / YİĞİT**, s. 21. İşK. md. 25/I-b uyarınca işverenin fesih hakkının doğumu için öngörülen bekleme süresi belirsiz iş sözleşmelerinde olduğu gibi belirli iş sözleşmelerinde de geçerli olacaktır: **EKONOMİ**, Gebelik, s.14, 25, 32.

“4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinde " ... işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimlessiz fesih hakkı; belirtilen hallerin 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... " şeklinde yer alan kural uyarınca doğum veya gebeliğe dayanan devamsızlık süresi işverenin bildirimlessiz fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerekir. Bildirimlessiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurulmuş bu sürenin bildirimli fesihte dikkate alınmaması çelişki oluşturur.”: Yargıtay 9. H.D., T. 17.09.2007, E. 2007/29103, K. 2007/26743: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

sürelî iş sözleşmelerinde askıda kalma süresi sözleşmenin süresinin işlemlerine engel olmayacaktır⁶⁴².

C.Kadın İşçilere Yönelik Sözleşme Yapma Yasaklarına Aykırılığın Sonuçları

1. Hukuki Yaptırım

Kadın işçilerin çalıştırılmalarının yasak olduğu işlere yönelik yapılan iş sözleşmeleri de emredici hukuk kuralına aykırılık nedeniyle kural olarak geçersiz olacaktır⁶⁴³. Bu bağlamda, yer altında veya su altında çalışma yasağına aykırı olarak kadın işçi ile gece çalışmasına yönelik iş sözleşmesi yapılması veya kanunda aranan şartlar bulunmaksızın gece çalışmaya yönelik iş sözleşmesi yapılması halinde iş sözleşmesi geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır. Kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu hamilelik veya analık dönemlerinde kendisi ile iş sözleşmesinin yapılması veya çalıştırılmaya zorlanması halinde de durum aynı olacaktır⁶⁴⁴.

Geçersizlik yaptırımı iyi niyetle çalışmış olan işçi için olumsuz bir duruma ve hak kaybına da yol açabileceğinden (kanuna, ahlaka veya kamu düzenine kabul edilemez derecede aykırılık taşıyan iş sözleşmeleri hariç olmak üzere) baştan itibaren işçi sayılması ve bu kapsamda işçilik haklarını korunması ve geçersizliğin ileriye etkili olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Bununla ilgili yukarıda bilgilendirme yapıldığı için burada tekrardan kaçınılmıştır⁶⁴⁵.

Belirtilenler haricinde işverenin yukarıda belirttiğimiz fesih kurallarına aykırı olarak hamile işçinin iş sözleşmesini hamilelik nedeniyle feshetmesi halinde geçersiz fesih söz konusu olacak ve işçi İşK.'nin iş güvencesi hükümleri kapsamında ise işe iade talebiyle mahkemeye başvurabilecektir⁶⁴⁶. Diğer yandan işveren kadın işçinin iş sözleşmesini feshederken cinsiyet veya hamilelik nedeniyle ayırım yapması halinde işçi İşK. md. 5/f. 6 uyarınca dört aya kadar ücret tutarında tazminat talep edebilecektir. İş güvencesinden

⁶⁴² DOĞAN YENİSEY, Kadın-Erkek Eşitliği.

⁶⁴³ SÜRAL, Kadın, s. 291.

⁶⁴⁴ AKYİĞİT, Şerh, s. 2054.

⁶⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, C, 1.

⁶⁴⁶ EKONOMİ, Gebelik, s. 23.

faydalanamayacak işçiler ise kötü niyetli fesih kapsamında İşK. md. 17/f. 6 uyarınca tazminata hak kazanacaklardır⁶⁴⁷. İşçi eğer işveren bildirim sürelerine de uymadıysa bildirim (ihbar) tazminatına da hak kazanacaktır⁶⁴⁸. Kötü niyet tazminatının yanında ayrımcılık kapsamında da tazminatının istenip istenmeyeceği ise tartışmalı olup, doktrinde birbiri yanında istenmesinin uygun olmadığı ve hangisi istenirse ona veya birlikte istenirse çoğuna karar verilmesi şeklinde görüş öne sürülmüştür⁶⁴⁹.

