

T.C

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**İŞVERENİN İŞÇİYİ ÇALIŞTIRMAMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Yüksek Lisans Tezi

Selçuk ARIKAN

Danışman

Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY

Mayıs 2008

İstanbul

TEŐEKKÜR

İŞ Hukukuna ilişkin çalıŐmaların birçoğunda işverenin işçiyi alıŐtırma yükümlülüğü incelenmesine karşın, işçinin çalıştırılamayacağı durumların tek bir çalışma ierside incelenmediğini fark ettik. Bu nedenle, bu çalışma ile İŞ Hukukunda önemli bir konu olduğuna inandığımız işçilerin korunması kapsamında işverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğünü incelemeye çalıştık. Akademik çalıŐmaların ilk basamağı olan yüksek lisans çalıŐmamı hazırlarken, yardım ve desteklerini benden esirgemeyen, başta ailem olmak üzere, sayın hocam Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY'a, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi Emekli Mdresi sayın Bilge GÖKÇE TEZEL'e ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi alıŐanları sayın Nurdane İNAN ve Serpil YILDIRIM'a sonsuz teŐekkürlerimi sunarım.

Selçuk ARIKAN

ÖZET

İŞVERENİN İŞÇİYİ ÇALIŞTIRMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Arıkan Selçuk

Özel Hukuk Yüksek Lisans

Prof. Dr. Aziz Can Tuncay

Mayıs 2008, 114 sayfa

İş Hukuku'nun doğması ve gelişmesine etki eden en önemli neden, işçinin korunması ihtiyacı ve amacıdır. Bu ihtiyaç günümüzde de neredeyse aynı anlamı ve önemini korumaktadır. Nitekim günümüzde de işçinin işverene bağlı ve onun talimatına uygun olarak çalışması durumu değişmemiştir.

Çalışmamızda işçinin korunması kapsamında önemli bir konu olan, işverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğünü inceleyeceğiz. Bu çalışmamızı hazırlarken ilk olarak sözleşme serbestisi, ikinci olarak işçinin korunması incelenmiştir. Çalışmamızda üçüncü olarak işverenin işçi ile sözleşme yapamayacağı durumlar, son olarak da iş sözleşmesinin varlığına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme Serbestisi, İşçinin Korunması, Özel İşçi Grupları, İşçinin Çalıştırılmayacağı Durumlar

ABSTRACT

THE LIABILITY OF NOT TO EMPLOY THE LABOURER

Arıkan Selçuk

Private Law Master Programme

Prof. Dr. Aziz Can Tuncay

May 2008, 114 pages

The most important reason that influences the progress and the improvement of the labor law is the aim and need to protect the laborer. This necessity, nowadays, still keeps its significance and same importance. Today the situation of labor depends on the employer and top-to-down order has not been changed.

In our study, we are going to examine the liability of not to employ the laborer from the employer in the scope of protecting the laborer. While we are preparing our study, firstly contract liberty, secondly protecting the laborer has been examined. Thirdly, in our study, the situation which the employee cannot make a contract with the laborer has been studied. Finally, the cases of not to work the laborer even though there is a contract between parties have been examined.

Key words: Contract Liberty, Protecting the Laborer, Private Laborer Groups, the Situations Where the Employer Cannot Make the Laborer Work.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	v
1.GİRİŞ.....	1
2. SÖZLEŞME SERBESTİSİ.....	3
2.1. Genel Anlamda Sözleşme Serbestisi.....	3
2.2. İş Hukukunda Sözleşme Serbestisi.....	4
3. İŞÇİNİN KORUNMASI.....	6
3.1. Anayasal Açısından.....	7
3.1.1. Sosyal Hukuk Devleti İlkesi.....	7
3.1.2. Temel Haklar ve Ödevler.....	8
3.2. İş Hukuku Açısından.....	8
3.2.1. Emredici Hukuk Kuralları.....	8
3.2.2. İşçi Yararına Yorum İlkesi.....	9
3.2.3. İş Hukukunda Sözleşme Serbestisinin Sınırları.....	10
4. İŞVERENİN İŞÇİ İLE SÖZLEŞME YAPAMAYACAĞI DURUMLAR.....	13
4.1. Tarafların Ehliyeti Açısından.....	14
4.2. Yaş Küçüklüğü Açısından.....	16
4.2.1. Gece Çalıştırma Yasağı.....	16
4.2.2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı.....	17
4.2.3. Yer ve Su Altında Çalıştırma Yasağı.....	20
4.2.4. Genel Yerlerde Özellikle Eğlence Yerlerinde Yapılan İşler.....	21
4.2.5. Denizde Yapılan İşler.....	22
4.3. Cinsiyet Açısından.....	23
4.3.1. Gece Çalışmaları.....	24
4.3.2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı.....	25
4.3.3. Yer Altında ve Su Altında Çalıştırma Yasağı.....	26
4.4. Yabancılık Durumu Açısından.....	28
4.4.1. Yabancıların Çalışma İzin ve Süreleri.....	29
4.4.2. Yabancıların Çalışmalarına İlişkin Sınırlamalar.....	32
4.4.2.1. Kamu güvenliği Amacıyla Yapılan Kısıtlamalar.....	32
4.4.2.2. Kamu Sağlığı Amacıyla Yapılan Kısıtlamalar.....	33
4.4.2.3. Kamu Düzeni İçin Yapılan Kısıtlamalar.....	35
4.4.2.4. Kamu Yararı Amacıyla Yapılan Kısıtlamalar.....	35
4.5. Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi Açısından.....	36
4.5.1. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılmaması.....	38
4.5.2. Asıl İşveren Yanında Çalışmış Olanla Alt İşveren İlişkisinin Kurulamaması.....	39
4.5.3. Asıl İşin Bölünerek Alt İşverenlere Verilmesi.....	40
4.5.4. Yasal Sınırlamalara Aykırılığın Yaptırımı.....	41
5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞINA RAĞMEN İŞÇİNİN ÇALIŞTIRILAMAYACAĞI DURUMLAR.....	43
5.1. Yaş Küçüklüğü Açısından.....	43
5.1.1. Çocuk ve Genç İşçiler.....	43
5.1.2. Genel Yaş Sınırı.....	47
5.1.3. Özel Yaş Sınırları.....	50

5.1.3.1. Gece Çalışmaları.....	50
5.1.3.2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı.....	53
5.1.3.3. Yeraltında ve Sualtında Çalıştırma Yasağı.....	54
5.1.3.4. Denizde Yapılan İşler.....	54
5.1.4. İşin Düzenlenmesi.....	55
5.1.4.1. Çocuk ve Gençlerin Çalışma Süresi.....	55
5.1.4.2. Fazla Çalışma.....	57
5.1.4.3. Yıllık Ücretli İzin.....	59
5.2. Cinsiyet Açısından	62
5.2.1. Kadınların Hukuki Durumu ve Pozitif Ayrımcılık Esasına Göre İncelenmesi.....	62
5.2.2. Kadın İşçilerin Korunması.....	65
5.2.2.1. Çalışma Süreleri Bakımından.....	67
a. Normal Çalışma Süresi.....	67
b. Fazla Çalışma Süresi.....	67
c. Gece Çalışması.....	68
5.2.2.2. Kadın İşçinin Göreceği İş ve İşin Görüleceği Yer Bakımından.....	69
a. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı.....	70
b. Yer Altında ve Su Altında Çalıştırma Yasağı.....	72
5.2.2.3. Analık Bakımından.....	72
a. Doğum İzni.....	75
b. Doğum İzninin Sosyal Sigortalar Kanunu Bakımından Uygulanması.....	78
c. Emzirme İzni.....	81
5.3. Sağlık Durumu Açısından	83
5.4. Çalışma Süreleri ve Dinlenme Hakkı Açısından.....	85
5.4.1. Çalışma Süreleri ve Dinlenme Hakkı.....	85
5.4.1.1. Ara Dinlenmesi.....	85
5.4.1.2. Fazla çalışma	87
5.4.2. Ücretli Tatillerde İşçinin Çalıştırılmaması.....	91
5.4.2.1. Hafta Tatili.....	91
5.4.2.2. Ulusal Bayram ve Tatil Günlerinde İşçilerin Çalıştırılmaması.....	94
5.4.2.3. Yıllık ücretli izin.....	96
5.5. Kanuni Bir Grev ve Lokavt Durumu Açısından.....	100
6. SONUÇ.....	103
KAYNAKÇA.....	107

KISALTMALAR CETVELİ

Any. Mah	: Anayasa Mahkemesi
ATİY	: Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BK	: Borçlar Kanunu
BİK	: Basın İş Kanunu
Bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DİK	: Deniz İş Kanunu
E.	: Esas
EMK	: Eski Medeni Kanun
FÇY	: Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği
(Gİ)	: Genç İşçi
HD.	: Hukuk Dairesi
ILO	: International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İş K.	: İş Kanunu
Karş	: Karşılaştır
K.	: Karar
(K)	: Kadın
md.	: madde
MK	: Medeni Kanun
PHÇY	: Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
RG.	: Resmi Gazete
s	: sayfa

SSK	: Sosyal Sigortalar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
TİSK	: Türkiye İşverenler Sendikası Konfederasyonu
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
Umumi HK.	: Umumi Hıfzısıhha Kanunu
WHO	: World Health Organisation (Dünya Sağlık Örgütü)
vd.	: ve devamı
Yarg	: Yargıtay
YHGK.	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YMK	: Yeni Medeni Kanun
YÜİY	: Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği

1. GİRİŞ

Kanun Koyucu tarafından, 4857 sayılı İş Kanunu ile milyonlarca işçiyi ve işvereni yakından ilgilendiren ve çalışma hayatına ilişkin yeni ve önemli birtakım düzenlemeler yapıldı. Bu düzenlemeler sonucunda birçok önemli madde İş Hukuku Mevzuatı içerisine girdi. Böylece öteden beri işçi ve işverenlerin ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı tartışılan 1475 sayılı İş Kanunu yerini 4857 sayılı İş Kanunu'na bırakmış oldu.

İş Hukuku'nun doğması ve gelişmesine etki eden en önemli neden, işçinin korunması ihtiyacı ve amacıdır. Bu ihtiyaç günümüzde de neredeyse aynı anlamı ve önemini korumaktadır. Nitekim günümüzde de işçinin başkasına bağlı ve onun talimatına uygun olarak çalışması durumu değişmemiştir. İşçi gerek ekonomik bakımdan gerek kişilik hakları bakımından işverenin etki alanı içersindedir. Bu nedenle de Kanun Koyucu tarafından işçiyi koruyucu bir takım düzenlemeler getirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yanı sıra, Anayasa'mızda da işçiyi koruyan esaslara yer verilmiştir. Yine uluslararası sözleşmelerle, özellikle ILO sözleşmeleriyle işçiyi koruyucu düzenlemelerin önemli bir kısmı hukuk sistemimizdeki yerini almıştır. Bu düzenlemelerin dışında, çalışma koşullarının düzenlenmesi ile ilgili olarak iş sözleşmesi kapsamında işverenin ekonomik açıdan üstünlüğü ve iş becerisi ile işçinin hukuk bilgisinin yetersizliğinden de yararlanarak hakkaniyete aykırı çalışma koşulları ortaya koyması olanağının önüne geçilmesi için emredici hukuk kuralları konulup, taraflarca uyulması zorunlu ve değiştirilmesi imkansız olan mutlak emredici kurallar öngörülmüştür. Bu kuralların, Anayasa'daki güçsüzün korunmasını amaçlayan sosyal devlet ilkesi ile İş Hukuku'nun temelini oluşturan işçinin korunması ilkesinin gereği ve doğal sonucu olarak ortaya çıktığı kanaatindeyiz.

Çalışmamızda işçinin korunması kapsamında önemli bir konu olan işverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğünü inceleyeceğiz. Bu çalışma konumuzu belirlerken özellikle, işçi ile sözleşme yapılamayacak olan yaş küçüklüğü, cinsiyet, yabancılık, asıl işveren – alt işveren ilişkisi ve işçi ile geçerli bir sözleşme bulunmasına rağmen, işçinin çalıştırılmayacağı durumlar olan, yaş küçüklüğü, cinsiyet, sağlık durumu, çalışma

süreleri ve dinlenme hakkı, kanuni bir grev ve lokavt durumları gibi, kanunun farklı yerlerinde, farklı tüzük ve yönetmeliklerde düzenlenmiş durumları tek bir çalışma içerisinde sunabilmeyi amaçladık. Çalışmamız içerik olarak iki temel konu olan, işçi ile sözleşme yapılamayacak durumlar ve işçi ile sözleşme yapılabilmesine rağmen, çalıştırılmayacağı durumları kapsadığından, çalışmamızı bu iki temel konu altında değerlendirdik. Bu iki konu her ne kadar bir birinden bağımsız gibi gözükse de, yaş küçüklüğü ve cinsiyet konuları farklı durumlarda her iki konu altında da değerlendirilebilecek nitelikte. Bu nedenle değerlendirmelerimizi yaparken mümkün olduğunca tekrardan sakınarak her iki bölümde de konunun kapsamına çıkmadan bu hususlara değinmeye çalıştık.

İşverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğünü veya başka bir deyişle işçinin çalıştırılmayacağı halleri incelediğimiz bu çalışmamızda; öncelikle genel anlamda ve İş Hukuku anlamında sözleşme serbestisini, Anayasamızda ve İş Hukukumuzda işçiyi koruyan esasları, işçi ve işveren arasındaki çalışma koşullarının düzenlenmesini inceleyip, daha sonra temel konularımızdan ilki olan işverenin işçi ile sözleşme yapamayacağı durumları, yaş küçüklüğü, cinsiyet, yabancılık, asıl işveren – alt işveren ilişkisi başlıkları altında, ikinci temel konumuz olan, İşçi ile işveren arasında geçerli bir iş sözleşmesi bulunmasına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumları ise yaş küçüklüğü, cinsiyet, sağlık durumu, çalışma süreleri ve dinlenme hakkı ve kanuni bir grev ve lokavt durumları, başlıkları altında incelemeye çalışacağız.

2. SÖZLEŞME SERBESTİSİ

2.1. Genel Anlamda Sözleşme Serbestisi

Sözleşme serbestisi mantıksal temelini irade serbestisinden almaktadır. İrade serbestisi 19. yüzyılda liberal düşüncelerin de gelişmesiyle hukuk sistemlerinde önemli bir yere sahip olmuştur. İrade serbestisi düşüncesine göre, bireylerin özgür iradesi hukukun hem temelini hem de nedenini oluşturmaktadır¹. Hukuk, toplumdaki sosyal ekonomik ve politik gelişmelerden soyutlanmış bir şekilde düşünülemeyeceğinden, özgürlük temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği kapsamında, bireyin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma özgürlüklerinin garanti altında olması doğaldır². İnsan haklarının sosyal ilişkilerle ortaya çıkıp geliştiğini düşündüğümüz takdirde, irade serbestisinin dolayısıyla sözleşme serbestisinin insan hakları kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Sözleşme serbestisi, hukukumuzda temel alınan prensiplerden bir tanesidir. Anayasamızın 48. maddesine göre, *“herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”* Bu bağlamda herkes, istediği kişi ile sözleşme yapma veya yapmama, sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğüne sahip olduğu gibi, sözleşmenin şeklini de belirleme özgürlüğüne sahiptir. Ayrıca sözleşme tarafları, sözleşmenin konusunu ve içeriğini de tayin edebilme özgürlüğüne sahiptirler³.

Ancak unutulmamalıdır ki bu sözleşme serbestisi de sınırsız değildir. Bunun da bazı sınırları bulunmaktadır. Bu özgürlükler kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar BK.md.19 ve BK.md.20 de genel olarak belirtilmiştir. BK. md. 19; *“Kanun hükümleri ile uyum göstermeyen anlaşmalar ancak kanunun emredici hükümler koymuş olmadığı veya kanuna kamu düzenine adaba yahut*

¹ Esener, Turhan, Tuskish Business Law, İstanbul 2004, s.78.

² Akad/Dinçkol, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 2007, s.359.

³ Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007, s.12-14; Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası İstanbul 2004, s.34-37; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1988, s.9-13; Esener, s.79; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s.19 vd; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2008, s.19.

kişilik haklarına aykırı olmadığı takdirde geçerlidir.” hükmünü, BK.md.20 ise; “Konusu imkansız olan veya hukuka yahut ahlaka adaba aykırı bulunan bir akit batıldır. Noksanlık akdin sadece belirli bölümlerine ilişkin ise bu bölümler olmaksızın akdin hiç yapılmayacağı kabul edilmedikçe yalnız bu bölümler batıl olur.” hükmünü içermektedir. Bu kanun maddelerinden anlaşıldığı üzere tarafların diledikleri gibi sözleşme yapması mümkün olmakla birlikte, yapılan bu sözleşmelerin kanunlarla belirlenmiş olan emredici hükümlere aykırı olmaması gerekmektedir. Sözleşme ile belirlenen hükümler kanunların emredici hükümlerine ve BK.md. 19 ve 20 ile belirlenen sınırlara aykırı oldukları takdirde geçersiz olmaları söz konusu olacaktır.

2.2. İş Hukukunda Sözleşme Serbestisi

İş Sözleşmesi 25.08.1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanununda tanımlanmamasına karşın, 22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı Kanunla iş sözleşmesinin tanımı İş Kanunundaki yerini almıştır. İş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanununun 8’inci maddesinde; *“bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemesinden oluşan sözleşmedir.”* Şeklinde tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun da tanımlanana kadar, iş sözleşmesinin tanımı sadece BK.md.313’ de yer almıştır. BK.md.313; *“Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.”* şeklindedir.

Hukukumuzda genel bir prensip olarak yerleşmiş olan sözleşme serbestisi ilkesi; Anayasamızın 48. maddesinde herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma serbestisine sahiptir denilerek anayasal bir güvence altında bulunmaktadır. Sözleşme yapma serbestisi işçiyi koruma amacıyla daha sınırlı bir çerçevede de olsa, İş Hukukumuzda da yerini bulmaktadır. 4857 sayılı yasanın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi işçiye ve işverene, sözleşme yapmak konusunda çok geniş bir serbesti tanınmasıdır. İş K.md. 9/1 uyarınca *“Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler.”* Anılan serbesti çerçevesinde işçi ya da işveren, kalıplaşmış çalışma şekillerinin dışında işin ya da işyerinin özelliğine ya da işçinin niteliğine göre farklı şekillerde çalışabilecek ve buna ilişkin iş sözleşmeleri imzalayabilecektir. Bunlara örnek

olarak, belirli süreli iş Sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi, kısmi ve tam süreli iş sözleşmesi, deneme süreli iş sözleşmesi, takım sözleşmesi, tam süreli – kısmi süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma ve geçici (ödünç) iş sözleşmesi gösterilebilir. Kanunda örnek kabilinden sayılmış olan iş sözleşmesi türlerinden birden fazlasının, aynı iş sözleşmesi çerçevesinde bir araya gelmesi de mümkündür. Örneğin, belirli süreli bir iş sözleşmesi, kısmi çalışma gerektiren bir iş yapılması durumu buna örnek olarak gösterilebilir (İş K. md. 9/2).

Tarafların, yukarıda belirtilen sözleşme türlerinden kendilerine en uygun olanı hangisi ise onu seçebilmeleri mümkün olduğu gibi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, yukarıda sayılan sözleşme türleri dışında başka bir çalışma biçimi benimseyip, buna uygun yeni sözleşme türleri de yaratmaları mümkündür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, yapılacak olan bu sözleşmelerin emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması gerektiğidir⁴.

Sözleşme yapma serbestisi genel olarak emredici hukuk kuralları ve BK.md 19 ve 20 ile sınırlanırken; İş Hukukunda bu sınırlama, ilişkinin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacıyla ve sosyoekonomik nedenlerle daha kapsamlı olarak ele alınmıştır. Bu kısıtlamalar; yaş küçüklüğü, cinsiyet, sağlık ve yabancılık gibi hallerde iş akdinin yapılmasının yasaklanması şeklinde kendini gösterirken; özür, eski hükümlü, terör mağduru, iş yerinden malulen ayrılanlar, askerlik ve yasal ödev dolayısıyla işten ayrılanlar gibi, kanunda belirlenmiş olan bazı hallerde ise işverene getirilen, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu şeklinde kendini göstermektedir⁵.

⁴ Taraflar BK.nun 18. ve Anayasanın 48. maddesi gereğince sözleşme serbestisi ve akit yapma muhtariyetine sahiptirler. Yapılan sözleşme kanunun çizdiği sınırlar dışında veya kanun hükümlerine aykırı ise bu gibi sözleşmeler geçersizdir, Yarg. 13. HD. 31.3.2004 tarih 2003/14484 E. 2004/4433 K. : www.kazanci.com.tr (05.01.2008).

⁵ Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2008; s.116 vd; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3. Bası, İzmir 1998 s.156 vd.; Günay, Cevdet İlhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004; s.359; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006 s.247; Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul 2008, s.83; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s.324; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2007 s.109; Güven/Aydın, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2004, s.68.

3. İŞÇİNİN KORUNMASI

İş Hukukunun doğmasına neden olan gerekçelerden bir tanesi de iş ilişkisinde işverene göre çok daha güçsüz durumda bulunan işçinin korunması ihtiyacıdır. İşçilerin korunmasına neden olan başlıca iki etkenden bahsedilebilir. Bunlardan ilki işçinin işverene kişisel bağılılığıdır. İşçinin korunması ihtiyacını doğuran diğer neden ise işçinin ekonomik olarak işverene olan bağımlılığıdır⁶. Özellikle bu nedenin işçinin korunması ihtiyacında önemli bir etken olduğu kanaatindeyiz. Çünkü günümüzde insanlar eğitimden sağlığa kadar birçok alandan ekonomik bağımsızlıkları ile paralel ölçüde yararlanabilmektedir.

İşçinin emeğini kişisel bağılılığı olmadan arz etmesi mümkün değildir. İşçiler bir işverene bağlı ve onun talimatına uygun olarak çalışmak durumundadırlar. İşçinin bağımlılığı her şeyden önce iktisadi bağımlılık niteliğindedir⁷. Bununla birlikte işçi, kendi kişiliğini işverenin emir ve talimatlarına amade ettiği içindir ki, işverenin kişilik haklarını zedeleyen davranışlarına maruz kalması da muhtemeldir. Bu nedenle işçinin korunması ilkesi, ekonomik korunmanın yanında işçinin kişiliğinin de korunması anlamına gelmektedir⁸. İş Hukuku eskiden olduğu gibi günümüzde de öncelikli olarak işçiyi koruma amacına dayanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda hukukumuzda önemli bir yere sahip olmasına rağmen sözleşme serbestisi ilkesi dahi sınırlanabilmektedir. Aşağıda bu sınırlamaları ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

Hukuk düzenimiz işçinin korunmasını sadece İş Hukukunda düzenlememiştir. Bunun yanında Anayasamızda da bir takım düzenlemeler mevcuttur. Anayasa md.49/2 ye göre, devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır. Anlaşılacağı üzere Devlet işçi işveren ilişkilerinin dengeleyicisidir. Dolayısıyla Devlet çalışma hayatını korumak maksadıyla gerekli tedbirleri alabilmektedir.

⁶ Süzek, s.15; Mollamahmutoğlu, s.9.

⁷ Çelik, s. 18.

⁸ Süzek, s.16; Mollamahmutoğlu, s.9; Tunçomağ/Centel, s.10; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s.27.

3.1. Anayasal Açıdan

3.1.1. Sosyal Hukuk Devleti İlkesi

Anayasamıza göre, Türkiye Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir hukuk devletidir (md.2). Sosyal devlet, sosyal adalet prensibine dayanan devlet demektir. Başka bir deyişle toplumu oluşturan fertlerin kültürel ve iktisadi imkanlardan belirli bir standarda uygun bir şekilde yararlanmasının sağlandığı devlet yapısıdır⁹. Sosyal devlet kişilere sadece temel haklar ve özgürlükler sağlamakla yetinmez. Bunun yanında kişilerin insan gibi yaşamaları için gerekli olan maddi gereksinimlerini karşılamaları hususunda onlara yardımcı olur¹⁰. Sosyal devlette kişi, toplum içinde tüm baskılardan ve özellikle sosyal, ekonomik baskılardan kurtulmuş olarak, kendi kaderine kendi iradesiyle yön vererek özgür ve eşit olarak yaşamalıdır¹¹.

Sosyal hukuk devleti ekonomik ve sosyal haklara önem vermesinin yanı sıra demokratik olma ve hukuk devleti olma gibi iki özelliği daha vardır. Sosyal devlet aynı zamanda bir hukuk devleti olduğu zaman bir anlam taşıyacaktır. Hukuk devleti ile sosyal devlet, ilkelerini birbirine bağlayan temel kavram kişinin onurunun korunması, bu amaçla maddi ve manevi gelişmenin sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasıdır¹². Tüm bu ilkeler bir araya geldiğinde sosyal devlet vücut bulacaktır¹³.

Yargıtay da sosyal hukuk devleti ilkesine ilişkin yaptığı tanımlarda, iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi esasını benimsemiştir¹⁴. Sosyal adaletin sağlanabilmesi için devlet tüm kurumlarıyla bunu sağlamaya yönelik çalışmalıdır¹⁵

⁹ Azrak, Ülkü, "Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi," İHFM, C. XXVII, s.209, 1961 (Ayrı bası, İstanbul, 1962); Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2008, s.76; Süzek, s.42.

¹⁰ Giritli/Bilgen/Akgüner, İdare Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2006, s.31; Gözler, s.76; Göze, Ayferi, Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul 1976, s.37,38.

¹¹ Göze, s.17.

¹² Akad/Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, s.370-373.

¹³ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.31,32.

¹⁴ Ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması, Anayasamızda belirtilen "Sosyal Hukuk devleti" ve "İktisadi ve Sosyal Hayatın Adalete Göre Düzenlenmesi" eş söyleyişle "Sosyal Adalet" ilkelerinin bir gereğidir, Yarg. 13. HD. 18.3.1996 tarih 1996/1734 E. 1996/2495 K. : www.kazanci.com.tr 15.05.2008.

¹⁵ Sosyal hukuk devletinin temel gereği, sosyal hakların ve sözgelimi sosyal güvenliğin en iyi, en sağlam ve en etkin bir biçimde sağlanmasıdır. Bunun için devlet ya kendisi bu işi üstlenerek sosyal güvenlik hakkını sağlayacak ya da kendi dışında bu hakkın sağlanmasına olanak yaratarak kurduğu örgütü

3.1.2. Temel Haklar ve Ödevler

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı bir devlettir. Anayasa md.12/1'e göre "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*". Anayasamızca belirtilmiş olan bu esaslar İş Hukuku açısından da, işçinin korunması konusunda önemli bir yer arz etmektedir. Anayasamızda "Temel haklar ve ödevler" başlığı altında yer alan ve İş Hukuku ile ilgili olan temel hak ve hürriyetler şöyle sıralanabilir: Eşitlik (md.10), kişi dokunulmazlığı (md.17), özel hayatın gizliliği (md.20), haberleşme hürriyeti (md.22), düşünce ve kanaat hürriyeti (md.22), toplantı hak ve hürriyetleri (md.33), çalışma ve sözleşme hürriyeti (md.48), çalışma hakkı ve ödevi (md.49), dinlenme hakkı (md.50), sendika hakkı (md.51), toplu iş sözleşmesi hakkı (md.53), grev hakkı ve lokavt (md.54), sosyal güvenlik hakları (md.60 vd.), sağlık hakkı (md.56). Temel hak ve hürriyetler, Anayasamızın 13. maddesinde belirtildiği üzere; Anayasa'da belirtilen nedenlerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar tüm temel hak ve hürriyetler için geçerli olacak şekilde genel nitelikte belirlenmiştir¹⁶. Ancak genel nitelikte olan bu sınırlama 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklik ile tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olan ve AİHS'e aykırı bulunan genel sınırlama nedenleri kaldırılmıştır. Buna rağmen yeni değişiklikle getirilen esnekliğin bir kısmı, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddesi ile doldurulmuştur¹⁷.

3.2. İş Hukuku Açısından

3.2.1. Emredici Hukuk Kuralları

Çalışma koşullarının düzenlenmesinde temel hukuk kaynağı iş sözleşmesidir. Ancak bunu zorlayan yada tamamlayan kaynaklar da vardır. İş sözleşmesinin dayandığı

denetleyecektir, Yarg. 10. HD. 15.3.2005 tarih 2004/12212 E. 2005/2666 K. : www.kazanci.com.tr (15.05.2008).

¹⁶ Akad/Dinçkol, s.140 vd.

¹⁷ Fendoğlu, H.Tahsin, 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY.md.13), s.135; Giritli, İsmet, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması, s.4: www.anayasa.gov.tr. (04.07.2008).

sözleşme serbestisinin önemli bir sınırını mevzuatın emredici hükümleri çizmektedir. İşverenin, ekonomik açıdan üstünlüğü ve iş becerisi ile işçinin hukuk bilgisinin yetersizliğinden de yararlanarak hakkaniyete aykırı çalışma koşulları ortaya koyması olanağına karşı, emredici hukuk kurallarına yer verilmesi gereği doğmuştur¹⁸. İş Hukukunda emredici kurallar diğer özel hukuk dallarından farklı özelliklere sahiptir. Bunun sonucu olarak işçi işveren ilişkilerinde emredici kuralların sözleşme serbestisini sınırlandırması daha değişik şekilde olmaktadır. İşçinin korunmasının İş Hukukunun temel ilkelerinden biri olduğu göz önüne alındığında, bu hukuk düzeni içindeki düzenlemeler kural olarak nispi emredici niteliktedir. Ancak bunun yanında aksi hiçbir şekilde kararlaştırılmayan mutlak emredici kurallarda mevcuttur. İş Hukukunda işçiyi korumaya yönelik kurallar sadece işçi aleyhine değiştirilemezler. Ancak bunların işçi lehine değiştirilmeleri mümkündür¹⁹. Bu durum söz konusu kuralların nispi emredici kurallar olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Nispi emredici kurallar, mutlak emredici kuralların aksine kesin değildir. Yani işçi lehine değiştirilebilmektedir. Oysa mutlak emredici kurallar işçi lehine bile olsa değiştirilememektedir. Bu nedenle diyebiliriz ki, İş Hukukunda emredicilik daha çok işverene karşı ve işçi yararına olmakta ve işçiden çok işverenin sözleşme serbestisini kısıtlamaya yönelik bulunmaktadır²⁰.

Hukukumuzda, uyumsuzluk halinde sözleşme serbestine dayalı olarak hazırlanan iş sözleşmesi temel kaynak olmakla birlikte, İş Hukukunun tüm alanlarında mutlak emredici kurallarla yapılan düzenlemeler yer almaktadır. Bir anlamda hizmet sözleşmesine dahil edilen hak ve ödevler söz konusudur. Bu niteliği ile iş sözleşmesinin işçiye; mevzuat, yargı kararları, toplu sözleşmeler ışığında, gerçek bir statü kazandırmasından bahsedilebilir²¹.

3.2.2. İşçi Yararına Yorum İlkesi

Taraflar arasındaki iş akdinin yorumlanmasında esas olan BK.md.18 çerçevesinde gerçek iradenin araştırılmasıdır. Ancak taraflar arasındaki sözleşme yeterince açık

¹⁸ Çelik, s.20; Mollamahmutoğlu, s.11-12.

¹⁹ Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.1, İstanbul 1987, s.16; Mollamahmutoğlu, s.11,12; Çelik, s.20.

²⁰ Çelik, s.20; Mollamahmutoğlu, s.11-12.

²¹ Güzel, Ali, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek, Halid Kemal Erbil'e Armağan, İstanbul 1996, s.177.

değilse, bazı durumlar çelişki altında kalıyorsa, bu takdirde çelişkili olan ifadeler işçi yararına yorumlanmaktadır. Amaç sözleşmenin güçsüz tarafı konumundaki işçiyi korumaktır²². Yargıtay da, İş Hukuku'nda duraksama doğuran hükümlerin yorumlanmasında işçi yararının gözetilmesini gerekli görmektedir²³. Tüm bunların yanında, günümüz İş Hukuku işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin işçinin kişiliğine bağlı olduğunu kabul etmektedir²⁴. Bunun sonucu olarak, işçinin sadakat; işverenin de işçiyi koruma ve işçilere eşit işlem yapma borçları ortaya çıkmıştır.

Uyuşmazlık durumlarında işçi yararına yorum ilkesi benimsenmekle birlikte, bu ilke sınırsız değildir. İşçi yararına yorum ilkesi; toplum yararı ve mevzuatın çizdiği sınır çerçevesinde yapılmalıdır. İşçi yararına yorumun amacını oluşturan işçinin korunmasıdır. Ancak bu durum toplum yararı ve mevzuat ile çelişmemelidir²⁵.

3.2.3. İş Hukukunda Sözleşme Serbestisinin Sınırları

Yukarıda sözleşme serbestisinin ne demek olduğundan bahsetmiştik²⁶. Ayrıca sözleşme yapma serbestisinin genel olarak emredici hukuk kuralları ve BK.md 19 ve 20 ile sınırlandırıldığını, İş Hukukunda bu sınırlamaların daha kapsamlı olarak ele alındığını belirtmiştik. İş Hukukundaki bu kısıtlamalar; yaş küçüklüğü, cinsiyet, sağlık ve

²² Süzek, s.26; Mollamahmutoğlu, s.13; Çelik, s.21.

²³ 158 Sayılı ILO sözleşmesinde, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda işçilerden bir kısmının iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmesine rağmen, kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğini ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı iş kolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir. Davalı tarafından husumetin doğrudan temsil olunan şirkete yöneltilmesi gerektiği yönündeki savunmasının da işçi sayısı bakımından adı geçen şirketin bir bütün olarak düşünülmesini icap ettirmektedir. Yarg. HGK., 24.03.1976, E. 1975/9-762, K. 1976/1164, İş hukukuna hakim olan başlıca esaslardan biri de işçiyi koruma ilkesidir. İş hukukunun kapsamı dışında kalan bir sözleşme ile kabul edilen herhangi bir koşul Borçlar Kanununun 19. maddesi çerçevesinde akit serbestisi prensibi uyarınca geçerli sayılırken, aynı koşul İş Hukuku alanında işçiyi koruma ilkesi ışığında yorumlandığında geçerli sayılmayabilir. Söz konusu ilke özellikle işverenin yasal yükümlülüklerinden kurtulmak amacından hareket etmesi suretiyle meydana gelen davranışlarında etkisini gösterir ve böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde işçi yararına çözüm yolunun benimsenmesi gerekir Yarg 9. HD. 3.7.2006 tarih 2006/9818 E. 2006/19560 K. : www.kazanci.com.tr (08.01.2008).

²⁴ Tuncay, Aziz Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, C.II, İstanbul, 2001s.1046-1047.

²⁵ Mollamahmutoğlu, s.14; Çelik, s.20.

²⁶ Bknz. bölüm, 2.1.

yabancılık gibi hallerde iş akdinin yapılmasının yasaklanması şeklinde kendini gösterirken; özürlü, eski hükümlü, terör mağduru; iş yerinden malulen ayrılanlar; askerlik ve yasal ödev dolayısıyla işten ayrılanlar gibi, kanunda belirlenmiş olan bazı hallerde ise iş sözleşmesi yapma zorunluluğu olarak kendini göstermektedir. Çalışma konumuz gereği aşağıda sözleşme yapma yasaklarına ayrıntılı bir şekilde değineceğiz. Bu nedenle burada işçinin korunması kapsamında sözleşme yapma serbestisinin diğer bir sınırını oluşturan, sözleşme yapma zorunluluğu bulunan hallere kısaca değineceğiz.

