

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞMA YASAKLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Büşra Gizem ÜNER

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Enver Murat ENGİN

HAZİRAN 2023

ÖNSÖZ

İş Hukuku mevzuatında dağınık bir şekilde düzenlenmiş olan çalışma yasakları bu çalışma kapsamında sistematik bir şekilde ele alınmış ve çalışma yasaklarının kendilerinden beklenen işlevi yerine getirip getirmediği konusundaki fikirlerimize yer verilmiştir.

Tez yazım sürecinde danışmanlığımı üstelenerek ilgisini ve desteğini her zaman gösteren değerli hocam Prof. Dr. E. Murat ENGİN'e, bu çalışmanın hazırlanması sürecinde anlayışı ve desteğini her daim hissettiren, asistanı olmaktan büyük mutluluk duyduğum kıymetli hocam Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR'a ve eğitim hayatımın en başından beri daimi destekçim olan sevgili aileme en içten teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	viii
RÉSUMÉ	x
ABSTRACT	xv
ÖZET.....	xix
GİRİŞ	1
BÖLÜM I: ÇALIŞMA HAKKI VE SÖZLEŞME SERBESTİSİ	4
I. Çalışma Hakkı ve İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü	4
A. Çalışma Hak ve Özgürlüğü	4
1. Çalışma Kavramı.....	4
2. Çalışma Özgürlüğünün Hukuki Niteliği	7
3. Çalışma Hakkı ve Ödevi	10
a. Çalışma Hakkının Tanımı ve Unsurları.....	10
b. Çalışma Ödevi.....	15
c. Çalışma Hakkının Kapsamı.....	16
ç. Çalışma Hakkı Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı	20
B. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü	26
1. Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğü Kavramı	26
2. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Görünümleri.....	31
II. Çalışma Hakkı ve İş Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırlandırılması	34
A. Çalışma Hakkının Sınırlandırılması	34
B. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	39
1. Sözleşmenin Tarafını Seçme Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	39
2. Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	42

3. Şekil Bakımından Getirilen Sınırlamalar	46
BÖLÜM II: YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ NEDENİYLE GETİRİLEN ÇALIŞMA YASAKLARI.....	49
I. Çocuk ve Genç İşçi Kavramı	49
II. Çocukların ve Gençlerin Korunması İhtiyacı	51
III. Yaş Küçüklüğü Nedeniyle Getirilen Çalışma Yasaklarının Hukuki Niteliği ..	55
IV. Asgari Çalışma Yaşı	57
A. Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler	57
B. Türk Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı	65
V. Faaliyet Alanı Bakımından Çalışmanın Yasaklanması	73
A. En Kötü Biçimdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması.....	73
B. İş Kanunu Kapsamında Getirilen Çalışma Yasakları	77
VI. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesi	80
BÖLÜM III: CİNSİYET NEDENİYLE GETİRİLEN ÇALIŞMA YASAKLARI ..	83
I. Çalışma Yaşamında Kadınların Korunması	83
II. Yeraltı ve Sualtında Çalışmanın Yasaklanması	90
III. Gece Çalışmasının Düzenlenmesi.....	95
A. Genel Olarak	95
B. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların Gece Çalışması	99
IV. Analık Nedeniyle Getirilen Çalışma Yasakları.....	102
A. Analık Haline İlişkin Temel Kavramlar	102
B. Analık Nedeniyle Korunma İhtiyacı	104
1. Hamile ve Yeni Doğum Yapmış Kadınların Ayrımcılığa Karşı Korunması	104
2. Analık Haline Özel Bir Takım Hak ve Yasakların Öngörülmesi	106
C. Muayene İzni	108
Ç. Analık İzni	110
D. Süt İzni	114

E. Gebe ve Emziren İşçilerin Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi	118
V. Çalışma Hakkı ile Çalışma Yasakları Arasında Kurulan Denge.....	120
A. Ücretsiz İzin Hakkı.....	121
B. Ebeveyn İzni	127
BÖLÜM IV: YABANCILARA GETİRİLEN ÇALIŞMA YASAKLARI.....	131
I. Yabancı Kavramı	131
A. Vatansızlar.....	133
B. Uluslararası Korumadan Faydalananlar	134
1. Mülteciler	134
2. Şartlı Mülteciler	136
3. İkincil Koruma Statüsü Sahipleri	137
C. Geçici Koruma Statüsü Sahipleri	138
Ç. Mavi Kartlılar	142
D. Türk Soylu Yabancılar	143
II. Uluslararası Hukukta Yabancıların Çalışma Hakları ve Sınırlandırılması.....	146
A. Genel Olarak	146
B. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri Kapsamında Yabancıların Çalışma Hakkı	147
1. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme....	147
2. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme	149
C. ILO Sözleşmelerinde Yabancıların Çalışma Hakkı	153
1. İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 97 Sayılı ILO Sözleşmesi.....	153
2. İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 143 Sayılı ILO Sözleşmesi	155
Ç. Avrupa Birliği Mevzuatında Yabancıların Çalışma Hakkı	156
1. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	156
2. Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi	158
III. Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakları ve Sınırlandırılması.....	159