Kanunun kadın işçiye tanıdığı ve uygulanmasında işverenin onayına gerek bulunmayan doğum sonrası süt izni veya ücretsiz izin haklarının işveren tarafından uygulanmasının engellenmesi kanuna aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda işçi işverene karşı iş sözleşmesini İşK. md. 24/II-f 'de düzenlenen "çalışma şartlarının uygulanmaması" gerekçesiyle haklı nedenle feshedebilecektir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ "Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesinin hamileliği nedeniyle fesih edildiği davacı tanıkları ve olayların gelişim seyrinden anlaşılmaktadır. Fesih kötü niyetlidir. Mahkemece kötü niyet tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.": Yargıtay 9. H.D., T. 28.04.2005-25538/14932: **AKYİĞİT**, Şerh. s. 2066; "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 herhangi 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 kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir.": Yargıtay 9. H.D., T. 17.09.2007, E. 2007/29103, K. 2007/26743: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]; **EKONOMİ**, Gebelik, s. 20-21.

⁶⁴⁸ "Davacı işçinin iş akdinin davalı işveren tarafından kötü niyetle feshedildiği hususu ispat edilememiştir. Bu durumda davacının kötü niyet tazminatına ilişkin isteğin reddi ile ihbar tazminatı isteğinde bulunması nedeni ile bu isteğin hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde kötü niyet tazminatına ilişkin talebin kabulüne karar verilmiş olması hatalı olmuştur.": Yargıtay 7. H.D., T. 13.02.2014, E. 2013/16407, K. 2014/3724: **ÇİL**, Yargıtay,s. 373-374.

⁶⁴⁹ **AKYİĞİT**, Şerh, s. 2062.

⁶⁵⁰ "Davacı, doğum ve toplu süt iznini kullanması üzerine 18.12.2007 tarihinde işe başlaması gerektiğini, yasanın kendisine tanıdığı hakkı kullanarak ücretsiz izne ayrılmak istediğini, ancak bu talebinin işverence hiçbir gerekçe gösterilmeyerek kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek zorunda kaldığını ileri sürerek, kıdem tazminatı ile fazla mesai ve şua izni alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. 4857 Sayılı Yasa'nın 74/5 maddesine göre isteği halinde kadın işçiye 6 aya kadar ücretsiz doğum izni verilmesi zorunludur. Davacının izin talebinde bulunduğu gerek davalı tarafından çekilen ihtarnameden, gerekse davaya cevap dilekçesinden anlaşılmaktadır. Davacının izin talebi kabul edilmediğine göre somut olayda davacının haklı fesih ile iş sözleşmesini sona erdirdiği kabul edilerek kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.": Yargıtay 9. H.D., T. 16.04.2012, E. 2010/5907, K. 2012/13018: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017].

Emziren kadına süt izni verilmeyip çalıştırılması halinde kadın işçinin günlük çalışma süresi, fiilen çalıştığı süre ile çalışılmış gibi sayılan sürenin (süt izni süresi) toplamından oluşacaktır. Kadın işçinin fazla çalıştırılması ile ilgili olarak mevzuatta öngörülen günde yedi buçuk saatten fazla

2. Cezai Yaptırım

Kadın işçilere yönelik çalıştırma yasaklarına aykırı olarak iş sözleşmesi yapılması durumunda İşK. bu aykırılıkta bulunan işveren (veya vekiline) idari para cezası uygulanabileceğini öngörmektedir. Kanun düzenlemesine göre doğum öncesi ve sonrası sürelerde kadınları çalıştırma veya ücretsiz izin vermeme; yer altı veya su altında kadın işçi çalıştırma; kadınların gece çalıştırılmasına yönelik hükümlere aykırı davranma hallerinin her biri ayrı ayrı cezai yaptırımın maddi sebebini oluşturmaktadır (İşK. md. 104). İşK. uyarınca yukarıda anılan aykırılığın tespiti halinde çalıştırma yasaklarına uymayarak işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline 1.619 Türk Lirası⁶⁵¹ idari para cezası verilecektir. Söz konusu idari para cezası 108. madde uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilecektir⁶⁵².

Süt izninin verilmemesi durumunda işverene yönelik bir cezai yaptırım ise Kanunda yer almamaktadır⁶⁵³. Zira 104. maddede “74. maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelergebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen” işverenin cezai yaptırıma maruz kalacağı düzenlenmiştir. Düzenleme gereği işverene 74. maddede belirtilen hususlardan herhangi birine aykırılığı halinde değil, sadece doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştırması veya ücretsiz izin vermemesi halinde cezai yaptırım uygulanabilecektir. Yargıtay ise 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda süt iznine aykırılık halinde 104.