İşverenin iş sözleşmesi yapma zorunluluğunu incelediğimizde ilk olarak, özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarının durumu akla gelmektedir. İş Kanunumuz İş K.md 30 kapsamında, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak işverenlere, bu durumdaki işçileri çalıştırma zorunluluğu getirmiştir. Böylece ülke iş gücünden maksimum ölçüde yararlanılacak ve bu gibi işçilerin topluma kazandırılmaları sağlanacaktır²⁷. İş K.md.30 a göre elli veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektör işyerleri, yüzde üç özürlü, kamu işyerleri ise yüzde dört özürlü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdür. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. 15.05.2008 tarihinde yapılan değişiklik ile terör mağdurları kanundan çıkartılmıştır. Kanaatimizce bu değişiklik ülkemizin içinde bulunduğu şartlar göz önüne alındığında yerinde bir değişiklik değildir.

Diğer bir iş sözleşmesi yapma zorunluluğu maluliyeti ortadan kalkan işçinin çalıştırılmasıdır. Bir iş yerinde maluliyeti nedeniyle ayrılmak zorunda kalıp da sonradan bu durum ortadan kalkmış olan işçiler, eski iş yerlerinde yeniden çalışmak istedikleri takdirde, boş yer varsa derhal, boş yer yoksa açılacak ilk yere alınmak zorundadırlar. Gerekli şartlar bulunmasına rağmen işçi işe alınmazsa işveren işçiye altı aylık ücreti tutarında tazminat öder(md.30/8). Kanaatimizce maluliyetin ortadan kalkmasından anlaşılması gereken işçinin tamamen iyileşmesi değil, eski işyerindeki işini görmesine engel durumun ortadan kalkmasıdır²⁸.

²⁷ Uşan, Fatih, İş Hukukunda Sakat İstihdamı, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları, 1999, s.57-59; Süzek, s.249.

²⁸ Süzek,s.254; Mollamahmutoğlu, s.326; Uşan, s.274; Karş: Ekonomi, s.104.

Askerlik ve kanuni çalışma ödevini bitirenlerin işe alınmaları da iş sözleşmesi yapma zorunluluğu kapsamındadır. Bu durum İş Kanunumuzun 31. maddesinde düzenlenmiştir. Adı geçen yükümlülükleri sona eren işçiler, sona erme tarihinden itibaren iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde eski işlerine veya benzeri bir işe derhal veya boş yer yoksa boşalacak ilk işe öncelikli olarak almak zorundadır. Gerekli şartların varlığına rağmen bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren işçinin üç aylık ücretini tazminat olarak öder.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir işçi topluluğu ile işveren veya işveren topluluğu arasında gerçekleşmişse ortada bir toplu iş uyuşmazlığı durumu vardır²⁹. Bu şekilde bir uyuşmazlık sonucunda, toplu işten çıkarma durumu söz konusu olmuşsa, işveren iş sözleşmesi yapmak zorunda kalabilmektedir. 1475 sayılı İş Kanununda işten çıkarılan işçinin yerine altı ay süreyle yeni işçi alınması kesin bir şekilde yasaklanırken, 4857 sayılı İş Kanunumuzda durum daha farklıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 29. maddesine göre ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri nedenlerle toplu işçi çıkaran işveren, toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde, daha önce çıkarmış olduğu işçilerden nitelikleri uygun olanları çağırır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu burada işverene kesin bir zorunluluk getirmemiş ve belli bir ceza da öngörmemiştir³⁰.

İşçi kuruluşlarında görev alanlardan görevleri bitenlerin yeniden işe alınmaları durumu da diğer bir iş sözleşmesi yapma zorunluluğudur. 05.05.1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununun³¹ 29. maddesine göre sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldıkları için kendi istekleri ile çalıştıkları işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, seçilmemek veya çekilmekten ötürü son bulması halinde, ayrıldıkları iş yerlerine yeniden girmek istedikleri takdirde, işveren bu işçileri en geç bir ay içinde eski işlerine veya eski işlerine uygun diğer bir işe öncelikle almak zorundadır. İşçi bu hakkını üç ay içinde kullanmalıdır.

²⁹ Tuncay, Aziz Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s.212.

³⁰ Mollamahmutoğlu, s.326.

³¹ RG.07.05.1983 sayı:18040.

4. İŞVERENİN İŞÇİ İLE SÖZLEŞME YAPAMAYACAĞI DURUMLAR

Yukarıda değindiğimiz üzere, Hukukumuzda genel bir prensip olarak yerleşmiş olan sözleşme serbestisi ilkesi; Anayasamızın 48. maddesinde *“herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma serbestisine sahiptir”* denilerek anayasal bir güvence altına alınmıştır. Borçlar Kanununun da olduğu gibi, İş Kanununda da sözleşme serbestisinin bazı sınırları vardır. Bu sınırlamalar, Borçlar Kanunumuz açısından BK.md.19 ve BK.md.20 de genel olarak belirtilmektedir. BK md. 19; *“Kanun hükümleri ile uyum göstermeyen anlaşmalar ancak kanunun emredici hükümler koymuş olmadığı veya kanuna kamu düzenine adaba yahut kişilik haklarına aykırı olmadığı takdirde geçerlidir.”* hükmünü, BK.md.20 ise; *“Konusu imkansız olan veya hukuka yahut ahlaka adaba aykırı bulunan bir akit batıldır. Noksanlık akdin sadece belirli bölümlerine ilişkin ise bu bölümler olmaksızın akdin hiç yapılmayacağı kabul edilmedikçe yalnız bu bölümler batul olur.”* şeklindeki sınırlamalar İş Hukukunda da geçerlidir.

Ayrıca bu maddeler dışında, Yukarda belirttiğimiz üzere, emredici kurallar ve toplum yararı çerçevesinde, işçi yararına yorum ilkesi benimsenmiştir. Bu bakımdan işçi ile işveren arasında yapılacak olan sözleşmelerin bu sınırlar içersinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesi yapma açısından bir sözleşme serbestisi bulunmakla birlikte, Kanun tarafından bu serbestinin sınırlandırıldığı ve işveren tarafından işçinin çalıştırılmayacağı durumlar söz konusudur. Anayasamızın 50. maddesine göre; *“Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”* Bu maddenin gerekçelerinden biri, küçükler ile kadınların özel olarak himaye edilmesini anayasal güvence altına almaktır³². İş Kanunumuzun ilgili maddelerince, yaş küçüklüğü ve cinsiyet dışında; sağlık durumu, yabancılık ve toplu sözleşmelerden doğan yasak hallerde de iş sözleşmesinin yapılmasına bazı sınırlamalar getirilmiştir. Aşağıda ayrıntısı ile inceleyeceğimiz üzere bu düzenlemeler, bir bütün olarak işveren tarafından işçinin çalıştırılmayacağı durumları oluşturmaktadır. Bu

³² Akad/Dinçkol, s.376.

bölümde işçinin çalıştırılmayacağı durumlar kapsamında işçi ile geçerli bir iş sözleşmesi yapılamayacak durumları inceleyeceğiz.

4.1. Tarafların Ehliyeti Açısından

İş sözleşmeleri de diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların birbirine uygun karşılıklı beyanlarını gerektirir. Bu konuda genel hükümler ve Borçlar Kanunu hükümlerinden yararlanılmaktadır. İşçi veya işveren sıfatlarına sahip olabilmek için kural olarak, hak ve fiil ehliyetlerine sahip olmak gerekir.

Hak hukuken korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir³³. Hak ehliyeti ise kişinin hak ve borçlara sahip olabilmelerini sağlayan bir ehliyettir. Hak ehliyeti kişiye tanınan bir hak olmayıp hak sahibi olabilmenin bir şartıdır³⁴. MK' nın 8. maddesine göre; *Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.*

Fiil ehliyeti ise, MK' nın 9. maddesinde “ *fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleri ile hak edinebilir ve borç altına girebilir*” denilmek sureti ile tanımlanmıştır. Kısaca denilebilir ki fiil ehliyeti haklardan yararlanmayı sağlayan bir ehliyettir. Devam maddelerinde ise fiil ehliyetine sahip olma koşullarından bahsedilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olan ve hakları kısıtlanmamış olan her ergin kişi fiil ehliyetine sahiptir. Bu şartlara haiz olan her kişi iş sözleşmesi de dahil olmak üzere her türlü hukuki işlemi yapabilir; borç ve yükümlülükler altına girebilir. Önceki bölümlerde de değindiğimiz üzere, işçi ile işveren arasındaki ilişki iktisadi olduğu kadar, işçi açısından kişisel bir niteliğe de sahiptir³⁵. İş sözleşmesi işçi açısından kişisel nitelikler de taşıdığından, ehliyete ilişkin yaptığımız bu açıklamalar işçi bakımından özellikle önem arz etmektedir.

İş Hukukunda işçiyi koruyucu hükümler getirilmesindeki bir etken de ilgili kişinin yaşıdır. Çocukları ve gençleri koruma amacı ile getirilen hükümler bunların yaşları

³³ Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk(Giriş), 14. Bası, İstanbul 2007, s.107.

³⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku 8. Bası, İstanbul 2005, s.34

³⁵ Mollamahmutoğlu, s.291.

dikkate alınarak oluşturulmaktadır. Yaş etkeninin varlığı kabul edildiğinde çalışma hayatında yer alan kişilerin onsekiz yaşından küçük olanlar ve büyük olanlar olarak ikiye ayırabilmemiz mümkündür³⁶. MK. md. 14 e göre ayırt etme gücü bulunsa dahi küçüklerin fiil ehliyeti yoktur. Bu nedenle kural olarak geçerli bir iş sözleşmesi yapma yetkileri de yoktur. Buna karşın küçükleri temsilen kanuni temsilcileri sözleşme yapabilir, küçüğe izin verebilir veya sonradan icazet verebilir(MK.md. 343, 448, 451, 462).

Toplum içersinde eşit haklara sahip birer birey olarak kadınlar da ehliyete ilişkin genel kurallara tabidirler. Eski Medeni Kanunun; karının meslek ve sanatı kenar başlığını taşıyan 159. maddesi eşitlik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince 29/11/1990 tarih ve 1990/30 E. ve 31 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir³⁷. Yeni Medeni Kanunda ise eşlerin çalışmalarına ilişkin kurallar gerek Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, gerek kadın erkek eşitliğine uygun bir şekilde düzenlenmiştir. MK.md.192; *“Eşlerden her biri meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur.”* Görüldüğü üzere Yeni Medeni Kanunda kadın erkek ayrımı yapılmaksızın evlilik birliğinin yararı göz önüne alınmıştır³⁸. Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksi, yani erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi eşitlik kuralını olumsuz yönde yorumlama ve uygulama anlamına gelir. Oysa kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir³⁹.

³⁶ Centel, Tankut, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, s.33.

³⁷ Özetle, İşin esasına ilişkin rapor, başvuru kararı ve ekleri, itiraz konusu yasa kuralıyla dayanan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü. Eşitlik ilkesinin Medeni Yasalarda Aile Hukukuna uygulanmasının karşılaştırmalı hukuk yönünden incelenmesi, Medeni Yasanın 159. maddesinin anayasanın 10., 49., ve 50. maddelerine aykırılık savlarının Anayasa ve uluslararası sözleşmeler yönünden incelenmesi sonucunda Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, 29.11.1990 gününde oybirliğiyle karar verildi, Any. Mah. 29.11.1990 tarih, 1990/30E. 1990/31K. : www.kazancı.com.tr (10.01.2008).

³⁸ İptal edilen hüküm yürürlükte bulunduğu sırada, kocanın izin vermemesi halinde keyfiyet noter kanalı ile ilan edilmedikçe, karının işçi veya işveren sıfatıyla yaptığı iş sözleşmesi iyi niyetli kimseler bakımından geçerli sayılıyordu. Narmanlıoğlu, s.150.

³⁹ Any. Mah. 29.11.1990 tarih, 1990/30E. 1990/31K.

4.2. Yaş Küçüklüğü Açısından

Yaş durumu işçiyi koruyucu etkenlerden bir tanesidir. Anayasa md.50 de, kimsenin yaşına uygun olmayan bir işte çalıştırılmayacağı ve çocuk ile gençlerin özel olarak korunacağı düzenlenmiştir. İş Kanunumuzun 71. maddesinde, en az çalışma yaşı düzenlenmiştir. Buna göre, *“Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.”*

İş K.md. 71 belirtildiği üzere, onbeş yaşın altındaki çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak madde hükmünden de anlaşıldığı üzere onbeş yaşından itibaren çocukların çalıştırılabilmesi mümkün olabilmektedir. Belli bir yaşa ulaşmadan çocukların çalışma hayatına girmesi yasak olmakla birlikte, çalışma hayatına girecek yaşa ulaşmış olsa da çocuğun belirli alanlarda ve belirli durumlarda çalışmasını yasaklayan durumlar da söz konusudur⁴⁰. Bu yasakların amacı belirli bir yaşın altındaki çocukların çalışma hayatından uzak tutulmak istenmesi veya yaşına uymayan işlerde çalıştırmalarını engellenmektir. Aşağıdaki bölümlerde yaş küçüklüğüne ilişkin özel düzenlemeleri daha ayrıntılı şekilde inceleyeceğiz. Ancak bu bölümde çocukların çalıştırılmasının tamamen yasak olduğu veya yaş sınırının daha yüksek tutulduğu işleri değerlendireceğiz.

4.2.1. Gece Çalıştırma Yasağı

Gece çalışmasını anlayabilmemiz için ilk olarak gece döneminden ne anlaşılması gerektiğini irdelememiz gerektiği kanaatindeyiz. Gece dönemi İş Kanunu'nun 69. maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, *“çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.”* 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısihha Kanunu⁴¹ (Umumi HK.) md.174, saat 20.00'den sonra yapılan çalışmayı gece çalışması saymış, ancak gece çalışmasının bitimi ve süresi konusunda herhangi bir hüküm getirmemiştir.

⁴⁰ Uçum, Mehmet, “Çalışma Yaşamında Çocuk Hakları,” s.2520 Legal Hukuk Dergisi 2003/10.

⁴¹ RG.06.05.1930 sayı:1489.

Gece çalışmaları, yetişkin işçilerle karşılaştırıldığı zaman, küçük yaştaki işçiler açısından çok daha fazla sakıncalar taşımaktadır. Küçük işçiler, henüz gelişme çağıında olmaları dolayısıyla uykuya, özellikle de gece uykusuna çok daha fazla gereksinim duymaktadırlar⁴². Kanun Koyucu da çocukların bu ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmuştur. İş K.md. 73/1 e göre; “*Sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır*”. Umumi HK. md.174 göre ise, “*oniki ile onaltı yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları memnudur*” buna göre oniki ile onaltı yaş arasındaki çocukların hem sanayide hem de sanayi dışı işlerde gece çalışmaları yasaktır. Kanun koyucunun, İş K.md73’ de “Gece Çalıştırma Yasağı” başlığı altında getirdiği düzenlemede onsekiz yaşın altındaki çocuklara ve gençlere, sanayiye ait işlerde kural olarak gece çalışması yaptırılmayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında sanayiden sayılmayan işler bakımından İş Kanununda bir açıklık yoktur. Doktrindeki bu konuya ilişkin görüşleri ilerideki bölümlerde değineceğiz⁴³. Kanaatimizce çocukların gece çalıştırılması yasağından maksat, çocuk ve genç işçileri korumaktır. Zaten küçük yaşta iş hayatına atılmış olan çocuğun, gece çalışması ile daha fazla yıpranması engellenmeli, gelişimini sağlıklı bir şekilde sürdürmesi sağlanmalıdır. Bu bakımdan gerek sanayiden gerek sanayiden sayılmayan işlerden olsun çocukların gece çalışması kural olarak mümkün olmamalıdır. Bu konuyu iş sözleşmesinin varlığına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumlar bölümünde daha ayrıntılı şekilde inceleyeceğiz.

4.2.2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

Ağır ve tehlikeli iş; olağan çalışma gücünü aşan ve sağlığın yitirilmesine neden olabilme tehlikesi taşıyan iştir şeklinde tanımlanabilir⁴⁴. Ağır ve tehlikeli işler İş Kanunumuzun 85. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ağır ve tehlikeli işler iki fıkra halinde düzenlenir. İş K.md.85/1; “*onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar.*” İş K.md.85/2 ye göre ise; “*hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç*

⁴² Tunçomağ/Centel, s.180.

⁴³ Bknz. bölüm, 5.1.3.1.

⁴⁴ Centel, s.145.

işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.” Bu hüküm onaltı yaşını doldurmamış çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağını düzenlemekle birlikte onaltı ile onsekiz yaş arasındaki çocukların ne gibi ağır işlerde çalıştırılabileceğine ilişkin bir açıklama getirmemiştir.

Umumi HK.md.179/4 hükmüne göre, “12’den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin nelerden ibaret olduğu İş Kanunu’nda tasrih edilecektir.” Bu hüküm, ağır ve tehlikeli işler konusunda İş Kanununa yollamada bulunduğundan, hangi işlerin ağır ve tehlikeli iş kapsamına gireceği, İş Kanunu md.85 ve bu hüküm gereğince çıkarılan tüzük uyarınca belirlenecektir. Bu hüküm gereği 16/06/2004 tarihinde “Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği”(ATİY)⁴⁵ Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte iken, bu konuyu düzenlemek için çıkartılmış olan Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü’ne benzer düzenlemelerin, neredeyse 4857 sayılı Kanunun 85. maddesi uyarınca çıkarılmış olan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği içinde söz konusu olduğu görülmektedir⁴⁶. Nitekim 1475 sayılı İş Kanununda yer alan ağır ve tehlikeli işler ile ilgili düzenlemelerin birçoğu 4857 sayılı İş Kanununa değişiklik yapılmadan aktarılmıştır. Bu yönetmelik ile hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceklerine ilişkin hükümler belirlenmiştir. İlgili yönetmelikte ağır ve tehlikeli işler tablo halinde belirlenmiştir. Bu işler ana başlıkları ile; taş ve toprak sanayii ile ilgili işler, metalürji sanayii ile ilgili işler, arama ve sondaj işleri, metal ve metalden mamul eşya sanayii ile ilgili işler, ağaç ve bunlardan mamul eşya sanayii ile ilgili işler, yapı işleri, kimya sanayi ile ilgili işler, iplik, dokuma ve giyim sanayi ile ilgili işler, kağıt ve selüloz sanayii ile ilgili işler, gıda ve içki sanayii ile ilgili işler, tütün sanayii ile ilgili işler, enerji üretimi, nakli ve dağıtım ile ilgili işler, nakliye benzeri işler tarım ve hayvancılık işleri, ardiye ve antrepoculuk, haberleşme, çeşitli işler, olarak belirlenmiştir. ATİY. 4. maddesine göre onaltı yaşını doldurmamış

⁴⁵ RG.16.06.2004, sayı:25494.

⁴⁶ Turan, Emine Berrin, İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma, İstanbul, 2004, s.114. (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

genç işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaktır. Ancak Yönetmeliğe ekli tabloda özel işaretlerle belirlenmiş işlerin⁴⁷ bazılarında kadınlar bazılarında ise onaltı yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış işçilerin çalıştırılabilmeleri mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu konudaki işi meslek edinmiş 16 yaşını doldurmuş genç işçilerin, sağlığı, güvenliği ve ahlâkının tam olarak güvenceye alınması şartıyla ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri yönetmelikçe hükme bağlanmıştır.

Ağır ve tehlikeli işlerde çalışma yasağının amacının, çocuk ve gençleri iş güvenliği açısından korumak olduğu düşünülecek olursa; Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğine ekli tabloda gösterilmemiş, ancak niteliği itibariyle ağır ve tehlikeli olan bir iş söz konusu olduğunda, bu işin genellikle onaltı yaşından küçük ve büyük işçilerin çalıştırılabileceği işlerden değil, bu işçilerin çalıştırılmayacağı ağır ve tehlikeli işlerden saymak gerekecektir⁴⁸. Yargıtay'da bir kararında Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğünde belirtilen işlerin mutlak suretle ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağını, ancak Tüzüklerin hayatın olağan akışı içerisindeki bütün belirtileri önceden ve tümüyle görmesinin mümkün olmadığını, Tüzüğün düzenlendiği tarihte asla düşünülemez hususların yeni icatların ürünü ve sanayinin gelişmesi sonucu, tüzükte belirlenenlerden daha ağır ve tehlikeli şekilde kendini gösterebileceğini, tüzükte yazılı olmadığı için bunları ağır ve tehlikeli iş saymamanın doğru olmayacağını belirtmiştir⁴⁹.

ATİY incelendiğinde de, Yargıtay'ın bu görüşünün yerinde olduğu anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin 5. maddesi ile genç işçilerin çalıştırılabilecekleri ağır ve tehlikeli işlerde, işe alınmadan önce işin nitelik ve koşullarına göre bedence bu işe elverişli olup olmadıkları, ayrıca işe alındıktan sonrada bu işte çalıştırılmalarında her hangi bir sakınca olmadığının altı ayda bir hekim raporu ile saptanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu hükümden anladığımız üzere ağır ve tehlikeli işler sadece yönetmelikle belirlenenler değil, ayrıca bu işte çalıştırılacak işçinin niteliğine göre de belirlenmektedir. Bu nedenle, bir iş yönetmelikte ağır ve tehlikeli işler arasında gösterilmemişse de nitelik

⁴⁷ Tabloda, karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadınlar ve (Gİ) harfleri bulunmayan işlerde de 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler çalıştırılmaz.

⁴⁸ Centel, s.146.

⁴⁹ Yarg. 9. HD. 24.04.1967, 1967/1708 E. 1967/3542 K. Centel, s.144,145.

olarak onaltı ile onsekiz yaş aralığındakilerin çalıştırılmasının uygun olmadığı bir iş ise, bu işin de ağır ve tehlikeli işlerden sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

4.2.3. Yeraltı ve Sualtında Çalıştırma Yasağı

Türkiye'nin 21.05.1991 tarihinde onayladığı 123 sayılı⁵⁰ Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş hakkındaki Uluslar arası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmesinin 2. maddesine göre; tespit edilmiş belirli bir yaş altındaki kişiler yeraltında madenlerde istihdam edilemez veya çalıştırılmazlar. Asgari yaş hiçbir şekilde onaltı yaştan aşağı olamaz. İş Kanunu md.72 ile getirilen yeraltı işlerinde onsekiz yaş sınırı, yeraltı madenlerinde işe alınmada yaş ile ilgili 123 sayılı ILO sözleşmesine uygun, hatta bu sözleşmeden daha ileri seviyede koruma sağlamaktadır.

İş Kanunu md.72 hükmüne göre, “*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya sualtında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.*” 1475 sayılı İş Kanununun 68. maddesinde de 4857 sayılı İş Kanununda olduğu gibi, onsekiz yaşını doldurmamış erkeklerin ve her yaştaki kadınların maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltı işlerinde veya su altında çalıştırılmaları yasaklanmıştı. 1475 sayılı İş Kanununun 68. maddesi 4857 sayılı İş Kanununa aynen alınmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 72. maddesinde sayılan işler, örnek kabilinde gösterilmiştir. Kanunda gösterilmiş olan bu işler sınırlayıcı değildir. Önemli olan nokta işin türü olmayıp, söz konusu işin yer veya su altında yapılmasıdır⁵¹. İş Kanunu md.4 ile 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan işler arasında yeraltı veya su altı çalışmaları yoktur. Bu nedenle bütün yeraltı ve su altı çalışmaları İş Kanunu 72.madde hükmüne tabidir.

Umumi HK.md.173/1 hükmüne göre de 12 yaşından küçük çocukların maden işlerinde çalıştırılmaları yasaktır.

⁵⁰ ILO 123 sayılı “Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında Sözleşme” ILO kabul tarihi 22/06/1965 Kanun Tarih ve Sayısı: 8.5.1991 / 3729; RG. Yayın Tarihi ve Sayısı: 21.5.1991 / 20877; Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 19.8.1991/91-2163, RG. Yayın Tarihi ve Sayısı: 2.10.1991/21009 www.ilo.org (16.01.2008).

⁵¹ Tunçomağ/Centel, s.180,181; Süzek, s.701; Centel, s.149.

151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanununun 2. maddesinde çocukların ve gençlerin maden işlerinde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Söz konusu hüküm maden ocaklarında yapılan işleri kapsamaktadır. Söz konusu hükmün Zonguldak ve Ereğli bölgesinde maden işlerinde çalıştırılacak işçilerinin hukukunu düzenlemektedir. Bu nedenle uygulama alanı bakımından bu bölgeler ile sınırlıdır⁵². Madenlerde çalışmaya ilişkin yaş sınırı getiren söz konusu 2. maddenin, 4857 sayılı İş Kanununun 72. maddesi ile birleşmesi bakımından fiili bir uygulama alanı kalmamıştır⁵³.

4.2.4. Genele Açık Yerlerde Özellikle Eğlence Yerlerinde Yapılan İşler

Kamuya açık gösterilerin yapıldığı yerlerdeki işlerde dahil olmak üzere, eğlence işleri neşeli ve hoşça vakit geçirmeye ilişkin olan işlerdir. Eğlence işlerinde yapılan işlerde çocuklar ile gençler özellikle korumaya muhtaçtırlar⁵⁴. Umumi HK.md.176 hükmüne göre, “Mahalli belediyelerce bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda onsekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı men olunur.” Bu hüküm ile genel olarak eğlence işlerinin yapıldığı yerlerde onsekiz yaşından küçüklerin çalışması yasaklanmaktadır.

Çocukların ve gençlerin eğlence yerleri ve benzeri yerlerde çalıştırılmalarının yasaklanmasındaki amaç onların ahlaki olarak sağlıklı bir şekilde yetişmelerini sağlamaktır⁵⁵. Bu nedenle çocukların ahlaki gelişimini engelleyecek tüm işler yasak işlerden sayılmalıdır. Nitekim ILO'nun 182 sayılı en kötü çocuk çalışması biçimlerine ilişkin sözleşmesinde onsekiz yaşın altındaki çocukların bu tür işlerde çalışmaları yasaklanmıştır. Bu sözleşmenin üçüncü maddesinde en kötü çocuk işçiliği ifadesinin kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır. Bu madde; çocuğun zorla çalıştırılması; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılması; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılması; doğası veya

⁵² YİBK. 04.12.1929 tarih, 1929/1E. 1929/15K. : www.kazanci.com.tr (12.01.2008).

⁵³ Centel, s.150; Turan, s.109.

⁵⁴ Centel, s.140.

⁵⁵ Centel, s.142.

gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işlerde çalıştırılmaları veya bu işlerin tedarik ve sunumunda kullanılmaları en kötü çalışma biçimleri olarak belirlenmiştir⁵⁶. Kanaatimizce, Umumi HK. 176. maddesinin amacının, çocukların ahlaki gelişimlerinin olumsuz olarak etkilenmesini engellemek, çocukları ve gençleri gerek manen gerek madden korumak olduğu düşünülürse; eğlence işlerinin, çocukların ahlaki gelişimini engellediği ölçüde ILO nun 182 sayılı sözleşmesi kapsamında değerlendirebileceğini, onsekiz yaşından küçüklerin bu tip işlerde çalıştırılmayacağını söyleyebiliriz.

4.2.5. Denizde Yapılan İşler

Denizde yapılan işlerde işin niteliği dolayısıyla özel yaş sınırları ile tespit edilmiş çalışma şekillerindedir. Deniz işlerine ilişkin olarak, Türkiye tarafından 25.05.1959 tarihinde 7292 sayılı Kanun ile onaylanan ILO'nun 'Trimci ve ateşçi sıfatıyla gemilerde işe alınacakların asgari yaş haddinin tespitine dair 15 sayılı sözleşmesinin 2. maddesi uyarınca, onsekiz yaşından aşağı kimselerin, trimci veya ateşçi sıfatıyla gemilerde çalıştırılmayacağı ifade edilmiş, yine aynı sözleşmenin 3. maddesi ile de belirli durumların varlığı halinde onaltı yaş haddi konulmuştur. Bu sözleşmenin 4. maddesine göre ise bir limanda trimci veya ateşçi almak mecburiyeti olduğu takdirde, eğer oradaki bu sınıf işçiler arasında en az onsekiz yaşında işçi bulunması mümkün olamazsa, onsekiz yaşından küçük, fakat onaltı yaşından büyük genç işçiler bu işlere alınabilirler⁵⁷.

Türkiye tarafından 1959 tarihinde 7293 sayılı kanun ile onaylanan ILO'nun 58 Sayılı Sözleşmesinin 2. maddesi uyarınca, Münhasıran aynı aile efradının çalıştığı gemiler hariç, diğer gemilerdeki işlerde onbeş yaşından aşağı çocuklar çalıştırılmaz. Aynı

⁵⁶ Bakırcı, Kadriye, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, 2004 s.168,169.

⁵⁷ ILO'nun 15 sayılı "Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaşının Tespitine Dair Sözleşme" ILO Kabul Tarihi: 29 Ekim 1921; Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Mayıs 1959 / 7292; RG. Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 2 Haziran 1959 / 10220. www.ilo.org (17.01.2008).

maddenin ikinci fıkrasında bazı durumlarda ondört yaşındaki çocuklara çalışma belgeleri verilebilmesine imkan tanınmıştır⁵⁸.

Deniz İş Kanununda yaş sınırlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamasına karşın Gemi Adamları Yönetmeliğinin⁵⁹ 8. maddesinde güverte sınıfı gemi adamlarının taşınması gereken yeterlilikler sayılmıştır. Bu sınıf gemi adamları arasında miço olabilmek için onaltı yaşını bitirmiş olmak, usta gemici olabilmek için ise onsekiz yaşını bitirmiş olmak şartları aranmaktadır.

4.3. Cinsiyet Açısından

Anayasanın 50/2 fıkrası; çocuklar, gençler ve kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmalarını öngörmektedir. Kadın işçilerin durumu da erkek çocukları gibi ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Her yaştaki kadınların yer ve su altında çalıştırılmaları yasaktır(İş K.md.72). 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esasların ise Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterileceği düzenlenmiştir(İş K.md.73/2).

Çalışan kadınlara ilişkin yasal düzenlemelerin temel amacı, fırsat ve muamele bakımından eşitliğin sağlanmasıdır. Bu bakımından Türk İş Hukukunda örneğin gebe ve anne işçilerin korunmasında olduğu gibi birçok konuda kanuni düzenlemeler mevcuttur. Aşağıda kadın işçilerin korunmasına ilişkin özel düzenlemeleri ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz. Bu bakımdan bu bölümde sadece kadın işçiler ile iş sözleşmesi kurulamayacak durumları inceleyeceğiz.

⁵⁸ ILO'nun 58 sayılı "Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme" www.ilo.org ILO Kabul Tarihi: 22 Ekim 1936; Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Mayıs 1959 / 7293; RG. Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 2 Haziran 1959 / 10220. (17.01.2008).

⁵⁹ RG.31.07.2002 sayı:24832.

4.3.1. Gece Çalışmaları

ILO'nun 1919 tarihli ve 4 sayılı⁶⁰ kadınların gece çalışmalarına ilişkin sözleşmesinin 3. maddesine göre; hangi yaşta olursa olsun, kadınların herhangi bir özel veya kamu kuruluşunda veya bu kuruluşların bir şubesinde gece çalışması yasaktır. Aynı aileden bir üyenin bu kuruluştaki çalışması istisnai bir durum olarak kabul edilmiştir. Bunun gibi ILO'nun 1934 tarih ve 41 sayılı⁶¹ sözleşmesi ile 1948 tarih ve 89 sayılı⁶² sözleşmelerinde de bu hüküm tekrar edilmiştir. Ancak ILO genel olarak kadını koruma ve cinsiyet ayrımcılığını önleme ve kadın erkek eşitliği kavramları konusunda yıllar içinde yaklaşım değişimi göstermiştir. Örneğin gece çalışmalarını kadınlara yasaklayan sözleşmeler zaman içerisinde kadın ve erkeği eşit olarak koruyan gece çalışması düzenlemelerine dönüşmüştür⁶³. ILO'nun 1990 tarih ve 171 sayılı Gece Çalışmalarına İlişkin Sözleşmesi bu dönüşüme örnek teşkil etmektedir⁶⁴. Bu sözleşmeler Türkiye tarafından kabul edilmeyen sözleşmeler arasında yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çıkan, Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁶⁵ hükümleri uyarınca, Kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce ve her altı ayda bir olmak üzere, çalışmalarına engel bir durumun olmadığına dair sağlık raporlarının alınması(md.7) ve gece çalıştırılacak kadın işçilerin isim listelerinin ilgili bölge müdürlüğüne gönderilmesi(md.10) şartları aranmaktadır. Bununla birlikte ilgili yönetmeliğin 5. maddesine göre Kadın işçilerin her ne şekilde olursa olsun gece postasında 7,5 saatten fazla çalıştırılması yasaktır⁶⁶. 1475 sayılı İş Kanununun 69.

⁶⁰ ILO'nun 4 sayılı Kadınların Gece Çalışmalarına İlişkin Sözleşmesi, Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. www.ilo.org.tr (05.02.2008).

⁶¹ ILO'nun 41 sayılı Kadınların Gece Çalışmalarına İlişkin Sözleşmesi, Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. www.ilo.org.tr (05.02.2008).

⁶² ILO'nun 89 sayılı Kadınların Gece Çalışmalarına İlişkin Sözleşmesi, Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. www.ilo.org.tr (05.02.2008).

⁶³ Demirhan-Adakale/Ekonomi, s.2.

⁶⁴ ILO'nun 171 sayılı Gece Çalışmalarına İlişkin Sözleşmesi, Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. www.ilo.org (28.05.2008).

⁶⁵ RG. 09.08.2004 sayı: 25548.

⁶⁶ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesine dayanılarak çıkarılan "Kadın İşçilerin Sanayiye Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkındaki Tüzüğü'nün 9. Maddesinde Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin almak suretiyle kadın işçileri gece postalarında çalıştırılmaları mümkün ise de aynı tüzüğü'nün 3. maddesinde "Kadın İşçilerin, her ne şekilde olursa olsun, gece süresinde fazla saatlerde çalıştırılmaları yasaktır" kuralına yer verilmiştir. Diğer yandan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 65/1. Maddesi

maddesinde ise sanayiye ait işlerde kadın işçilerin gece çalıştırılmaları kural olarak yasaklanmaktaydı. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu ile bu yasak gece ve analık durumları ile sınırlı tutulmuştur. Nitekim Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının değişen 4. maddesinde de sanayide gece çalışmasının düzenlenmesi hükmü, hamile loğusa ve emzikli kadınların gece çalışması ile sınırlı tutulmuştur. Ancak düzenleme sanayi işleri ile sınırlandırılmadığından uygulama alanı daha geniştir⁶⁷.

4.3.2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

Kadın işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaması konusunda ILO'nun da tavsiye kararları ve sözleşmeleri bulunmaktadır. ILO 1921 tarih ve 13 sayılı sözleşmesi ile kurşun sülfat ve üstübeç kullanılan boyama işlerinde kadınların çalışmasını yasaklamıştır. Bununla birlikte yine ILO'nun 1919 tarih ve 4 sayılı tavsiye kararında da kadınların çinko ve kurşun kullanılmasını gerektiren bazı sanayi işlerinde çalıştırılmamasını önermektedir⁶⁸. Türkiye tarafından 07.03.1968 tarih ve 1033 sayılı kanun ile onaylanan, ILO'nun 115 sayılı İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında Sözleşmesi de, işçilerin çalışmaları sırasında iyonizan radyasyonlara maruz kalmalarına sebep olan bütün faaliyetler hakkında koruyucu düzenlemeler getirmiştir⁶⁹. İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması

"İş hayatında (gece) en geç saat 20'de başlayarak en erken sabah 6'ya kadar geçen ve herhalde en az 11 saat süren gün dönemidir" demek suretiyle çalışma hayatında gecenin en geç başlama ve en erken bitiş saatim göstermiş bulunmaktadır. Somut olayda davacıdan gece süresinde ve 7.5 saat gibi uzun bir süre ile fazla çalışması istenmiştir. Diğer yandan bir kimsenin 7.5 saat çalıştıktan sonra hiç ara vermeden aynı süre kadar fazla çalışması insan takatini zorlayan bir husustur. Bu hukuki ve maddi deliller karşısında hizmet akdinin haksız olarak feshedildiğinin kabulü gerekir. Mahkemece yazılı şekilde isteğin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir, Yarg. 9. HD. 19.9.2000 tarih 2000/12795 E. 2000/11947 K. : www.kazanci.com.tr (05.02.2008).