A. Anayasal Çerçeve ve Yabancıların Çalışma Haklarının Sınırlandırılması ..	159
B. Çalışma İzni Alma Zorunluluğu	161
1. Çalışma İzni Muafiyetinin Tanınmamış Olması	161
2. Çalışma İzninin Değerlendirilmesi ve Ön İzin	163
3. Çalışma İzni Türleri	165
4. Çalışma İzninin Sınırlandırılması	169
C. Yabancıların Çalışmasının Yasak Olduğu Faaliyetler	170
1. Kamu Güvenliği Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar	171
2. Kamu Sağlığı Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar	173
3. Kamu Düzeni Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar	175
4. Kamu Yararı Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar	176
BÖLÜM V: ÇALIŞMA YASAKLARINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI	178
I. Hukuki Yaptırımlar	178
A. Çalışma Yasaklarına Aykırı İş Sözleşmelerinin Geçersizliği	178
1. Sözleşmelerin Geçersizliği Kavramı	178
2. Yaş ve Cinsiyet Nedeniyle Getirilen Yasaklara Aykırı İş Sözleşmeleri ..	183
3. Yabancılarla Akdedilen İş Sözleşmelerinin Geçerliliği	189
B. Çalışma Yasaklarının İş Sözleşmelerinin Sona Ermesine Etkisi	192
1. Çalışma Yasaklarının Fesih Dışında Sözleşmenin Sona Ermesine Etkisi	192
2. Çalışma Yasaklarının İş Sözleşmesinin Feshedilmesine Etkisi	196
a. Çalışma Yasaklarının İş Sözleşmesinin Süreli Feshine Etkisi	196
(1) İş Güvencesine Tabi Olmayan İşçiler Bakımından	198
(2) İş Güvencesine Tabi İşçiler Bakımından	201
b. Çalışma Yasaklarının Haklı Nedenle Derhal Feshe Etkisi	202
II. İdari ve Cezai Yaptırımlar	204
A. İdari Yaptırımlar	204
1. İdari Para Cezaları	205
a. Genel Olarak	205

b. İş Kanunu Kapsamında Öngörülen İdari Para Cezaları	206
c. Diğer Kanunlarda Öngörülen İdari Para Cezaları	208
2. İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Kapsamında Öngörülen Yaptırımlar ..	210
B. Cezai Yaptırımlar	212
1. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu	213
2. Nefret ve Ayrımcılık Suçu	216
SONUÇ	219
KAYNAKÇA	224



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AnaKSÇY	: Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
AY	: 1982 Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: cilt
CEDAW	: Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
ÇGİY	: Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn	: dipnot
E.	: esas
ESKHS	: Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
f.	: fıkra
GebeEKY	: Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik
GGASŞ	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
GIHSHAS	: Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi
GKKB	: Geçici Koruma Kimlik Belgesi
GKÇİY	: Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik
GKY	: Geçici Koruma Yönetmeliği
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
IPEC	: Çocuk İşçiliğinin Önlenmesi Uluslararası Programı
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İSGK	: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İş K.	: 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: karar
Tüzük	: Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük

GPÇY	: Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MÜHFDHAD:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
no.	: numara
RG	: Resmi Gazete
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: sayfa
S.	: sayı
Yönetmelik Tasarısı	: Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı
ss.	: Sayfa aralığı
STİSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayii Ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
UHK	: 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
UİGM	: Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü
UİK	: Uluslararası İşgücü Kanunu
UİKY	: Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği
UKSSKB	: Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Y.	: yıl
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

RÉSUMÉ

Dans le cadre de cette étude, les interdictions de travail qui constituent la frontière commune entre le droit du travail et la liberté de contrat, ainsi que les sanctions juridiques, administratives et pénales applicables aux employés et aux employeurs en cas de non-respect de ces interdictions, ont été examinées.

Le droit au travail, qui est la garantie et le complément de la liberté de travail, est inclus dans les droits de statut positif qui permettent au titulaire du droit de demander à l'État une prestation positive, contrairement à la liberté de travail. En raison de cette caractéristique du droit au travail, l'État doit jouer un rôle actif dans l'établissement du droit au travail et doit clairement définir sa portée et ses limites.

Lorsqu'on examine les dispositions des législations internationales et nationales, on constate que le droit au travail inclut également i) le droit à un emploi, ii) la protection contre le chômage, iii) le droit de travailler dans la profession de son choix, iv) la possibilité de progresser dans la profession choisie, v) le droit de travailler dans des conditions de travail qui ne portent pas atteinte à la dignité humaine, vi) le droit de recevoir une rémunération équitable et suffisante pour permettre à l'employé et à sa famille de subvenir à leurs besoins, vii) le droit à une période de repos appropriée et viii) le droit à l'égalité de traitement. Dans le cadre du droit au travail, le droit des personnes à exercer l'emploi qu'elles souhaitent est protégé, de même que le travail forcé ou obligatoire pour esclavage, servitude ou toute autre raison est interdit. Le travail pénible dans lequel des personnes sont employées sans aucune rémunération est également interdit dans le cadre du droit au travail.