çalıştırılmayacağı (GEKÇŞEOÇBYDY md. 9) ve emziren kadın işçiye fazla çalıştırma yaptırılmayacağı kuralı (İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği md. 8/c) sınırlama teşkil edecektir: **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 43.

⁶⁵¹ 2017 yılı itibari ile geçerli olan idari para cezası tutarıdır: www.csgb.gov.tr [erişim tarihi: 15.04.2017].

⁶⁵² Basın İşK. 'nda ise kadın işçiler için hamilelik ve analık dönemlerine ilişkin getirilen düzenlemelere aykırılık halinde işverene yönelik herhangi bir cezai yaptırım düzenlenmemiştir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda da hamileliğe ilişkin getirilen düzenlemelere aykırılık için özel bir yaptırım öngörülmemiştir. Ancak Kanun genel bir yaptırım maddesi içermektedir. Maddi hükme göre “Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzlü Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.” Bu düzenleme uyarınca kadın işçiye yönelik getirilen düzenlemelere aykırı faaliyet halinde 456 TL ile 1.833 TL arasında (Kabahatler Kanunu md. 17/f. 7 ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca yapılan hesaplama kapsamında 2017 yılı itibariyle geçerli olan idari para cezası miktarıdır) idari para cezasının verilmesi söz konusu olacaktır.

⁶⁵³ **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 25-26, 46. Ulusoy ise İşK. md. 104 kapsamında süt izni vermeyen işverene de yaptırım uygulanabileceğini belirtmektedir: **ULUSOY**, s. 759.

madde gereği yaptırım uygulanabileceğine hükmetmiştir⁶⁵⁴. Kanaatimizce hukuken kanun maddesindeki ifade kapsamında böyle bir yaptırımın uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. İşverene yaptırım uygulanmasına imkân vermek adına kanun maddesinde düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır⁶⁵⁵.



⁶⁵⁴ “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 kırk beş saati aşan fazla çalışmaları hesaplanmış ve hüküm altına alınmıştır. Süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olmuştur.”: Yargıtay 9. H.D., T. 01.05.2007, E. 2007/4893, K. 2007/13796: www.kazanci.com [erişim tarihi: 15.04.2017]. Kararın eleştirisi için bkz. **EKONOMİ**, Süt İzni.

⁶⁵⁵ Aynı yönde bkz. **EKONOMİ**, Süt İzni, s. 25-26.

SONUÇ

Sözleşme serbestisi Borçlar Hukukunun temel ilkeleri arasındadır. Kişilerin dilediği zaman, dilediği kişi ile, dilediği içerikle sözleşme yapabilmesi anlamına gelen bu ilke 1982 Anayasasının 48. maddesi ile de güvence altına alınmıştır. Anılan bu serbestinin genel sınırı Borçlar Kanunu ile çizilmiş olup, kamu düzenine, emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmadıkça sözleşmenin geçerli olması kabul edilmiştir.

Sözleşme serbestisinin İş Hukuku alanındaki görünümü ise iş sözleşmesi yapma serbestisidir. Kural olarak işçi ve işveren iş sözleşmesini yaparken sözleşmenin şeklini, içeriğini, süresini serbestçe belirleyebilirler. Ancak kural bu olmakla birlikte sosyal devlet olmanın gereği ile iş sözleşme yapma serbestisine çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bu, kimi zaman işverene iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilerek, kimi zaman ise işverenin iş sözleşmesi yapmasının yasaklanması şeklinde olmuştur.

İşK. kapsamında getirilen iş sözleşmesi yapma zorunluluğu işçiyi koruma ilkesi gereğince işverene getirilen bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Zorunluluk kapsamında işveren bazı hallerde eski işçisi ile iş sözleşmesi yapmaya zorlanmakta bazı hallerde ise yeni işçiler ile iş sözleşmesi yapmaya zorlanmaktadır. Kanunda işveren için öngörülen eski işçi ile yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluklarında kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle işinden ayrılmak zorunda kalan eski işçinin iş bulmakta zorlanmaksızın eski işine dönebilmesine imkân tanıma amacının ön planda olduğu görülmektedir. İşvereni işçi ile iş sözleşmesi yapmaya zorlayan düzenlemelerde ise genellikle iş bulmakta zorluk çeken, toplumdaki diğer kişilere nazaran daha güçsüz durumda olan kişilerin istihdam edilmesi amacı öne çıkmaktadır. Bu bağlamda sosyal ve ekonomik amaçların kanun düzenlemelerinde etkili olmuştur.