⁶⁷ Demirhan-Adakale/Ekonomi, Türkiyede Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yasa İle Getirilen Yenilikler, s.5 İtüdergisi/d, mühendislik, C. 4, sayı:5 Ekim 2005: www.itudergi.itu.edu.tr (28.05.2008).

⁶⁸ Aydın, Olcay, Yasal Açından Kadın İşgücü, TİSK Türkiye'de Kadın İşgücü Seminerleri I-II, 1999, s.89; Kalpak, Ahmet, Kadın İşçilerin İş Yasalarına Göre ve 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'na Göre Korunması, İstanbul 1998, s.62. (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁶⁹ ILO'nun 115 sayılı İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında Sözleşme, ILO Kabul Tarihi: 1 Haziran 1960 Kanun Tarih ve Sayısı: 7.3.1968/1033; Resmi Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 23.3.1968/12856; Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 2.7.1968/6-12959; Resmi Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 25.7.1968/12959, www.ilo.org (13.02.2008).

hakkındaki 115 sayılı sözleşmede öngörülen koruma tedbirleri tüm işçileri kapsamaktadır. Dolayısıyla kadın işçiler de bu kapsam içinde değerlendirilmelidir⁷⁰.

Kadınlar doğal yapıları gereği ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Bu durum Anayasamızın 50. maddesinde de ifadesini bulmuştur. Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınların hangi çeşit ağır işlerde çalıştırılıp hangilerinde çalıştırılmayacakları Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde ekli tablo ile gösterilmiştir. Kural kadın işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaması olmakla birlikte söz konusu işin, yönetmelikçe kadınların çalışmasına izin verilen işlerden olması, ihtisas ve meslek öğrenimi veren okullardan birinin bitirilip o işi meslek edinmiş olmak ve en önemlisi bedenen o işe elverişli olup olmadığının sağlık raporuyla tespit edilmesi koşuluyla kadınların bu gibi işlerde çalışmaları mümkün olabilmektedir⁷¹. İlgili sağlık raporları olmadıkça, kadın işçilerin işe alınmaları veya işte çalıştırılmaları yasaklanmıştır.

Kanaatimizce Kadının hem çalışan bir birey olması dolayısıyla, hem de anne olması dolayısıyla, sağlığının korunması ve sağlığa zararlı alanlarda çalıştırılmasının kesin olarak önlenmesi gerekmektedir. Gebe ve emzikli kadınların çalışma şartlarının ise, gerek kendisinin gerek bebeğinin sağlıklı olarak gelişmesini engellemeyecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Sağlık koşulları anne ve bebek için uygun bir şekilde düzenlenmelidir. Özellikle işin niteliği ve işin götürüleceği yer bakımından bu durum önem taşımaktadır.

4.3.3. Yeraltında ve Sualtında Çalıştırma Yasağı

Uluslararası alanda çeşitli sözleşmelerle kadınların yeraltı ve sualtında çalıştırılmalarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye tarafından 09.06.1937 tarihinde kabul edilen ILO'nun 45 sayılı⁷² Her Nevi Maden Ocaklarında Yeraltı İşlerinde Kadınların

⁷⁰ Kalpak,63.

⁷¹ Tunçomağ, Kenan, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, C. 1 İstanbul 1982 s.108.

⁷² ILO'nun 45 sayılı "Her Nevi Maden Ocaklarında Yeraltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme" ILO Kabul Tarihi: 4 Haziran 1935; Kanun Tarih ve Sayısı: 9 Haziran 1937 / 3229; RG. Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 23 Haziran 1937 / 3638 www.ilo.org (09.02.2008).

Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme'nin 2. maddesi ile Kadın cinsinden hiç bir şahsın, yaşı ne olursa olsun maden ocaklarında ve yeraltı işlerinde çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde Türkiye tarafından 07.08.1989 yılında onaylanan⁷³ Avrupa Sosyal Şartının 8. maddesinde de sözleşme taraflarının, çalışan kadınların yeraltı madenlerinde ve gereğinde tehlikeli, sağlığa aykırı veya ağır niteliği nedeniyle uygun düşmeyen tüm öteki işlerde çalışmalarını yasaklamayı taahhüt ettikleri düzenlenmiştir⁷⁴. 1475 sayılı İş Kanunumuzun 68. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunumuzun 72. maddesi buna uygun olarak kadınların yeraltı ve su altı işlerinde çalıştırılmalarını yasaklamıştır.

ILO'nun 45 sayılı sözleşmesi incelendiğinde 3. maddesinde kadınların yeraltı ve sualtında çalışmalarına ilişkin bir takım istisnalar getirildiği görülmektedir. Sevki idare vazifesi ile görevli olup, bedenen çalışmayan şahıslar, Sıhhi ve sosyal hizmetlerde çalışan şahıslar, mesleki bilgilerini tamamlamak maksadıyla bir maden ocağında yeraltı işlerinde staj görmelerine müsaade edilen eğitimdeki şahıslar, bedenen çalışma durumunda olmayan bir sanatın icrası için bir maden ocağının yeraltı kısımlarına tesadüfi olarak inmesine lüzum görülen diğer bütün şahıslar, bu sözleşmeden istisna tutulmaktadır. Bu istisnai hüküm sadece işçi statüsünde olmayan çalışan kadınlara ilişkin olarak düşünülebilir⁷⁵.

İş Kanunu md.72 hükmüne göre, *“maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya sualtında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.”* Yukarıda çocukların yeraltında ve su altında çalıştırılmasına ilişkin bölümde de belirttiğimiz gibi⁷⁶ 1475 sayılı İş Kanununun 68. maddesi 4857 sayılı İş Kanununa aynen alınmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 72. maddesinde sayılan işler, örnek kabilinde gösterilmiştir.

⁷³ RG. 14.10.1989. sayı:3581 16/6/1989 tarihli ve 3581 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın yerini almak üzere,Avrupa Konseyi tarafından 1996 tarihinde kabul edilen ve Ülkemiz tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanan “(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı”nın beyan ile onaylanması 27.09.2006 tarih ve 5547 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Türkiye Cumhuriyeti, 1996 tarihli “(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı”nın III. Bölümünün A maddesi gereğince, anılan Şart'ın II. Bölümünün 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 madde ve fıkraları kabul etmiştir.

⁷⁴ Aydın, s.83: www.tbmm.gov.tr (12.02.2008).

⁷⁵ Kalpak, s.55.

⁷⁶ Bknz. bölüm, 4.2.3.

Kanunda gösterilen işler sınırlayıcı değildir. Önemli olan nokta işin türü olmayıp, söz konusu işin yer veya su altında yapılmasıdır⁷⁷.

Kadın işçiler hangi yaşta olursa olsunlar yeraltı ve sualtı işlerinde çalıştırılmaları yasaktır. Ancak Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin 4. maddesinde bahsedildiği üzere yönetmeliğe ekli tabloda kadın işçilerin çalışıp çalışmayacağı ağır işler özel işaretlerle⁷⁸ belirlenmiştir. Yine aynı yönetmeliğe göre ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu işi meslek edinmiş kadınların ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri düzenlemiştir.(md.4/3). Kadın işçilerinde diğer işçiler gibi, işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur. İşin devamı süresince yılda en az bir kez olmak üzere muayene edilmeleri gerekmektedir(md.5).

Kadın işçi ile yeraltında veya sualtında yapılacak bir iş için hizmet sözleşmesi yapılmış ise bu sözleşme hükümsüz olarak addedilecektir. Ancak sözleşmenin hükümsüz olduğu zamana kadar doğan haklar saklı tutulacaktır⁷⁹.

4.4. Yabancılık Durumu Açısından

Çalışma hakkı ve hürriyeti Anayasamızca korunan temel hak ve hürriyetlerden biri olmasının yanında, uluslararası alanda da korunan bir haktır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından 1973 yılında Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu kurulmuştur. Bu komisyon Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Kişilerin İnsan Hakları Hakkında Deklarasyon Tasarısını hazırlamıştır. Birleşmiş Milletler tarafından 1985 yılında kabul edilen deklarasyona göre; uluslararası anlaşmalarla korunan insan hakları ve temel özgürlükler, yaşadığı ülkenin vatandaşı olmayan kişilere de tanınmalıdır. Bu belge bağlayıcı olmamakla birlikte, insan haklarını ilgilendiren bir sözleşme olması bakımından önemlidir⁸⁰.

⁷⁷ Süzek, s.701; Tunçomağ/Centel, s.176; Centel, s.149.

⁷⁸ Bknz. dipnot 44.

⁷⁹ Aydın, s.89.

⁸⁰ Cin, Mustafa, Yabancıların Türkiye de Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı, İstanbul 2004, s.46, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi).

Anayasamızın 48, 49 ve 50. maddelerinde çalışma hakkı ve özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Buna göre; Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir(md.48). Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir(md.49). Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz(md.50). Ancak Anayasa tarafından verilen bu haklar yine Anayasanın 16. maddesi ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Kanaatimizce de vatandaşlara tanınan hak ve özgürlüklerin karşılığında birtakım vatandaşlık görevleri de söz konusu olduğu için yabancıların, vatandaşların sahip olduğu tüm haklara sahip olması günümüz Türkiye'sinde mümkün değildir⁸¹.

İkamet hakkı verilen yabancıya çalışma hakkı verilmesi gerektiği düşünülmesine rağmen, bu hak her ülkenin ekonomik şartlarına uygun bir şekilde, kamu güvenliği, kamu yararı, kamu sağlığı gibi esaslara göre bir takım sınırlamalara maruz kalmaktadır. Bu nedenle yabancılara ilişkin çalışma hakkına çeşitli iş kollarında bazı sınırlamalar getirilmiştir⁸².

4.4.1. Yabancıların Çalışma İzin ve Süreleri

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında 27.02.2003 tarih ve 4817 sayılı Kanunun⁸³ 35. maddesi ile 11.06.1932 tarih ve 2007 sayılı Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun⁸⁴ yürürlükten kaldırılmış, ayrıca 4817 sayılı Kanunun 4. maddesi ile Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe yabancıların Türkiye'de bağımlı ve bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında 4817 sayılı Kanunun 6, 7, 8 ve 9. maddelerinde dört çeşit çalışma izni belirlenmiştir. Bunlar süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni ve istisnai çalışma iznidir. Kanunun 5. maddesine göre süreli

⁸¹ Mollamahmutoğlu, s.297.

⁸² Çelikel/Gelgel-Öztekin, Yabancılar Hukuku, 12. Bası İstanbul 2005, s.126; Ekşi, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, İstanbul 2006, s.89.

⁸³ RG. 06.03.2003, sayı 25040.

⁸⁴ RG. 16.061932 sayı:2126.

çalışma izni, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, ve ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak, yabancının ikamet izninin süresi ile hizmet akdinin veya işin süresine göre, belirli bir işyeri veya işletmede ve belirli bir meslekte çalışmak üzere en çok bir yıl geçerli olmak üzere verilir. Bu süre üç yıla kadar uzatılabileceği gibi, bu süre sonunda çalışma izni yabancının aynı meslekte dilediği işverenin yanında çalışabilmesi için altı yıla kadar da uzatılabilir. Bununla birlikte kendisiyle beraber en az beş yıl ikamet etmiş eş ve çocuklarına da süreli çalışma izni verilebilmektedir. Kanunun 6. maddesine göre ise, Türkiye'de en az sekiz yıl kanuni ve kesintisiz ikamet eden veya toplam altı yıllık kanuni çalışması olan yabancılara, süreli çalışma izninde belirtilmiş olan durumlar göz önüne alınmaksızın; mesleki, mülki veya coğrafi alan sınırı olmadan süresiz çalışma izni verilebilmektedir. Diğer bir çalışma izni olan, bağımsız olarak çalışma izni, Kanunun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Türkiye'de en az beş yıl kanuni ve kesintisiz olarak ikamet etmiş olmaları koşuluyla Bakanlıkça bağımsız çalışma izni verilebilmektedir. Yabancıların çalışma izinlerine ilişkin süreler bu şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, Kanunun 8. maddesindeki istisnai durumların varlığı halinde, Kanunda öngörülen sürülere tabi olmaksızın süresiz çalışma izni verilebilmektedir.

Bağımsız çalışan yabancılar, çalışmaya başladıkları tarihten ve çalışmanın bitiminden itibaren, yabancı çalıştıran işverenler ise, yabancının çalışmaya başladığı tarihten, itibaren onbeş gün içinde durumu ilgili bakanlığa bildirmelidir. Yabancının çalışma izninin verildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde çalışmaya başlamaması halinde bu sürenin bitiminden itibaren ve herhangi bir nedenle hizmet akdinin sona erdiği tarihten itibaren, en geç on beş gün içerisinde durum Bakanlığa bildirilmek zorundadır(md.18). Yabancı ile ilgili tüm bilgiler, yabancılara çalışma izni verme yetkisi bulunan bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları, çalışma iznini verdikleri, çalışma izin süresini uzattıkları veya çalışma iznini iptal ettikleri tarihten itibaren, yabancı istihdam eden bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları ise çalıştırmaya başladıkları tarihten itibaren en geç otuz gün içinde Çalışma ve Sosyal güvenlik Bakanlığına bildirirler(md.19). İlgili kanun ve yönetmelikler de belirtilmiş olan usul ve esaslara uyulmaksızın, yabancı işçiler ile iş sözleşmesi kurulamamaktadır. Buna rağmen gerekli

izinler olmaksızın işçi çalıştırılması yabancı yasadışı işçi çalıştırılması anlamına gelir. Yasadışı işçi çalıştırılmasını önlemek için idari para cezasından işyerinin kapatılmasına kadar uzanan bir takım önlemler öngörülmüştür.

Ülkemizde yasal olarak çalışan yabancıların yanı sıra, kaçak çalışan yabancılarda bulunmaktadır. Yabancı kaçak işçilerin Türkiye'yi tercih etme nedenlerinin başında temel olarak, Türkiye'ye vize almanın ve kaçak yollarla girmenin diğer Avrupa ülkelerine göre daha kolay olması, kamu idare yapısının kaçak işçilikle mücadelede yetersiz kalması, diğer Avrupa ülkelerine göre daha ucuz olması ve Avrupa'ya ulaşmada transit bölge olarak kullanılması gelmektedir. Ayrıca komşu ülkelerdeki istikrar ve güvenden yoksun olan yapılanmalarda yabancıları ülkemize çeken bir etkendir⁸⁵. Yabancı yasadışı işçilikle mücadele kapsamında, çalışma izni olmadan çalışan yabancı ile onu çalıştıran işveren veya işveren vekilleri için kanunda idari para cezası öngörülmüştür. Bu durumun tekrarı halinde ise varsa işyeri veya işyerlerinin kapatılmasının yanı sıra idari para cezası⁸⁶ bir kat artırılarak uygulanır(md.21).

⁸⁵ Kiral, Halis, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Esasları, Ankara 2006, s.106,107.

⁸⁶ 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 21 inci maddesinde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla yapılan son değişikliğe göre; 18 inci maddeye göre bildirim yükümlülüğünü süresi içinde yerine getirmeyen bağımsız çalışan yabancı ile yabancı çalıştıran işverene her bir yabancı için ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Çalışma izni olmaksızın bağımlı çalışan yabancıya beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine her bir yabancı için beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu durumda, işveren veya işveren vekili yabancıların ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır.

Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda sayılan fiillerin tekrarı hâlinde idarî para cezaları bir kat artırılarak uygulanır.

Bu Kanuna göre verilmiş çalışma izni olmaksızın bağımsız çalışan yabancıya ikibin Türk Lirası idarî para cezası verilir ve varsa işyeri veya işyerlerinin Bakanlık bölge müdürlerince kapatılması kararı alınarak, bu kararın uygulanması için durum ilgili valiliğe bildirilir.

Tekrarı hâlinde, varsa işyeri veya işyerlerinin kapatılmasının yanı sıra idarî para cezası bir kat artırılarak uygulanır.

Bu Kanuna göre idarî para cezası ile cezalandırılan bağımlı veya bağımsız çalışan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenler İçişleri Bakanlığına bildirilir.

4.4.2. Yabancıların Çalışmalarına İlişkin Sınırlamalar

Yabancıların ülkemizde çalışmaları; kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı, gibi nedenlerle kısıtlanmıştır⁸⁷. Aşağıdaki bölümde bunları ilgili kanunlara göre kısaca incelemeye çalışacağız.

4.4.2.1. Kamu Güvenliği Amacıyla Yapılan Kısıtlamalar

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri hakkındaki 18.12.1981 tarih ve 2565 sayılı Kanun⁸⁸ ile getirilen sınırlamalar, kural olarak yabancılar izin almadan geçici dahi olsa bu bölgelere giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve taşınmaz mal kiralayamazlar.

19.04.1926 tarih ve 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanununun⁸⁹ 2 ve 3. maddelerine göre; Türk Kıyı, Liman ve Karasularında Ulaşım ve Ticaret, Türk vatandaşlarına aittir. Yabancı gemilere sadece yabancı ülkelerden aldıkları yük ve yolcuları Türk limanlarına boşaltma ve Türk limanlarından yabancı limanlara gidecek yolcu ve yükü taşıma hakkı verilmiştir. 12.03.1982 tarih ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda⁹⁰ istisnai olarak, Belgeli işletmelerde, Bakanlık ve İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen izinle yabancı uzman personel ve sanatkarlar çalıştırılabilir. Ancak bu şekilde çalıştırılan yabancı personelin miktarı toplam personelin %10'unu geçemez. Bu oran Bakanlıkça %20'ye kadar artırılabilir. Bu personel işletmenin faaliyete geçişinden 3 ay öncesinden itibaren çalışmaya başlayabilir(md.18).

14.10.1983 tarih ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu⁹¹ ile sivil havacılık faaliyetlerinin ulusal çıkarlarımıza ve uluslararası ilişkilerimize uygun şekilde düzenlenmesi amaçlanmıştır. 2920 sayılı Kanunun 49. maddesine göre, Bir sivil hava aracının Türk sivil hava aracı sayılması için; Türk kanunları uyarınca kurulmuş olma

⁸⁷ Kırıl, s.73-87.

⁸⁸ RG. 22.12.1981 sayı: 17552.

⁸⁹ RG. 29.04.1926 sayı: 359.

⁹⁰ RG. 16.03.1982 sayı: 17635.

⁹¹ RG. 19.10.1983 sayı: 18196.

şartıyla; a) Kamu kurumu niteliğindeki mesleki kuruluşlar, dernekler, siyasi partiler, sendikalar veya vakıfların mülkiyetinde bulunan hava araçları, idari organını oluşturan kişilerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması, b) Türk Ticaret Siciline kaydedilmiş ticari şirketler, kooperatifler ve bunların birliklerinin mülkiyetinde bulunan hava araçları, şirketi idare ve temsil etmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olması ve şirket ana sözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede Türk hava aracı kapsamına girmeyen araçlar yabancı hava aracı olarak kabul edilir ve ülke içi hava kabotajından faydalanamazlar⁹². Yabancı hava araçları Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca Türk hava sahasında uçabilirler(md.6). Yabancı ülkeler ile Türkiye arasında hava ulaştırma hizmeti görecektir yabancı uyruklu işletmelere uygulanacak hükümler, taraf olunan anlaşmalar ve karşılıklılık ilkesi göz önünde tutularak Ulaştırma Bakanlığınca saptanır(md.33)

4.4.2.2. Kamu Sağlığı Amacıyla Yapılan Kısıtlamalar

Kamu sağlığı amacıyla yapılan kısıtlamalar insan ve hayvan sağlığını ilgilendiren sınırlamaları içerir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Kanuna⁹³ göre, kural olarak doktorların Türkiye'de çalışabilmeleri Türk tıp fakültelerinden mezun olmalarına ve Türk olmalarına bağlıdır(md.1). Tıp öğrenimini başka bir ülkede yapmış Türk doktorları ise, Sağlık Bakanlığı ve üniversitelerin tıp fakültesi profesörlerinden seçilmiş bir kurul tarafından kontrole tabi tutulmakta, olumlu sonuç alanların diplomaları onaylanmaktadır. Olumsuz sonuç alanlar ise eksiklerini gidermesi için sınava tabi tutulmaktadır(md.4). Bu kuralın istisnaları, 1950 tarihli bakanlar kurulu kararıyla, İngiliz, İtalyan ve Fransız hastanelerinde dışarıda serbest çalışmamak kaydıyla yabancı baş hekim çalıştırılmasının kabulüdür⁹⁴. Bunun dışında 2002 tarihli Tıpta Uzmanlık Tüzüğü⁹⁵ madde 19 da belirtilen şartların varlığı halinde yabancı doktorların ücret almaksızın Türkiye'de asistan olarak çalışmaları da kabul edilmiştir. Son olarak 07.05.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun⁹⁶ 7. maddesine göre, özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren

⁹² Çelikel/Gelgel-Öztekin, s.168; Kırıl, s.79.

⁹³ RG. 11.04.1928 sayı:863.

⁹⁴ Kırıl, s.81.

⁹⁵ RG. 19.06.2002 sayı:24790.

⁹⁶ RG. 07.05.1987 sayı: 19461.

veya ülke düzeyinde mesleki gelişmeyi sağlayacak Türk uyruklu ve yabancı uyruklu elemanlar da kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilir.

1219 sayılı Kanununa göre dış hekimliği(md.30), ebelik(md.47) ve hastabakıcılık(md.63) Türk okullarından mezun olmuş Türklere ait mesleklerdir. Yabancı okullardan mezun olmuş dış hekimleri de, yabancı ülkelerden mezun olmuş doktorlarda olduğu gibi 1219 sayılı Kanunun 4. maddesi uygulanır(md.31). Yabancı ülkelerden ebelik belgesi almış olanların ise Sağlık Bakanlığından onay alması yeterlidir(md.53).

25.02.1954 tarih ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun⁹⁷ 3. maddesine göre, 18.12.1953 tarih ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun⁹⁸ 2. maddesine göre ve 09.03.1954 tarih ve 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanunun⁹⁹ 2. maddesine göre bu meslekler Türk vatandaşlarına tahsis edilmiştir.

Optisyenlik Hakkında 22.06.2004 tarih ve 5193 sayılı Kanun¹⁰⁰ ile 30.12.1940 tarih ve 3958 sayılı Gözlükçülük Kanunu¹⁰¹ yürürlükten kaldırılmıştır. 5193 sayılı Kanunda 3958 sayılı Kanunun aksine, gözlükçülük mesleğini icra etmek için aranan Türk vatandaşı olma şartı yer almaktadır. Bunun yerine, optisyenlik alanında en az ön lisans seviyesinde mesleki eğitim ve öğretim veren yüksek okul mezunu olma şartı veya yurt dışından alınmış diplomalara dayanılması halinde ise yurt dışında görülen eğitimin en az ön lisans seviyesinde mesleki eğitime denk olduğunun yetkili makamlarca kabul edilmiş olması şartı aranmıştır(md.4).

24.05.1933 tarih ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununa¹⁰² göre yabancıların özel hastane açmasına bir engel yoktur. Ancak 2219 sayılı Kanunun 9. maddesine göre

⁹⁷ RG. 02.03.1954 sayı:8647.

⁹⁸ RG. 18.12.1953 sayı:8591.

⁹⁹ RG. 18.03.1954 sayı:8661.

¹⁰⁰ RG. 26.06.2004 sayı:25504.

¹⁰¹ RG. 04.01.1941 sayı:4703.

¹⁰² RG. 05.06.1933 sayı:2419.

sorumlu müdürünün Türkiye de sanatını yapmaya izinli bir Türk doktoru olması şartı getirilmiştir.

4.4.2.3. Kamu Düzeni İçin Yapılan Kısıtlamalar

Kamu düzeni için yapılan kısıtlamalar toplum düzenini sağlamaya yönelik sınırlar getirmektedir. 24.02.1983 tarih ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun¹⁰³ 8. maddesine, 19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun¹⁰⁴ 3. maddesi ve 18.01.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun¹⁰⁵ 7. maddesine göre bu meslekleri icra edebilmenin öncelikli şartı Türk vatandaşı olmaktır. İlgili Meslekler kamu hizmeti niteliğinde sayıldıkları için Türk vatandaşları tarafından yapılmasına izin verilmiştir¹⁰⁶.

08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa¹⁰⁷ göre yabancıların milletler arası özel öğretim kurumları açması mümkündür. Bu kurumlar kanunun 5. maddesine göre; yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebilecekleri yüksek öğretim dışındaki milletlerarası özel öğretim kurumları; yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişiler tarafından veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde Bakanlar Kurulunun izniyle açılabilir. Kanunla yabancı okulları ve azınlık okulları da düzenlenmiştir. Kanunun 8. maddesinde yabancıların öğretmenlik yapabileceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

4.4.2.4. Kamu Yararı Amacıyla Yapılan Kısıtlamalar

Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında 2007 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca birtakım işler yabancılara kısıtlanmıştı. Ancak 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 35. maddesi ile 2007 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, 2007 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan mesleklerin kendi özel kanunlarında bir hüküm bulunmaması şartıyla yabancı kısıtlaması kaldırılmıştır.

¹⁰³ RG. 26.02.1983 sayı:17971.

¹⁰⁴ RG. 07.04.1969 sayı:13168.

¹⁰⁵ RG. 05.02.1972 sayı:14090.

¹⁰⁶ Cin, 142-144.

¹⁰⁷ RG. 14.02.2007 sayı:26434.

04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanununun¹⁰⁸ 6. maddesine göre - Maden hakları, medeni hakları kullanmaya ehil Türk vatandaşlarına, madencilik yapabileceği statüsünde yazılı Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişiliği haiz şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idarelerine verilir. Kanunda yabancıların Türk şirketlerine ortak olmaları konusunda bir engel bulunmamaktadır.

27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanununda¹⁰⁹ gümrük müşavir yardımcılığı için(md.227), 24.04.1968 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununda¹¹⁰ kooperatiflerde yönetim kurulu üyeliği için(md.56) ve Menkul Kıymet Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkındaki Yönetmelikte¹¹¹ borsa başkanı veya komiseri olabilmek için(md.28,65) Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. 14.09.1972 tarih ve 1618 sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanununun¹¹² 9. maddesinde yer alan sorumlu müdür olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı, 28.12.2006 tarih ve 5571 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu İle Turizmi Teşvik Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun¹¹³ 26. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

4.5. Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi Açısından

İşverenin işçi ile sözleşme yapamayacağı durumlar başlığı altında inceleyeceğimiz konulardan biri de asıl işveren alt işveren ilişkileri açısından işçinin çalıştırılmayacağı durumlardır. Bu konuyu ele almamızın nedeni, asıl işveren alt işveren ilişkilerinin kurulduğu bazı hallerde muvazaalı bazı durumların ortaya çıkması ve işçinin böyle bir ilişki içerisinde çalıştırılmasının, dolayısıyla işçi ile geçerli bir sözleşme kurulmasının mümkün olmamasıdır. İş K.md. 2 de asıl işveren alt işveren ilişkisi üzerinde durulmuştur. Ancak İş Kanunumuzda alt işverene ilişkin açık bir tanım

¹⁰⁸ RG. 15.06.1985 sayı:18785.

¹⁰⁹ RG. 04.11.1999 sayı:23866.

¹¹⁰ RG. 10.05.1969 sayı:13195.

¹¹¹ RG. 06.10.1984 sayı:18537.

¹¹² RG. 28.09.1972 sayı:14320.

¹¹³ RG. 13.01.2007 sayı:26402.

bulunmamaktadır. Buna karşın alt işveren asıl işveren ilişkisi tanımlanmıştır. İş K.md. 2'e göre; *“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. Bu madde hükmünden hareketle, bir iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde teknik veya işin gereği olarak diğer işverenlerin, işçilerini asıl işverenin işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren alt işveren ilişkisinin doğacağı sonucuna ulaşılmaktadır¹¹⁴.

01/07/2006 tarih ve 5538 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İş K.md. 2 ye eklenen fıkra ile, kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanların, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak; bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya veya bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamayacakları düzenlenmiştir. Bu düzenleme ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle eleştirilebilir.

¹¹⁴ Çelik, s.45; benzer tanımlamalar için Bknz Mollamahmutoğlu, s.136; Ekonomi, s.53, Esener, Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978 s.78. Canbolat, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s.64; Çankaya/ Çil, İş Hukukunda Üçlü ilişkiler, Ankara 2006 s.16; Kaplan, E.Tuncay, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.231. Şafak, Can, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron(Alt İşveren) Meselesi,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı:51, Ankara 2004, s.112.

4.5.1. Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılmaması

İş Kanunu'nun 2. maddesinin son fıkrasında, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı hükmüne yer verilmiştir. *“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.”* 4857 sayılı İş Kanununda getirilen bu hüküm ile 1475 sayılı Kanun zamanında muvazaalı olarak bazı işçilerin işten ayrılarak alt işveren olarak işi yürütmelerinin, bu şekilde işçilerin sendikasız veya düşük ücretle çalıştırılmaları sorununun¹¹⁵ önüne geçilmeye çalışılmıştır¹¹⁶. Doktrinde bu hüküm eleştirilmiş; söz konusu hükmün iyi niyetli uygulamaları da engelleyebileceği, hükmün önceden işyerinde işçi olarak çalışıp daha sonra işten ayrılan işçinin alt işverence işe alınmasını da önleyeceğini, bu haliyle işçinin çalışma özgürlüğünün zedelenebileceği belirtilmiş, hükmün sadece asıl işverenin işçisi iken alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanan ve çalıştırılmaya devam edilen işçiler için sonuç doğurması gerektiği kanaatine varılmıştır¹¹⁷. Kanaatimizce de muvazaanın varlığı için ilk olarak somut olay göz önüne alınmalıdır. İşçi kendi rızası veya haklı bir nedenle işten ayrılarak alt işverenle çalışmaya başlamış ve herhangi bir hak kaybına uğraması söz konusu olmamışsa, bu takdirde muvazaanın varlığından bahsedilemeyecektir.

¹¹⁵ Alt işverenler değiştiği halde bir kısım işçilerin yeni alt işveren yanında çalışmalarını yasaklayan yasal düzenleme mevcut olmadığı gibi, böyle bir çalışma şekline hareketle alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğu kabul edilemez, YHGK. 14.11.2001 tarih 2001/9-711 E. 2001/820 K. : www.kazanci.com.tr (14.04.2008).

¹¹⁶ Ünsal, Engin, “4857 Sayılı Yasa’ya Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkilerinin Kurulması,” s.540; Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi 2005/6; Çankaya/Çil, s.23.

¹¹⁷ Mollamahmutoğlu, s.145,146; Çelik; 52; Ünsal, s.540.

4.5.2. Asıl İşveren Yanında Çalışmış Olanla Alt İşveren İlişkisinin Kurulamaması

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemek amacı ile Kanun'a getirilen düzenlemelerden biri de, daha önce işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulamayacağına ilişkin hükümdür (İş K.md.2/7). Doktrinde bu düzenleme de eleştirilmiştir. Bu hüküm ile muvazaanın önlenmeye çalışıldığını ancak bununla beraber Anayasal bir hak olan çalışma ve sözleşme özgürlüğüne de engel olunabileceğini, işverenlerin alt işveren olarak eski çalışanlarını seçmesinin temel nedeninin, birlikte sorumluluk dolayısıyla alt işverenin işlemlerini yasaya uygunluk yönüyle denetlemek zorunda olan işverenin eskiden işyerinde çalışan ve kendisi için güvenilir bulduğu kişiyi alt işveren olarak tercih etmesi olduğunu, İyi niyetli böyle bir uygulamanın yeni düzenlemeyle engellendiğini belirtilmiştir¹¹⁸. Doktrinde bu hükmün haksız sonuçlara yol açmasını önlemek amacıyla, MOLLAMAHMUTOĞLU, bu hükmün mutlak anlamda yorumlanmaması gerektiğini, muvazaaya konu her ilişki için özel olarak değerlendirilme yapılması gerektiğini savunurken¹¹⁹, TUNÇOMAĞ/CENTEL hükümde geçen daha önce kavramının kısa bir süre önce olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹²⁰. ÇELİK ise hükmün tamamen kaldırılması gerektiğini, İş Kanunundaki sınırlamaların bu hükme ihtiyaç bırakmadığını belirtmiştir¹²¹. Kanaatimizce bu hüküm geçmişte var olan suiistimalleri engellemek amacıyla getirildiği için tamamen kaldırmak yerine, hükmün uygulanmasına ilişkin bir takım sınırlamalar getirilmesi daha doğru bir yaklaşım olabilir. Örneğin hükmün uygulanması belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılabilir. Yani asıl işverenin yanından ayrılmış olanla bir veya iki yıl gibi bir süre alt işveren ilişkisi kurulması engellenebilir. Ama bunun sürekli olmamasının daha doğru bir yaklaşım olacağı ve böylelikle söz konusu tartışmaların giderilebileceği kanaatindeyiz.

¹¹⁸ Süzek, s.146; Ünsal s.541; Çelik, s.52. Mollamahmutoğlu, s.146.

¹¹⁹ Mollamahmutoğlu, s.146.

¹²⁰ Tunçomağ/Centel; s.60.

¹²¹ Çelik, s.53.

4.5.3. Asıl İşin Bölünerek Alt İşverenlere Verilememesi

4857 sayılı İş Kanunumuzun 2. maddesinin son fıkrasıyla getirilmiş olan bir diğer sınırlama da işin bölünerek alt işverenlere verilememesidir. Buna göre, İşletmenin ve işin gereği ile teknik nedenlerle¹²² uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Bu hüküm ile asıl işverenin, işi bölerek bir kısmını alt işverene verip, aynı işin diğer kısmında kendi işçilerini çalıştırması engellenmiştir¹²³.

Uygulamada büyük iş yerlerinde birtakım işlerin müteahhit veya taşeron denilen alt işverenlere verildiği görülmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu zamanında bu durum toplu iş sözleşmeleri başta olmak üzere alt işverenin işçileri için olumsuz sonuçlar yaratmaktaydı. Özellikle Yargıtay'ın 1996 tarihli kararı¹²⁴ ile görüş değiştirerek, alt işverenin işçilerinin asıl işverenle yapılan sözleşmelerden yararlanamayacağına karar vermesi, hali hazırda alt işverenlik kurumunu kullanan işverenlerin, bu durumdan yararlanarak daha elverişli koşullarda işçi çalıştırabilmek için alt işverenlik kurumunu yaygın bir şekilde kullanmalarına neden oldu. Her ne kadar alt işveren işçileriyle ayrı bir toplu sözleşme yapılmasına bir engel yoksa da bu durum alt işverenlik kurumunun özelliklerinden dolayı pratik bir fayda sağlamamaktaydı¹²⁵. 4857 sayılı İş Kanun ile yapılan yeni düzenleme ile aynı işyerinin aynı bölümünde hem asıl işverenin hem de muvazaalı şekilde alt işverenin işçisi olarak görülen ve asıl işverenin işçilerinin aksine

¹²² 4857 sayılı Kanunda yer alan işletmenin ve işin gereği ile teknik nedenlerle ifadesi, eleştiri konusu olmuştur. Bu şekliyle kanundaki ifade, alt işveren ilişkisini kötüye kullanılabilir kadar geniş yorumlamaya sebep olabilecek şekildedir. Burada anlaşılması gereken esas olarak uzmanlık gerektiren işler olmalıdır. Yani, söz konusu ifadenin işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren işler ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler şeklinde anlaşılması gerekir. Şafak, Can, 4857 sayılı İş Kanun Çerçevesinde Taşeron(Alt İşveren) Meselesi, s.6: www.kristalis.org.tr (10.08.2008). Diğer taraftan bu görüş teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin, bir işyerinin önde gelen işlerinden olduğu, bu nedenle işverenlerin uzmanlık gerektiren işlerini alt işverenlere veremeyeceğini, alt işverenlerin ancak ikinci dereceden işleri üstlenebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Çubukçu, Erdoğan, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar, TUIİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.21, sayı:2-3 Kasım 2007/Şubat2008, s.5: www.tuhis.org.tr (10.08.2008).