Le droit au travail n'a pas été reconnu de manière illimitée dans des documents internationaux importants en matière de droits de l'homme tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Charte sociale européenne. Selon les documents susmentionnés, le droit au travail peut être restreint en ce qui concerne certains individus et groupes pour des raisons telles que l'intérêt public, la sécurité publique, la protection des droits et libertés des individus, la protection des groupes défavorisés ou le bien-être général. Dans la Constitution de 1982, il a été admis que le droit au travail pouvait être limité parallèlement aux dispositions de la législation internationale. Dans le cadre de l'article 13 de la Constitution, le droit au travail, comme les autres droits et libertés fondamentaux, peut être limité dans le cadre des dispositions de la loi sans affecter l'essence du droit. Là encore, il est possible de limiter le droit au travail en cas de guerre et de mobilisation stipulées à l'article 14 et l'interdiction d'abus de droit stipulée à l'article 15. Outre les principales limitations stipulées dans la Constitution, le critère d'adéquation des ressources financières inclus dans la disposition de l'article 65 figure également parmi les raisons de la limitation du droit au travail.

L'article 50 de la Constitution de 1982 est l'une des bases constitutionnelles de notre législation des interdictions de travail qui limitent le droit d'individus ou de groupes de personnes à travailler dans un certain emploi ou dans certaines conditions de travail. En conséquence, personne ne pourra être employé dans des emplois qui ne correspondent pas à son âge, son sexe et sa force, et il sera spécialement protégé en termes de conditions de travail. Là encore, conformément à l'article 16 de la Constitution, le droit au travail des étrangers peut être limité par la loi conformément au droit international.

Dans notre droit, les dispositions de la législation qui interdisent à des personnes ou à des groupes de personnes de travailler dans un emploi particulier ou dans des conditions de travail ont une apparence assez dispersée. Lorsque les dispositions de la législation internationale et nationale sont examinées, il apparaît que les droits de travail des individus sont généralement limités en raison de leur âge, de leur sexe ou de leur statut étranger, ce qui rend nécessaire une analyse distincte des interdictions de travail pour chaque groupe de personnes concerné afin de pouvoir les examiner de manière systématique.

Dans les interdictions de travail prononcées en raison de l'âge, les destinataires de l'interdiction sont les enfants travailleurs de moins de quinze ans et les jeunes travailleurs âgés de quinze à dix-huit ans. Le travail des enfants et des jeunes est aujourd'hui l'un des problèmes les plus importants dans les pays sous-développés et en développement, et c'est l'un des plus grands obstacles qui empêchent les enfants de mener à bien leur développement physique et spirituel et de poursuivre leur éducation. Les États qui ont pour objectif d'éliminer le travail des enfants et des jeunes ont établi un âge minimum pour travailler, sauf pour certaines exceptions telles que les activités artistiques, culturelles et publicitaires, et ont interdit le travail des enfants et des jeunes dans certains secteurs où ils pourraient être physiquement ou mentalement blessés, tels que les travaux souterrains et sous-marins. Conformément au principe de protection des enfants et des jeunes travailleurs, les heures de travail hebdomadaires des enfants, les périodes de repos, les droits aux congés annuels sont déterminés différemment de ceux des adultes, et les heures supplémentaires et le travail de nuit sont interdits.

Les interdictions de travail imposées aux enfants et aux jeunes travailleurs dans notre législation varient selon la loi à laquelle ces personnes sont soumises. En effet, l'âge minimum de travail régulier, sauf pour les activités artistiques, culturelles et publicitaires ainsi que les travaux légers, est fixé à quinze ans en vertu de la loi turque n° 4857 sur le travail, tandis que l'âge minimum de travail des enfants et des jeunes travailleurs dans d'autres lois est de douze ans conformément à l'article 173 de la loi sur la santé publique. Bien que, conformément à l'article 90/5 de la Constitution de 1982 de l'article 173 de la loi sur la santé publique, qui constitue clairement une violation de la convention n° 138 de l'Organisation internationale du travail sur l'âge minimum de travail signée par la Turquie ; Bien que nous soyons d'avis qu'il est tacitement aboli, nous estimons que l'âge minimum de travail fixé à douze ans à l'article 173 de la loi sur la santé publique devrait être porté à quinze ans afin d'assurer l'unité de la législation. Encore une fois, à notre avis, autoriser des conditions de travail plus sévères aux jeunes travailleurs âgés de seize à dix-huit ans qui ne travaillent pas dans le cadre de la loi sur le travail que les jeunes travailleurs qui travaillent sous la loi sur le travail sans raison justifiable constitue une violation de le principe d'égalité.

Les destinataires des interdictions de travail imposées en raison du sexe et des caractéristiques liées au sexe sont les travailleuses. L'un des problèmes les plus importants des travailleuses dans la vie professionnelle est qu'elles sont exposées à la discrimination en raison de leur sexe. En effet, les travailleuses ne sont pas préférées lors du recrutement en raison de leur sexe et de leurs caractéristiques liées au genre, et lorsqu'un travailleur doit être licencié, elles sont sacrifiées en premier. Les interdictions de travail sous terre et sous l'eau ainsi que de travail de nuit introduites au début du 20ème siècle dans le but de protéger les femmes sont devenues une pratique discriminatoire en soi en excluant les femmes de la vie professionnelle, en raison du développement technologique et de l'augmentation du niveau d'éducation des femmes. Bien que l'interdiction du travail de nuit pour les femmes ait été levée conformément à l'évolution sur la scène internationale de notre droit, l'interdiction du travail souterrain et sous l'eau est toujours en vigueur conformément à l'article 72 de la loi sur le travail. Toutefois, à compter du 23 mars 2015, de la Convention de l'Organisation internationale du travail sur la sécurité et la santé dans les mines n° 176 ; Avec son entrée en vigueur dans notre pays, la disposition de l'article 72 de la loi sur le travail, qui interdit aux femmes de travailler dans la clandestinité, a été tacitement abolie conformément à l'article 90/fin de la constitution.