İşK. kapsamında iş sözleşmesi yapılmasının yasaklanmasına ilişkin getirilen düzenlemelerin temelinde ise toplum düzeni ile toplum sağlığının korunması fikrinin yer aldığı gözlemlenmiştir. Zira söz konusu düzenlemeler çocukların korunması ve çocuk istihdamının önlenmesine yönelik hükümler getirmekte, kadınların hamilelik ve

doğum sonrasındaki süreçte sağlıklı bir şekilde çocuğuna vakit ayırarak yetiştirmesine yönelik kurallar koymaktadır.

İşK.'nda sosyal devlet olmanın gereği olarak işverene yönelik sınırlayıcı hükümler getirilmişse de kimi zaman bu aykırılıklara ilişkin cezai bir yaptırım öngörülmemiş kimi zaman ise getirilen cezai yaptırım caydırıcı nitelikte olmamıştır. Oysa ki, cezai yaptırımların ağırlığı maddenin uygulanması açısından önem arz etmektedir. Herhangi bir cezai yaptırım öngörülmemesi ile de kanun uygulanması tamamen işverenlerin inisiyatifine bırakılmış bulunmaktadır.

Cezai yaptırımın yanı sıra kanuna aykırı davranan işverene yönelik hukuki yaptırım öngörülmesi hem Kanunun uygulanmasına işlerlik kazandıracak hem de işçinin korunması açısından olumlu olacaktır. Bu anlamda kanun düzenlemelerinde bu hususa yönelik değişiklik yapılmasının uygun olacağı kanaatine varılmıştır. Öte yandan sadece yaptırım getirerek kanunun uygulanmasının sağlanması da yetersizdir. Engelli istihdamında olduğu gibi, zorunluluk kapsamında işçi istihdam eden işverene getirilen teşviklerin daha da arttırılması ve sigorta primleri dışında çalıştırılacak işçinin ücreti ile ilgili de işverene destek verilmesi uygun olacaktır. Bu teşfikin sadece engelli istihdam eden işveren ile de sınırlı olmaksızın kanun ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilen diğer haller için de öngörülmesi uygun olacaktır.

Çalışmamızda da ortaya koyulduğu üzere, İşK. ile diğer özel kanunlardaki düzenlemeler arasında ciddi derecede farklılıklar söz konusudur. Özellikle çalışma düzeni ile ilgili olarak getirilen iş sözleşmesi yapma yasaklarında bu durumun daha belirgin ortaya çıkmaktadır. Bu da farklı kanun kapsamında çalışan işçilerin farklı uygulamalara maruz kalmasına ve eşit haklara sahip olamamalarına neden olmaktadır. Hakkaniyet ve eşit hakların temini açısından bu gibi farklılıkları giderici düzenlemeler yapılması ve mevzuatta birlik sağlanması da bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

A) KİTAPLAR

AKAR, Esin, İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, İzmir 2007.

AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2014.

AKKAYA, Salih, Türkiye'de İnsan Kaynakları Açısından Sakatlık ve Sakatların İstihdamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2002.

AKTAŞ, Murat, İş Hukuku, Kütahya 2014.

AKTAY, Nizamettin / ARICI, Kadir / SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2013.

AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Ankara 2013 (İş).

AKYİĞİT, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008.

ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıcındaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

ANDAÇ, Faruk, İş Hukuku, Türk Çalışma Hukuku Uygulaması, Ankara 2003.

ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.

ASTARLI, Muhittin, İş Hukukunda İ kale, Bozma Sözleşmesi, Ankara 2016.

ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.

ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007 (Genel Ahlaka Aykırılık).

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2005.

BENOKAN, Ömer / ÖZCAN, Turgut, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, İstanbul 2007.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012 (İş Sözleşmesi).

CANIKLIOĞLU, Nursen, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002 (Sakatlık).

CANIKLIOĞLU, Nursen, Türk Hukukunda Sakat Ve Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 1991 (Sakat Çalıştırma).

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.

ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nursen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.

ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1998.

ÇİL, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004 (Şerh).

ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2015 (Yargıtay).

DEMİR, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2013.

DOĞAN, Gül, Ön Sözleşme, Sözleşme Yapma Vaadi, İstanbul 2006.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014 (İş Hukuku).

EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1980 (İş hukuku).

EKONOMİ, Münir, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Akit Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1969 (Zorunluluk).

ENGİN, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003 (Fesih).

ERDAĞ, Nevzat, İş Hukukunda Önemli Konular, Ankara 2017.

ERDİNER, Ercan, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015 (Borçlar Genel).

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Borçlar Özel).

ERTÜRK, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.

EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2005.

İNCİROĞLU, Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, İstanbul 2006.

KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.

KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005.

KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi, İstanbul 2013 (Şerh).

KÖKSAL, Ayşegül, Türkiye’de Engelli İstihdamı ve Bir Araştırma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul 2010.

KURT, Resul, Karşılaştırmalı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu, İstanbul Serbest Mali Müşavirler Odası Mali Çözüm Dergisi Eki, İstanbul 2003.

KURU, Baki /ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi /ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

OĞUZMAN, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955 (Fesih).

KINIK, Önder, Türk İş Hukukunda Özürlü Çalıştırma Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 2005.

REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

SAVAŞ, Fatma Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2011 (Fesih).

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara 2016 (İş).

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2016 (Uygulama).

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2017 (Bireysel İş Hukuku).

SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askıya Alınma).

ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016 (Uygulama).

ŞAKAR, Müjdat, İş Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2011 (Yorum).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TOPLU, Aslı, Sosyal Dışlanma Perspektifinde Türkiyede Özürlü İstihdamı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2009.

TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2015.

URHANOĞLU CENGİZ, İştar, Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma, Ankara 2009
(Toplu İşçi Çıkarma).

UŞAN, Muhammed Fatih, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Ankara 1999.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2016.

YILDIRIM, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.

ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004.



B) MAKALELER

AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya, “Çalışma Yaşamında Kadın ve Çalışan Kadını Koruyucu Hükümler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Ankara 1998, s. 6-28.

ALPAGUT, Gülsevil, “Özrümlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler”, Mercek Dergisi, S. 40, Ekim 2005, s. 152-160 (Değişiklikler).

ALPAR, Mahmut Bülent, “Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Hakkında 182 Sayılı İlo Sözleşmesi ile İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 1, Ankara 2002: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi: 15.04.2017].

ALTAN, Ömer Zühtü, “Kota Tekniği ve Kota Oranlarının Yükseltilmesi Ülkemizde Daha Çok Sakatın İstihdam Edilmesine Yardımcı Olabilir mi?”, Mercek Dergisi, İstanbul 1998, s. 23-33 (Kota Tekniği).

ALTAN, Ömer Zühtü, “Eski Hükümlülerin Çalıştırılmasında Genel İlkeler ve Türkiye Uygulaması”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 16, S. 1, 1980, s. 322-356 (Eski Hükümlü).

ARICI, Kadir, “Türk Hukukunda Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Sorumluluğu ve Uygulaması”, Adalet Dergisi, C. 73, S.1, 1982.

ASLANTEPE, Gülay, “Çocuk İstihdamı Konusunda İlo Normları ve İlo-Türkiye Cumhuriyeti İlişkileri”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 45, İstanbul 2003, s. 227-229.

ATEŞ, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi, S. 72, Ankara 2007, s. 75-93 (Sözleşme Özgürlüğü).

AVŞAR, Zakir / ÖĞÜTOĞULLARI, Eren, “Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği ile Mücadele Stratejileri”, Sosyal Güvenlik Dergisi, S. 1, 2012, s. 9-40.

AYDIN, Fazıl (Ed.), “Avrupa Sosyal Şartı”, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No: 6, Ankara 2014 (ASS).

AYDIN, Fazıl (Ed.), “Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri”, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayın No: 11, Ankara 2014 (AB).

AYHAN, Abdurrahman, “Yeni İş Kanunu ve Kadın İşgücü”, İstihdam, Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Muğla 5 Aralık 2003, s. 60-65.

BACAK, Bünyamin / YİĞİT, Yusuf, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi. C. 9, S. 2, Ankara 2007: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

BATTAL, Ahmet, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, s. 47-88.