¹²³ Çelik, s.53; Süzek, s.147; Tunçomağ/Centel; s.60; Eyrenci/Taşkent/Ulucan; s.43.

¹²⁴ Alt işverene bağlı olarak çalışan işçi, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Taşeronun (alt işverenin) işçilerini kapsayan bir toplu iş sözleşmesi mevcut değilse, taşeronun (alt işverenin işçisinin olayda davacının, asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlandırılması doğru değildir. Söz konusu 1/son maddenin metninden, başka bir sonuca varmak olanağı yoktur. Mahkemece, taşeronun işçisi kabul edilen davacı işçinin asıl işveren durumunda bulunan davalı kurumun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmış olması hatalıdır, Yarg. 9. HD 11.3.1996 tarih 1996/2554 E. 1996/4851 K. : www.kazanci.com.tr (13.04.2008).

¹²⁵ Çelik, Nuri, Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacağı Konusundaki Yargıtay Kararı Üzerine, Prof.Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan İstanbul 1997, s.71-75.

daha kötü koşullarda veya toplu iş sözleşmesi olmadan işçi çalıştırılmasının önüne geçilmiştir¹²⁶. Kanaatimizce de 4857 İş Kanunu ile yapılan bu düzenlemenin, muvazaalı olarak işçilerin daha kötü şartlarda çalıştırılmalarının önlenmesi açısından etkili bir düzenleme olabilecektir.

4.5.4. Yasal Sınırlamalara Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

Asıl işveren – alt işveren ilişkisi ile ilgili yasal sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımı Kanun'da açık bir şekilde ortaya konmuştur. Buna göre, “aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren işverenin işçisi olarak işlem görürler” ifadesine yer verilmiştir (İş K.md.2/son c.2). Bu sayede söz konusu işçiler, asıl işverenin işçisi sayıldıkları için, iş sözleşmesinden ve varsa işverenin yetkili sendika ile imzalamış olduğu TİS' ten doğan tüm haklardan yararlanırlar¹²⁷. Böylece iyi niyetli olmayan işverenin muvazaa ile amaçladığı sonuca ulaşması engellenmiş olmaktadır¹²⁸. Ancak burada bir soru akla gelmektedir. Örneğin yüz kişinin çalıştığı bir işyerinde bir işçi diğer işçilerden daha yüksek ücretle çalışmaktadır. Bu işçi işten ayrıldıktan sonra alt işveren tarafından, asıl işverenin diğer doksandokuz işçisi ile aynı ücret karşılığında işe alınmıştır. Bu durumda muvazaanın varlığından söz edebilecek miyiz ve muvazaanın varlığını kabul ettiğimiz takdirde nasıl bir yaptırım söz konusu olacak. Kanaatimizce somut olay değerlendirildiğinde kötü niyetli olarak işten çıkartma durumu yani ücreti

¹²⁶ Süzek, s.148; Tunçomağ/Centel, s.60; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.53.

¹²⁷ Kaplan, s.233.

¹²⁸ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7. maddesi uyarınca "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. Somut uyumsuzlukta, alt işveren işçilerinin devam cetveli ve devamsızlıklarının davalı Belediye Başkanlığı tarafından tutulduğu, asıl işverenin talimatı ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların Belediye Başkanlığı tarafından temin edildiği anlaşılmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı başlangıçtan itibaren Belediye Başkanlığı işçisidir. Muvazaa olgusunun bu gerekçe ile kabul edilmesi gerekirken aksi yönde karar verilmesi yasal değildir, Yarg. 9. HD. 12.2.2007 tarih 2007/2254 E. 2007/2962 K. : www.kazanci.com.tr (14.04.2008).

diğer işçilerden yüksek olduğu için işten çıkarılma durumu varsa bu takdirde muvazaanın varlığından söz edilebilir. Ancak böyle bir durumda yaptırım kanunun ifadesine göre en başından beri asıl işverenin işçisi gibi sayılmasıdır. Buda demek oluyor ki yine diğer işçiler ile aynı şekilde çalışmaya devam edecektir. Buna rağmen, kanunun amacının işverenin muvazaa ile amaçladığı sonuca ulaşmasını engellemek olduğu varsayımında, işçinin işten ayrılmadan önce sahip olduğu şartlarla çalışmaya devam ettirileceği sonucu çıkarılabilir. Ancak kanaatimizce böyle bir sonuca ulaşmak zordur.

5. İŞ SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞINA RAĞMEN İŞÇİNİN ÇALIŞTIRILAMAYACAĞI DURUMLAR

Yukarıda işverenin işçi ile hiçbir koşulda sözleşme yapamayacağı durumları inceledik¹²⁹. Bazı durumlarda ise, işçi ile işveren arasında geçerli bir sözleşme bulunmasına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumlar söz konusudur. Bu kapsamda yukarıda da bazı yönleri ile incelediğimiz, yaş küçüklüğü ve cinsiyete ilişkin özel durumları¹³⁰ iş sözleşmesinin varlığına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumlar yönünden de inceleyeceğiz. söz konusu bölümlerde işverenin işçi ile sözleşme yapamayacağı durumlarda da değindiğimiz bazı unsurlara değinmek mecburiyetinde olduğumuzdan bazı yerlerde tekrar yapmak zorunda kaldık. Daha sonra ise sağlık durumu, çalışma süreleri ve dinlenme hakkı ve kanuni bir grev ve lokavt durumları başlıkları altında çalışmamıza devam edeceğiz. İşveren işçi ile geçerli bir sözleşme yapmasına rağmen, sözleşmenin konusu dışında yasak işlerde de işçiyi çalıştırmaya kalkışa bilmektedir. Bu durumlar iş sözleşmesinin varlığına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumlar içersinde değerlendirilmektedir.

5.1. Yaş Küçüklüğü Açısından

Yaş durumu işçiyi koruyucu etkenlerden bir tanesidir. Anayasa md.50 de, kimsenin yaşına uygun olmayan bir işte çalıştırılmayacağı ve çocuk ile gençlerin özel olarak korunacağı düzenlenmiştir. Çalışma yaşamında yer alanlar açısından yaş durumunu göz önüne aldığımızda, kanun koyucu tarafından yaş durumuna ilişkin getirilen sınırlamaların, küçük yaşlarda çalışan veya çalışmaya zorlanan küçük çocukların korunması amacına yönelik olduğunu anlayabiliriz.

5.1.1. Çocuk ve Genç İşçiler

Çocuk terimi kanunumuzda açık olarak tanımlanmamakla birlikte, İş Kanunumuzun 71. maddesinde, en az çalışma yaşı düzenlenmiştir. Buna göre, “Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi

¹²⁹ Bknz. bölüm, 4.

¹³⁰ Bknz. bölüm, 4.2; 4.3.

tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.” Bu maddeden hareketle 15 yaşın altındaki kişilerin çocuk olarak adlandırılması gerektiği sonucunu çıkartabiliriz. Bununla birlikte, Türkiye'nin imzalamış olduğu Birleşmiş Milletlerin Çocuk haklarına dair sözleşmesinin 1. maddesinde, çocuk tanımı yapılmıştır.“*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”*

İş K.md. 71 belirtildiği üzere, onbeş yaşın altındaki çocukların çalıştırılması yasaktır. Bu durumda onbeş ile onsekiz yaş arasındaki çocukların durumu akla gelmektedir. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmeliğin¹³¹ 4. maddesine göre; ondört yaşını bitirmiş ancak onbeş yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişiye çocuk işçi denirken, onbeş yaşını tamamlamış onsekiz yaşını tamamlamamış kişiye genç işçi denilmektedir. ILO ise onbeş yirmidört yaş arasındaki kişileri genç işçi olarak kabul ederken, 138 sayılı istihdama kabulde asgari yaş sınırlarına ilişkin sözleşmesinde¹³², onbeş yaşın altında olup aile bütçesine katkıda bulunmak yada yaşamını kazanmak amacıyla çalışan çocukları, çocuk işçi veya çalışan çocuk olarak adlandırmaktadır¹³³. Çocuk işçilere ilişkin koruma önlemlerinin etkin bir şekilde uygulanması bakımından çocuk ve çalışan çocuk kavramlarının tanımlanarak, bu sınırlar içersine giren kişilerin belirlenmesi önem arz etmektedir. Böylelikle daha etkin bir koruma sağlanabileceği kanaatindeyiz. Hukuk sistemlerinin çocuk olarak saydığı kişiler fiilen çalıştırılmış olabilir. Ancak hukuk sistemleri açısından önemli olan belirli bir yaştan küçük olanları çocuk kabul ederek bunların çalıştırılmasını yasaklamaktır. Bu bakımdan umumi hükümlerin kimlerin çocuk sayılacağını belirlemesi büyük önem taşır¹³⁴.

¹³¹ RG. 06.04.2004 sayı: 25425.

¹³² Bu sözleşme 1919 tarihli Asgari Yaş Sanayi Sözleşmesi, 1920 tarihli (Denizcilik) Sözleşmesini, 1921 tarihli Asgari Yaş (Tarım) Sözleşmesini, 1921 Tarihli Asgari Yaş (Trimci ve Ateşçiler) Sözleşmesini, 1932 tarihli Asgari Yaş (Sanayi Dışı işler) Sözleşmesi, 1936 tarihli Asgari Yaş Denizcilik Sözleşmesi (Düzeltilmiş), 1937 tarihli Asgari Yaş Sanayi Sözleşmesini (Düzeltilmiş), 1937 tarihli Asgari Yaş Sanayi Dışı İşler Sözleşmesi (Düzeltilmiş), 1959 tarihli Asgari Yaş (balıkçılık) Sözleşmesini ve 1965 tarihli Asgari Yaş (Yeraltı Maden İşleri) Sözleşmesini bu maddede ön görülen koşullar dahilinde tadil eder.

¹³³ Serter, Nur, Sanayi Bölgesinde Çalışan Çocukların Sorunları, Sosyo-Ekonomik Sorunlar Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No:171. Ankara 1997, s.7.

¹³⁴ Centel, s.34.

Çocuğun çalıştırılması sorunu sadece az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde değil, çalışan çocuk sayısı ve yaşı bakımında daha iyi durumda olsalar da gelişmiş ülkelerde de söz konusudur. Çocukların çalıştırılmasında ağırlıklı olarak iki neden öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki çocuğun çalışmak zorunda bırakıldığı sürekli yoksulluk, ikincisi ise ailelerin belirli bir iş ile sonunda iş garantisi olmayan eğitim arasında kesin bir seçim yapmasıdır¹³⁵.

Çalışmak zorunda olan çocuk ve genç işçiler, gerek sözleşme yapılırken gerek sözleşmenin devamında korunmalıdırlar. Çünkü her iki durumda da küçükler için birtakım sorunlar ve riskler söz konusudur. Çalışan çocukların çalışma koşulları ile karşılaştıkları en önemli sorunları belirleyecek olursak bunların başlıcalarını; uzun çalışma süreleri, düşük ücret, işçi sağlığı ve iş güvenliğinden yoksunluk, sağlıksız çalışma ortamı, kötü beslenme ve sosyal güvenceden yoksunluk olarak sıralamak mümkündür¹³⁶. Çalışma hayatında birçok sorunla ve riskle karşı karşıya olan çocukların, hukuki düzenlemelerle etkin bir şekilde korunması, hukuki olduğu kadar sosyal bir gerekliliktir. Bu nedenle çocukların gerek sözleşmenin kurulması aşamasında gerek sözleşmenin devamında gözetilmesi ve hukuk düzenince korunması gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışma yaşamında çocuğu korumaya yönelik hakları başlıca iki grupta toplamak mümkündür. Bunların ilki yasaklama esasına dayanan negatif haklardır. Negatif haklar; belli bir yaşa ulaşmadan çocukların çalışma hayatına girmesini engelleyen haklar ve çalışma hayatına girecek yaşa ulaşmış olsa da çocuğun belirli alanlarda ve belirli durumlarda çalışmasını yasaklayan haklardan oluşmaktadır¹³⁷. Çalışma yaşamındaki çocuklara tanınan ikinci grup haklar ise, düzenleme esasına dayanan pozitif haklardır. Bu haklar çalışma yaşamına girmiş olan çocukların çalışma hayatlarının düzenlenmesine ilişkin özel birtakım haklara sahip olmalarını içermektedir¹³⁸. Negatif haklara örnek olarak İş K.m.d. 71 de onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmayacağı hükmünü gösterebiliriz. Pozitif haklara örnek olarak ise, çalışma

¹³⁵ HAK-İŞ – ILO/İPEC, Sanayide Çalışan Çocuklar Raporu, Sakarya Pilot Bölge Araştırması, 2002, s. 9-10.

¹³⁶ Serter, s.13.

¹³⁷ Uçum s.2520.

¹³⁸ Uçum, s.2520.

süreleri ve yıllık ücretli izin süresine ilişkin hakları gösterebiliriz. Görüldüğü üzere negatif haklar kural olarak yasaklama esasına dayanırken pozitif haklar düzenleme esasına dayanmaktadır.

Çocuk işçilerin eğitimleri de korunmaları kapsamında değerlendirilmesi gereken önemli bir husustur. Çocukların eğitiminden amaç; onların iyi bir yurttaş olmak için gerekli donelere sahip olmaları, ulusal ahlak anlayışına uygun biçimde yetiştirilmeleri, hayata ve yüksek öğrenime hazırlanmalarıdır¹³⁹. Küçük yaşlarda çalışma hayatına atılan çocukların eğitim olanaklarından yoksun kalmaları ve çocukluklarını sağlıklı bir şekilde yaşayamamalarının yanında, ileriki yaşlarda eğitim eksikliğinden kaynaklanan bir takım sorunlar yaşamaları da muhtemeldir. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından yapılan araştırmada çalışan çocukların bedensel, ruhsal ve toplumsal olmak üzere üç yönden mağdur durumda kaldıkları saptanmıştır¹⁴⁰. Bu açıdan bakıldığında eğitim, çalışan çocukların toplumla uyumlu birer birey olabilmeleri bakımından önem arz eden bir konudur.

Çocuk işçi çalışmasının yanı sıra eğitimine de devam ediyorsa, çocuğun çalışma süresinin belirlenmesi daha farklı bir görünümde olacaktır. Bilindiği üzere sekiz yıllık temel eğitim zorunlu bir hale gelmiştir. Meslek Eğitim Kanununda 1998 yılında yapılan bir değişiklikle 13 olan çıraklığa başlama yaşı da 14 olarak değiştirilmiştir. Böylelikle İlk Öğretim Kanunu ile uyumluluk sağlanarak, zorunlu eğitim yılının tamamlanmasından önce çocukların çalıştırılmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Kanunun ön gördüğü sürede temel eğitimini tamamlayamamış çocuklar için ise İş.Kmd. 71 hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁴¹. Çocuk işçi çalıştırma, istihdam ve aileye katkı açılarından olumlu olarak görülse de gerek çocukların kişisel gelişimi gerek ulusal menfaatler gereği çocukların en azından temel eğitimi almaları sağlanmalı, buna yönelik düzenlemelerin uygulanması için tedbirler alınmalıdır.

Çocuk işçiler çalışma hayatında diğer işçilerin tabi olduğu haklardan yararlanmalı ve cinsiyet farkı gözetilmeksizin yaşlarından dolayı ayrıca korunmalıdırlar. Çocuk işçiler

¹³⁹ Centel, s.175.

¹⁴⁰ Özeren, Esra Emine, İş Hukukunda Çalışan Çocuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004/52, s.169.

¹⁴¹ Turan, s.103.

bedensel ve ruhsal açıdan gelişme çağındadırlar. Bu nedenle çalışma hayatının, çocukların bedensel ve ruhsal gelişimlerini engellemeyecek şekilde sürdürülmesi öncelikli amaçtır¹⁴². Çalışma hayatı ayrıca çocukların eğitimini de engellememelidir.

Çocuk ve gençlerin gelişim ve eğitimleri devam ederken, erken yaşlarda iş hayatında yer almalarının, ekonomik ve toplumsal yönden olduğu kadar, sağlık ve ahlak açısından da sakıncalar yaratması muhtemeldir¹⁴³. Çocuk ve genç işçilerin deneyimsiz olmaları ve tehlike bilincinin yeterli düzeyde olmaması çocukların iş kazasına uğrama riskini de artırmaktadır. Bu işçilerin kaza ile karşılaşma riski diğer işçilere göre daha yüksek olmaktadır¹⁴⁴. Bununla birlikte çocuk istihdamı, çocuğun kendi ihtiyaçlarını ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılamasına yardımcı olmasının yanında, diğer taraftan yetişkin istihdamına olumsuz etki de yapabilmektedir¹⁴⁵. İş hayatına erken atılmaları dolayısıyla, güçsüz, sağlıksız ve eğitimsiz büyümeleri muhtemel olan bu çocukların, kendi geleceklerine ve toplumun gelişmesine ve toplum sağlığına da olumsuz etkiler yapmamaları için, bu çocukların belirli bir eğitim aşamasını tamamlaması, fiziksel ve ruhsal gelişimlerinin yeterli bir seviyeye ulaşmasının sağlanması, çocukların korunmasında öncelikli amacı oluşturmaktadır.

5.1.2. Genel Yaş Sınırı

İş K.m.d. 71 de onbeş yaşını doldurmamış çocuklara kural olarak çalışma yasağı getirilmiştir. Hafif işlerde ise bu sınır ondört olarak belirlenmiştir. ILO'nun asgari çalışma yaşına ilişkin 138 sayılı sözleşmesinde¹⁴⁶ de asgari çalışma yaşı kural olarak onbeş olarak belirlenmiştir. Bu sözleşme çocukların çok küçük yaşlarda çalışma hayatına girmelerini önlemeye yöneliktir¹⁴⁷. ILO nun 138 sayılı sözleşmesi ve 182 sayılı tavsiye kararı incelendiğinde, ILO'nun çocuklara, zihinsel, fiziksel, sosyal ve ahlaksal olarak tehlikeli ve zararlı olan, okula gitme olanaklarını engelleyen veya okulu erken

¹⁴² Süzek, s.699.

¹⁴³ Güven/Aydın, s.215; Kılıç Cem, "Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye'de Çocuk İş Gücü Kullanımı" (Çocuk işçiliğini Önleme Uluslararası Programı-IPEC) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001/1-2, C.9 s.49, Özeren, s. 169; Tunçomağ/Centel, s.179.

¹⁴⁴ Süzek, s.699.

¹⁴⁵ Özeren, s.170.

¹⁴⁶ ILO'nun 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme. ILO Kabul Tarihi: 6 Haziran 1973; Kanun Tarih ve Sayısı: 23 Ocak 1998 / 4334; RG. Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 27 Ocak 1998 / 23243; Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 5 Mayıs 1998 / 98-11184; RG. Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 21 Haziran 1998 / 23379 www.ilo.org (14.01.2008).

¹⁴⁷ Kılıç, s.51.

terk etmek zorunda bırakan yada okula devamla birlikte uzun saatlerle ve ağır işlerde çalışarak çocukları etkileyen çalışmaları kabul edilemez çalışma olarak nitelendirdiği görülür¹⁴⁸. Asgari çalışma yaşına ilişkin 1973 tarih ve 138 sayılı sözleşme, Türkiye tarafından 23.01.1998 tarih ve 4334 sayılı kanunla onaylanmış ve aynı yıl içinde yürürlüğe konulmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen çocukların çalışmasına ilişkin düzenlemeler, İş Kanunumuzun, uluslararası sözleşmeler karşısında uyumlu olmasını sağlamıştır.

Deniz işlerinde çalıştırılacak çocukların asgari yaş haddinin belirlenmesinde ILO nun 1936 yılında kabul etmiş olduğu 58 sayılı sözleşme esas alınacaktır. Bu sözleşme Türkiye tarafından 1959 tarih ve 7293 sayılı Kanunla kabul edilmiştir¹⁴⁹. 58 sayılı sözleşmenin 2. maddesi uyarınca; münhasıran aile efradının çalıştığı gemiler hariç, diğer gemilerdeki işlerde onbeş yaşından aşağı çocukların çalıştıramayacağı düzenlenmiştir. Maddenin devamında ise onbeş yaşından aşağı bir çocuğa iş verilmesinde çocuğun menfaatinin olduğuna dair bir okul idaresi veya milli mevzuatla tespit edilmiş bir makamın kanaati varsa, milli mevzuat ile asgari ondört yaşındaki çocuklara çalışma belgesi verilmesine olanak tanınmıştır.

İş Kanunu'nun 71/1. maddesine göre 15 yaşından küçük çocukların çalıştırılmalarının kural olarak yasak olduğu belirtilse de, aynı maddenin devamında, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılmalarına imkan tanınmıştır. Yine aynı maddeye göre, çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. 1475 sayılı İş Kanununda hafif işlerde çalışma yaşı 13 yaşının doldurulması olarak belirlenmişken, 4857 sayılı İş Kanununda bu yaş 14 yaşının doldurulması şeklinde tespit edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunumuzda 1475 sayılı İş Kanunumuzdan farklı olarak, onsekiz yaşından küçük olan işçiler çocuk ve genç işçi ayrımına tabi tutulmaktadır. Buna rağmen 1475 sayılı İş Kanunu zamanında öğretide çocuk ve genç

¹⁴⁸ Bakırcı, s.165.

¹⁴⁹ Centel, s.139. RG. 02.06.1959, sayı: 10220.

işçi tanımları yapılmakta idi¹⁵⁰. Ancak yapılan bu tanımlar 4857 sayılı İş Kanunu ile uyumluluk göstermemektedir. Kanununda yer alan ilgili maddelerden anladığımız üzere, çocuk işçi ifadesinin onbeş yaşından küçükler için, genç işçi tabirini ise onbeş yaşını tamamlamış ancak onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler için kullanılacağını söyleyebiliriz¹⁵¹. Bu tanım Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılması Hakkındaki Yönetmelikte de somut olarak yer almaktadır.

Çocukların çalışması bakımından getirilmiş olan asgari yaş sınırı, işverenin işçiyi çalıştıramayacağı haller içerisinde, sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlayan çocuk işçileri korumak için getirilmiş bir sözleşme hükmü olarak değerlendirilebilir. Ancak bunun yanında yaş sınırını sözleşme ehliyeti sorunu olarak da değerlendirmek mümkündür. Nitekim ÇELİK; yaş küçüklüğü açısından getirilen sınırlamaları, tarafların ehliyetine ilişkin getirilen sınırlamalar kapsamında değerlendirerek, Medeni Kanundaki ehliyeteye ilişkin genel hükümlerin iş mevzuatı bakımından da iş sözleşmesi yapabilmek için önem arz ettiğini belirtmiştir¹⁵². MOLLAMAHMUTOĞLU' da, iş sözleşmesi yapma ehliyeti başlığı altında özel kurallar içerisinde yaş küçüklüğünü değerlendirmiştir¹⁵³. Bununla birlikte Mollamahmutoğlu, yaş küçüklüğünü iş sözleşmesi yapma yasakları içerisinde de değerlendirerek, bu hususun işverenler bakımından sözleşme yapma yasaklarından biri olduğunu da belirtmiştir¹⁵⁴. TUNÇOMAĞ/CENTEL ise yaş küçüklüğünü özel işçi guruplarını koruyucu hükümler başlığı altında değerlendirmiştir¹⁵⁵. Kanaatimizce yaş küçüklüğü sözleşme yapma ehliyetini kural olarak kısıtlayan bir durum olması bakımından sözleşme ehliyeti içerisinde değerlendirilebileceği gibi, küçük işçileri koruyan özelliği dolayısıyla, işverenin sözleşme yapma yetkisinin kısıtlandığı, çocuk işçileri koruyucu hükümler içerisinde de değerlendirilmelidir.

¹⁵⁰ Centel, s.36,37. Umumi hükümlere rağmen çalıştırılan oniki yaşından küçük kişiler "çocuk işçi" olarak tanımlanırken, oniki ile onsekiz yaşları arasındaki küçük işçileri ise "genç işçi" olarak tanımlanmıştır.

¹⁵¹ Turan, s.91; Mollamahmutoğlu, s.294; Süzek, 699.

¹⁵² Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.113, 114 vd.

¹⁵³ Mollamahmutoğlu, s.290 vd.

¹⁵⁴ Mollamahmutoğlu, s.324.

¹⁵⁵ Tunçomağ/Centel, s.179 vd.

İş Kanunlarının kapsamına girmeyen işlerde çalışan ancak hala temel eğitimine devam eden çocuklara ise Umumi Hıfzısıhha Kanunu uygulanacağı söylenebilir. Bu Kanunun 73. maddesinde asgari çalışma yaş sınırı oniki olarak belirlenmiştir. Söz konusu hüküm oniki yaşından küçük çocukları korumak amacıyla getirildiği için mutlak nitelikte bir yasak olarak kabul edilmelidir¹⁵⁶. Kanaatimizce, Umumi Hıfzısıhha Kanunundaki oniki yaş sınırı, 4857 sayılı İş Kanunu ile uyumlu olacak şekilde onbeş yaş sınırına çekildiği takdirde, çocukların korunması açısından daha faydalı bir düzenleme olabileceği gibi, her iki kanun arasında uyum da sağlanmış olacaktır.

5.1.3. Özel Yaş Sınırları

Bu konuyu kapsamına alan başlıkları yukarıda işverenin işçi ile sözleşme yapamayacağı durumlar başlığı altında ayrıntılı bir şekilde tartıştığımız için burada, söz konusu başlıkları iş sözleşmesinin varlığına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumlar kapsamında değerlendirmekle yetineceğiz.

5.1.3.1. Gece Çalışmaları

Gece kavramından ne anlaşılması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Gece çalışması, bir takım ekonomik ve sosyal sebeplerle yapılmak zorunda olmakla birlikte, gerek işçi gerek işletme bakımından bazı sorunlar yaratması dolayısıyla, gündüz çalışmasından farklı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁵⁷. Gece çalışmasına ilişkin hukuki düzenlemeler zaman, Şahıslar ve vardiyalar halindeki çalışmalar bakımından incelenebilir. Ancak konumuz itibari ile gece çalışmasını özellikle çalışan çocuklar açısından inceleyeceğiz.

ILO'nun 79 sayılı sözleşmesi sanayiden sayılmayan işlerde küçük yaşta kilerin çalışmasına ilişkindir¹⁵⁸. Bu sözleşmenin ikinci ve üçüncü maddelerine göre onsekiz yaşından küçüklerin gece çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Sözleşme uyarınca kısmi veya tam saatlerle çalışabilen ondört yaşından küçük çocuklar ve tam saatlerde okula gitmek

¹⁵⁶ Centel, s.137; Turan, s.103.

¹⁵⁷ Saraçel, Nüket, Gece Çalışması ve Türk İş Hukukunda Gece Çalışmasının Düzenlenme Esasları, Eskişehir 1987, s.62.

¹⁵⁸ ILO nun 79 sayılı küçük yaşta kilerin sanayiden sayılmayan işlerde gece çalışmalarına ilişkin sözleşmesi Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. www.ilo.org (12.01.2008).

zorunda olan ondört yaşından büyük çocuklar akşam 20.00 ve sabah 08.00 aralığını içine alacak şekilde ondört saat boyunca çalıştırılmazlar. Bununla birlikte ulusal mevzuat bu süreyi bölgesel nedenlerle akşam 20.30 dan sonra ve sabah 08.00 dan önce başlamayacak şekilde oniki saate çekebilir¹⁵⁹(md.2). Tam saatlerde okula gitmek zorunluluğu bulunmayan, ondört yaşından büyük çocuklar ile onsekiz yaşından küçük gençlerin akşam saat 22.00 ile sabah 06.00 saatlerini kapsayacak şekilde oniki saat boyunca gece çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Ayrık bir faaliyet dalı veya bölgeye özgü istisnai durumların varlığı halinde, yetkili makam ilgili işçi ve kuruluşun onayını alarak, çalışılması yasak olan oniki saatlik zaman aralığını 23.00 ile 07.00 aralığına aktarabilir¹⁶⁰. Ayrıca 79 sayılı sözleşme kamu yararının gerekli kıldığı hallerde, onaltı yaşını doldurmuş işçileri gece çalıştırma yasağının ertelenebileceğini, aynı şekilde ulusal mevzuat içinde yapılacak düzenlemelerle kamuya açık hizmetlerde onsekiz yaşın altındaki işçilerin gece çalıştırılabilmeleri konusunda yetki verilebileceği öngörülmüştür¹⁶¹.

ILO'nun 90 sayılı sözleşmesi ise sanayiye ilişkin işlerde küçük yaştakilerin gece çalışmasına ilişkindir¹⁶². Bu sözleşme ile kural olarak, onsekiz yaşından küçük çocukların, özel veya kamuya ait sanayi müesseselerinde veya kendi başlarına çalıştırılmayacakları öngörülmüştür¹⁶³. Ancak bu sözleşmede de bu kurala bir takım istisnalar getirilmiştir. Sanayi müesseselerinde veya devamlılık arz eden bir çalışmayı gerektiren belirli uğraşlarda profesyonel formasyonları veya çıraklıklarının ihtiyaçlarının gerektirmediği durumlarda, yetkili merci, ilgili işçilerin ve işveren kuruluşunun görüşünü aldıktan sonra, onaltı yaşından büyük ancak onsekiz yaşından küçük çocukların çalışmasına izin verebilecektir. Bu şekilde çalışan çocuklar iki çalışma dönemi arasında en az onüç saat dinlendirilmelidir¹⁶⁴.

Gece çalışmaları, yetişkin işçilerle karşılaştırıldığı zaman, küçük yaştaki işçiler açısından çok daha fazla sakıncalar taşımaktadır. Küçük işçiler, henüz gelişme çağında

¹⁵⁹ Songu, s.324; www.ilo.org (12.01.2008).

¹⁶⁰ Songu, s.324.

¹⁶¹ Saraçel, s.84; Songu, s.324.

¹⁶² ILO nun 90 sayılı küçük yaştakilerin sanayiden işlerde gece çalışmalarına ilişkin sözleşmesi. Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. www.ilo.org (12.01.2008).

¹⁶³ Saraçel,s.83; Songu, s.325.

¹⁶⁴ Songu, s.325; Saraçel, s.84.

olmaları dolayısıyla uykuya, özellikle gece uykusuna çok daha fazla gereksinim duymaktadırlar¹⁶⁵. Kanun Koyucu da çocukların bu ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmuştur. İş K.md. 73/1 e göre; “*Sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır*”. Umumi HK. md.174 göre ise, “*oniki ile onaltı yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları memnudur*” buna göre oniki ile onaltı yaş arasındaki çocukların hem sanayide hem de sanayi dışı işlerde gece çalışmaları yasaktır. Kanun koyucunun, İş K.md73’ de “Gece Çalıştırma Yasağı” başlığı altında getirdiği düzenlemede onsekiz yaşın altındaki çocuklara ve gençlere, sanayiye ait işlerde kural olarak gece çalışması yaptırılamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında sanayiden sayılmayan işler bakımından İş Kanununda bir açıklık yoktur. MOLLAMAHMUTOĞLU; Kanunun, çocuk ve genç işçilerin gece çalışamayacağı yasağını sanayiye ait işlerle sınırlandırdığından, İş Kanunu bakımından sanayiden sayılmayan işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasının mümkün olduğunu; bununla birlikte Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’e(PHCY) göre onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve gençlerin çalıştırılmasının yasak olduğunu belirtmiştir¹⁶⁶. BAKIRCI/SARAÇEL; İş Kanunu ile Umumi HK’yı birlikte düşünerek, işin sanayiden sayılıp sayılmadığına bakılmaksızın onaltı yaşından küçüklerin gece çalıştırılmasının olanaklı olmadığını, ancak sadece sanayiden sayılan işlerde onaltı ile onsekiz yaş arasındaki çocukların çalıştırılmayacağını vurgulamıştır¹⁶⁷. SONGU ise; İş K.md. 73’ü sanayiden sayılmayan işlerde onsekiz yaşından küçüklerin çalıştırılabileceği şeklinde yorumlamak mümkün gözükse de, sanayiye ait olmayan işlerde de onsekiz yaşından küçüklerin ancak gündüz döneminde çalıştırılabileceğini, nitekim PHCY madde 5 uyarınca, gece dönemine denk gelen işçi postalarında onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmalarının yasaklanmış olduğunu belirtmiştir¹⁶⁸. Kanaatimizce sanayiden sayılmayan işlerde küçüklerin gece çalışıp çalışmayacaklarına ilişkin sorun irdelenirken ilk olarak, kanunun getirdiği düzenleme ile amaçladığı sonuca bakılmalıdır. Yukarıda da değindiğimiz üzere gece çalışması, yetişkinlere nazaran çocuklar üzerinde

¹⁶⁵ Tunçomağ/Centel, s.180.

¹⁶⁶ Mollamahmutoğlu, s.685.

¹⁶⁷ Bakırcı, s.308; Saraçel, s.87.

¹⁶⁸ Songu, Sezgi Öktem, Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi, İzmir 2007, s.322. (Dokuzeylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi).

daha fazla olumsuz etki bırakmaktadır. Çocukların gece çalıştırılması yasağından maksat, çocuk ve genç işçileri korumaktır. Zaten küçük yaşta iş hayatına atılmış olan çocuğun, gece çalışması ile daha fazla yıpranması engellenmeli, gelişimini sağlıklı bir şekilde sürdürmesi sağlanmalıdır. Nitekim Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Ek-3. maddesinden, çocuk ve genç işçilerin gece işlerinde çalıştırılmaları, sanayiden sayılan veya sayılmayan işler ayrımı yapılmaksızın yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan gerek sanayiden gerek sanayiden sayılmayan işlerden olsun çocukların gece çalışması kural olarak mümkün olmamalıdır. Ancak İş Kanunumuzun 71. md.'sinde çalıştırılma yaşı olan onbeş'e getirilen istisnai durumda olduğu gibi, gece çalışmaları bakımından da onyediyi tamamlamış ancak onsekiz yaşını doldurmamış çocukların, işin niteliği ve ailesinin izninin alınması hususları dikkate alınması şartıyla, istisnai olarak gece çalıştırılabilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

Kanaatimizce, İş Kanunumuzun sanayiye ilişkin işlerde gece çalışmalarına ilişkin düzenlemesi, hernekadar Türkiye tarafından imzalanmamışsa da 90 sayılı ILO sözleşmesine uygunluk göstermektedir. Hatta onsekiz yaşından küçüklerin sanayide çalışmasına istisna getirmemesi bakımından bu sözleşmeden ileridir de denilebilir. Ancak aynı şeyi sanayiden sayılmayan işler için söylemek mümkün değildir. İş Kanunumuzda sanayiden sayılmayan işlerde küçüklerin gece çalışmalarına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle de söz konusu husus, uygulamada tartışmalara yol açan bir konu olarak değerlendirilebilir.