De nos jours, il est admis que le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination ne sont pas violés si des traitements différents sont réservés aux femmes enceintes, nouvellement accouchées ou allaitantes, dans le but de protéger la santé de la mère et de l'enfant, de mettre en œuvre des politiques de croissance démographique et d'accroître la participation des femmes à l'emploi, et que certains droits et interdictions ne s'appliquent qu'à ces travailleuses. Les congés accordés aux femmes enceintes, nouveau-nées ou allaitantes sont régis par l'article 74 de la loi sur le travail. Les droits et interdictions prévus par l'article 74 de la Loi sur le travail s'appliquent à tous les travailleurs employés en vertu d'un contrat de travail, qu'ils soient soumis ou non à la loi n° 4857 en raison de la référence faite à l'article 74/fin de la loi sur le travail. Selon les dispositions de l'article 74 de la loi sur le travail, les femmes enceintes, venant d'accoucher ou allaitant ; Cinq droits à congé différents ont été accordés, dont un congé d'examen, un congé de maternité, un congé de maternité, un congé sans solde de six mois et un congé à mi-temps. Il est interdit de faire travailler une travailleuse pendant les périodes où elle utilise ses congés. En cas de décès de la mère pendant ou après l'accouchement, tous ces droits à congé prévus à l'article 74 de la loi sur le travail ne sont accordés qu'à la travailleuse, à l'exception du père qui utilise le reste du congé de maternité. Cependant, étant donné que la restriction de toutes les autorisations liées à la garde d'enfants à la seule femme nourrit la perception traditionnelle qui ne considère la femme que comme une épouse et une mère, la réduction de l'emploi des femmes a été constatée. En raison de cette raison, le concept de congé parental est apparu au niveau international, et la possibilité pour la mère et le père d'utiliser un congé pour la garde d'enfants a été introduite. Dans notre droit, le congé parental étant réglementé dans le cadre de l'article 13/5 de la loi sur le travail, si les deux parents travaillent, il est possible pour la mère ou le père de demander une période de travail jusqu'au début du mois suivant le début de l'âge de l'enseignement primaire obligatoire. Bien que cette réglementation de l'article 13/5 de la loi sur le travail soit positive, nous estimons que puisque la garde des enfants incombe à la fois à la mère et au père, le congé prévu à l'article 74 de la loi sur le travail devrait également être accordé à l'employé qui un père dans la mesure où cela correspond à ses qualifications.

Dans notre loi, l'étranger fait référence aux personnes qui ne sont pas des citoyens turcs. Par conséquent, un étranger peut être un citoyen d'un autre pays, ou un apatride ou un réfugié. Dans le cadre de notre législation, les étrangers sont divisés en différentes catégories en tant qu'apatrides, bénéficiaires de la protection internationale, titulaires de la carte bleue, nobles turcs et titulaires d'un statut de protection temporaire, et le droit au travail des étrangers dans chaque catégorie est limité différemment. Par exemple, il est interdit aux étrangers autres que d'ascendance turque d'exercer des emplois et des professions réservés aux citoyens turcs afin de protéger la sécurité publique, la santé publique et l'ordre public ; Les réfugiés, les titulaires du statut de protection subsidiaire et les titulaires de la carte bleue sont dispensés de l'obligation de permis de travail que les autres étrangers doivent obtenir pour exercer des emplois et occupations qui ne leur sont pas interdits.

Les comportements contraires aux interdictions de travail imposées en raison de l'âge, du sexe et de l'extranéité sont passibles de sanctions judiciaires, administratives et dans certains cas pénales. La sanction légale la plus importante concernant les interdictions de travail en raison de l'âge, du sexe et de l'étranger est l'invalidation du contrat de travail. En fait, les dispositions relatives aux interdictions de travail sont de nature impérative et la sanction de la violation des dispositions impératives dans le cadre de l'article 27 du Code des obligations turc a été déterminée comme une nullité définitive. Ils acceptent que le contrat soit effectivement invalidé pour l'avenir en cas de contradiction avec les enseignements et les interdictions de travail de la Cour suprême, puisque l'invalidation du contrat depuis le début est incompatible avec l'objectif du droit du travail de protéger le travailleur. En revanche, bien que cela soit interdit, une exception est faite en ce qui concerne les étrangers exerçant des emplois et professions réservés aux seuls citoyens turcs dans les dispositions de la loi spéciale, et dans ce cas où l'ordre public est gravement violé, le contrat de travail est invalidé dès le départ.

Comme dans le cas des interdictions en matière de conditions de travail, dans certains cas où la violation des interdictions de travail n'affecte pas la validité du contrat de travail, il est possible de résilier le contrat de travail pour une cause juste et valable en raison d'un comportement contraire aux interdictions de travail. Dans les cas où le comportement à l'origine du licenciement constitue également une discrimination, les discussions sur l'obtention d'une indemnité de discrimination en plus des indemnités obtenues en raison du licenciement sont couvertes dans le cadre de notre étude, mais il est à notre avis possible d'exiger ces compensations, qui ont des qualités juridiques différentes, en même temps.