BAYBORA, Dilek, “Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 51, İstanbul 2006, s. 229-269 (Ayrımcılık).

BAYBORA, Dilek, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 12, S. 4, Ankara 1998, s. 4-22 (Askerlik).

BEDÜK, Mehmet Nusret, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 11, S. 2, Ankara 2010, s. 47-87: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017] (2010).

BEDÜK, Mehmet Nusret, “Türk İş Hukukunda Eski Hükümlü İstihdamı” Çimento İşveren Dergisi, C. 16, S. 1, Ankara 2002, s. 13-36 (2002).

BİLGİN, Birgül, “Çalışma Yaşamında Kadın ve Yasal Düzenlemeler”, TBB Dergisi, S. 99, Ankara 2012, s. 311-315.

BİLGİN, Kamil Ufuk, “Özürümlerın Çalışma Hayatındaki Sorunları ve Çözüm Önerileri”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, Ankara 2004: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

BOLCAN, Aybike Elif, “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 1, İstanbul 2010, s. 253-276.

BOZKURT, Tamer, “Anayasa Mahkemesi’nin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 2, Ankara 2009, s. 98-105.

CANIKLIOğLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, Ankara 2004, s. 1-57: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

CENTEL, Tankut, “Özürümlü Çalıştırma Yükümlüğüne Aykırılığa İlişkin Cezai Sorumluluk Esasları”, Sicil Dergisi, C. 5, S. 20, İstanbul 2010, s. 5-10 (Ceza).

CENTEL, Tankut, “Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 4, S. 2, Ankara 1997: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017] (Çocuk).

ÇAKAR, Elif, “Türkiye ve Bazı Yabancı Ülkelerde Özürümlere Sağlanan Avantajlar: Vergi Düzenlemeleri ile Ekonomik ve Sosyal Düzenlemeler”, Mevzuat Dergisi, S. 112, 2007: <https://www.mevzuatdergisi.com/2007/04a/02.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

DİNÇ, Meryem, “Çalışma Hayatında Kadın ile İlgili Hukuki Düzenlemeler”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 3, Ankara 2002: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

DOĞAN, Baran: <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/yuz-kizartici-suclar-nelerdir.html>. [erişim tarihi 15.04.2017].

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk-İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 4, Ankara 2002: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017] (Kadın-Erkek Eşitliği).

DURSUN, Selman, “Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, Polis Dergisi, S. 36, 2003, s. 441-447.

EFE, Haydar / ULUOĞLU, Sevinç Arzu, “Dünyada Çocuk İşçiliğiyle Mücadelede Gelinek Nokta ve Geleceğe Dair Bazı Öngörüler”, Eğitim Bilim Toplum Dergisi, C. 13, S. 51, 2015, s. 46-72.

EKMEKÇİ, Ömer, “Özürli Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler”, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 5, Ankara 2005, s. 41-53 (Değişiklikler).

EKMEKÇİ, Ömer, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 20, S. 1, Ankara 2006, s. 47-55 (Gece).

EKONOMİ, Münir, “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, İstanbul 2009, s. 11-33 (Gebelik).

EKONOMİ, Münir, “Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları”, Legal İHSGHD i, S. 47, İstanbul 2015, s. 21-48 (Süt İzni).

ENGİN, Murat, “Çalışma Yaşamında Özgürlük”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, İstanbul 2009, s. 13-28 (Özgürlük).

ENGİN, Murat, “Gençlerin İş Güvenliği”, Çimento İşveren Dergisi, C. 8, S. 5, Ankara 1994, s. 11-31 (Gençler).

ENGİN, Murat, “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 3, S. 2, 2012, s. 24-35 (Eski Hükümlü).

ERDOĞAN, Gülnur, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, TBB Dergisi, S. 77, Ankara 2008, s. 123-165.

ERKUL, İhsan, “Eski Hükümlüler ve Çalışma Sorunları”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 12, S. 2, Eskişehir 1976, s. 286-305.

GEREK, Hasan Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 31, İstanbul 2011, s. 43-58.

GÖKALP, Özge Tuğçe, “Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma”, Electronic Journal of Vocational Colleges, C. 2, S. 1, 2012, s.125-135.

GÜL, İdil Işıl, “Bir Hak Mücadelesi Alanı Olarak Engellilik ve Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, Özveri Dergisi, C. 5, S. 2, 2008. : <http://eyh.aile.gov.tr/yayin-ve-kaynaklar/ozveri-dergisi/10sayi-2008-cilt-5sayi2> [erişim tarihi 15.04.2017].