5.1.3.2. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

İş Kanunumuzun 85. maddesine göre, *“onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar.”* İş K.md.85/2 ye göre ise; *“hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.”* Bu hüküm onaltı yaşını doldurmamış çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağını düzenlemekle

birlikte onaltı ile onsekiz yaş arasındaki çocukların ne gibi ağır işlerde çalıştırılabileceğine ilişkin bir açıklama getirmeyerek bunun yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiştir. ATİY ile hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri tablo halinde belirlenmiştir. ATİY. 4. maddesine göre onaltı yaşını doldurmamış genç işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaktır. Ancak Yönetmeliğe ekli tabloda özel işaretlerle belirlenmiş işlerin bazılarında kadınlar bazılarında ise onaltı yaşını doldurmuş ancak onsekiz yaşını doldurmamış işçilerin çalıştırılabilmeleri mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte İhtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu konudaki işi meslek edinmiş 16 yaşını doldurmuş genç işçilerin, sağlığı, güvenliği ve ahlâkının tam olarak güvenceye alınması şartıyla ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri yönetmelikle hükme bağlanmıştır.

5.1.3.3. Yeraltında ve Sualtında Çalıştırma Yasağı

İş Kanunu md.72 hükmüne göre, “*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya sualtında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.*” Önemli olan nokta işin türü olmayıp, söz konusu işin yer veya su altında yapılmasıdır¹⁶⁹.

5.1.3.4. Denizde Yapılan İşler

Deniz işlerine ilişkin olarak, Türkiye tarafından onaylanan ILO'nun 15 sayılı sözleşmesinin 2. maddesi uyarınca, onsekiz yaşından aşağı kimselerin, trimci veya ateşçi sıfatıyla gemilerde çalıştırılmayacağı ifade edilmiş, yine aynı sözleşmenin 3. maddesi ile de belirli durumların varlığı halinde onaltı yaş haddi konulmuştur. Bu sözleşmenin 4. maddesinde ise bir limanda trimci veya ateşçi almak mecburiyeti olduğu takdirde, eğer oradaki bu sınıf işçiler arasında en az onsekiz yaşında işçi bulunması mümkün olamazsa, onsekiz yaşından küçük, fakat onaltı yaşından büyük genç işçiler bu

¹⁶⁹ Tunçomağ/Centel, s.180,181; Süzek, s.701; Centel, s.149.

işlere alınabilirler¹⁷⁰. Yine Türkiye tarafından onaylanan ILO'nun 58 Sayılı Sözleşmesinin 2. maddesi uyarınca, Münhasıran aynı aile efradının çalıştığı gemiler hariç, diğer gemilerdeki işlerde onbeş yaşından aşağı çocuklar çalıştırılmaz. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bazı durumlarda ondört yaşındaki çocuklara çalışma belgeleri verilebilmesine imkan tanınmıştır¹⁷¹.

5.1.4. İşin Düzenlenmesi

5.1.4.1. Çocuk ve Gençlerin Çalışma Süresi

Türk İş Hukukunda çalışma süreleri haftalık ve günlük sınırlarlar halinde çeşitli maddelerde düzenlenmiştir. İşverenler açısından çalışma süresi, çevre, teknoloji, eğitim, ücretleme, sendikalar, maliyet ve verimlilik gibi unsurların etkisi altındadır. Bu nedenle işverenlerin çalışma sürelerinin düzenlenmesinde etkin olabilmeleri bu faktörlere bağlıdır¹⁷². İşçi açısından çalışma süreleri, işçinin sağlığını tehdit eden tehlikelerin ortadan kaldırılması ve kişiliğinin gelişmesi açısından gerekli olan sürelerin sağlanmasını amaçlamaktadır¹⁷³.

Çalıştırma sürelerine ilişkin düzenlemeler, genel anlamda işçiyi koruyucu hükümler içinde, işçinin günlük dinlenme ve korunması olarak nitelendirilebilir. İşveren işten beklediği çıkarı sağlayabilmek için yönetim hakkı çerçevesinde bu süreyi tespit ve düzenlemede belirli bir serbestiye sahip olsa da, işçinin korunması çerçevesinde kanun koyucu işvereni tamamen serbest bırakmamış, çoğu mutlak emredici olan hükümlerle, bu sürenin ne kadar devam edeceğini ve nasıl düzenlenip uygulanacağını belirlemiştir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ ILO'nun 15 sayılı "Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaşının Tespitine Dair Sözleşme" ILO Kabul Tarihi: 29 Ekim 1921; Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Mayıs 1959 / 7292; RG. Yayımlanma Tarihi ve Sayısı: 2 Haziran 1959 / 10220. www.ilo.org (17.01.2008).

¹⁷¹ ILO'nun 58 sayılı "Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme" www.ilo.org ILO Kabul Tarihi: 22 Ekim 1936; Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Mayıs 1959 / 7293; RG. Yayımlanma Tarihi ve Sayısı: 2 Haziran 1959 / 10220. (17.01.2008).

¹⁷² Çelik, Mukaddes, İşletmelerde İş Sürelerinin Düzenlenmesi, İzmir 1991, s.58; (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi).

¹⁷³ Songu, s.132.

¹⁷⁴ Mollamahmutoğlu, s.667.

İş Kanunu md.63 hükmüne göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saattir¹⁷⁵. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Cumartesi günü kısmen ya da tamamen tatil edilen işyerlerinde günlük iş süresi 45 saatin çalışılan günlere eşit olarak bölünmesi ile uygulanır. Örneğin haftada beş gün çalışılan bir işyerinde günlük iş süresi 9 saattir. Haftada altı gün çalışan bir iş yerinde ise bu süre 7,5 saat olacaktır.

Fiziksel olarak yetişkinlere göre daha zayıf durumda olan çocuklar, aynı işyerinde çalışan yetişkinlere göre çalışma hayatındaki risklere karşı daha hassas durumdadırlar. Söz konusu riskler çalışma süresi arttıkça daha da artmakta, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini sekteye uğratmakta, bununla birlikte eğitimle işi birlikte yürütmek durumunda olan çocukların eğitimden kopmalarını hızlandıran bir etken olmaktadır¹⁷⁶.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz nedenlerle, Genel nitelikte bir hüküm olan, İş K.md.63'ün yanında, İş K.md. 71 ile çocuk ve gençler açısından bazı özel düzenlemeler getirilmiştir. İş K.md. 71 ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, günde en fazla iki saat ve haftada on saat olabileceği ve okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma sürelerinin 71'inci maddenin birinci fıkrasında öngörülen süreleri aşamayacağı düzenlenmiştir. 71'inci maddenin son fıkrasında birinci fıkradaki sürelerden bahsedilmişse de kanun koyucu burada maddi bir hataya düşmüştür. Çünkü söz konusu süreler aynı maddenin birinci fıkrasında değil dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu fıkra göre, temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir. Bu hükümler çocuklar için azami çalışma sürelerini oluşturduğu için çocuklara fazla çalışma ve telafi çalışması yaptırılamaz¹⁷⁷. Ayrıca Çocuk ve genç işçilerin çalıştırılma usul ve esasları hakkındaki yönetmeliğin 6/2.

¹⁷⁵ Taraflar karşılıklı olarak anlaştıkları takdirde kırkbeş saatin altında bir süre belirleyebilirler. Şayet böyle bir saat belirlenmemişse, işyerinde haftalık çalışma süresi kanunun en çok olarak belirlediği kırkbeş saattir. Ancak kanunun öngördüğünden daha uzun bir çalışma süresi belirlenmesi mümkün değildir. Mollamahmutoğlu, s.674,675.

¹⁷⁶ Serter, s.13,14.

¹⁷⁷ Uçum, s.2523.

maddesine göre Çocuk ve genç işçilerin günlük çalışma süreleri, yirmidört saatlik zaman diliminde, kesintisiz ondört saat dinlenme süresi dikkate alınarak düzenlenir.

Umumi HK.md.173/2'ye göre ise, oniki ile onaltı yaş arasında bulunan çocuklar günde en fazla sekiz saat çalıştırılabilir.

Çocuk ve genç işçilerin ara dinlenmesi konusunda mevzuatımızda özel düzenleme bulunmamaktadır. İş K.md. 68 de, günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere çeşitli sürelerle ara dinlenmesi verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak özel bir düzenleme bulunmadığında, İş Kanunu kapsamındaki çocuk ve genç işçiler, ara dinlenmesine ilişkin İş Kanunu md.68 hükmünden yararlanırlar.

Çalışma sürelerini ilgilendiren bir konu olarak hafta tatiline ilişkin düzenlemeler, 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun¹⁷⁸, 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun¹⁷⁹ ve İş K.md. 44 ve devamındadır. Hafta tatili yönünden genç işçiler için özel bir hüküm getirilmemiştir. Genç işçilerde yetişkin işçiler gibi hafta tatiline ilişkin hükümlerden yararlanırlar. Ancak CENTEL, öğrenim gören onaltı yaşından küçük işçilerin, hafta tatilinde dinlenmelerinin sağlanması için, bu işçilerin hafta tatillerinin, okul günleri ile hafta tatilinin çakışmayacağı bir şekilde kullanılması gereğini belirtmiştir¹⁸⁰. Bizde bu fikre katılmakla birlikte, onaltı yaşından büyükte olsa, öğrenimine devam eden küçüğün de hafta tatiline ilişkin zamanlarının, okul günü ile çakışmayacak bir şekilde düzenlenmesine özen gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

5.1.4.2. Fazla Çalışma

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesi uyarınca; Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalara fazla çalışma denilmektedir. Fazla Çalışma ve Fazla

¹⁷⁸ RG. 21.01.1924. sayı: 54.

¹⁷⁹ RG. 17.03.1981. sayı: 17284.

¹⁸⁰ Centel, s.171,172.

Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin¹⁸¹ 3. maddesinde de, İş Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak tanımlanmıştır¹⁸².

1475 sayılı İş Kanununda fazla çalışma günlük çalışma süresinin dışında yapılan çalışmalar olarak tanımlanırken, 4857 sayılı İş Kanununda fazla çalışma ölçütü haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşan çalışmalar olarak tanımlanmıştır¹⁸³. İş K. md. 41'e göre, İş K. nın 63 üncü madde hükmünde belirtilen şekilde denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmamaktadır. Bu konuyu ileriki bölümlerde daha ayrıntılı olarak irdedeceğimizden, şimdilik çocukların fazla çalışmasına ilişkin düzenlemelerle devam edeceğiz.

Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 8 inci maddesinin a bendine göre, onsekiz yaşından küçüklere fazla çalışma yaptırılamaz. 1475 sayılı İş Kanunu zamanındaki Fazla Çalışma Tüzüğü'nün¹⁸⁴ 4. maddesine göre onbeş yaşından küçük çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır. Yine 1475 sayılı İş Kanunu zamanındaki Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Tüzüğü'nde¹⁸⁵ onbeş yaşından küçük işçinin günlük çalışma süresi sözleşme ile daha fazla belirlenmiş olsa da 7,5 saatten fazla olmazdı¹⁸⁶. 4857 sayılı İş Kanununda ise fazla çalışma haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşan çalışmalar olarak tanımlanmıştır. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde çocukların günlük çalışma sınırına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına karşın İş K.md.71'e atıfta bulunulmuştur. İş K.md.71'e göre Temel

¹⁸¹ RG. 06.04.2004. sayı:25425.

¹⁸² 1475 sayılı İş Kanununun 61 maddesine göre genel bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır. 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesine ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ifade edilmiştir. Aynı Kanununun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık İş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz, Yarg. HGK. 21.3.2007 tarih 2007/9-176 E. 2007/164 K. : www.kazanci.com.tr (20.01.2008).

¹⁸³ Süzek, s.625; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.331; Mollamahmutoglu, s.692; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.217; Karş. Tunçomağ/Centel, s.150. Fazla çalışma süresi, “ işçilerin cumartesi günü çalıştırılıp çalıştırılmamalarına göre haftalık 45 saatin öteki iş günlerine bölünmesi yoluyla bulunan ve 7,5 ile 9 saat arasında değişen günlük çalışma süresinin üstündeki çalışmalarına ilişkin süredir.

¹⁸⁴ RG.04.04.1973, sayı:14497.

¹⁸⁵ RG. 17.03.1973, sayı:14479.

¹⁸⁶ Turan, s.129.

eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada 35 saatten fazla olamaz. Ancak, onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde 8 ve haftada 40 saate kadar artırılabilir. Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde 2 saat ve haftada 10 olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri dördüncü fıkrada öngörülen süreleri aşamaz. Bu kanun hükmü yorum yoluyla incelendiğinde, gerek kanun hükmünün lafzından, gerekse kanunun ruhunun çocukları korumaya yönelik olduğunu düşündüğümüzde, bu sürelerin kesin olduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu sürelerin altında çalışılıyor ise, 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak, 4857 sayılı İş Kanunuyla getirilen yeni bir kavram olan fazla sürelerle alıřma¹⁸⁷ durumunun söz konusu olabileceği kanaatindeyiz. Örneğin onbeş yaşından büyük çocuğun iş sözleşmesi ile haftalık çalışma süresi 30 saat olarak belirlenmişse bu süre 40 saate kadar çıkarılabilecektir. 1993 yılında İzmir bölgesinde yapılmış olan bir araştırma kapsamında, çalışan çocukların %95.4 ünün 9 ile 15 saat arasında çalıştırıldığını ortaya koymuřtur¹⁸⁸. Aradan uzun bir zaman geçmesine, kanun ve uluslararası sözleşmelerle daha sıkı tedbirler alınmış olmasına rağmen, bu örnek söz konusu sınırlamaların uygulanmasının zorluğunu ortaya koymakta ve söz konusu sürelerin kesin olarak algılanmasındaki faydayı göstermektedir.

Umumi HK. md.173 gereğince en fazla 8 saate kadar fazla çalışma yaptırılabilir. Söz konusu çocuklar günlük olağan çalışması 8 saat ise fazla çalışma yaptırılmaz. 16 yaşından büyüklere ise yasal sınırlar dahilinde fazla çalışma yaptırılabilir.

5.1.4.3. Yıllık cretli İzin

Yıllık cretli izin, belli bir bekleme süresini doldurarak yorulan ve halen çalışabilir nitelikteki işye, birbirini izler nitelikte ve kural olarak bir bütün halinde ücretli olarak

¹⁸⁷ Haftalık alışma süresinin 45 saatin altında kararlaştırıldığı işyerlerinde 45 saate kadar olan çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak tanımlanmaktadır. elik. İş Hukuku Dersleri, s.331; Süzek, s.625; Mollamahmutoğlu, s.704.

¹⁸⁸ Kumaş, Handan, Türkiyede alışan ocuk ve alışma Koşulları (İzmir rneğinde, Ayakkabıcılık, Mobilyacılık, Oto – Yan Sanayi Sektörlerinde Bir Araştırma) İzmir 1993, s.199. (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

sağlanan yıllık dinlenme olanağıdır¹⁸⁹. Genç işçilerle ilgili olarak, ILO nun 1936 tarih ve 52 sayılı sözleşmesinin¹⁹⁰ 2. maddesinde, çıraklar dahil onaltı yaşından küçüklere aralıksız bir yıllık çalışma sonucunda en az oniki iş günü yıllık ücretli izin verilmesi hükme bağlamıştır. Ancak ILO' nun bu sözleşmesi Türkiye'nin onaylamadığı sözleşmeler arasındadır.

Yıllık ücretli izin yıl içinde çalışarak güç sarfetmiş olan işçiye güç kazanması ve böylece dinlenerek, işine verimli bir şekilde devam edebilmesi amacıyla verilmektedir. Ücretli olarak işten bir sürede olsa uzak kalınması işçilerin sağlıklarını koruyabilmelerini sağlar. Yıllık ücretli izin öncelikle işçinin dinlenmesini sağlamaya yönelik bir izindir. Bu bakımdan izin süresi boyunca hiçbir ücret kaybına maruz bırakılmaksızın, işçinin ücreti ödenmek zorundadır. Bu yıllık ücretli iznin altında yatan egemen görüşün sosyal düşünce olduğunun bir karinesidir¹⁹¹. *İş K.md. 57.- İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır.* Ayrıca belirtmek gerekir ki, yıllık ücretli iznin kullandırılması bir bakıma işveren içinde faydalıdır. Yıllık ücretli izin sayesinde işçilerin iş güçlerini korumaları sağlanmakta, bu da işverenlerin üzerinde önemle durduğu konulardan biri olan, iş gücünün korunmasını sağlamaktadır¹⁹².

4857 sayılı İş Kanununun ilgili maddeleri ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin (YÜİY) ilgili maddelerini inceleyecek olursak; yıllık ücretli izin hakkının kullanılabilmesi için iki önemli şartın gerçekleşmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, İş Kanunu kapsamına giren bir iş yerinde en az bir yıl çalışmış olmak, ikincisi ise mevsim ve kampanya işleri dışında kalan sürekli bir işte çalışıyor olmaktır.

İş Kanunumuzda yıllık ücretli iznin kullanılma süresi işçinin kıdemi ve yaşı gözetilerek belirlenmiştir. Kanunumuza göre bu süreler şu şekildedir: a) Bir yıldan beş yıla kadar

¹⁸⁹ Akyiğit, Ercan, Yıllık Ücretli İzin Ankara 2000, s.30; Farklı tanımlar için Bknz; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.250; Mollamahmutoğlu s.731.

¹⁹⁰ ILO'nun 52 sayılı Ücretli Tatillere İlişkin Sözleşmesi. Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. www.ilo.org (25.01.2008).

¹⁹¹ Akyiğit, s.59; Çelik, s.353.

¹⁹² Centel, Tankut, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.257.

(beş yıl dahil) olanlara on dört günden, b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden, c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmi altı günden, az olamaz. İşveren iş yerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde izin kullanacak olan işçilere, dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır. 1475 sayılı İş Kanunumuzun 49. maddesinde ise bu süreler bir yıldan beş yıla kadar olan işçilere on iki gün, beş yıldan fazla olanlara ise on sekiz gün olarak belirlenmiş idi. 1475 sayılı İş Kanununda beş yıllık kıdemi olanların yasanın ifadesi dolayısıyla hangi guruba gireceği tartışma konusu olmaktaydı. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu ile bir yıldan beş yıla kadar beş yıl dahil denilmek suretiyle bu tartışma son bulmuştur¹⁹³.

On sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz. Bu sürelerin iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilmesi mümkün olmakla birlikte, bu sürelerin aşağısına inilemez. 4857 sayılı İş Kanunumuzda 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak sadece on sekiz yaş ve altındakiler değil elli yaş ve üzerindeki işçilerde ayrık tutulmuştur. Kanaatimizce yıllık ücretli izin hakkını yıl içinde mutlaka kullandırılması gereken bir hak olarak gördüğümüz takdirde izin sürelerini de çalışma yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Yıllık ücretli izinde asıl amacın işçinin dinlenmesi olduğunu yukarıda belirtmiş idik. Bu amacın gerçekleşebilmesi bakımından esas olan, bu sürenin işçiye bir bütün olarak kullandırılmasıdır. Ancak işçi ve işveren yapacakları bir anlaşma ile izin süresini bölerek de kullanabilirler¹⁹⁴. İzin süresinin bölünerek kullanılmasında İş.Kmd.56'dan yararlanılmalıdır. Bu maddeye göre yıllık ücretli izin süreleri işveren tarafından bölünmez bir bütün olarak verilmek zorunda olmakla birlikte, bu süreler tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir. Bu hükmün amacı kanunun genel gerekçesinde; işçinin diğer tatillere nazaran daha fazla dinlenmesi olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle de izin süresinin kural olarak bölünmezliği benimsenmiştir. Fakat uygulamadaki zorluklar dolayısıyla on günden az olmamak üzere üçe bölünme kabul edilmiştir¹⁹⁵. Ancak buna rağmen işveren tarafından yıllık ücretli izin üçten fazla sayıya bölünerek kullandırılmaktadır. Bu gibi hallerde işçinin ne gibi haklara sahip olacağı ve izin hakkını kullanmış sayılıp

¹⁹³ Mollamahmutoğlu, s.738.

¹⁹⁴ Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007, s.310.

¹⁹⁵ Süzek, s.656; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.359; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.257.

sayılmayacağı tartışma konusu olabilecektir. Kanaatimizce iş ilişkisinin son bulunduğu hallerde işçinin izin hakkını kullanmamış gibi saymak, işçi açısından sebepsiz zenginleşmeye neden olacaktır.

5.2. Cinsiyet Açısından

5.2.1. Kadınların Hukuki Durumu ve Pozitif Ayrımcılık Esasına Göre İncelenmesi

Zaman içerisinde toplum gelişip değiştikçe, kadınlarda çalışma hayatında kendilerine bir yer edinmeye başlamışlardır. Günümüzde çalışan kadınların sayısı, tüm çalışanlar içerisinde önemli bir yere sahiptir. Kanaatimizce bu oran gelişen ve değişen dünya düzeni içerisinde giderek artmaya devam edecektir. Nitekim kadınların işe alınmasını teşvik amacıyla yeni düzenlemelerde yapılmaktadır. Örneğin 15.05.2008 ve 5763 sayılı Kanununla kadın işçilerin işveren hesabına düşen sigorta prim ödemelerine avantaj sağlanmıştır¹⁹⁶.

Çalışma hayatındaki kadınlar fiziksel yapıları, doğurganlık işlevleri, aile yükümlülükleri ve toplumsal koşullardan dolayı daha fazla sorunla karşı karşıya kalma riski altındadırlar. Kadın işçilerin korunması amacı temelde iki nedene dayanmaktadır. İlk olarak kadın iş gücünün bireysel ve ekonomik yararı ile kadınların cinsel, fiziksel nitelikleri ve toplumsal değerlerinin oluşturabilecekleri sakıncalar arasında bir dengenin kurulmasının sağlanması, ikinci olarak ise kadınların çalışma hayatında karşılaşılabilecekleri cinsel yapılarına özgü sorunların aşılmasının sağlanmasıdır¹⁹⁷. Bunlar genel olarak pozitif ayrımcılığın unsurlarını oluşturmaktadır denilebilir. Pozitif ayrımcılık kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla, kadınlar lehine toplumda kota, öncelik gibi bazı ayrıcalıklar tanımak anlamına gelmektedir. Kadınların diğer işçi

¹⁹⁶ 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan; bu maddenin yürürlük tarihinden önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için; 506 sayılı Kanunun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin; Birinci yıl için yüzde yüzü, İkinci yıl için yüzde sekseni, Üçüncü yıl için yüzde altmışı, Dördüncü yıl için yüzde kırkı, Beşinci yıl için yüzde yirmisi İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır.

¹⁹⁷ Pakin-Akın, Ebru, Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, İstanbul 2005, s.2.

gurupları ve cinsler karşısında üstün duruma getirilmesi durumu söz konusu değildir¹⁹⁸. Yürütülmekte olan işin özelliği veya konusu gereği işçinin cinsiyeti önem arz ediyorsa veya işçinin korunmasına ilişkin bazı çalışma yasakları nedeniyle işveren sadece belli bir cinse mensup işçilerle sözleşme yapabilmekte ise veya objektif haklı bir neden varsa kadın erkek ayrımı yapılabilir. Bu gibi hallerde kadın erkek ayrımcılığından bahsetmek olanaklı değildir¹⁹⁹. Kadınların hukuki durumunu bu anlamda pozitif ayrımcılık çerçevesinde kısaca değerlendirmeye çalışacağız.

1924 Anayasasının 69. maddesinde, 1961 Anayasasının 12. maddesinde ve 1982 Anayasasının 10. maddesinde kanuni eşitlik ilkesi benimsenmiştir. 1982 Anayasasının 10. maddesi; *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 07.05.2004 – 5170 S.K./1.mad) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”* Şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm sayesinde kadın ve erkeğin eşitliği vurgulanmıştır. Ayrıca 2004 tarihinde yapılan değişiklikte kadın erkek eşitliğinin güçlendirilmesi bakımından faydalı olabilecek bir düzenlemedir. Ayrıca Anayasamızın 49. maddelerinde düzenlenmiş olan çalışma hakkı ve ödevi de, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa md. 49; *“Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. (Değişik fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./19. md.) 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.”* Bu madde ile kadın erkek ayrımı olmaksızın herkesin çalışma hakkına ve ödevine sahip olduğu vurgulanmış 2001 değişikliği ile de bu hak ve ödev güçlendirilmiştir. Anayasanın 50. maddesinde de küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunmuşlardır.

¹⁹⁸ Özdamar Demet, “Pozitif (olumlu) Ayrımcılık Yönü İle, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler,” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/2, Cilt.14. s.14.

¹⁹⁹ Onaran-Yüksel, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s.285.

Türk Medeni Kanununda da kural olarak kadın erkek eşitliği benimsenerek, kaynağını Anayasadan alan bu eşitlik özel hukuk alanında da garanti altına alınmış olmaktadır²⁰⁰. 1 Ocak 2002 de yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanunu birçok değişiklik getirilerek kadının konumu güçlendirilmiştir²⁰¹. Bu hususlara kısaca göz atacak olursak,

Eski Medeni Kanun zamanında kadın için ondört erkek için 15 yaş olan olağan üstü evlenme yaşı(EMK.md.88) her iki cins içinde onaltıya yükseltilmiştir(YMK.124). Ayrıca yasal temsilcisinin izniyle olan evlenme yaşı da hem kadın hem de erkek için onyediye yükseltilmiştir. Evlilik birliğinin kurulmasından sonra ve devamı sırasında da kadının hukuki durumuna ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan konumuz açısından önemli olduğunu düşündüklerimiz; eşlere evlilik birliğinin temsilinde ve evin yönetilmesinde eşit haklar tanınması (YMK.md.185 vd.), eşlerden her birinin dilediği meslek ve işi seçmekte özgür olduğu, ancak meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde, evlilik birliğinin huzur ve yararının göz önünde tutulması gerektiği (YMK.md.192), eşlerin gerek kendi aralarında gerekse üçüncü kişilerle yaptıkları işlemlerde kural olarak birbirlerinin veya başkasının rızasını almalarına gerek olmadığı(YMK.md.193), hususlarıdır. Ancak bunların dışında; kadının soyadı(YMK.md.187), evlilik birliğinin korunması ve hakim müdahalesi(YMK.md.195-201) hususlarında da gelişmeler olmuştur. Bunlarla birlikte YMK ile yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma benimsenmiştir.(YMK.md.218) Yeni Medeni Kanun ile bunların dışında getirilmiş olan yenilikler olmakla birlikte konumuz dışına çıkmamak adına bu hususlara teker teker değinmeyeceğiz. Kısaca belirtmek gerekirse YMK ile pozitif ayrımcılığa uygun olarak, kadın erkek eşitliğine bir adım daha yaklaşmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde eşitlik ilkesinin üzerinde durulmuştur. Ceza Kanunlarının herkes için uygulanma yeteneği vardır²⁰². Yeni TCK md.3; *Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefî inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye*

²⁰⁰ Kalpak s.33.

²⁰¹ Özdamar, s.28 vd.

²⁰² Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.7.

ayrıcalık tanınamaz. Ayrıca, Yeni TCK. md 77. kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet veya köleleştirme, kişi hürriyetinden yoksun kılma, bilimsel deneylere tâbi kılma, cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı, zorla hamile bırakma, zorla fuhşa sevk etme, gibi suçların insanlığa karşı işlenen suçlar olduğu belirtilmiştir. Yeni TCK'nın 102, 103,104 ve 105 inci maddeleri cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlemiştir. Yeni TCK md. 105 te düzenlenmiş olan cinsel taciz suçu hizmet ve hiyerarşi ilişkisi içerisinde işlenmişse ceza yarı oranında artırılmaktadır. Bu konuyla ilgili ayrıca İş Kanununda da düzenleme bulunmaktadır²⁰³. Bunlar dışında TCK. md.122 ile kanuna eklenen madde ayrımcılığın önlenmesi açısından bir çığır niteliğindedir. Buna göre; Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan; Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse hakkında, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir.

5.2.2. Kadın İşçilerin Korunması

Çalışan kadınlara ilişkin yasal düzenlemelerin temel amacı, fırsat ve muamele bakımından eşitliğin sağlanmasıdır. Bunun anlamı, işe alınma sırasında ve işe alındıktan sonra cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesidir. ILO ve Avrupa Birliği ülkeleri sosyal politika olarak bu görüşü benimsemiştir²⁰⁴. Birleşmiş Milletlere bağlı Ekonomik ve Sosyal Konsey içersinde yer alan Kadın Komisyonu tarafından hazırlanmış olan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 18.12.1979 tarih ve 34/180 sayılı yönerge ile kabul edilen, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de, fırsat ve muamele eşitliğini sağlamaya yönelik önemli bir sözleşmedir²⁰⁵. İş Hukukumuz da kadın işçileri korumak amacıyla özellikle işin düzenlenmesi bakımından özel hükümler getirmiştir. Bu sayede kadın işçilerin cinsiyetlerine özgü sebeplerle mağdur duruma düşmeleri engellenmeye çalışılmıştır.

²⁰³ Özdamar, s.18.

²⁰⁴ Yurdakul, Sabahat, Çalışan Kadının Korunması (Avrupa Topluluğu ve Türkiye Boyutlarıyla), İstanbul 1994, s.249. (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayınlanmamış Doktora Tezi).

²⁰⁵ Zırhlı, Fatma Şenden, Sosyal Güvenlik ve Kadın İstanbul 1998, s.66, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi): www.yok.gov.tr (13.02.2008).

Anayasanın 50/2 fıkrası; çocuklar, gençler ve kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmalarını öngörmektedir. Çalışan kadınlar, mesleki görevlerinin yanı sıra, kadın olmalarından, ana olmalarından ve eş olmalarından kaynaklanan ağır sorumlulukları da taşımaktadırlar²⁰⁶. Çalışma hayatı kadınların ikinci dünyası gibidir. Kişiden dikkat, verimlilik ve disiplin gibi birçok yeti isteyen çalışma hayatı, evinde de birçok sorumluluğu bulunan kadını mağdur duruma düşürmektedir. Kadınlar için çoğu zaman çalışma şartlarının zorlukları kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu nedenlerle kadın işçiler özel hükümlerle korunmaktadırlar.

Kadınları korumaya yönelik düzenlemelere aşağıda ayrıntısı ile değinmeden önce kısaca belirtmek gerekirse; kadın işçilerin durumu da erkek çocukları gibi ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Her yaştaki kadınların yer ve su altında çalıştırılmaları yasaktır(İş K.md.72). 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esasların ise Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterileceği düzenlenmiştir(İş K.md.73/2).

Türk İş Hukukunda gebe ve anne işçilerin korunmasına ilişkin kanuni düzenlemeler de mevcuttur. Analık halinde çalışma ve süt izinlerine ilişkin yasal düzenleme; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Ayrıca İş K.md. 88'e uygun olarak çıkarılmış olan, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik²⁰⁷de işyerlerindeki gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin işteki güvenlik ve sağlığının sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemlerin alınması ile bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının

²⁰⁶ Tunçomağ/Centel, s.175.

²⁰⁷ RG. 14.07.2004, sayı:25522.

yasak olduğu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağı gibi konuları düzenlemiştir.

5.2.2.1. Çalışma Süreleri Bakımından

a. Normal alışma Süresi

Kadın işçiler içine, evli kadın işçiler, gebe kadın işçiler, emzikli kadın işçiler ve çocuklu kadın işçilerde girmektedir. Bu nedenle meslekleri dışında ağır sorumlulukları da bulunan bu kadınların, çalışma hayatında yer almaları, onlara uygun olarak iş sürelerinin düzenlenmesi ve şartlarına uygun kısmi çalışma sürelerinin kabul edilerek düzenlenmesi ile mümkün olabilmektedir²⁰⁸.

İş Hukukumuz zel işçi gurupları için çalışma süreleri bakımından bazı özel düzenlemeler getirmiştir. İş yerinde çalışma süreleri bakımından kural olarak kadın erkek ayrımı olmasa da bazı özel durumlarda kadın işçilerin çalışma süreleri azaltılabilmektedir. İşyerinde genel çalışma süreleri gebe ve anne işçilere özgü olarak, gebelik ve annelik dönemleriyle sınırlı olmak kaydıyla azaltılabılır. Gebe veya Emziren Kadınların alıştırılma şartlarıyla Emzirme Odaları ve ocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 10.maddesinde; gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçilerin günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamayacağı, hükmüne yer verilmiştir.

b. Fazla alışma Süresi

Hukukumuzda kadın işçilerin fazla çalışmalarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle genel olarak fazla çalışmaya ilişkin sınırlamalar kadın işçiler içinde geerlidir²⁰⁹. Bununla birlikte Fazla alışma ve Fazla Sürelerle alışma Yönetmeliği ile kadınlara yönelik bazı düzenlemeler yapılmıştır.

İş Kanununun 41. maddesi ile Fazla alışma ve Fazla Sürelerle alışma Yönetmeliğinin 7. ve 8. maddelerinde fazla çalışma yasakları düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 7.

²⁰⁸ Tunçomağ, s.116.

²⁰⁹ Tunçomağ, s.117.

maddesine göre; İş Kanununun 63. maddesinin son fıkrası uyarınca sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerde; aynı Kanunun 69 uncu maddesinin 1. fıkrasındaki tanıma göre gece sayılan gün döneminde yürütülen işlerde, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışma yaptırılamaz.

Yine aynı yönetmeliğin 8. maddesine göre, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte belirtilmiş olan gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma yaptırılamaz.

c. Gece Çalışması

Gece dönemi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesine göre "*çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.*" Kadın işçilerin, mesleki sorumluluklarının yanı sıra, ailevi görev ve sorumlulukları da bulunmaktadır. Bunun yanı sıra gece döneminde yapılan çalışmalar gündüz çalışmalarına göre işçinin fiziki ve ruhsal yapısını daha olumsuz etkilemektedir. Dolayısıyla da kadınların, tüm işçiler için öngörülen genel hükümlerin yanı sıra özel hükümlerle de korunmaları gereği ortaya çıkmaktadır²¹⁰. ILO'nun kadınların gece çalışmalarına ilişkin 4, 41 ve 89 sayılı sözleşmelerine yukarıda değindiğimiz için burada tekrardan kaçınıyoruz²¹¹.

4857 sayılı İş Kanununun 73/2. fıkrasına göre, Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir. 1475 sayılı İş Kanununun 69. maddesinde ise sanayiye ait işlerde kadın işçilerin gece çalıştırılmaları yasaklanmakta, ancak istisnai olarak işin gereği kadın işçilerin çalıştırılması gereken işlerde onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin, gece çalıştırılma koşulları hakkında tüzük hükümlerine uygun olarak

²¹⁰ Saraçel, s.88,89.

²¹¹ Bknz. bölüm, 4.3.1.

çalıştırılabilirmeleri olanağı tanınmaktaydı(md.2)²¹². Söz konusu, Kadın İşçilerin Sanayiye Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük (Mülga) hükümlerine göre onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçiler, beceriklilik çabukluk, dikkat isteyen, sürekli olan, fazla enerji ve kuvvet harcanmasını gerektirmeyen işlerde gece çalıştırılabilirler. Kadın işçilere gece süresince fazla çalışma yaptırılamaz. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çıkan, Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca, Kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılabilirmeleri için, işe başlamadan önce ve her altı ayda bir olmak üzere, çalışmalarına engel bir durumun olmadığına dair sağlık raporlarının alınması(md.7) ve gece çalıştırılacak kadın işçilerin isim listelerinin ilgili bölge müdürlüğüne gönderilmesi(md.10) şartları aranmaktadır. Bununla birlikte ilgili yönetmeliğin 5. maddesine göre Kadın işçilerin her ne şekilde olursa olsun gece postasında 7,5 saatten fazla çalıştırılması yasaktır.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğinin 9.maddesi, yeni doğum yapmış işçinin, doğumu izleyen sekiz haftalık süre sonunda, emziren işçinin ise, 6 aylık süreden sonra gece çalışması yapmasının güvenlik ve sağlık açısından sakıncalı olduğunun hekim raporu ile belirlendiği dönem boyunca, gece çalıştırılmasının yasak olduğunu, ayrıca kadın işçilerin, gebe olduklarının hekim raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacaklarını hükme bağlamıştır. Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkındaki Yönetmeliğin 9. maddesinde de kadın işçilerin gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacakları, emziren kadınlarında doğumdan itibaren 6 ay süre ile gece postalarında çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir.