Afin d'assurer le respect des normes minimales qu'il a déterminées, l'État peut soumettre les actes contraires à ces normes à des sanctions administratives ou pénales ainsi qu'à des sanctions judiciaires. Dans le cadre de la loi sur le travail, des amendes administratives sont principalement imposées en cas de violation des interdictions de travail. Étant donné que les enfants, les femmes et les étrangers font partie des groupes spéciaux en matière de santé et de sécurité au travail, il est possible d'imposer des amendes administratives, ainsi que des sanctions telles que la suspension du travail ou la détention du travailleur prévues par la loi sur la santé et la sécurité au travail. et la législation sur la sécurité.

Dans le cas où l'emploi de l'employé dans un emploi et/ou des conditions de travail interdits répond aux éléments matériels et moraux des types de délits du Code pénal turc, l'employeur ou les représentants de l'employeur qui agissent en violation des interdictions de travail peuvent être passibles d'une peine d'emprisonnement ou des amendes judiciaires. Dans ce contexte, le crime de violation de la liberté de travail et de travail à l'article 117 du Code pénal turc et le crime de haine et de discrimination à l'article 122 font partie des crimes examinés dans le cadre de notre étude.



ABSTRACT

Within the scope of this study, the prohibitions of employment, which constitute the common limit of the right to work and principle of the freedom of contract, and the legal, administrative and penal sanctions to be applied to workers and employers in case of non-compliance with these prohibitions are discussed.

The right to work, which is the guarantee and complement of the liberty of labour, is included in the positive status rights that allow the right holder to request a positive action from the state, unlike the liberty of labour. Due to this nature of the right to work, the state should play an active role in establishing the right to work and clearly define its scope and limits.

Considering the provisions of international and national legislation, it is seen that the right to work also includes the rights to i) have a job, ii) protection against unemployment, iii) work in the profession he wants, iv) have the opportunity to progress in his chosen profession, v) benefit from working conditions that are not contrary to human dignity, vi) get a wage that is that the worker can support himself and his family and proportional to the work he/she does vii) have a rest period appropriate to his work, and viii) equal treatment. Within the scope of the right to work, the right of persons to work at the job they want is protected, as well as forced or compulsory labor for slavery, servitude or any other reason other than their wishes and wishes is prohibited. Again, drudgery jobs in which people are employed without any compensation are also prohibited within the scope of the right to work.

Unlimited recognition of the right to work has not been accepted in important international human rights documents such as the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the United Nations Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the European Social Charter (ASCH). According to the mentioned documents, the right to work may be restricted in terms of certain persons and groups for reasons such as public interest, public security, protection of the rights and freedoms of individuals, protection of disadvantaged groups or ensuring general welfare. In the 1982 Constitution, it was accepted that the right to work could be limited in parallel with the provisions of international legislation. Within the framework of Article 13 of the Constitution, the right to work, like other fundamental rights and freedoms, can be limited within the framework of the provisions of the law without affecting the essence of the right. Again, it is possible to limit the right to work in cases of war and mobilization stipulated in Article 14 and the prohibition of abuse of the right stipulated in Article 15. In addition to the main limitations stipulated in the Constitution, the criterion of adequacy of financial resources included in the provision of Article 65 is also among the reasons for the limitation of the right to work.

Article 50 of the 1982 Constitution is one of the constitutional bases in our legislation of the employment prohibitions that limit the right of individuals or groups of persons to work in a certain job or under certain working conditions. Accordingly, no one can be employed in jobs that do not match their age, gender or strength and will be specially protected in terms of working conditions. And also, pursuant to Article 16 of the Constitution the right to work of foreigners may be limited by law in accordance with international law.

In our law, the provisions of the legislation prohibiting persons from working in a certain job or under working conditions present a rather disorganized appearance. Since it is seen that the working rights of people are usually restricted due to their age, gender or being a foreigner when both international and national legislation provisions are examined, a distinction has been made according to the groups of people who are the addressee of the ban in order to systematically examine the employment prohibitions.

In the employment prohibitions brought due to age, the addressee of the ban is child workers under the age of fifteen and young workers between the ages of fifteen and eighteen. Child and youth labor is one of the most important problems in underdeveloped and developing countries today, and it is among the biggest obstacles to children completing their physical and spiritual development in a healthy way and continuing their education. With some exceptions, such as the ability of children to work in art, culture and advertising activities, a minimum age limit has been introduced by the states that have set out to eliminate child and youth labor. Children and young workers who are above the minimum age limit are prohibited from working in some business areas where they will be physically or mentally harmed, such as in underground and underwater jobs. Also, in accordance with the principle of protection of children and young workers, children's weekly working hours, rest periods, annual leave rights are determined differently from adults, and extra work and night work are prohibited.

The employment prohibitions imposed on child and young workers in our law vary according to the law to which these people are subject. As a matter of fact, the Labor Law No. 4857 the usual minimum working age is set at fifteen, except for the children working in art, culture and advertising activities and light jobs, while the minimum working age is twelve for children working under other laws in accordance with the provision of Article 173 of the Public Hygiene Law (PHL). Although we are of the opinion that the provision of Article 173 of the PHL, which is clearly contrary to the International Labour Organization (ILO) Convention No. 138 on the Minimum Working Age, which Turkey has signed is tacitly abolished in accordance with the provision of article 90/5 of the Constitution, we believe that the minimum working age determined as twelve in article 173 of the PHL should be changed to fifteen in order to ensure legislative unity. Also, in our opinion, allowing the application of harsher working conditions to young workers between the ages of sixteen and eighteen who do not work under the Labor Law than to young workers working under the Labor Law without legitimate reason constitutes a violation of the principle of equality.