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15 (Özel Sayı), İzmir 2014, s. 481-545 (Çocuk İşçi).

GÜNER, Erol, “İş Yasasına Göre İş Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu Var Mı”, Mali Çözüm Dergisi, S. 108, 2011, s. 157-163.

GÜRSEL, İlke, “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”, İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, İstanbul 2016, s. 415-464.

GÜZEL, Ali, “Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı”, Çimento İşveren Dergisi, C. 6, S. 3, Ankara 1992, s. 8-22.

HASIRCIOĞLU, Abdullah, “İşverenlerin Özürlü İstihdamına Yaklaşımı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, Sakarya 2006.

İŞIKLI, İbrahim, “AB Yolunda Çocuk İşçiler”, 2006: <http://www.aliteznel.com/index.php?sid=yazi&id=687> [erişim tarihi 15.04.2017].

İNAN, Ali Naim, “Çocuğun Korunması ve Polis”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 1-4, Ankara 1980, s. 243-250.

KANDEMİR, Murat, “İşverenin Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu”, Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 3, Ankara 2005, s. 3-13.

KAPIZ, Serap, “Yeni İş Kanunu ve Kadın İşgücü”, İstihdam, Kadın İşgücü ve Yeni İş Kanunu Sempozyumu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Muğla 5 Aralık 2003, s. 66-71.

KAPLAN, Emine Tuncay, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 2, Ankara 2003, s. 2-16: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

KARA, Mehmet, “Özürlü İstihdamını Destekleyen Teşvikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 1, İstanbul 2012, s. 207-211.

KARAMAN, Banu / ÖZÇALIK, Melih, “Türkiye’de Gelir Dağılımı Eşitsizliğinin Bir Sonucu: Çocuk İşgücü”, Celal Bayar Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, Manisa 2007, s. 25-41.

KAVİ, Ersin, “Çocuk İstihdamı Açısından Sosyal Sorumluluk Standardı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, C. 2, 51, İstanbul 2006, s. 271-286.

KESER, Hakan, “4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, Ankara 2004, s. 1-38: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

KILKIŞ, İlknur, “Çalışma Mevzuatındaki Son Düzenlemeler Işığında İşverenlerin Çalıştırma Zorunluluğu ve Yaptırımları”, Prof Dr. Nusret Ekin'e Armağan, Türkiye Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara 2000, s. 851-890.

KOÇAK, Orhan / ALTUN, Serdar, “Ceza İnfaz Kurumundaki Mesleki Eğitim Faaliyetlerinin Hükümlü İstihdamına Katkıları”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 1, S. 1, 2010, s. 95-117.

KÜÇÜKKALAY, Abdullah Mesut / DULUPÇU, Murat Ali / TURUNÇ, Ömer, “Dünyada ve Türkiye’de Çocuk İşgücü İstihdamının Sorunları ve Önlenmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Birimler Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Isparta 2000, s. 103-118.

KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C. 53 S. 4, Ankara 2004.

MALKOÇ, İsmail, “Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 4, Ankara 1989, s. 586-599.

MANAV, Eda, “İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, İstanbul 2006, s. 137-169.

ORHAN, Serdar, “Türkiye’de Özürlü Dostu İstihdam Politikaları”, ÇSGB Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın no: 35, Ankara 2013.

ÖZEREN, Esra Emine, “İş Hukukunda Çalışan Çocuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 52, Ankara 2004, s. 162-171.

ÖZTİMUR, Ahmet Faruk, “Engellilerin İstihdamı”, Mercek Dergisi, s. 47, 2007.

SAPANCALI, Faruk, “Küreselleşme Bağlamında Çocuk İstihdamı ve Önlenmesine Yönelik Çabalar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 16, S. 4, Ankara 2002, s. 17-30.

SAVAŞ, Fatma Burcu, “Çalışma Yaşamında Engelli Bireyin İstihdam Sorunları ve Yasal Yükümlülükler”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, İstanbul 2014, s.2615-2646 (Engelli).

SEVİMLİ, Kamil Ahmet, “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, Çimento İşveren Dergisi, C. 17, S. 2, Ankara 2003, s. 11-26.