5.2.2.2. Kadın İşçinin Göreceği İş ve İşin Görüleceği Yer Bakımından

Hukukumuzda genel olarak kadın erkek eşitliği benimsenmiştir. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere²¹³ kadın işçiler, kadın ile erkek arasında var olan, birtakım fiziki nedenlerle ve kadın olmanın getirdiği bazı nedenlerle, pozitif ayrımcılık yoluyla

²¹² Aydın, s.90.

²¹³ Bknz. bölüm, 5.2.1.

korunmaktadır. Dolayısıyla İş Kanunumuzda kadınlar cinsiyetleri gereği özel olarak düzenlenmiş kanunlarla korunmaktadırlar. Kadın işçiler, onsekiz yaşına kadar küçük işçiler için getirilmiş kurallardan da yararlanmaktadırlar. Onsekiz yaşından sonra ise kadın işçiler için özel olarak düzenlenmiş hükümlerden yararlanırlar.

İş Kanunumuzun yanı sıra, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde, Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte, İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde kadın işçileri koruyucu hükümler yer almaktadır.

a. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı

Kadınlar doğal yapıları gereği ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Bu durum Anayasamızın 50. maddesinde ifadesini, bulan hiç kimsenin yaşına ve cinsiyetine uymayan işlerde çalıştırılmayacağını düzenleyen maddesinin bir sonucudur. Bu hüküm gereği kadınların cinsiyetlerine uymayan ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları mümkün olmamaktadır. ILO'nun kadınların ağır ve tehlikeli ilerde çalıştırılmasına ilişkin düzenlemelerine yukarıda²¹⁴ değindiğimiz için burada tekrardan kaçınıyoruz.

Kadın işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasağı iş kanunumuzda düzenlenmiştir. İş Kanununun 85. maddesi uyarınca *onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz*. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, *Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan bir yönetmelikte gösterilir*. Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınların hangi çeşit ağır işlerde çalıştırılıp hangilerinde çalıştırılmayacakları Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde ekli tablo ile gösterilmiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu işler tablo ile sınırlı değildir. İşin niteliği gereği ağır ve tehlikeli olup tabloda yer almayan işlerde bu kapsam içerisinde değerlendirilmelidir.

²¹⁴ Bknz. başlık, 4.3.2.

Kural olarak kadınların ağır ve tehlikeli işlerde çalışması yasak olmakla birlikte, bazı koşulların yerine getirilmesi şartıyla kadın işçilerinde bu gibi işlerde çalıştırılmaları mümkün olabilmektedir. Bu şartlar; söz konusu işin, yönetmelikçe kadınların çalışmasına izin verilen işlerden olması, ihtisas ve meslek öğrenimi veren okullardan birinin bitirilip o işi meslek edinmiş olmak ve en önemlisi bedenen o işe elverişli olup olmadığının sağlık raporuyla tespit edilmesidir²¹⁵.

Kadın işçilere ilişkin olarak; İş Kanununun 86. maddesinde ve ATİY'in 5. maddesinde, ağır ve tehlikeli işlerde rapor alınması ile ilgili hususlar düzenlemiştir. Buna göre, ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin işe girişinde veya işin devamı süresince en az yılda bir kez, bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı oldukları işyeri hekimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırası ile en yakın Sosyal Güvenlik Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimleri tarafından verilmiş muayene raporları alınmalıdır. Bu raporlar olmadıkça, bu gibi işçilerin işe alınmaları veya işte çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Sosyal Güvenlik Kurumu işe ilk giriş muayenesini yaptıktan kaçınmaz. Ayrıca ilgili yönetmeliğin 4. maddesine göre ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu işi meslek edinmiş kadınlar ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilir.

Çalışma koşulları bakımından gebe ve emzikli kadınlara ilişkinde özel düzenlemeler mevcuttur. Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 8. maddesine göre, Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, gebe işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılabilir. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılamayacağı gibi, başka bir işe aktarılması teknik ve makul olarak mümkün değilse, işçinin güvenlik ve sağlığının korunması için gerekli süre içinde, işçinin isteği halinde ise ücretsiz izinli sayılması sağlanır. Bu süreler, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmamaktadır.

²¹⁵ Tunçomağ, s.108.

b. Yeraltında ve Sualtında Çalıştırma Yasağı

İş Kanunu md.72 hükmüne göre, “*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya sualtında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.*”

Kadın işçiler hangi yaşta olursa olsunlar yeraltı ve sualtı işlerinde çalıştırılmaları yasaktır. Ancak Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin 4. maddesinde bahsedildiği üzere yönetmeliğe ekli tabloda kadın işçilerin çalışıp çalışmayacağı ağır işler özel işaretlerle²¹⁶ belirlenmiştir. Yine aynı yönetmeliğe göre ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu işi meslek edinmiş kadınların ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri düzenlemiştir.(md.4/3). Kadın işçilerinde diğer işçiler gibi, işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur. İşin devamı süresince yılda en az bir kez olmak üzere muayene edilmeleri gerekmektedir(md.5). Kadınların yer ve sualtında çalıştırılmasına ilişkin düzenlemelere yukarıda²¹⁷ ayrıntılı bir şekilde değindiğimiz için burada tekrardan kaçınıyoruz.

5.2.2.3. Analık Bakımından

Kadın işçilerin iş hayatının yanı sıra aile hayatında da önemli bir konuma sahip olmaları ve fiziki olarak erkeklerden farklı özelliklere sahip olmaları nedeniyle özel olarak korunmaları gerektiğine yukarıda değinmiştik. Kadınların özel olarak korunmasını gerektiren hallerden bir tanesi de analık durumudur. Gebelik sırasında ve gebelik sonrasında kadın işçiler fiziki açıdan risk altında olmakla birlikte, gebelik nedeniyle doğum öncesi ve doğum sonrasında ekonomik olarak da olağandışı giderler ve gelir kayıpları meydana gelmektedir²¹⁸. Buda kadın işçilerin analık halinde özel olarak korunmalarını gerektirmektedir. Günümüzde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu²¹⁹ ile

²¹⁶ Bknz. dipnot 44.

²¹⁷ Bknz. bölüm, 4.3.3.

²¹⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008, s.392.

²¹⁹ RG. 29, 30, 31/07/1964 - 01/08/1964, sayı. 11766 – 11779.

sigortalı işçiye ekonomik bir güvence sağlanmaya çalışılmaktadır²²⁰. Bununla birlikte, İş Kanunumuzun muhtelif hükümlerinde de kadın işçileri gebelik halinde koruyucu düzenlemeler bulunmaktadır. Kanaatimizce de kadınların gerek fiziksel gerekse ruhsal bakımdan hassas oldukları gebelik dönemi içerisinde, fiziksel ve ekonomik zorluklar altında bırakılmamaları, hem kadın işçinin şahsının korunması, hem de toplum sağlığının korunması açısından önemlidir.

Gebelik döneminde kadın işçinin vücudunda gebeliğe özgü birtakım fizyolojik değişimler meydana gelmektedir. Anne ve bebeğin gerek hamilelik süresinde, gerekse doğum anında her türlü tehlikeden uzak kalabilmesi için gebe işçi düzenli olarak muayene olmalıdır. Bu gereklilik, İş Kanunumuzda ve Gebe ve Emziren Kadınlara dair yönetmelikte de düzenlenmiştir.

İş K.md. 74/3 uyarınca “*Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir.*” Bununla birlikte İş K.md. 74/4 te hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılacağı ve ücretinde de bir indirim yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçinin güvenlik ve sağlığı için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi proseslerinin işçinin üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi sonucu, bunlar için alınacak genel önlemlerle birlikte, birtakım özel önlemlerde belirlenmiştir. Gebe ve Emziren Kadınlara dair yönetmeliğin 6. maddesinde söz konusu özel önlemler belirlenmiştir. Buna göre, şok ve titreşim ile ilgili olarak, gürültü ile ilgili olarak, iyonize radyasyon ile ilgili olarak, İyonizasyona neden olmayan radyasyon ile ilgili olarak, Soğuk, sıcak ve yüksek basınç ile ilgili olarak, Biyolojik etkenler ile ilgili olarak, Kimyasal etkenler ile ilgili olarak, gebe ve emziren kadınlar özel olarak korunmuşlardır. Bunların dışında çalışma koşulları ile ilgili olarakta elle yükleme ve araçsız taşıma işleri açısından gebe ve kadın işçilerin korunması ve Kişisel koruyucuların, gebe yeni doğum yapmış ve emziren işçiyi tam koruyacak şekilde vücuduna uygun şekilde olması yönünde önlemler söz konusudur.

²²⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.392; Tuncay/Ekmekçi Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s.334.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliği'nin 12.maddesinde de gebe işçilere gebelikleri süresince, periyodik kontrolleri için ücretli izin verilir hükmüne yer verilmiştir. Kanun ve yönetmelik hükümlerinden anlaşıldığı üzere, gebe işçiye muayene izni verilmesi işveren açısından bir yükümlülük niteliğindedir.

Söz konusu hükümlerden gebe kadın işçilerin sürekli kontrol altında tutularak sağlıklarının korunması gerektiği de anlaşılmaktadır²²¹. İşverenin bu yükümlülüğünü “işçiyi gözetme borcu” içinde değerlendirilebilmek mümkündür. Gözetme borcu, işverenin hizmet sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçisini korumak, onun menfaatleri doğrultusunda gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almak, işçinin sağlık ve yaşamına zarar verici davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülüklerden oluşmaktadır. İşverenin gözetme borcunun sınırlarının tespitinde MK. 2/1 de yer alan objektif iyi niyet kuralının büyük önemi vardır²²².

Kadın işçiyi koruyucu hükümlerin çoğuna aykırılık İş K.md. 104 uyarınca işverene veya işveren vekiline uygulanacak bir idari para cezasını gerektirmektedir²²³. İş K. md. 104; İş K. md. 74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işverenleri de kapsamaktadır. İşveren önlem alma yükümlülüğüne aykırı davranırsa ve bunun sonucunda gebe veya anne işçinin beden ve ruh sağlığı bozulursa işveren doğan bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Borçlar Kanunu'nda esas olan kusura dayanan sorumluluk ilkesi olup, kusursuz sorumluluk ilkesinin söz konusu olabilmesi için bunun kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir²²⁴. Burada söz konusu olan durum kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğundan, işverenin buradaki sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur.

Aşağıda ilk olarak Basın İş Kanunu(BİK) ve Deniz İş Kanunu(DİK) açısından duruma kısaca değindikten sonra, İş Kanunumuz açısından ilgili düzenlemeleri ayrıntısıyla inceleyeceğiz.

²²¹ Kalpak, s.118.

²²² Tulukçu, Binnur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne işçilerin Korunması Haber-İş Sendikası Yayınları No:21/2000, s.102.

²²³ Tunçomağ /Centel, s.178.

²²⁴ Oğuzman/Öz, s.587,568; Kılıçoğlu, Ahmet M; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s.222.

Analık izni, Basın İş Kanunu'nda farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Basın İş Kanunu'nun 16/son maddesi uyarınca kadın gazeteci, hamileliğinin yedinci ayından başlayarak doğumunun ikinci ayına kadar izinli sayılmaktadır. Bu madde ile kadın gazeteciye İş Kanunu'na tabi kadın işçiye oranla biraz daha uzun analık izni hakkı tanınmıştır²²⁵. Bu müddet zarfında gazetecinin çalıştığı müessese gazeteciye aldığı ücretin yarısını ödeyecektir. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü doğarsa, bu halin gerçekleşmesinden itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Gazetecinin bağlı teşekküllerden alacağı yardım bu ödemeye tesir etmeyecektir.

Deniz İş Kanunu'nda ise bu hususta hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatımızda kadınların denizde çalışmalarına herhangi bir engel bulunmadığından, bir gemide kadın gemi adamı çalışabilir. Bu kadın gemi adamı hamile kaldığında analık izni konusunda, genel kanun niteliğindeki Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmalıdır²²⁶. Bu Kanun uyarınca da kadın gemi adamı analık döneminde işverenden kısa bir süre için ücret isteyebilir

a. Doğum İzni

Bu konu ile ilgili yasal düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; *“Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir.”* 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak kadın işçilerin doğum öncesi ve doğum sonrası izinlerini ikişer hafta arttırarak toplam onaltı haftaya çıkartmıştır.

²²⁵ Tuncay, Aziz Can, Çalışan Kadının Analık Durumunda İzin ve Ücret Güvencesi, Mercek Dergisi, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayınları, s.39, Temmuz 2005.

²²⁶ Tuncay, s.39.

Kural doğum izninin doğumdan önce ve doğumdan sonra olmak üzere sekizer hafta olarak kullanılması olmakla birlikte, sağlık durumu elverişli olan kadın işçi, doğumdan sonra çocuklarıyla daha fazla ilgilenebilmek için, doğumdan önceki son üç haftaya kadar çalışabilir. Böylece doğum sonrası sekiz hafta olarak belirlenmiş olan doğum izni onüç haftaya kadar çıkartılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu hakkın kullanılmasının, kadın işçinin iradesine bağlı olarak, sağlık durumu ve doktor onayının alınması koşuluna bağlı değildir. Bununla birlikte bu şekilde bir uygulamanın söz konusu olabilmesi için kadın işçinin bu yönde bir isteğinin olması da şarttır²²⁷.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu doğum iznine ilişkin süreleri düzenleyici olarak değil emredici olarak koymuştur. Zira bu sürelerde kadın işçiyi çalıştırmak yasaktır. Bu nedenle kadın işçi hamilelik dönemi ve analık döneminde toplam onaltı hafta kesinlikle çalıştırılmaz. Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 11. maddesinde de İş K.md. 74 teki hüküm tekrarlanmıştır²²⁸. Buna ek olarak doğum öncesi iznini son üç haftaya kadar kullanmayan kadın işçiye gece çalışması yaptırılmayacağı özel olarak belirtilmiştir.

İş K.md. 74/2 uyarınca, yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir. Bu yöndeki düzenlemeye Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 11. maddesinde de yer verilmiştir. Doğum öncesi sekiz haftalık iznini alan kadın işçi, sürenin bitiminde doğum yapmamışsa, doktor raporuyla bu süre doğuma kadar uzatılır. Bu uzatılan süre, doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresini etkilemez ve kısaltmaz²²⁹. Yargıtay' da bu hususta verdiği bir kararında; doğum sonrası sekiz haftalık

²²⁷ Süzek, s.704.

²²⁸ Umumi HK. md. 155 te ise Kendisi ve çocuğunun sıhhati için bir zarar söz konusu olmadığı bir doktor tarafından rapor ile belirtilmedikçe kadınların doğumdan önce üç hafta ve doğumdan sonra yine üç hafta zarfında fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması yasaklanmıştır.

²²⁹ Kalpak, s.115. Tulukçu, s.128.

izin süresinin, hesap dışı bırakılması gereken doğum gününden sonra başlayacağını belirtmiştir²³⁰.

Çocuğun ölü doğması ya da doğumdan sonra ölmesi durumunda, doğum sonrası izin kaldırılmayacağı gibi bu süreden de indirim yapılamaz²³¹. Ancak kadın işçinin doğumdan önceki izin süresini tam olarak kullanmadan erken doğum yaptığı durumlarda, bu sürenin doğumdan sonraki izin süresine eklenip eklenemeyeceği hususunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır²³². Kanaatimizce işçi yararına yorum ilkesini göz önünde tuttuğumuzda, bu durumu kadın işçi yararına yorumlayabiliriz. Bu şekilde kullanılan izin sürelerinin de doğumdan sonraki sekiz haftalık süreye ekleneceği sonucuna varabiliriz. Diğer taraftan Kanunda açık bir hüküm bulunmaması ve doğum olgusunun gerçekleşmiş bulunması bizi aksi şekilde bir yoruma da götürebilir.

İş K.md. 74/5 ve ilgili Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca, isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.

Kadın işçiler gebelik halinde işten çıkarılmaya karşı kısmen korunmuşlardır. İş K.md. 25/I maddesine göre, işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar.

²³⁰ Doğum sonrası 6 haftalık istirahat süresi hesap dışı bırakılması gereken doğum gününden sonra başlar. Uzun bir süreden beri iş yerinde çalışan ve doğum yaptığı bilinen işçinin işe gelmeme nedeni araştırılmadan hemen ikinci günü iş sözleşmesinin feshi, iyi niyet kurallarına aykırıdır. Doğum sonrası 6 haftalık istirahat süresi hesap dışı bırakılması gereken doğum gününden sonra başlar. Davacı 4.7.1977 tarihinde doğum yapmış olduğuna göre 42 günlük süre 16.8.1977 tarihinde sona ermiş olacaktır. Bu durumda davacının hizmet sözleşmesinin devamsızlık gibi bir nedene dayanılarak feshi haklı sayılamaz. Kaldı ki, işçi ve işveren ilişkilerinde objektif iyi niyet kurallarına uygun davranış esastır. İddia olduğu gibi iki gün işe gelmeme söz konusu olsa dahi, uzun bir süreden beri işyerinde çalışan ve doğum yaptığı bilinen işçinin işe gelmemesi sebebi araştırılmadan hemen ikinci gün iş saati hitamında feshi iyiniyet kurallarıyla bağdaştırılacak nitelikte değildir. O halde davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır, Yarg. 9. HD. 5.3.1981 tarih 1981/645 E. 1981/3076 K. : www.kazanci.com.tr (25.02.2008).

²³¹ Aydın, s.92.

²³² Kalpak, s.115; Aydın, s.92.

Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürenin bitiminde başlar²³³. Doğum öncesi ve doğum sonrası kapsayan 16 haftalık süre doktor raporu ile arttırılmışsa, bu takdirde bu altı haftalık süre doktor raporunun bitiş tarihinden itibaren hesaplanmalıdır²³⁴. Kadın işçinin sözleşmesi sadece gebelik ve doğum gibi bir nedenle sona erdirilirse, bu durumun ispatı halinde işveren kıdem tazminatının yanı sıra kötü niyet tazminatı da ödemek zorunda kalacaktır²³⁵.

b. Doğum İzninin Sosyal Sigortalar Kanunu Bakımından Uygulanması

İş Kanunumuzca kadın işçilere tanınmış bir hak olan doğum izni dolayısıyla, sigortalı işçi belirli bir süre çalışmaktan muaf olmaktadır. Bu hem bir sağlık nedeni, hem de kanuni bir hakkın gereğidir. Yukarıda da değindiğimiz üzere İş K.md. 74 e göre kadın işçiler, doğum öncesi sekiz ve doğum sonrası sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta süresince çalıştırılmazlar. Ayrıca yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, bu süreler bazı durumlarda doktor raporu ile arttırılabilmektedir. Kadın işçiye onaltı haftalık analık izni boyunca Sosyal Güvenlik Kurumunca kazancının üçte ikisi oranında geçici iş göremezlik ödeneği ödenir²³⁶. Ancak bu durum birtakım şartların varlığına bağlanmıştır.

²³³ Davacı 1.3.1989 tarihinden itibaren hamileliği nedeniyle işvereninden 3 aylık ücretsiz izin istemiş ve bu izin kendisine verilmiştir. Davacı iznin bitiminden itibaren 2 ay daha işe gelmemiş ise de, tüm dosya münderecatından hamileliğinin devam ettiği ve sonuçta doğum yaptığı ve hamileliği devamınca doktor nezaretinde olduğu, doktor tarafından yatak istirahati verildiği, kanamalı olup daha önce çocuk düşürdüğü anlaşılmaktadır. Böyle bir durumun davalı tarafından da bilindiği, öyle olmasa dahi olayın gelişimine göre bilmesi gerektiği keyfiyeti ortadadır. Böyle olunca işverenin davacının iş aktini feshi, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17.maddesinin sağlık sebepleri başlığını taşıyan 1.bendinin (b) fıkrasının ikinci paragrafındaki sebebe dayanır ve bu durumda davacı kıdem tazminatına hak kazanır, Yarg. 9. HD. tarih 28.1.1992 1991/15099 E. 1992/720 K. : www.kazanci.com.tr (20.03.2008).

²³⁴ Tunçomağ, s.122.

²³⁵ Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir, Yarg 9. HD. 17.9.2007 tarih 2007/29103 E. 2007/26743 K. : www.kazanci.com.tr (20.03.2008).

²³⁶ Tunçomağ/Centel, s.177.

Kadın işçilere ilişkin, geçici iş göremezlik ödeneği 506 sayılı SSK'nın 49. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“kendisi için doğumdan önceki bir yıl içinde en az 120 gün analık sigortası primi ödenmiş bulunan sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise, doğumdan önceki sekiz haftaya iki haftalık süre ilave edilerek çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir.”* Ekim 2008 de yürürlüğe girecek olan 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun²³⁷ 18. maddesinin c bendine göre ise, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilave edilerek çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği ödenir.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, geçici iş göremezlik ödeneğinden faydalanabilmek için öncelikle SSK md. 2 anlamında sigortalı olmak gereklidir²³⁸. Buda demek oluyor ki, sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşi geçici iş göremezlik ödeneğinden faydalanamamaktadır. Aynı şekilde sigortalılık niteliğini kaybetmiş olan kadına da bu ödenek verilmemektedir SSK.md.51 de sayılan istisnalar bundan müstesnadır²³⁹.

²³⁷ RG. 16.06.2006, sayı:26200. değişik, 5510 sayılı Kanunda 17.04.2008 ve 5754 sayılı Kanunla büyük oranda değişiklik yapılmıştır. RG.08.05.2008, sayı:26870.

²³⁸ 506 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar. 5510 sayılı Kanuna göre ise kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; a) Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, b) Köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ise;1) Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar,2) Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, 3) Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları, 4) Tarımsal faaliyette bulunanlar,

c) Kamu idarelerinde; 1) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar, 2) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar, sigortalı sayılırlar.

²³⁹ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s.399; Kalpak, s.149; 506 sayılı Kanunun 51. maddesine göre; 2 nci maddede belirtilen sigortalılık niteliğini yitirenler, bu niteliğin yitirilişinden başlamak üzere 300 gün içinde çocukları doğarsa, sigortalı kadın, veya karısı analık sigortası yardımından yararlanacak sigortalı erkek için, doğum tarihinden önceki 15 ay içinde en az 120 gün analık sigortası primi ödenmiş olması şartıyla, bu kanunda yazılı analık sağlık ve emzirme yardımlarından veya 46 ncı maddede yazılı maktu para yardımından yararlanırlar. 5510 sayılı Kanunun 16. maddesinin son fıkrasında ise bu durum; Emzirme ödeneğine hak kazanan sigortalılardan 9 uncu maddeye göre sigortalılığı sona erenlerin, bu tarihten başlamak üzere üçyüz gün içinde çocukları doğarsa, sigortalı kadın veya eşi analık sigortası haklarından

Kadın İşçiye geçici iş göremezlik ödeneğinin verilebilmesinin ikinci koşulu ise 506 sayılı SSK'nın 49. maddesinde açıkça belirtildiği üzere doğumdan önceki 120 gün (5510 sayılı Kanuna göre 90 gün) boyunca analık sigortası primlerinin ödenmiş olmasıdır. Diğer koşullar gerçekleşmiş olsa dahi bu koşulun varlığı gerçekleşmemişse, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmak mümkün olmamaktadır.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin üçüncü bir koşulu olarak ise miktar ve süre hususuna değinebiliriz. SSK md. 89'a göre, Sigortalı kadının analığında verilecek günlük ödenek, kazancının üçte ikisidir²⁴⁰. Bu ödeneğin verilme süresi İş K.md.74 uyarınca, doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için yasal olarak belirlenmiştir. SSK 49 geçici iş göremezlik ödeneğini çalışılmayan günler için öngörmüştür²⁴¹. Doğumdan önceki sekiz haftalık süre erken doğum gibi bir nedenle tam olarak kullanılamamış olsa dahi, çalışılmış olan süreler için geçici iş göremezlik ödeneği talep edilemez. Nitekim SSK.md.49 da çalışmama olgusu açıkça belirtilmiştir.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin süresi, yasal olarak doğumdan önceki sekiz ve doğumdan sonraki sekiz hafta olarak belirlenmiştir. Kadın işçinin doğuma üç hafta kalana kadar çalışması halinde ise bu süre doğumdan sonra onüçüncü haftaya kadar uzayabilmektedir. Geçici iş göremezlik süresi doktor raporu ile arttırılabilse de bu durumda kadın işçiye analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneği verilmeye devam edilip edilmeyeceği açık değildir. Bu husustaki görüşlerden biri, İş K.md.74 hükmünün geniş yorumlanması gerektiğini, anılan hüküm uyarınca doğumdan önceki ve sonraki toplam onaltı haftalık sürenin, işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doktor raporuyla arttırılabildiğini, böyle bir durumda doktor raporu ile uzatılan süreler kadar analık sigortası kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmeye devam etmesinin daha isabetli bir yaklaşım olduğunu kabul etmektedir²⁴². Diğer bir görüş ise, SSK.md.49 hükmünü katı bir şekilde yorumlayarak, anılan

yararlanacak sigortalı erkek, doğum tarihinden önceki onbeş ay içinde en az 120 gün prim ödenmiş olması şartıyla emzirme ödeneğinden yararlandırılır. Şeklinde yer almaktadır.

²⁴⁰ Bu durum 5510 sayılı Kanunda da benzer bir şekilde düzenlenmiştir. İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici iş göremezlik ödeneği, yatarak tedavilerde kanunun ilgili maddesine göre hesaplanacak günlük kazancının yarısı, ayaktan tedavilerde ise üçte ikisidir.

²⁴¹ Tuncay, s.339; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.401.

²⁴² Tuncay, 340; Kalpak, s.150; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.402,403.

maddenin doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede geçici iş göremezlik ödeneğinin verileceğini düzenlediğini, maddenin kesin ifadesinin sekiz haftalık süre sonunda analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesine engel olacağını, bu durumda geçici iş göremezlik ödeneğinin hastalık sigortasından ve bu sigortaya ilişkin esaslar dahilinde verilmesi gerektiğini kabul etmektedir²⁴³. Kanaatimizce İş K.md.74 uyarınca doğum öncesi ve doğum sonrası sekizer haftalık süreler doktor raporu ile uzatılabildiğine göre bu fazla sürelerde analık sigortası kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca kadın işçilerin korunması kapsamında bu sürelerin de analık sigortası içerisinde değerlendirilebilmesi daha isabetli olabilir. Ancak buna rağmen SSK md.49 da yer alan hükmün dar yorumlanması sonucunda, sekizer haftalık süreler dışında kalan ek sürenin hastalık sigortası kapsamında değerlendirilebilmesi de mümkün görünmektedir.

c. Emzirme İzni

Emzirme izni kadın işçilerin korunmasını amaçlayan sosyal bir düşüncenin gereği olarak ortaya çıkmıştır²⁴⁴. İş Kanunumuzun 74. maddesinde; kadın işçilere bir yaşımdan küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verileceği ve bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını ise işçinin kendisinin belirleyeceği düzenlenmiştir. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki her ne kadar kanun emzirme izninin kullanılması konusunda işçiye serbesti tanımışsa da, işçi bu izni kullanırken objektif iyi niyet kurallarının dışına çıkmamaya dikkat etmelidir²⁴⁵. Yine aynı maddede bu sürelerin çalışma sürelerinden sayılacağı belirtilmiştir²⁴⁶. Eğer bu sürelerle birlikte normal çalışma süresi aşılyorsa, bu takdirde bu süreler fazla çalışma sürelerinden sayılabilmektedir²⁴⁷.

²⁴³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.402; Kalpak, s.150.

²⁴⁴ Ekonomi, s.282.

²⁴⁵ Pakin, s.38.

²⁴⁶ İş.Kmd.66/e maddesinde de çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek sürelerin çalışma sürelerinden sayılacağı belirtilmiştir.

²⁴⁷ Davacının emzikli olduğu ve toplu sözleşmeye göre günde öğleden evvel bir saat öğleden sonra bir saat olmak üzere günde iki saat emzirme izni verileceği ve emzirme izni verilmeden çalıştırıldığı taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Gerçekten İş Yasasının 61. maddesinde emzirme süresi iş süresinden sayılmış yine bu yasaya göre çıkarılan tüzükte de bu husus ayrıca belirtmiştir. Ancak karara dayanak alınan bilirkişi raporunda, çalıştığı emzirme saatleri için yüzde yüzelli oranında ücret hesap edilmiştir. Davacının emzirme süresi içindeki çalışması da dahil günlük sekiz haftalık kırksekiz saati geçmediğine göre, emzirme süresi içindeki çalışması fazla çalışma sayılmaz. Onun için bir misli daha

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin 14. maddesi İş Kanunu ile getirilen düzenlemeyi tekrarlar; adı geçen Yönetmeliğin 15. maddesine göre, 100'den az işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenin, emzirme odası veya yurt açma yükümlülüğü yoktur. Bu yükümlülük sadece yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinin işverenleri için söz konusudur.

İş Kanunu ve yönetmelik hükümleri gereğince iş yerinde çalışan kadın işçilerin sayısı bakımından çocuk yuvası veya emzirme odası bulunan ve bulunmayan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukları olanlara, işçinin kendi belirleyeceği saatlerde ve zaman dilimlerinde emzirme izni verilir. Buna göre kadın işçiye bir yaşından küçük çocuğunu emzirmesi için günde toplam bir buçuk saat izin verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağına kadın işçi kendisi karar verir. Kanun ve Yönetmelik hükümlerinden de anlaşılacağı üzere işveren bu hususta bir emir verememekte veya işçinin kabulü dışında bir düzenleme yapamamaktadır. Bu süreler çalışma sürelerinden sayıldığı içinde, işveren kadın işçinin ücretinden veya diğer parasal haklarından emzirme süresinde çalışmaması nedeniyle kesinti yapamamaktadır. Ayrıca bu süre İş K.md.55'e göre yıllık ücretli iznin hesaplanmasında çalışılmış gibi sayılan sürelerdendir.

Emzirme izinleri açısından önemli bir düzenlemede SSK. md.11 de belirtilmiştir. Bu maddeye göre; emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda meydana gelen kazalarda iş kazalarından sayılır²⁴⁸. Bu düzenleme insani düşüncelerle

ücret hesap edilmesi gerekirken birbuçuk misli ücret hesabına dayanan bilirkişi raporuna göre karar tesisi bozmayı gerektirmiştir, Yarg. 9. HD. 7.7.1977 tarih 1977/4221 E. 1977/5678 K. : www.kazanci.com.tr (21.03.2008).

²⁴⁸ Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin rücuana ödetilmesi istemine ilişkindir ve yasal dayanağı 506 sayılı SSK. nun 26. maddesidir. ancak bu maddenin uygulanabilmesi için sigorta olayının iş kazası niteliğini taşıması da zorunludur. Nitekim, sigorta olayı iş kazası niteliğindedir. Çünkü, sigortalı emzikli bir kadındır. Toplu sözleşmenin 64. maddesi uygulanarak kendisine, saat 7-9 arasında kullanılmak üzere, işveren tarafından 2 saat emzirme (süt izni) verilmiş bulunan sigortalı bu izin süresi içerisinde saat 8.30 sırasında işyerine gelmek üzere yolda karşıdan karşıya geçerken davalının kullandığı motorlu taşıtın çarpılması sonucu vefat etmiştir. İş Kanununun 62/d maddesine göre "emzikli kadın işçilerin çocuklarına süt verme için belirtilen süreler" iş süresinden sayılır ve iş süresinden sayılan zaman içerisinde işyerine gelirken uğranılan kaza da iş kazasıdır. Nitekim, 506 sayılı SSK'nun 11/A-d maddesi de "emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda meydana gelen sigorta olaylarının, iş kazası sayılacağını" belirtmiş bulunmaktadır. Her iki yasa hükmünün insani düşüncelerle kabul edilmiş, sosyal içerikli, işçileri koruyan

kabul edilmiş, sosyal içerikli, işçileri koruyan ve aslında çalışma yok iken, varsayan farazi bir çalışmayı öngören bir düzenlemedir.

5.3. Sağlık Durumu Açısından

İş sağlığı ve güvenliğini; gerek işin görülmesi sırasında işyerindeki fiziki koşulların elverişsizliği nedeniyle, işçilerin maruz kalabilecekleri sağlık sorunları ve mesleki riskleri ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik kurallar, gerekse risk gerçekleştiği takdirde riskin tazminini sağlamaya yönelik kurallar bütünü olarak tanımlayabiliriz. Asıl olan işçinin ifa ettiği işten zarar görmemesinin sağlanmasıdır²⁴⁹.

Hukukumuzda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik, gerek İş Kanunumuzda gerek diğer Mevzuatlarda önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunun yanı sıra ülkemizin de taraf olduğu bazı ILO sözleşmeleri de iş sağlığı ve güvenliği konusunda düzenlemeler getirmektedir. Bu hususlar üzerinde yukarıda ayrıntısı ile açıklama yaptığımız için burada kısaca değineceğiz. Örneğin 16 yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz. Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterilir (İş K.md.85/1,2)²⁵⁰. Ağır ve tehlikeli işlerde çalışacak işçilerin bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporuyla sabit olması şarttır (İş K.md.86). 14 yaşından 18 yaşına kadar (18 dahil) çocukların işe alınmaları halinde, işin niteliğine ve koşullarına göre, yapılarının dayanıklı olduğunun hekim raporuyla belirtilmesi gereklidir (İş K.md.87). Bu konular üzerinde yukarıda²⁵¹ ayrıntılı olarak durduğumuz için burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

ve aslında çalışma yok iken, varsayan, farazi bir çalışmayı öngören kurallar olduğu ortadadır, YHGK. 10.6.1983 tarih 1981/10-328 E. 1983/652 K. : www.kazanci.com.tr (21.03.2008).

²⁴⁹ Mollamahmutoğlu, s.749; Süzek, s.661; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.261.

²⁵⁰ Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği çıkarılmıştır (RG.16.06.2004, sayı 25494). Yönetmeliğin 4.maddesinde yapılan değişiklik, RG.23.10.2004, sayı 25622.

²⁵¹ Bknz. bölümler, 4.2; 4.3; 5.1; 5.2.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler öncelikle işçilerin sağlığını ve güvenliğini koruma altına almayı amaçlamaktadır²⁵². İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması insani ve sosyal ihtiyaçların yanı sıra ekonomik ihtiyaçlardan da kaynaklanmaktadır. İş kazaları gerek ulusal ekonomiye zarar vermesi gerek maliyetleri arttırması, verimliliği düşürmesi ve yüksek tazminatlara neden olması bakımından önemli zararlara sebebiyet verebilmektedir²⁵³.

İş Kanunumuzun 77 vd. maddelerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler yer almaktadır. İş K.md. 78 uyarınca, Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve korunması gereken özel işçi gruplarının çalışma şartlarının düzenlenmesi amacıyla tüzük ve yönetmelikler çıkarılacağı belirtilmiştir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallar kamu düzenini ilgilendirmesi bakımından mutlak emredici niteliktedirler. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için işverene bazı ödevler düştüğü gibi, bu kurallara aykırılık halleri de cezai yaptırımlara bağlanmıştır²⁵⁴.