The addressees of the employment prohibitions imposed due to gender and gender-related characteristics are female workers. One of the most important problems of women workers in working life is that they are exposed to discrimination because of their gender. Indeed, female workers are not preferred when recruiting due to their

gender and gender-related characteristics, and when a worker is to be fired, they are sacrificed first. prohibition of working underground and underwater, and the prohibition of working at night which were brought to protect women at the beginning of the 20th century, have become a discriminatory practice in itself, which causes women to be excluded from working life today due to advances in technology and an increase in women's educational level. Even though the prohibition of night work for women has been lifted in accordance with the developments in the international arena in our law, the prohibition of working underground and underwater is still in effect in accordance with Article 72 of the Labor Law. However, with the entry into force of the ILO Convention No. 176 on Safety and Health in Mines as of March 23, 2015 in our country, the provision of Article 72 of the Labor Law, which prohibits women from working underground, was tacitly abolished in accordance with the provision of article 90/5 of the Constitution.

Today, it is accepted that pregnant, newly born or breastfeeding women can be treated differently and only certain rights and prohibitions can be enacted for these workers, without violating the principle of equality and the prohibition of discrimination, due to protecting the health of mothers and babies, the population growth policies of the states, and increasing women's participation in employment. The permits granted to women who are pregnant, have just given birth or are breastfeeding are regulated by the provision of Article 74 of the Labor Law. The rights and prohibitions provided for under the provision of Article 74 of the Labor Law will be applied to all employees who work under an employment contract, regardless of whether they are subject to Labor Law . According to the provision of Article 74 of the Labor Law, pregnant, newly delivered or breastfeeding women have been granted five different leave rights, including examination leave, maternity leave, breastfeeding leave, six-month unpaid leave and half-work leave, depending on their status. It is forbidden for a female employee to work during these periods when she is on leave. All these leave rights provided for in Article 74 of the Labor Law, except for the use of the maternity leave to the father if the mother dies during childbirth or after childbirth, have been granted only to the female employee. However, due to the fact that all permits for child care are specific only to women, feeding the traditional perception that positions women only as a wife and mother and considers them as a secondary workforce, the concept of parental leave has emerged internationally and it has paved the way for both mother and father to use leave during to child care. In our law, with the parental leave regulated under the provision of Article 13/5 of the Labor Law, if both parents work, it is possible for the mother or father to request part-time work until the beginning of the month following the start of the compulsory primary school age. Although this regulation contained in article 13/5 of the Labor Law is positive, we believe that since child care is the duty of both the mother and the father, the permits contained in Article 74 of the Labor Law should also be used by the employee who is the father to the extent that they correspond to their nature.

In our law, foreigner refers to persons who are not Turkish citizens. Therefore, a foreigner may be a citizen of another country, or a stateless or refugee. Within the scope of our legislation, foreigners are divided into various categories, including stateless persons, beneficiaries of international protection, blue card holders, Turkic foreigners and holders of temporary protection status, and the right of foreigners in each category to work is restricted differently. For example, foreigners other than Turkic foreigners are prohibited from doing jobs and professions specific only to Turkish citizens in order to protect public security, public health and public order,

while refugees, secondary protection status holders and blue card holders are exempted from the work permit requirement that other foreigners must obtain in order to do jobs and professions that are not prohibited to them.

Behaviors that violate the employment prohibitions imposed due to age, gender and unfamiliarity are subject to legal, administrative and, in some cases, criminal sanctions. The most important legal sanction regarding employment prohibitions imposed due to age, gender and unfamiliarity is the invalidation of the employment contract. As a matter of fact, the provisions related to employment prohibitions are mandatory, and within the framework of the provision of Article 27 of the Turkish Code of Obligations (TCO), the sanction of violation of the mandatory provisions is determined as nullity. The Doctrine and the Supreme Court agree that the contract should be effectively invalidated in the future in case of violation of employment prohibitions, since the invalidation of the contract from the beginning constitutes a violation of the purpose of labor law to protect the employee. On the contrary, in this case, where the public order has been severely violated in terms of foreigners working in jobs and professions specific only to Turkish citizens, the employment contract is considered invalid from the very beginning.

In some cases, where the violation of employment prohibitions does not affect the validity of the employment contract, as in the prohibitions imposed in terms of working conditions, it is possible to terminate the employment contract for valid or justified reasons. In cases where the behavior that caused the termination also constitutes discrimination, the discussions on whether discrimination compensation can be obtained in addition to the compensations obtained due to the termination are discussed within the scope of our study, but in our opinion, it is possible that these compensations may be demand at the same time due to the fact that their legal qualities are different from each other.

In order to ensure that the minimum norms it has determined are complied with, the state may subject acts that violate these norms to administrative or criminal sanctions as well as legal sanctions. Within the scope of the Labor Law, administrative fines are mostly imposed in case of violation of employment prohibitions. Due to the fact that children, women and foreigners are among the special groups in terms of occupational health and safety, it is also possible to impose sanctions such as suspension of work or detention of the worker from work stipulated within the scope of occupational health and safety legislation.