SEYYAR, Ali, “Uluslararası Boyutuyla Özürlü Kota Sistemi”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 1, Ankara 2000: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi: 15.04.2017].

SOYSAL, Tamer, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 1, Ankara 2006: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017].

SUBAŞI, İbrahim, “İş Hukukunda Özürlülerin Hukuki Durumu”, Sendikacılık Akademisi Ders Notları 1, İstanbul 2012, s. 687-754.

SUNAL, Onur, “Gelir Düzeyi ve Çocuk Emeği Arasındaki İlişki: Ülkelerarası Bir Karşılaştırma”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, Ankara 2011, s. 117-128.

SÜRAL, Nurhan, “İstihdamda Cinsiyet Eşitliği”, Sicil Dergisi, C. 5, S. 20, İstanbul 2010, s. 11-27 (Eşitlik).

SÜRAL, Nurhan, “Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,15 (Özel Sayı), İzmir 2014, s. 279-309 (Kadın).

ŞEN, Murat, “İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu”, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 3, Ankara2001, s. 557-596.

ŞİŞMAN, Yener, “Türkiye’de Özürlülere Yönelik Yasal Düzenlemeler”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 60, İstanbul 2011, s. 169-221.

TAŞKENT, Savaş, “Toplu İşçi Çıkarmalar Üzerine”, İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, Özel Sayı, İstanbul 2016, s. 717-724.

TAT, Damlanur, “Avrupa Birliği Aday Ülkelerinde Çocuk İşçiliği: Çocuk İşçiliğini Önleme Politikaları Önerileri”, Birey ve Toplum Dergisi, C. 6, S. 11, 2016, s. 107-147.

TEKİN YILMAZ, Tülay, “Çocuk İşçiliğinin Yeni Formları: Çocuk Oyuncular”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 1, S. 40, İstanbul 2014, s. 211-230.

TİRYAKİ, Hamit, “Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü”, İSMMMO Mali Çözüm Dergisi, 2010, s. 271-278.

TUNCAY, Aziz Can, “İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkarmalar ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları”, İÜHFM, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973.

TUNÇCAN, Nilgün, “AB’de Çocuk İstihdamı”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 41-42, İstanbul 1998, s. 335-358 (AB).

TUNÇCAN, Nilgün, “Çocuk İşçiliği: Nedenleri, Boyutları ve Küreselleşen Dünyadaki Konumu” Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 43-44, İstanbul 2000, s. 243-259 (Çocuk İşçiliği).

TUNÇCAN, Nilgün, “AB’nin Kadın-Erkek Eşitliğine İlişkin Direktifleri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 53, S. 1, İstanbul 2003, s. 91-104 (Kadın-Erkek).

TUNÇOMAĞ, Kenan, “Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, S. 1-4, İstanbul 1974, s. 375-391 (Eski Hükümlü).

TUNÇOMAĞ, Kenan, “Çalışma Hayatında Çocuk ve Gençler” Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 31, İstanbul 1982, s. 71- 83 (Çocuk).

UĞUR, Mehmet, “İş Hayatında Engelli İstihdamı”, İSMMMO Mali Çözüm Dergisi, 2014, s. 337-341.

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, C. 2, S. 53, İstanbul 2017, s. 741-766.

URHANOĞLU CENGİZ, İftar, “İşverenin Yeniden İşçi Alma Gereği Halinde Toplu İşten Çıkarılanları Tercihen İşe Alma Yükümlüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışının Yaptırımı”, Sicil Dergisi, C. 5, S. 18, İstanbul 2010, s. 48-55 (Yaptırım).

URHANOĞLU CENGİZ, İftar, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Genç İşçilerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 98, Ankara 2012, s. 203-230 (Çocuk).

URHANOĞLU CENGİZ, İftar, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu İş – İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 10, S. 4, Ankara 2009, s. 21-53: <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm> [erişim tarihi 15.04.2017] (Kadın).

ÜNLÜ, Vahap, “İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı”, Sicil Dergisi, S. 18, İstanbul 2010, s. 247-255.

YENİDÜNYA, Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 4, S. 11, İstanbul 2006, s. 97-116.

YILDIZ, Gaye Burcu, “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, Sicil Dergisi, S. 10, İstanbul 2008, s. 80-87.

C) İNTERNET SAYFALARI

Kazancı Hukuk Otomasyonu, <http://www.kazanci.com>

www.hukuki.net