İşverenler İş K.md. 77 uyarınca; işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek zorunda oldukları gibi, işçileri, karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. İş sağlığı ve güvenliğine aykırılık durumunda, İş K.md.79'a göre şartları bulunduğu takdirde tehlike giderilinceye kadar işyerleri, iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile Bölge Müdüründen oluşan beş kişilik bir komisyon tarafından alınan kararla, tehlikenin niteliğine göre iş tamamen veya kısmen durdurulabilir veya işyeri kapatılabilir. İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğüne aykırı davranan işveren İş K.md. 105 e göre idari para cezasına da çarptırılabilir. Buna göre İş K. md. 78 de belirtilen, tüzük ve yönetmeliklerdeki hükümlere uymayan işveren veya işveren vekiline, alınmayan her iş sağlığı ve güvenliği önlemi için ikiyüz Yeni Türk Lirası para

²⁵² Eyrenci/Taşkent/Ulcan, s.261. Mollamahmutoğlu, s.750.

²⁵³ Süzek, s.662; Eyrenci/Taşkent/Ulcan, s.262.

²⁵⁴ Mollamahmutoğlu, s.751.

cezası verilir. Yine de gerekli önlemler alınmazsa izleyen her ay için, alınmayan önlemler oranında aynı miktar para cezası uygulanır.

5.4. Çalışma Süreleri ve Dinlenme Hakkı Açısından

Dinlenme hakkı, işçi açısından vazgeçilmez bir temel haktır. Dolayısı ile işveren tarafından bu hakkın sınırlandırılması mümkün değildir. Uygulamada bu hak gerek Kanun hükümleri ile gerek Yargıtay kararları ile düzenlenmektedir. Bu bölümde işçinin çalışma ve dinlenme hakkına ilişkin düzenlemeleri inceleyeceğiz. Kadın ve çocukların çalışmalarına ilişkin bölümlerde de bu konuya özel olarak değindiğimiz için, burada daha genel olarak tüm işçi gurupları açısından önem arz eden durumları ele alacağız.

5.4.1. Çalışma Süreleri ve Dinlenme Hakkı

Çalışma süreleri ve dinlenme hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre haftada en çok 45 saat çalışılabilir ve aksine mukavele yoksa çalışma süresi haftanın iş günlerine eşit olarak bölünür. Eğer tarafların anlaşmasıyla çalışma süresi günlere farklı dağıtılacak ise, bir günlük çalışma süresi onbir saatten fazla olamaz; ancak ara dinlenmesi bu onbir saatlik süreye dahil değildir(md.68/son). İş Kanunu'nun 67. maddesine göre ise, çalışma süreleri haftanın günlerine nasıl dağıtılmış olursa olsun, haftanın bir günü muhakkak tatil olmalıdır. İşçi, çalışma sürelerinin başlama ve bitiş saatleri ile birlikte hafta tatili ve ara dinlenmesinden de haberdar edilmelidir.

5.4.1.1. Ara Dinlenmesi

Günlük çalışma süresi içerisinde işçilerin; yemek, içmek, tuvalet gibi günlük gereksinimlerini ve genel itibariyle dinlenme gereksinimlerini giderebilmeleri için, çalışmaya ara verilemesi zorunlu bir ihtiyaçtır²⁵⁵. İş K.md.68 de, günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere çeşitli sürelerle ara dinlenmesi verilebileceği düzenlenmiştir. Bu

²⁵⁵ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.340,341; Süzek, s.638; Mollamahmutoğlu, s.718; Eyrenci /Taşkent/Ulucan, s.242. Tunçomağ/Centel, s.158.

dinlenme süreleri en az sürelerle belirlenmiş olup aralıksız verilir. Dinlenmeler bir işyerinde işçilere aynı veya değişik saatlerde kullandırılabilir.

İş K.md. 68'e göre ara dinlenmesi iklim, mevsim, o yerdeki gelenek ve işin niteliğine göre değişiklik gösterebilmekle birlikte: a.) Dört saat veya daha kısa süreli işlerde onbeş dakika, b.) Dört saatten fazla ve yedibuçuk saate kadar (yedibuçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, c.) Yedibuçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat, ara dinlenmesi verilir, bu aralar çalışma süresine dahil değildir.

Ara dinlenmesini kullanma konusunda işçi kural olarak serbesttir. Bu süreyi işyerinin içinde yahut dışında geçirebilir; kararı vermesinde herhangi bir zorlama olamaz²⁵⁶. Kural bu şekilde olmakla birlikte işin veya işyerinin gereği dolayısıyla, işçiler ara dinlenmelerinde işyeri dışına çıkamıyorlarsa, işçilerin bu süreyi işyerinde serbest bir şekilde geçirmeleri ara dinlenmesi hakkını kullanmadıkları anlamına gelmemektedir. Yargıtay da ara dinlenmelerinin toplu sözleşmelerle düzenlenebileceğini, bu şekildeki sözleşmelerle işçilerin işyerini terk etmeseler dahi fiilen çalışmadıkları sürece ara dinlenmesini kullanmadıklarını iddia edemeyeceklerini belirtmiştir²⁵⁷. İşçinin sadece ara dinlenmesi sırasında işyerinde bulunması önemli olmayıp, bu süre içinde ara dinlenmesi yokmuş gibi çalışıyor olması da gerekir. Aksi halde ara dinlenmesinin kullandırılmadığından söz etmenin doğru bir yaklaşım olmayabileceği kanaatindeyiz.

Ara dinlenmesi işyerinde çalışarak veya işverenin emir ve talimatları altında her an çalışmaya hazır olarak geçiriliyorsa bu takdirde bu süre çalışma süresinden

²⁵⁶ Tunçomağ/Centel, s.159; Mollamahmutoğlu, s.720; Süzek, s.639; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.243.

²⁵⁷ Toplu iş sözleşmesinin anılan hükmü, vardiyalı işçi çalıştırılan işyerlerinde ve işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirmesi halinde uygulanma olanağına sahiptir. İşçinin salt ara dinleme sırasında işyerinde bulunması önemli olmayıp, bu süre içinde ara dinlenme yokmuş gibi çalışıyor olması da gerekir. İşçinin ara dinlenme sırasında kendi isteği ile veya başka bir yere gitme imkanının o sırada fiziken mümkün olmaması nedeniyle işyerinde bulunması halinde söz konusu alacağı hak kazanması mümkün değildir. Bu nedenle öncelikle işçinin vardiyalı çalışıp çalışmadığı, ara dinlenmesini işyerinde işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirip geçirmediği belirlenmelidir. Davacı tanıkları davacının ara dinlenme sırasında işyerinde bulunduğunu belirtmiş ise de işyerinde bulunmanın nedenini ve işyerinde bulunmanın gerekli olup olmadığı konusunda her hangi bir açıklamada bulunmamışlardır. Mevcut delillerle bir sonuca varma olanağı görülmemektedir. Bu nedenle, gerekirse işyerinde keşif yapılmak ve tanık anlatımları ile birlikte değerlendirme yapılmak suretiyle davacının yaptığı işin niteliği gereği ara dinlenme sırasında fiilen çalışarak işyerinde bulunmasının gerekip gerekmediği belirlenmeli sonucuna göre karar verilmelidir, YHGK. 12.4.2006 tarih 2006/9-174 E. 2006/176 K. : www.kazanci.com.tr (07.04.2008).

sayılmaktadır²⁵⁸. Bu durumda işçinin çalışma süresi haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşarsa işçi fazla çalışma ücretine hak kazanabilecektir. İşçinin çalışma süresi 45 saatin altında kararlaştırılmış ancak fiilen çalışılan süre kararlaştırılan sürenin üzerinde fakat 45 saatin altında kalmışsa bu takdirde fazla sürelerle çalışma söz konusu olacaktır²⁵⁹.

Yargıtay ara dinlenmesinin çalışma sürelerinden sayılabılmesinde, fiilen çalışma esasını benimsemiştir²⁶⁰. Ancak Yargıtay bu görüşüne karşın, işçi ara dinlenmesi sırasında çıkabilecek aksaklıklara müdahale edebilmek için bu süreyi iş başında geçiriyorsa, geçirilen bu sürenin çalışma süresinden sayılmayacağını, işçiye munzam bir ödemenin yapılmasının yeterli olacağını belirtmiştir²⁶¹. SÜZEK Yargıtay'ın bu kararını ara dinlenmesinden beklenen menfaatin sağlanmasını engelleyeceği için doğru bulmamaktadır. Kanaatimizce de ara dinlenmesi işçinin fiilen çalıştırılmayacağı veya çalışmaya hazır bulundurulamayacağı serbest bir zaman dilimidir. Dolayısıyla işçinin çıkacak aksaklıklara müdahale etme yükümlülüğünde bırakılması işçinin tam anlamıyla serbest olmadığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu süreler de çalışma sürelerinden sayılabilirler.

5.4.1.2. Fazla çalışma

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesi uyarınca; Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalara fazla çalışma denilmektedir. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 3. maddesinde de, İş Kanununda yazılı koşullar

²⁵⁸ Mollamahmutoglu, s.720; Süzek, s.639; Çelik, İş Hukuku Dersleri s.341.

²⁵⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.243.

²⁶⁰ Ara dinlenme alacağı talebine ilişkin davada, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükmü gözönünde tutularak, öncelikle işçinin vardiyalı çalışıp çalışmadığı ve ara dinlenmesini işyerinde ve işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirip geçirmediği saptanmalı, gerektiğinde keşif de yapılmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilmeli, sonucuna göre karar verilmelidir, YHGK. 12.4.2006 tarih 2006/9-191 E. 2006/193 K. : www.kazanci.com.tr (07.04.2008).

²⁶¹ Gerek mahallinde yapılan tespitlerde gerekse toplu sözleşmenin nitelendirilmesinde, davacının yarım saatlik ara dinlenmesi esnasında işyerinden ayrılmaması, yemeğini orada yemesi ve bu arada çıkacak aksaklık ve arızaları gözetmesi normal bir çalışmanın devamı olarak kabul edilmediği ancak, ara dinlenmesi esnasında işçiye bazı külfetler yüklediği anlaşılmaktadır. Gerçekten böyle bir durum diğer günlük çalışmanın bir devamı, başka bir ifade ile, normal bir çalışma düzeninin parçası olarak kabul edilip yasal fazla çalışma niteliğinde olduğu söylenemez. Öbür taraftan, ara dinlenmesi esnasında işçiye işyerinden ayrılmamak ve bu arada çıkacak aksaklık ve noksanlıkları gözetmek ve bunlara müdahale etmek gibi bir külfet yüklediği de söylenemez. Nitekim sözleşme tarafları da olayı bu şekilde değerlendirmiş ve ara dinlenmesi iş süresinden sayılmadığı ve ücret gerekmediği halde, bu özel ve kayıtlı dinlenme durumu nazara alınarak günlük 80 liralık bir munzam ödeme kabul edilmiştir, Yarg. 9. HD 26.10.1987 tarih 1987/9437 E. 1987/9596 K : www.kazanci.com.tr (07.04.2008).

çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak tanımlamıştır. Fazla çalışmaya ilişkin tanımlamalara yukarıdaki²⁶² bölümlerde de değinmiş olduğumuzdan bu bölümde tekrardan kaçınmaya çalışarak, temel başlığımıza ilişkin konulara değinmekle yetineceğiz.

1475 sayılı İş Kanununda fazla çalışma günlük çalışma süresinin dışında yapılan çalışma olarak nitelendirilirken, 4857 sayılı İş Kanununda bu ölçüt haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşan çalışmalar olarak tanımlanmıştır²⁶³. İş K.md. 41'e göre 63 üncü madde hükmünde belirtilen şekilde, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmamaktadır. Fazla çalışmanın karşılığı işçinin tercihine göre yüzde elli zamlı ücret veya serbest zaman olarak ödenir(md.41). Fazla çalışmaya ilişkin hususları konumuz olan işverenin işçiyi çalıştıramayacağı durumlar kapsamında incelemeye çalışacağız. Bu nedenle fazla çalışmaya ilişkin tartışmalara fazla girmemeye çalışacağız.

Fazla çalışmalar olağan, olağanüstü ve zorunlu fazla çalışmalar olarak üç guruba ayrılabilir. Olağan fazla çalışma, Ülkenin genel yararı ya da işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sınırlayıcı olmayan nedenlerle, hemen her zaman yapılabilen ve tarafların anlaşmasına bağlı bulunan fazla çalışma türüdür(md.41). Olağan fazla çalışma yapılabilmesi bir takım koşullara bağlanmıştır. Bu koşullardan ilki, fazla çalışmanın süreler ile sınırlanmasıdır. Fazla çalışma günde 11 saat ve yılda 270 saati geçememelidir. Yıllık 270 saat sınırının aşılması hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumda Yargıtay fazla çalışma sürelerini aşan bu süreleri de fazla çalışmaya hak kazandıran çalışmalar olarak değerlendirmektedir²⁶⁴. İş Kanununun 41. maddesinde

²⁶² Bknz. bölüm, 5.1.4.2.

²⁶³ Süzek, s.625; Çelik, İş Hukuku Dersleri s.331; Mollamahmutoğlu, s.692; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.217; Karş. Tunçomağ/Centel, s.150. Fazla çalışma süresi, “ işçilerin cumartesi günü çalıştırılıp çalıştırılmamalarına göre haftalık 45 saatin öteki iş günlerine bölünmesi yoluyla bulunan ve 7,5 ile 9 saat arasında değişen günlük çalışma süresinin üstteki çalışmalarına ilişkin süredir.

²⁶⁴ İş Kanununun 35. maddesinde fazla çalışma bazı koşullara tabi tutulmuş ve yaptırılması halinde de bunun günde 3 saat yılda 90 günü geçemeyeceği yolunda bir sınırlama getirilmiştir. Yasal durum böyle olmakla beraber, fiilen bu sınırlama dışına çıkılmışsa bunun karşılığını da işçi isteyebilir. Davadaki somut olayda, davacının yasanın öngördüğü sınır aşılarak çalıştırıldığı tesbit ve mahkemece de bu yönde karar yerinde kabul edilmiştir, Yarg. 9. HD 29.9.1986 tarih 1986/7206 E. 1986/8597 K. : www.kazanci.com.tr (07.04.2008).

fazla çalışma yapılabilmesi için aranan diğer bir koşul ise, işçinin onayıdır²⁶⁵. Aynı husus Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nde de belirtilmiştir(md.9). Buna göre, zorunlu ve olağanüstü durumlarda yapılanlar hariç, fazla çalışma için işçinin onayı aranır. Fazla çalışma yapılabilmesi için gereken son koşul ise, İş K.md. 41/6 ve Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 7. ve 8. maddeleri uyarınca belirlenen fazla çalışma yasaklarının bulunmamasıdır. İş K. md. 41/6'ya göre, İş K. md. 63 uyarınca sağlık kuralları bakımından günde 7.5 saat ve daha az çalışılması gereken işlerde, gece döneminde yürütülen işlerde, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yeraltında veya su altında yapılan işlerde fazla çalışma yapılamaz. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8. maddesi ise 18 yaşını doldurmamış işçilere, TİS ya da İş sözleşmesi ile önceden kabul etseler bile sağlık durumlarının uygun olmadığını belgeleyenlere, gebe, yeni doğum yapmış, emziren kadın işçilere ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağını düzenlemiştir.

Zorunlu hallerde fazla çalışma İş Kanunumuzun 42. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde ile işverene; bir arıza çıktığında veya çıkma olasılığı varken, malzemeler için acilen yapılması gereken işler varken ya da zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda, işçinin rızasını aramadan²⁶⁶, işyeri normal çalışma seviyesine gelene kadar ve fakat o seviyeyi aşmadan, fazla çalışma yaptırma hakkı tanınmıştır. Bu tür fazla çalışma için beklenmeyen ve acil bir nedenin var olması gerekir. İşçi sadakat yükümlülüğü gereği fazla çalışma talimatına uymak zorundadır; aksi halde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir²⁶⁷(İş K.md. 25/II).

İş Kanunu madde 43'e göre, Seferberlik hali ve yurt savunması gibi hallerde, Bakanlar Kurulu'nun karar alması ile fazla çalışma yapılabilmektedir. Kanuna göre bu durumda çalışma gücü "en çok çalışma gücüne" çıkarılabilmektedir. Olağanüstü fazla çalışma yaptırma olanağı, seferberlik hali ile yurt savunması için gerekli olan işlerle ve olağanüstü sebebin süresi ile sınırlıdır²⁶⁸. Ancak Kanunda en çok çalışma gücünün sınırı

²⁶⁵ Fazla çalışmaya yanaşmayan işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilemez, Yarg. 9. HD. 9.5.2005 tarih 2004/25446E. 2005/16086K. : www.kazanci.com.tr. (07.04.2008).

²⁶⁶ Süzek, s.636.

²⁶⁷ Mollamahmutoğlu; s.700.

²⁶⁸ Süzek, s. 637.

belirlenmemiştir. Bu durumda doktrindeki genel görüş İş K.md.69 da posta değişimlerinde öngörüldüğü şekilde işçinin en az 11 saat dinlendirilmesidir²⁶⁹. Kanaatimizce de olağanüstü hallerde bu süreye riayet edilmesi gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımıza girmiş olan fazla sürelerle çalışma. Konusuna da kısaca değinecek olursak; haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda, haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar olan çalışmalardır (FÇY.md.3). Fazla sürelerle çalışmada fazla çalışma gibi, günlük çalışma süresi esasına göre değil, haftalık çalışma süresi esasına göre düzenlenmiştir. İş K.md.41/6 da öngörülen, sağlık kuralları, kısa süreli işler ve gece çalışması açısından uygulanan fazla çalışma yasağı, fazla sürelerle çalışma içinde söz konusu olabilir²⁷⁰.

Son olarak Deniz ve Basın İş Kanunlarındaki durumu incelersek; Deniz İş Kanunu md.26' da iş süresinin günde 8 saat, haftada 48 saat olarak belirlendiğini görürüz. Bu iş sürelerinin aşılması durumunda yapılan çalışmalar fazla saatlerle çalışma sayılır. Gemi adamları hastalık vs. gibi sağlık nedenleri haricinde, normal iş süreleri dışında kendilerine ihtiyaç duyulduğunda işe davet edilebilirler ve çalışabilirler. İş Kanununda fazla çalışma için getirilen, çalışanın muvafakati gibi sınırlar DİK' de söz konusu değildir²⁷¹. Deniz İş Kanununun madde 28 fıkra 3'de fazla çalışma sayılmayacak haller belirtilmiştir. Bunlar; geminin gemideki şahısların veya geminin genel durumu için kaptan tarafından yapılması gerekli görülen zorunlu işler, gümrük, karantina vb. sağlık nedenleri dolayısıyla yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan ek işler, gemi seyrederken veya limanda bağlı iken yaptırılan (yangın, gemiyi terk etme, denizde çatma denizden adam kurtarma ve savunma) talimleri olmak üzere üç kısımda toplanmıştır. Deniz İş Kanununda fazla çalışmanın süresi ile ilgili olarak bir sınırlama getirilmemiş ve bu konuda işçinin muvafakati aranmamıştır.

Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun'un ek 1. maddesi, çalışma sürelerini ve fazla çalışmayı

²⁶⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.227; Mollamahmutoğlu, s.703.

²⁷⁰ Mollamahmutoğlu, s.705.

²⁷¹ Özbek, Oğuz, Deniz İş Kanunu, İstanbul 2003, s.114; Ulucan Devrim, Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler, İstanbul 1986, s.31.

düzenlemiştir. Buna göre, basın işleri için günlük ve gece çalışma süresi 8 saattir. Bu sürelerden daha fazla çalışılması, haftalık tatil günlerinde ve genel bayram ve tatillerde çalışılması fazla çalışma olacaktır. Basın İş Kanunu' na göre günlük çalışma süresi 8 saat olarak belirlenmiş olmakla beraber hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile bu sürenin altında çalışma yapılması kararlaştırılabilir. Taraflar sözleşmede kararlaştırılan iş süresini aşan çalışmaları fazla çalışma olarak nitelendirirlerse, günlük yasal iş süresini aşmasa dahi kararlaştırılan iş süresini aşan çalışmalar zamlı fazla çalışma ücretine hak kazandırır²⁷².

5.4.2. Ücretli Tatillerde İşçinin Çalıştırılmaması

5.4.2.1. Hafta Tatili

Dini kaynaklı olarak ortaya çıkmış olan hafta tatili uygulaması, zaman içerisinde değişerek, haftanın altı iş günü çalışan işçinin kendisine ve ailesine zaman ayırabilmesi ayrıca iş stresinden kurtulabilmesi için sosyal bir uygulamaya dönüşmüştür²⁷³. Anayasanın 50. maddesinde dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu ve ücretli hafta ve bayram tatili ile yıllık izin haklarının ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmek suretiyle bu izinler temel haklar statüsünde sayılmıştır. Hafta tatili işçinin, haftalık çalışma süresini doldurduktan sonra elde ettiği yirmidört saatlik dinlenme süresidir.

Hafta Tatili Hakkındaki 394 sayılı Kanuna²⁷⁴ göre, nüfusu onbin veya daha fazla olan şehirlerdeki fabrika, imalathane, tezgah, dükkan, mağaza, yazıhane, ticarethane, sınai ve ticari bilumum işletme çalışanlarının haftada bir gün tatil hakları vardır(md.1). Kanunumuzun bu uygulaması uluslararası anlaşmalarla da paralellik göstermektedir. ILO'nun 14 sayılı Sınai Müesseslerde Hafta Tatili Yapılması Hakkında Sözleşmesinin²⁷⁵ ilk maddesinde sınai işler sayılıp kapsamı belirtilirken, ikinci

²⁷² Tuncay, Aziz Can, Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1988, s.53 vd; Şakar, Müjdat, Basın İş Hukuku, İstanbul 2002, s.85.

²⁷³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.244; Mollamahmutoğlu, s.722.

²⁷⁴ RG. 21.01.1924 sayı:54.

²⁷⁵ ILO nun 14 sayılı Sınai Müesseslerde Hafta Tatili Yapılması Hakkında Sözleşmesi. ILO Kabul Tarihi: 25 Ekim 1921; Kanun Tarih ve Sayısı: 11 Şubat 1946 / 4865; RG. Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 16 Şubat 1946 / 4634 www.ilo.org (04.04.2008).

maddesinde aynen kanunda olduğu gibi, yedi günlük bir çalışma devresinde kesintisiz olarak 24 saatlik hafta tatili benimsenmiştir.

Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında 2429 sayılı Kanunun²⁷⁶ 3. maddesine göre hafta tatili günü pazar günüdür. Hastaneler, dispanserler, eczaneler, tıp ve diş muayenehaneleri, kimya ve bakteriyoloji laboratuvarları, hamamlar ve tefirhaneler,²⁷⁷ vapur, tramvay, su, elektrik, gaz, telefon şirketleri, matbaalar, müzeler, umumi kütüphaneler, umumi bahçeler, tiyatrolar, spor, konferans ve konser salonları, sinemalar, halkı eğlendirmeğe mahsus oyun mahalleri, kulüpler, hanlar, oteller, fotoğrafaneler, lokantalar, kahvehaneler, turistik, hediyelik ve hatıra eşya satan ticarethane ve müesseseler pazar günleri tatil yapmayabilirler(md.4). Fakat bu tür işyerinde çalışmakta olanlar haftanın uygun günlerinde dönüşümlü olarak tatil hakkına sahip olmalıdırlar(md.6). Bu durumda hafta tatilinden istisna olan, başka bir anlatımla pazar günleri de açık olan işyerlerinde çalışan işçilere haftanın diğer bir gününde hafta tatili verilmesi yasal bir zorunluluktur. Postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde de işçilere haftanın bir gününde nöbetleşme yolu ile hafta tatili verilmesi zorunludur.²⁷⁸

İş Kanunumuzun 46. maddesi; *“işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir.”* Şeklinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunumuzdaki bu ifade 1475 sayılı İş Kanunundaki hafta tatillerine

²⁷⁶ RG. 19.03.1981 sayı: 17284.

²⁷⁷ Mikroplu eşyanın etütten geçirildiği yer.

²⁷⁸ TİS'nin 57'nci maddesinde yasal ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatili günleri belirtildikten sonra 58'inci madde, 57'nci maddede belirtilen tam gün tatillerde işçinin çalıştırılması halinde iş karşılığı olmayan tatil gündeliği dahil olmak üzere, üç gündelik ödeneceği yazılıdır. Buna göre pazar günü çalışan işçilere iş karşılığı olmayan tatil gündeliği dahil 3 gündelik ödenecektir. Ancak, pazar günü çalışma karşılığı ödeme durumu vardiya dışı çalışan işçiler içindir. Zira vardiya dışı çalışan işçilerin hafta tatili günleri pazar günüdür. Vardiya sistemi ile çalışan işçilerin hafta tatili ise, her zaman pazar gününe rastlamayabilir. 4.4.1973 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan aynı tarih ve 7/6116 sayılı Tüzüğün 10'ncu maddesinde postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde işçilere, haftanın bir gününde nöbetleşme yolu ile hafta tatili verilmesinin zorunlu olduğu yazılıdır. Buna göre vardiya sistemi ile çalışan işçinin hafta tatili vardiyasına isabet eden haftalık çalışmasının bitimini takip eden gündür. Bu yön 1475 sayılı İş Kanununun 43'ncü maddesindeki düzenlemenin de bir gereğidir. Böyle olunca işyerinde uygulanan TİS'nin 58'inci maddesi hükmünü vardiyalı işçiler yönünden kendi hafta tatil günleri için uygulanması söz konusu olur. Yani vardiyalı bir işçi kendi hafta tatili gününde de çalıştırılırsa iş karşılığı olmayan tatil gündeliği dahil üç yevmiye alacaktır, Yarg. 9. HD. 9.11.1989 tarih 1989/6561 E., 1989/9664 K. : www.kazancı.com.tr (09.04.2008).

ilişkin düzenlemeden daha açıklayıcıdır. 4857 sayılı İş Kanununa göre önemli olan İş K.md.63'e göre iş günlerinde çalışmış olmaktır. İşçi bir hafta içerisinde kırkbeş saat çalışmış olmalı veya çalışmış sayılmalıdır²⁷⁹. Yargıtay aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, işçinin ücretli hafta tatiline hak kazanabilmesi için haftada en az beş gün, toplam kırkbeş saat çalışma yapmış olmasını öngörmüştür²⁸⁰.

İş Kanunumuza göre, çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti işçiye tam olarak ödenir(md.47). Hafta tatiline hak kazanabilmek için genel olarak 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olma koşulu aranmasına rağmen, çalışılmadığı halde çalışılmış gibi sayılacak birkaç halde belirtilmiştir. Bu haller: a) Çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar²⁸¹ ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri, b) Evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri, c) Bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri, d) Zorlayıcı ve ekonomik bir sebep olmadan işyerindeki

²⁷⁹ Mollamahmutoğlu, s.724; Süzek, s.642; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.345.

²⁸⁰ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 41'inci maddesine göre iş karşılığı olmayan hafta tatili ücretine hak kazanabilmek için, haftanın tatilden önceki 6 işgününde bu kanunun günlük iş sürelerine uygun olarak çalışılmış olması gerekmektedir. adı geçen Kanun'un 61'inci maddesinde ise, haftalık iş süresi en çok 45 saat, haftada altı işgünü çalışılan işlerde günlük çalışma süresi en çok 7,5 saat olarak gösterilmiş, Cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftalık 45 saatin çalışılan günlere eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre iş karşılığı olmayan hafta tatili ücretinin gerçekleşmesi için en az haftanın beş gününde, günlük kanuni iş sürelerine uygun olarak çalışılması icap etmektedir. (Sözleşmede aksine hüküm getirilebilir.) Bunun sonucu olarak çalışılan hafta tatili (Pazar) gününe ait iş karşılığı ücret istenebilmesi için de aynı çalışma esasları söz konusudur. Şu halde haftanın tatilden önceki kanuni iş süresinde çalışma olmamışsa, işçi sadece hafta tatili gününde çalışmış olmasından dolayı çalışma parası isteyemeyecektir, Yarg. 9. HD. 18.11.1988 tarih 1988/1145 E. 1988/10951 K. : www.kazanci.com.tr (09.04.2008).

²⁸¹ Bu süreler:

- Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler,
- İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler,
- İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler,
- İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler,
- Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler,
- Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen sürelerdir.(İş K. md. 66).

çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününün, işveren tarafından tatil edilmesi halinde, haftanın çalışılmayan günleri çalışılmış günler gibi hesaba katılır (md.46)

Hafta tatili, çalışılmayan bir gün için yevmiye almak anlamına gelse de bu hafta tatilinde hiçbir şekilde çalışılmayacağı anlamına gelmez. Hafta tatilinde çalışmak işçinin rızasına bağlıdır. Yargıtay'a göre bu durumda işçi normal yevmiyenin iki katı kadar bir yevmiyeye hak kazanılır.²⁸² İşçinin tatilden önceki toplam çalışması kırkbeş saati buluyorsa, normal ücretine fazla çalışma ücreti de eklenerek normal ücretinin iki buçuk katının ödenmesi gerektiğini, hafta tatili fazla sürelerle çalışmaya girdiği takdirde ise iki katlık ücrete yüzde yirmi beşlik miktarın da eklenmesi gerekmektedir²⁸³. Yargıtay da aynı görüştedir²⁸⁴.

5.4.2.2. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde İşçilerin Çalıştırılmaması

Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkındaki Kanununa göre ulusal bayram günü 29 Ekim günüdür. Türkiye'nin içinde ve dışında devlet adına yalnız bugün tören yapılır ve bayram 28 Ekim günü saat 13.00'ten itibaren başlar ve 29 Ekim günü devam eder (md.1). Aynı Kanun'un 2. maddesine göre, 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapanması zorunludur. Dolayısı ile bu günde işveren tarafından işçi çalıştırılmaz. Özel iş yerleri ile kastedilen özel hukuk hükümlerine ve İş Kanunu hükümlerine tabi işyerleridir. Dolayısıyla kamu iktisadi teşebbüslerine ait işyerleri de İş Kanununa tabi olduklarından 29 Ekim günü dışında faaliyette bulunabilirler²⁸⁵.

²⁸² Hafta tatili, kural olarak pazar günüdür. Tatilden önceki altı iş günü işyerinde çalışılmışsa, işçi hafta tatili yani pazar günü için, çalışma karşılığı olmayan bir yevmiyeye hak kazanır. Pazar günü de çalışıldığı takdirde, Toplu İş Sözleşmelerine göre yüzde yüz zamlı olarak bir başka anlatımla iki yevmiyeye daha hak kazanır. Böylece çalışılan pazar günü için üç yevmiye ödenmesi söz konusu olmaktadır. Pazar günü çalışılan işyerinde hafta içinde bir gün izin verilmiş ise, artık çalışılan pazar günü için iki yevmiye ödenmesi düşünülemez, Yarg. 9. HD. 30.10.2001 tarih 2001/14351 E. 2001/16856 K. : www.kazanci.com.tr (10.04.2008).

²⁸³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.247,248; Süzek, s.644.

²⁸⁴ Davacı aylık ücretle çalışmaktadır. Aylık maktu ücrete, çalışılmayan genel ve hafta tatili ücretleri de dahildir. Hafta ve genel tatilde çalışma sabit görüldüğü takdirde İş Yasasının 42. maddesi uyarınca hafta ve genel tatil ücretinin bir kat fazlasıyla ancak tatilden önceki 6 işgününde Kanunda öngörülen sürelerle çalışan kimsenin hafta tatilinde çalışması fazla çalışma niteliğine bürüneceğinden bu günlere has olmak üzere 1 kat fazlanın % 50 zammıyla ödetilmesi gerekir. Mahkemenin bu oranları aşarak hüküm vermesi de hatalıdır, Yarg. 9. HD. 27.9.1984 tarih 1984/7250 E. 1984/8414 K. : www.kazanci.com.tr (12.04.2008).

²⁸⁵ Ekonomi; 326,327; Süzek, s.646; Mollamahmutoğlu, s.727; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.248.

Yine aynı maddeye göre, resmi bayram günleri: 23 Nisan günü Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs günü Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı, 30 Ağustos günü Zafer Bayramıdır. Dini bayramlar ise: Arife günü saat 13.00`ten itibaren 3,5 gün olmak üzere Ramazan Bayramı; arife günü saat 13.00`ten itibaren 4,5 gün olmak üzere Kurban Bayramıdır. Bir Ocak günü ise yılbaşı tatilidir. Ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir. Mahiyetleri itibariyle sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümleri saklı tutulmuştur.

Asıl olan tatil gülerinde çalışılmaması olmakla birlikte İş K.md. 44 de buna iki istisna getirilmiştir. Buna ilişkin ilk istisna, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağına toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilmesidir. Diğer istisna ise, sözleşmelerde herhangi bir hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayının alınmasıdır. Bu durumların varlığı olmaksızın işçinin çalıştırılması hukuka aykırılık teşkil eder. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur²⁸⁶.

Ulusal bayram ve genel tatil ücreti İş K.md. 47 de düzenlenmiştir. İş Kanununa göre, bu kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir. Yani Ulusal Bayram ve Genel Tatil günlerinde çalışma fazla çalışma sayılmaz.²⁸⁷ Kanaatimizce söz konusu tatil günlerinde yapılan çalışmalar kanunen fazla çalışma niteliğine girmekteyse, bu takdirde hafta tatilinde yapılan çalışmalarda izah ettiğimiz şekilde, ödenecek olan ücrete fazla çalışma ücreti de eklenebilecektir²⁸⁸.

²⁸⁶ TİS hükmü gereği çalıştırması öngörülen tatil günlerinde 3 gün üst üste devamsızlığı bulunan işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Davacının 2-3-4 Haziran 1993 günlerinde işyerine gelmediği tutulan tutanak ve dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Her ne kadar anılan kurban bayramının 2. ve müteakip günleri tatil ise de TİS`nin 14/a maddesine göre bugünlerde de çalıştırması öngörüldüğünden davacının mazeretsiz üst üste 3 gün devamsızlıkta bulunması işverene hizmet akdini haklı olarak feshetme yetkisi verir. Bu husus dikkate alınarak ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile kabulü isabetsizdir, Yarg. 9. HD. 4.12.1995 tarih 1995/20094 E. 1995/34946 K. : www.kazanci.com.tr (12.04.2008).

²⁸⁷ Tunçomağ, s.166,167.

²⁸⁸ Tunçomağ, s.166,167.

Ulusal bayram veya genel tatil haftanın çalışılmayan gününe denk gelirse işçiye bu süre için ayrıca bir tatil ücreti ödenmez²⁸⁹.

5.4.2.3. Yıllık Ücretli İzin

Yıllık ücretli iznin tanım ve koşullarını yukarıdaki²⁹⁰ bölümlerde incelemiş olduğumuz için, yıllık ücretli izni bu bölümde konumuzla ilgili olarak inceleyeceğiz. Ayrıca Deniz ve Basın İş Kanunlarındaki durumu da değerlendireceğiz.

Yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için işçinin en az bir yıl süre ile çalışmış olması şarttır. İşçi izin kullanmaya hak kazanmasına karşın izni kullanmadan önce iş ilişkisi sona erer ise bu takdirde yıllık ücretli izin hakkının nasıl kullanılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yıllık ücretli izin kural olarak fiilen kullanılan bir haktır. Ancak izne hak kazanılmasından sonra iş ilişkisinin sona erdiği hallerde istisnai olarak işçinin hak kazandığı izin ücreti hesaplanarak kendisine ödenir. Kullanılmayan izin hakkı son yıla veya önceki yıllara ilişkin olabilir²⁹¹. Bu ücretin miktarı, İK:md.59' a göre akdin sona erdiği tarihte işçiye ödenen miktardır. Bu ücretin tüm izinlere uygulanıp uygulanmayacağı konusuna 1475 sayılı İş Kanunu zamanında tartışmalar olmuşsa da²⁹², iş sözleşmesi devam ederken kullanılmayan önceki yıllara ait izin sürelerinin karşılığı olan ücretin sözleşmenin sona erdiği son ücretten hesaplanacağı İş K.md. 59/1

²⁸⁹ Davacı genel tatil günü olan cuma gününden sonraki cumartesi gününün de genel tatil günü olarak değerlendirilmesini talep etmektedir. Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunu'nun 2/D maddesinde; "Bu kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip cumartesi gününün tamamı tatil yapılır..." hükmü yer almaktadır. Kanunun bu maddesinin düzenleniş amacı, Kanunun yayınlandığı tarihte cumartesi günleri saat 13'e kadar çalışma yapılmasıdır. Yasa belirtilen maddesiyle bu süreyi de tatil gününün kapsamı içine almış olup, cumartesi gününün genel tatil günü olarak kabulü mümkün değildir. Bugünün de normal cumartesi günü olarak değerlendirilmesi gerekir, Yarg. 9. HD. 23.10.2003 tarih 2003/17723 E. 2003/17653 K. : www.kazanci.com.tr (12.04.2008).

²⁹⁰ Bknz. bölüm, 5.1.4.3.

²⁹¹ Caniklioğlu, Nurşen, İşçinin yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzin Kullanılmamasının Sonuçları, Nuri Çelik'e Armağan, C. 2 İstanbul 2001, s.1147. Eyrenci/Taşkent/Ulucan s.256; Günay, s.624.

²⁹² Centel, Bireysel İş Hukuku, s.263. esas alınacak bu ücretin fesih nedeniyle kullanılmayan son yıla ilişkin olduğunu, Caniklioğlu, s.1168 daha önce kullanılmamış izin süreleri mevcut ise bu sürelerinde son ücret üzerinden hesaplanacağını, söylemiştir.

de düzenlenmiştir. Yargıtay da, kararlarında kullanılmayan yıllara ait izin ücretinin sözleşmenin sona erdiği son ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini kabul etmiştir²⁹³.

Yıllık ücretli iznin verildiği, işveren tarafından kanıtlanması gereken bir husustur²⁹⁴. Çünkü yıllık izin kayıtlarını tutma yükümü kanun ve YÜİY ile işverene verilmiştir. İşveren; çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren, örneği YÜİY' ye ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır. İşveren, her işçinin yıllık izin durumunu aynı esaslara göre düzenleyeceği izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip edebilir(YÜİY.md.20).

Akdin sona ermesi halinde işçinin önceki yıllarda dahil olmak üzere yıllık ücretli izin sürelerine ait ücretleri alabileceği düzenlenmesine karşın, Kanunda işveren tarafından bu hakkın kullandırılmaması halinde işçiye açıkça tanınmış bir fesih hakkı yoktur. *CANIKLIOĞLU*, İşverenin işçiye yıllık ücretli izin hakkını kullandırmamasının işçinin hem sağlığının yıpranmasına hem de haklarının zarara uğraması sonucuna yol açacağını, işçinin hak kazandığı yıllık ücretli izin hakkının kullandırılmaması durumunda işçinin hizmet akdini haklı nedenle fesih edebileceğinin düşünülebileceğini belirtmiştir²⁹⁵. Yargıtay ise bu nedenle hizmet akdinin feshinin, haklı fesih olmayacağını, hizmet akdi devam ederken zamanaşımı işlemeyeceğinden işçinin bir hak kabının söz konusu olmayacağını, bu nedenle de yıllık ücretli iznin kullandırılmamasının haklı fesih oluşturmayacağını belirtmiştir²⁹⁶. Kanaatimizce yıllık ücretli izin hak kazanıldığı yıl içerisinde kullanılması gereken ve amacına da bu şekilde ulaşacak bir hak olmasına karşın, yıllık iznin kullandırılmaması nedeniyle işçiye verilecek fesih hakkı gerek işverenin zor duruma düşebilecek olması gerek kötü niyetli

²⁹³ Hizmet aktinin fesih tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde dava açıldığına göre; davacının kullanmadığı yıllık izinlerin tümünün karşılığı alacağın son ücret esas alınarak ödenmesine karar verilmesi gerekir, YHGK 2000/9-1079 E. 2000/1103K. : www.kazanci.com.tr (13.04.2008).

²⁹⁴Mollamahmutoglu, s.745; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.260; Günay, s.622.

²⁹⁵ Caniklioğlu, s.1162.

²⁹⁶ Davacı daha önce ücretli izin talebinde bulunmuş ve işverence haklı bir neden bulunmadığı halde bu istek reddedilmiş değildir. Hizmet akdi devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeyeceğinden davacının her zaman kullanmadığı ücretli izinlerin işverence yapılacak plana göre kullanılması mümkündür. Bu nedenle olayımızda mahkemenin kabul ettiği gibi ücretli izinlerinin verilmemiş olması davacıya haklı fesih hakkı vermez. Bu nedenlerle davacının kıdem tazminat isteğinin de reddedilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır, Yarg. 9. HD. 24.12.1997 tarih 1997/18437 E. 1997/22430 K.: www.kazanci.com.tr (13.04.2008).

olarak kullanıma açık olması ve gerekse Yargıtay'ın belirttiği üzere zamanaşımına da maruz kalmayacak olması nedenleriyle haklı fesih hakkı tanımamalıdır.

Yıllık ücretli izin bir yıl çalışma şartı meydana geldikten sonra kullanılabilir. Ancak yıllık ücretli iznin kullanılma zamanı işçi tarafından talep edilse de, iznin kullanılma tarihinin işveren tarafından belirlendiği esasına yukarıda değinmiştik. Yıllık ücretli iznin bir nedenle kullanılmadığı durumlarda zamanaşımı sorunu karşımıza çıkmaktadır. İş K. md. 59 uyarınca *.- İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.* İş Kanunumuzun 59. maddesine göre, yıllık izin ücretine ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar. Bu hüküm ile Borçlar Kanunumuzun 126. maddesinde yer alan ücrete ilişkin beş yıllık zamanaşımı süresinin, yıllık izin ücreti alacağı içinde geçerli olacağı saptanmıştır. Ayrıca zamanaşımının hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı da açıklığa kavuşmuştur²⁹⁷.

Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu açısından durumu incelersek: Deniz İş Kanunu kapsamında yıllık ücretli izne hak kazanılabilmesi için; Deniz İş Kanununa tabi bir hizmet akdiyle çalışmak ve gerekli bekleme sürelerini doldurmak gerekir²⁹⁸. Yıllık ücretli izin Deniz İş Kanununda 40. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; DİK.md.40; *f/1, Aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet akdine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemi adamı, yıllık ücretli izine hak kazanır. f/2, İzin süresi, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemi adamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz. f/3, İzin işverenin uygun göreceği bir zamanda kullanılır. Bu haktan feragat edilemez. f/4, Bir aylık izin, tarafların rızasıyla aynı yıl içinde kullanılmak suretiyle ikiye bölünebilir. f/5Gemiadamı, yıllık ücretli iznini yabancı bir memleket limanında veya hizmet akdinin yapılmış bulunduğu mahalden gayri bir yerde kullanmaya zorlanamaz. f/6, Gemi adamı, dilerse, işveren veya işveren vekilinden ücretli izne ilişkin olarak 7 güne kadar ücretsiz yol izni de isteyebilir. f/7 Gemi adamının hakkettiği yıllık ücretli izni kullanmadan*

²⁹⁷ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 364.

²⁹⁸ Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin s.525.

hizmet akdi 14 üncü maddenin II, III ve IV üncü bentlerine göre bozulursa, işveren veya işveren vekili izin süresine ait ücreti, gemi adamına ödemek zorundadır. Görüldüğü üzere Deniz İş Kanunu da gemi adamlarının yıllık ücretli izin haklarını kullanmaları biraz farklılıklar arz etmektedir. Deniz İş Kanununda yıllık ücretli izne hak kazanabilme bakımından bir takvim yılı içinde en az altı ay çalışmış olmak yeterlidir. İşçinin değişik gemilerde çalışması izin hakkından yararlanmasına engel olmadığı gibi aynı gemide farklı işverenlerin emrinde de çalışılması izin hakkını bertaraf etmeyecektir²⁹⁹. ILO'nun Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 sayılı Sözleşmesine³⁰⁰ göre bu sözleşmenin uygulandığı her gemi adamı, asgari süre ile belirlenen yıllık ücretli izin hakkına sahiptir. İzinler bir yıllık hizmet süresi içinde 30 takvim gününden az olarak belirlenemez(md3). Tam izin hakkı için, herhangi bir yıldaki hizmet süresi gereken süreden daha az olan bir gemi adamı o yıl içindeki hizmet süresiyle orantılı yıllık ücretli izin hakkına sahiptir(md.4). Kanaatimizce, Bu hüküm ile altı aylık çalışmış olma şartının gemi adamları açısından mutlak emredici nitelikte olmayacağı anlaşılmaktadır.

Yıllık ücreti izin Mevzuatımızda ilk olarak 13.06.1952 tarih ve 5953 Basın İş Kanunu ile almıştır. BİK.md.21; *f/1Günlük bir mevkutede çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir. Gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan yukarı olan bir gazeteciye, altı hafta ücretli izin verilir. Gazetecinin kıdemi aynı gazetede ki hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır. f/2 Günlük olmayan mevkutelerde çalışan gazetecilere her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izinlerin hesabında bu Kanununun 1 inci maddesindeki "Gazeteci" tabirine girenlerin kıdemleri, iş akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden inikat etmiş olmasına bakılmaksızın, gazetecilik meslekine geçirdikleri hizmet süresi nazara alınmak suretiyle tesbit edilir.* Yıllık ücretli izin süreleri BİK da hafta olarak gösterilmiştir. Basın İş Kanununun 19. maddesinde ölüm, doğum gibi izinlerin yıllık izinden sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu süreleri güne çevirmek ve İş Kanununun 56. maddesinde olduğu gibi ulusal bayram veya hafta tatili gibi günleri de izin süresine eklemek doğru bir yaklaşımdır³⁰¹. Basın İş Kanunu

²⁹⁹ Ulucan s.40; Özbek, s.148.

³⁰⁰ ILO 146 sayılı Gemi adamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin Sözleşmesi ILO Kabul Tarihi: 13 Ekim 1976; Kanun Tarih ve Sayısı: 15.7.2003 / 4940 www.ilo.org (05.04.2008).

³⁰¹ Şakar, s.91.

yıllık ücretli iznin ne zaman kullanılacağına ilişkin bir hüküm içermemekte ancak gazetecinin hak ettiği izni kullandırmayan veya ücretini ödemeyen işverenin karşılaşacağı müeyyideleri belirtmektedir(BİK.md.29) .

5.5. Kanuni Bir Grev ve Lokavt Durumu Açısından

Grev ve lokavt hakkı Anayasamızın 54. maddesinde sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenmiştir. Her ülkenin sosyal ve ekonomik şartlarına göre değişiklik gösterebilen grev kavramı ülkemizde, işçilerin belirli bir amacı gerçekleştirmek için topluca çalışmamak gibi ortak davranışlarını ifade eden bir kavramdır³⁰².

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt hakkındaki 05.05.1983 tarih ve 2822 sayılı Kanun'un³⁰³(TİSGLK) 25. maddesinde grevin tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre, İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Kanuni grev tanımlanmıştır. Fıkra hükmüne göre, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla bu kanun hükümlerine uygun olarak grev yapılması kanuni grev olarak tanımlanmıştır. Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere kanuni bir grevin varlığı için işçilerin kanuni koşullara uygun olarak belirli bir amaç için işi bırakmaları gereklidir. Ancak işverenin grev amacının dışında zorlanması hukuka uygun değildir³⁰⁴. Aksi durumda kanun dışı grev söz konusu olur.

³⁰² Narmanlıoğlu, Ünal, Kanun Dışı Grevin, Grevle İlgili İşçilerin İş İlişkilerine Etkileri, Kemal Oğuzman'a Armağan Ankara 1997, s.299.

³⁰³ RG.07.05.1983 sayı:18040.

³⁰⁴ 1) Grev, amacı ve sınırları yasada belirlenmiş bir baskı aracı olup, işverenin bu amaç ve sınırlar dışında zorlanması düşünülemez. 2) İşveren, greve katılmayan veya önce katılıp sonra vazgeçerek çalışan işçilerin grev sırasında ürettikleri ürünleri 2822 Sayılı Kanunun 43. maddesine uymak koşulu ile işyeri dışına çıkarabilir ve satabilir. Bu hüküm grev uygulaması başlamadan önce üretilmiş olup stokta yer alan ürünlerin dışarıya çıkarılmasını ve satılmasını yasaklamış değildir. 3) Grevin hukuki sonuçları ve etkisi, uygulamaya başlamakla ortaya çıkmakta ve grev süresince ileriye yönelik olarak etkisini göstermektedir, Yarg. 9. HD. 26.12.1994 tarih 1994/18347 E. 1994/18558 K. : www.kazanci.com.tr (14.04.2008).

Kanuni bir grev veya lokavtın varlığı halinde, greve katılan veya lokavt nedeni ile işten uzaklaştırılan işçilerin, 2822 sayılı Kanun'un bu konudaki düzenlemelerine göre, grev kararının alınmasına katılma, böyle bir kararın alınmasını teşvik etme, böyle bir greve katılma veya böyle bir greve katılmaya teşvik etme nedeni ile iş sözleşmeleri feshedilememektedir(md.42/1). Buna rağmen işçi işten çıkarılırsa bu haksız bir fesih olur³⁰⁵. Kanuna göre, greve katılan veya katılmamakla birlikte işverence çalıştırılmayan (md.38/2) yahut lokavt nedeniyle işten uzaklaştırılan işçilerin iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçları grev ve lokavtın sona ermesine kadar askıda kalır (md.42/2,3). Bu kapsamda grevci işçiye ücret ödeme borcu askıdadır. Dolayısıyla sendika ödentisinin kesilme borcunda işverenin grev nedeniyle askıda olan borçlarından olmaktadır.

Bu durumdaki işçilerin başka iş tutması ise mümkün değildir. Aksi bir durumda işveren işçinin iş sözleşmesini süresiz fesih bildirim yolu ile sona erdirebilir (md.43/3). Kanun'un bu hükmü karşısında iş sözleşmesi askıda kalan işçiler, başka bir işyerinde çalışamayacakları gibi, seyyar satıcılık, hamallık gibi işlerde de çalışamazlar başka bir işte çalışıldığının tespit edilmesi durumunda işveren iş sözleşmesini bildirmsiz olarak fesh edebilir³⁰⁶. Kanuni grevin varlığı işverenlere de bu konuda birtakım sorumluluklar yüklemektedir. İşveren de grev nedeni ile iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçları askıda kalan işçilerin yerine TİSGLK. 39. maddede belirtilen durum dışında, hiçbir şekilde, devamlı veya geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz (md.43/1). Bu hükme göre, işveren greve katılanların yerine işçi alıp çalıştıramayacağı gibi, işçi niteliğinde olmayan kişileri, örneğin eşini, çocuklarını, akraba ve dostlarını da çalıştıramaz³⁰⁷. Ancak bu yasağa rağmen işyerine yeni işçi alınması halinde, işverenin yeni işçi ile yapmış olduğu sözleşme geçersiz sayılmamaktadır. Kanununun 43. maddesinde buna ilişkin bir engel bulunmamaktadır. Ancak grev sonunda grevci işçilere iş verilmezse bu haksız bir fesih niteliğinde olacaktır³⁰⁸. Kanaatimizce kanun açık bir ifade ile yeni işçi alınmasını engellenmemişse de grevden beklenen faydanın sağlanabilmesi için yeni işçi alımları da yasaklanabilir. Kanununun 43. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere madde 38 e göre greve katılmayan veya vazgeçen işçiler sadece kendi işlerinde çalıştırılabilir. İşverenin bu yasağa aykırı hareketi, grev

³⁰⁵ Tunçomağ/Centel, s.476.

³⁰⁶ Esener, İş Hukuku s.630; Oğuzman Kemal, Hukuki Yönden İşçi – İşveren İlişkileri, s.220, C.1, 3.Bası, İstanbul, 1984, Çelik, İş Hukuku Dersleri, s.633.

³⁰⁷ Oğuzman, Hukuki Yönden... s.221.

³⁰⁸ Tunçomağ/Centel, s.488; Oğuzman, Hukuki Yönden... s.219,220.

gözcülerinin ya da taraf sendikasının yazılı başvurusu halinde ilgili bölge müdürlüğü tarafından denetlenir(md.43/1). Kanunun bu maddesine aykırı davranan işverenler, aykırı olarak aldıkları veya alınmasına sebep oldukları veya grev yapan işçilerin yerine çalıştırdıkları her bir işçiyle ilgili olarak yüzelli gün adlî para cezası ile cezalandırılır(md.78/3).

6. SONUÇ

Çalışmamızda ayrıntıları ile incelemeye çalıştığımız üzere Kanun Koyucu tarafından gerek 4857 sayılı İş Kanunu, gerek Anayasa'nın ilgili maddeleri ve gerekse diğer yasal düzenlemeler ile işveren karşısında güçsüz durumda olan işçinin korunması amaçlanmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde özellikle genç işçiler ile kadın işçilerin işveren tarafından çalıştırılması konusu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve bunların çalıştırılmayacakları durumlar Kanun Koyucu tarafından belirtilmiştir.

Şurası unutulmamalıdır ki, işçilerin korunması ile iş güvenliklerinin sağlanması, iş hukukunu ilgilendiren uluslararası nitelikteki hemen her sözleşme ve bildirin başlıca konularındandır. Genel ilkelere yer veren uluslar arası metinler yanında, Avrupa Sosyal Şartı ve ILO Sözleşmeleri de işçilerin korunması ile ilgili somut hükümler getirmektedir. Çalışmamızda gerek kanunlarımızdaki düzenlemeleri gerekse uluslar arası sözleşmelerle hukuk sistemimize giren düzenlemeleri, çalışma konumuz olan işverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğü kapsamında incelemeye gayret gösterdik. Bu konuyu incelerken; iki temel başlıktan yaralandık bunlar; işverenin işçi ile sözleşme yapamayacağı durumlar ve işçi ile işveren arasında geçerli bir sözleşme bulunmasına rağmen işçinin çalıştırılmayacağı durumlardır. Bu başlıklar altında ise her iki başlık kapsamına da giren yaş küçüklüğü ve cinsiyet durumlarını, ayrıca her bir temel başlığın kendine özgü özelliğini içeren asıl işveren – alt işveren ilişkisi, yabancılık durumu, çalışma süreleri ve dinlenme hakkı, kanuni bir grev ve lokavt durumları ve sağlık durumu başlıklarını kullanarak gerek söz konusu durumları gerekse çıkabilecek sorunları irdelemeye çalıştık.

Yaş durumu işverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğü kapsamına giren konulardan bir tanesidir. Çalışma yaşamında kanun koyucu tarafından yaş durumuna ilişkin getirilen sınırlamaların, küçük yaşlarda çalışan veya çalışmaya zorlanan küçük çocukların korunması amacına yönelik olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle eğitim ve gelişimleri devam eden çocukların iş hayatında karşılaşılabilecekleri olumsuz etkenlerden olabildiğince korunmaları gerekmektedir. Çocuk işçiler öncelikli olarak sanayiye ait işlerde; gece yapılan, ağır ve tehlikeli olan, yeraltında yapılan işlerde ve işin

düzenlenmesi bakımından korunmuşlardır. Kanaatimizce çocukların korunmasındaki amaçlar göz önüne alındığında, gerek sanayiden gerek sanayiden sayılmayan işlerden olsun çocukların gece çalışması kural olarak mümkün olmamalıdır. Yine aynı nedenle Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğine ekli tabloda gösterilmemiş, ancak niteliği itibariyle ağır ve tehlikeli olan bir iş söz konusu olduğunda, bu işlerinde çocuk işçilerin çalıştırılmayacağı ağır ve tehlikeli işlerden saymak gerektiği kanaatindeyiz.

İşverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğünü içeren diğer bir konuda cinsiyettir. Kadın işçilerin durumu da çocukları gibi ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Kadınların korunmasındaki amaç fiziki ve sosyal olarak farklılıklarının bulunması ve bu farklılıklar nedeniyle fırsat ve muamele bakımından eşitliğin sağlanmasıdır. ILO'nun kadınların gece çalışmalarına ilişkin sözleşmelerinde, hangi yaşta olursa olsun, kadınların herhangi bir özel veya kamu kuruluşunda veya bu kuruluşların bir şubesinde gece çalışması kural olarak yasaklanmıştır. Ancak bu sözleşmeler Türkiye tarafından kabul edilmemiştir. Kanaatimizce kadınların korunması açısından bu sözleşmelerinde hukuk sistemimizdeki yerini almaları gerekir. Kadının hem çalışan bir birey olması dolayısıyla, hem de anne olması dolayısıyla, sağlığının korunması ve sağlığa zararlı alanlarda çalıştırılmasının kesin olarak önlenmesi de önemlidir. İş Kanunumuzun muhtelif hükümlerinde Kadın işçileri gebelik halinde koruyucu düzenlemeler bulunmaktadır. Kanaatimizce de kadınların gebelik dönemi içerisinde, fiziksel ve ekonomik zorluklar altında bırakılmamaları, hem kadın işçinin şahsının korunması, hem de toplum sağlığının korunması açısından önemlidir. Gebelik döneminde kadın işçilerin doğumdan önce ve sonrasında sekizer haftalık izinleri bulunmaktadır. Ancak kadın işçinin doğumdan önceki izin süresini tam olarak kullanmadan erken doğum yapması durumunda, bu sürenin doğumdan sonraki izin süresine eklenip eklenemeyeceği hususunda bir açıklık yoktur. Kanaatimizce işçi yararına yorum ilkesi gereği, kullanılmayan izin sürelerinin de doğumdan sonraki sekiz haftalık süreye ekleneceği sonucuna varılabilir.

İşverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğü kapsamında incelediğimiz diğer bir konuda sağlık durumu açısından işçinin çalıştırılmayacağı hallerdir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler öncelikle işçilerin sağlığını ve güvenliğini koruma altına almayı

amaçlamaktadır. Bu kapsamda işin görüldüğü yerin sağlık şartlarına uygunluğu önem arz etmektedir. Ayrıca çocuk ve kadın işçiler bölümlerinde incelediğimiz özel durumlarda işçinin sağlığı açısından çalıştırılmayacağı durumlar arasında değerlendirilebilmektedir.

Yabancıların Türkiye de çalışmasına ilişkin düzenlemelerde işverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğü içinde değerlendirilebilecek bir konuyu oluşturmaktadır. Çalışma hakkı Anayasa ile düzenlenmiş temel bir hak olmakla birlikte, temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Kanaatimizce de vatandaşlara tanınan hak ve özgürlüklerin karşılığında birtakım vatandaşlık görevleri de söz konusu olduğu için yabancıların, vatandaşların sahip olduğu tüm haklara sahip olması günümüz Türkiye'sinde mümkün değildir. Bunun dışında yabancıların çalışması bazı kanunlarla, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı, gibi nedenlerle de kısıtlanmıştır. Kanaatimizce sosyal ve stratejik açıdan bu gibi sınırlamalar yerindedir.

İşverenin işçiyi çalıştırmama yükümlülüğünü içeren durumlardan bir tanesini de işçilerin çalışma süreleri ve dinlenme hakları açısından inceledik. Bu kapsamda incelediğimiz konulardan biri olan ara dinlenmelerinde, uygulamada Yargıtay'a göre çıkacak aksaklıklara müdahale için işçinin işyerinde bulunması bu sürenin açılışma süresinden sayılmasına yeterli değildir. Kanaatimizce bu durum işçinin tam anlamıyla serbest olmadığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu süreler de çalışma sürelerinden sayılabilirler. Bu başlıkta incelediğimiz yıllık ücretli izinler açısından uygulamada önemli bir konu ise iznin kullandırılmaması halinde işçinin fesih hakkına sahip olup olmayacağıdır. Kanaatimizce yıllık ücretli izin hak kazanıldığı yıl içerisinde kullanılması gereken ve amacına da bu şekilde ulaşacak bir hak olmasına karşın, yıllık iznin kullandırılmaması nedeniyle işçiye verilecek fesih hakkı gerek işverenin zor duruma düşebileceği olması gerek kötü niyetli olarak kullanıma açık olması ve gerekse Yargıtay'ın belirttiği üzere zamanaşımına da maruz kalmayacak olması nedenleriyle haklı fesih hakkı tanınamamalıdır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisi açısından işçinin çalıştırılmayacağı durumlarda çalışmamız kapsamında incelediğimiz diğer bir konudur. Asıl işveren alt işveren uygulamalarında 1475 sayılı İş Kanunu zamanında birçok muvazaalı uygulama olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunun da muvazaalı uygulamaları engellemek için bir takım önlemler alınmıştır. Bunlardan bazıları; asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı, önceden işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulamayacağına ilişkin düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler doktrinde iyi niyetli uygulamaları engellemesi bakımından eleştiri konusu olmuştur. Kanaatimizce bu hükümler geçmişte var olan suiistimalleri engellemek amacıyla getirildiği için tamamen kaldırmak yerine, hükmün uygulanmasına ilişkin bir takım sınırlamalar getirilmeli ve somut olaylar göz önüne alınarak karara varılmalıdır.

İşverenin işçiyi çalıştıramama yükümlülüğü kapsamında incelediğimiz son konu ise kanuni bir grev ve lokavt durumudur. Grev işçilerin belirli bir amacı gerçekleştirmek için topluca çalışmamak gibi ortak davranışlarını ifade eder. Kanuni grevin varlığı işçilere ve işverenlere birtakım sorumluluklar yüklemektedir. Grev süresince işçinin sözleşmesi askıda kalmakta, başka bir işte çalışmamaktadır. İşverende kural olarak hiçbir şekilde, devamlı veya geçici olarak başka işçi alamamaktadır. Buna rağmen işveren yeni işçi almışsa bu işçilerin sözleşmesi geçersiz olmamaktadır. Kanunda buna ilişkin bir engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce kanunda açık bir ifade ile yeni işçi alınması engellenmemişse de grevden beklenen faydanın sağlanabilmesi için yeni işçi alımları da kesin bir dille yasaklanabilir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akad, M. ve Dinçkol, A., *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul 2007.
- Akad, M. ve Dinçkol – Vural, B., *Genel Kamu Hukuku*, 3. Bası İstanbul 2004.
- Aktay, A. N./Arıcı, K./Senyen-Kaplan, E. T., *İş Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2007.
- Akyiğit, E., *Yıllık Ücretli İzin*, Ankara 2000.
- Akyiğit, E., *İş Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2007.
- Aydın, O., *Yasal Açısından Kadın İşgücü, TİSK Türkiye’de Kadın İşgücü Seminerleri I-II*, 1999.
- Bakırcı, K., *Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, İstanbul 2004.
- Caniklioğlu, N., *İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzinin Kullanılmamasının Sonuçları*, Nuri Çelik’e Armağan, Cilt 2 İstanbul 2001.
- Canbolat, T., *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri*, İstanbul 1992.
- Centel, T., *Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği*, İstanbul 1982.
- Centel, T., *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul 1994.
- Cin, Mustafa, *Yabancıların Türkiye de Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı*, İstanbul 2004, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi,
- Çankaya, O.G. ve Çil, Ş., *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Ankara 2006.
- Çelik, M., *İşletmelerde İş Sürelerinin Düzenlenmesi*, İzmir 1991, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Çelik, N., *İş Hukuku Dersleri*, 20. Bası, İstanbul 2008.
- Çelik, N., *Alt İşveren İşçilerinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacağı Konusundaki Yargıtay Kararı Üzerine*, Prof.Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan İstanbul 1997.
- Çelikel, A. ve Gelgel-Öztekin, G., *Yabancılar Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2005.
- Dönmezer, S., *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 2003.
- Ekonomi, M., *İş Hukuku Cilt 1*, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Ekşi, N., *Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular*, İstanbul 2006.

- Eren, F., *Borçlar Hukuku*, 10. Bası İstanbul 2008.
- Esener, T., *İş Hukuku*, Ankara 1978.
- Esener, T., *Turkish Business Law*, İstanbul 2004.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D., *Bireysel İş Hukuku*, 3.Bası, İstanbul 2006.
- Giritli, İ./Bilgen, P./Akgüner, T., *İdare Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2006.
- Göze, Ayferi, *Sosyal Devlet Sistemi*, İstanbul 1976,
- Gözler, K., *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2008.
- Günay, C.İ., *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2004.
- Güven, E. ve Aydın, U., *Bireysel İş Hukuku*, Eskişehir 2004.
- Güzel, A., *Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek*, Halid Kemal Erbil'e Armağan, İstanbul 1996.
- Güzel, A./Okur, A.R./Caniklioğlu, N., *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2008.
- HAK-İŞ – ILO/İPEC, *Sanayide Çalışan Çocuklar Raporu, Sakarya PILOt Bölge Araştırması*, 2002.
- Kalpak, A., *Kadın İşçilerin İş Yasalarına Göre ve 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'na Göre Korunması*, İstanbul 1998, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Kaplan, E.T., *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde Muvazaalı İşlem Sorunu*, A.Can Tuncay'a Armağan İstanbul 2005.
- Kılıçoğlu, A. M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006.
- Kıral, H., *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Esasları*, Ankara 2006.
- Kumaş, H., *Türkiye'de Çalışan Çocuk ve Çalışma Koşulları (İzmir Örneğinde, Ayakkabıcılık, Mobilyacılık, Oto – Yan Sanayi Sektörlerinde Bir Araştırma)*, İzmir 1993, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Mollamahmutoğlu, H., *İş Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2005.
- Narmanlıoğlu, Ü., *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 3. Bası, İzmir 1998.
- Narmanlıoğlu, Ü., *Kanun Dışı Grevin, Grevle İlgili İşçilerin İş İlişkilerine Etkileri*, Kemal

- Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997.
- Oğuzman, K. ve Barlas, M., *Medeni Hukuk (Giriş)*, 14. Bası, İstanbul 2007.
- Oğuzman, K., *Hukuki Yönden İşçi – İşveren İlişkileri, Cilt 1*, 3. Bası, İstanbul, 1984.
- Oğuzman, K ve Öz, M.T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası İstanbul 2005.
- Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S., *Kişiler Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2005.
- Özbek, O., *Deniz İş Kanunu*, İstanbul 2003.
- Pakin-Akın, E., *Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği*, İstanbul 2005.
- Saraçel, N., *Gece Çalışması ve Türk İş Hukukunda Gece Çalışmasının Düzenlenme Esasları*, Eskişehir 1987.
- Serter, N., *Sanayi Bölgesinde Çalışan Çocukların Sorunları*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayın No:171. Ankara 1997.
- Songu, S.Ö., *Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi*, İzmir 2007, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Süzek, S., *İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2006.
- Şakar, M., *Basın İş Hukuku*, İstanbul 2002.
- Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul 1988.
- Tuncay, A.C., *İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü*, Prof.Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, C.II, İstanbul, 2001.
- Tuncay, A.C., *Çalışan Kadının Analık Durumunda İzin ve Ücret Güvencesi*, Mercek Dergisi, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayınları, Temmuz 2005.
- Tuncay, A.C., *Basında İşçi İşveren İlişkileri*, İstanbul 1988.
- Tuncay A.C. ve Ekmekçi Ö., *Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, İstanbul 2008.
- Tuncay, A.C., *Toplu İş Hukuku*, İstanbul 1999.
- Tunçomağ, K. ve Centel T., *İş Hukukunun Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2008.
- Tunçomağ, K., *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu*, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, cilt.1 İstanbul 1982.
- Tulukçu, B., *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne işçilerin Korunması*, Haber-İş Sendikası Yayınları No:21/2000.

Turan, E.B., *İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma*, İstanbul, 2004, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Ulucan, D., *Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler*, İstanbul 1986.

Uşan, F., *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları 1999.

Yavuz, C., *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 2007.

Yurdakul, S., *Çalışan Kadının Korunması (Avrupa Topluluğu ve Türkiye Boyutlarıyla)*, İstanbul 1994, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Onaran-Yüksel, M., *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*, İstanbul 2000.

Zevkliler, A., *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 8. Bası İstanbul 2004.

Sürekli Yayınlar

Azrak, Ü., “*Sosyal Devlet ve 1961 Anayasasının Sistemi,*” İHFM, Cilt XXVII.

Kılıç, C., “*Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İş Gücü Kullanımı*” (Çocuk işçiliğini Önleme Uluslar arası Programı-IPEC) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001/1-2, Cilt:9.

Özdamar, D., “*Pozitif (olumlu) Ayrımcılık Yönü İle, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler,*” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006/2, Cilt.14.

Özeren, E.E., “*İş Hukukunda Çalışan Çocuk,*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004/52.

Şafak, C., “*4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron(Alt İşveren) Meselesi,*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı:51, Ankara 2004.

Uçum, M., “*Çalışma Yaşamında Çocuk Hakları,*” Legal Hukuk Dergisi 2003/10.

Ünsal, E., “*4857 Sayılı Yasa’ya Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkilerinin Kurulması,*” Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi 2005/6.

Diğer Yayınlar

Çubukçu, Erdoğan, *Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar*, TUHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.21, sayı:2-3 Kasım 2007/Şubat2008, www.tuhis.org.tr (10.08.2008).

Demirhan-Adakale, F.E. ve Ekonomi, M., *Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yasa İle Getirilen Yenilikler*, s.5 İtüdergisi/d, mühendislik, Cilt.4, sayı:5 Ekim 2005, www.itudergi.itu.edu.tr (28.05.2008).

Fendoğlu, H.Tahsin, *2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması*(AY.md.13) www.anayasa.gov.tr (04.07.2008).

Giritli, İsmet, *2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması* www.anayasa.gov.tr (04.07.2008).

Şafak, Can, *4857 sayılı İş Kanun Çerçevesinde Taşeron(Alt İşveren) Meselesi*, www.kristalis.org.tr (10.08.2008).

Zırhlı, F. Ş., *Sosyal Güvenlik ve Kadın*, İstanbul 1998, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi www.yok.gov.tr (13.02.2008).

www.anayasa.gov.tr

www.ilo.org

www.itudergi.itu.edu.tr

www.kazancı.com.tr

www.kiristalis.org.tr

www.tbmm.gov.tr

www.tuhis.org.tr

www.yok.gov.tr

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı: Selçuk ARIKAN

Sürekli Adresi: Ertuğrul Kent mah. Bahriye Üçok cad. Saygın Kent Sitesi, E. Blok. Daire: 16
NİLÜFER/BURSA

Doğum Yeri ve Yılı: Batman 02.11.1982

Yabancı Dili: İngilizce

İlk Öğretim: Batman Atatürk İlköğretim Okulu

Orta Öğretim ve Lise: Bursa Anadolu Lisesi

Lisans: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2000-2004

Yüksek Lisans: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2005-2008

Enstitü Adı: Sosyal Bilimler Enstitüsü

Program Adı: Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Çalışma Hayatı:

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi
Mutlucan Hukuk Bürosu
Yavuz Hukuk Bürosu (Prof. Dr. Cevdet YAVUZ)

Şubat 2001– Temmuz 2004
Mart 2005 – Şubat 2006
Şubat 2006 – Kasım 2007