If the employee's employment in a prohibited job and/or working conditions meets the material and moral elements of the crime types specified in the Turkish Penal Code (TCK), the employer or employer's representatives who act in violation of the employment prohibitions may be subject to prison sentences or judicial fines. In this context, the crime of violation of the freedom of work and labor included in the article 117 of the TCK and the crime of hate and discrimination in the article 122 of the TCK are among the crimes examined within the scope of our study.

ÖZET

Bu çalışma kapsamında, çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin ortak sınırını oluşturan çalışma yasakları ve bu yasaklara uyulmaması halinde işçi ve işverenlere uygulanacak hukuki, idari ve cezai yaptırımlar ele alınmıştır.

Çalışma özgürlüğünün güvencesi ve tamamlayıcısı niteliğinde olan çalışma hakkı, çalışma özgürlüğünün aksine hak sahibine devletten olumlu bir edimde bulunmasını isteme imkanı tanıyan pozitif statü hakları içerisinde yer almaktadır. Çalışma hakkının bu niteliği nedeniyle devlet, çalışma hakkının tesis edilmesinde aktif rol oynamalı ve kapsamı ile sınırlarını açıkça belirlemelidir.

Uluslararası ve ulusal mevzuat hükümleri incelendiğinde çalışma hakkının aynı zamanda i) bir işe sahip olma, ii) işsizliğe karşı korunma, iii) istediği meslekte çalışma, iv) seçtiği meslekte ilerleme imkanına sahip olma, v) insan onuruna aykırı olmayan çalışma koşullarından yararlanma, vi) yaptığı işle orantılı ve işçinin kendisi ile ailesini geçindirebileceği bir ücret elde etme, vii) çalışmasına uygun bir dinlenme süresine sahip olma ve viii) eşit muamele görme haklarını da kapsamına aldığı görülmektedir. Çalışma hakkı kapsamında kişilerin istediği işte çalışma hakkı korunduğu gibi kölelik, kulluk veya başka bir nedenle arzu ve istekleri dışında zorla veya zorunlu olarak çalıştırılması da yasaklanmaktadır. Yine, kişilerin herhangi bir karşılık verilmeksizin çalıştırıldığı angarya işler de çalışma hakkı kapsamında yasaklanmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) ve Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ) gibi insan hakları alanında önemli uluslararası belgelerde çalışma hakkının sınırsız bir şekilde tanınması kabul edilmemiştir. Anılan belgelere göre çalışma hakkı; kamu yararı, kamu güvenliği, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması, dezavantajlı grupların korunması veya genel refahın sağlanması gibi sebeplerle belli kişi ve gruplar bakımından sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası'nda da uluslararası mevzuat hükümleri ile paralel bir şekilde çalışma hakkının sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde çalışma hakkı diğer temel hak ve özgürlükler gibi hakkın özüne dokunulmaksızın kanun hükümleri çerçevesinde sınırlandırılabilir. Yine 14. maddede öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağı ve 15. maddede öngörülen savaş ve seferberlik hallerinde de çalışma hakkının sınırlandırılması mümkündür. Anayasada öngörülen temel sınırlandırma sebeplerinin yanı sıra 65. madde hükmünde yer verilen mali kaynakların yeterliliği ölçütü de çalışma hakkının sınırlandırılma sebepleri arasında yer almaktadır.

1982 Anayasası'nın 50. maddesi ise yasa ile çerçevesi çizilmiş kişi veya kişi gruplarının belirli bir işte veya belirli bazı çalışma koşulları altında çalışma hakkını sınırlayan çalışma yasaklarının mevzuatımızdaki anayasal dayanaklarından birisidir. Buna göre, hiç kimse yaşına, cinsiyetine veya gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacak ve çalışma şartları bakımından özel olarak korunacaktır. Yine, AY

m. 16 hükmü uyarınca yabancıların çalışma hakkı milletlerarası hukuka uygun bir şekilde kanunla sınırlandırılabilir.

Hukukumuzda kişi veya kişi gruplarının belirli bir işte veya çalışma koşulları altında çalışmasını yasaklayan mevzuat hükümleri oldukça dağınık bir görünüm arz etmektedir. Hem uluslararası hem de ulusal mevzuat hükümleri incelendiğinde kişilerin genellikle yaşları, cinsiyetleri veya yabancı olmaları nedeniyle çalışma haklarının kısıtlandığı görüldüğünden çalışma yasaklarının sistematik bir şekilde incelenilmesi için yasağın muhatabı olan kişi gruplarına göre bir ayırım yapılmıştır.

Yaş nedeniyle getirilen çalışma yasaklarında yasağın muhatabı on beş yaşın altındaki çocuk işçiler ile on beş on sekiz yaş arasındaki genç işçilerdir. Çocuk ve genç işçiliği, bugün gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki en önemli sorunlardan biri olup çocukların bedeni ve ruhi gelişimlerini sağlıklı bir şekilde tamamlaması ve eğitimlerine devam edebilmelerinin önündeki en büyük engeller arasında yer almaktadır. Çocuk ve genç işçiliğini ortadan kaldırmak gayesiyle yola çıkan devletler tarafından çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışabilmesi gibi bazı istisnalar dışında çocukların çalıştırılabileceği asgari bir yaş sınırı getirilmiş, asgari yaş sınırını geçen çocuk ve gençlerin ise yeraltı ve su altında görülen işlerde olduğu gibi bedenlen veya ruhen zarar göreceği bazı iş kollarında çalışmaları yasaklanmıştır. Yine çocuk ve genç işçilerin korunması ilkesi gereği çocukların haftalık çalışma saatleri, dinlenme süreleri, yıllık izin hakları yetişkinlerden farklı olarak belirlenmiş ve fazla mesai yapmaları ile gece çalışmaları yasaklanmıştır.

Hukukumuzda çocuk ve genç işçilere getirilen çalışma yasakları bu kişilerin tabi olduğu kanuna göre değişkenlik göstermektedir. Nitekim, 4857 Sayılı İş Kanunu (İş K.) kapsamında sanat, kültür ve reklam faaliyetleri ile hafif işler dışındaki olağan asgari çalışma yaşı on beş olarak belirlenmiş iken diğer kanunlar kapsamında çalışan çocuk ve genç işçiler için ise Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (UHK) madde 173 hükmü uyarınca asgari çalışma yaşı on ikidir. Her ne kadar Türkiye'nin imzalamış olduğu Asgari Çalışma Yaşına İlişkin 138 No'lu Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi'ne açıkça aykırılık teşkil eden UHK m. 173 hükmünün 1982 Anayasası'nın 90/5 maddesi gereği zımnen ilga olduğu görüşündersek de mevzuat birliğinin sağlanması amacıyla UHK m. 173 hükmünde on iki olarak belirlenen asgari çalışma yaşının da on beş olarak değiştirilmesi gerektiği inancındayız. Yine, İş K. kapsamında çalışmayan on altı on sekiz yaş arasındaki genç işçilere haklı bir neden olmaksızın İş K. kapsamında çalışan genç işçilere göre daha ağır çalışma koşullarının uygulanmasına izin verilmesi kanaatimizce eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Cinsiyet ve cinsiyetten kaynaklanan özellikler nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının muhatabı ise kadın işçilerdir. Kadın işçilerin çalışma yaşamına ilişkin en önemli sorunlarından biri ise cinsiyetleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmalarıdır. Gerçekten de kadın işçiler cinsiyetleri ve cinsiyetlerinden kaynaklanan özellikleri nedeniyle işe alınırken tercih edilmemekte ve bir işçi çıkarılacağı zaman en önce gözden çıkarılmaktadır. 20. yüzyılın başında kadınların korunması amacıyla getirilen yer altında ve su altında çalışma ile gece çalışma yasakları, teknolojinin gelişmesi ve kadınların eğitim düzeyinin artması nedeniyle günümüzde kadınların çalışma yaşamından dışlanmasına neden olarak başlı başına ayrımcı bir uygulama halini almıştır. Hukukumuzda uluslararası alandaki gelişmelere uygun bir şekilde kadınlar için gece çalışma yasağı kaldırılmış olsa da İş K. m. 72 hükmü uyarınca yer altında ve su altında çalışma yasağı halen yürürlüktedir. Ancak, 176 No'lu Madenlerde Güvenlik

ve Sağlığa İlişkin ILO Sözleşmesi'nin 23 Mart 2015 tarihi itibarıyla ülkemizde de yürürlüğe girmesiyle birlikte kadınların yer altında çalışmasını yasaklayan İş K. m. 72 hükmü AY m. 90/son uyarınca zımnen ilga edilmiştir.

Günümüzde anne ve bebeğin sağlığının korunması, devletlerin nüfus artış politikaları ve kadınların istihdama katılımının artırılması gibi sebeplerle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal etmeksizin hamile, yeni doğum yapmış veya emziren kadınlar bakımından farklı muamelede bulunulabileceği ve yalnızca bu işçilere yönelik bir takım hak ve yasakların öngörülebileceği kabul edilmektedir. Hamile, yeni doğum yapmış veya emziren kadınlara tanınan izinler, İş K. m. 74 hükmünde düzenlenmiştir. İş Kanunu m.74 hükmü kapsamında öngörülen hak ve yasaklar, İş K. m. 74/son hükmünün yaptığı yollama nedeniyle İş K. tabi olup olmadığı fark etmeksizin bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan tüm işçiler için uygulanacaktır. İş K. madde 74 hükmü ile hamile, yeni doğum yapmış veya emziren kadınlara durumlarına göre; muayene izni, analık izni, süt izni, altı aylık ücretsiz izin ve yarım çalışma izni olmak üzere beş farklı izin hakkı tanınmıştır. Kadın işçinin izin kullandığı bu sürelerde çalıştırılması yasaktır. Annenin doğum sırasında ya da doğum sonrasında ölmesi halinde kalan analık izninin babaya kullandırılması hali hariç olmak üzere İş K. m. 74 hükmünde öngörülen bütün bu izin hakları yalnızca kadın işçiye tanınmıştır. Oysaki çocuk bakımına yönelik bütün izinlerin yalnızca kadına özgülenmesi, kadını yalnızca eş ve anne olarak konumlayan ve ikincil işgücü olarak kabul eden geleneksel algıyı besleyerek kadın istihdamını azaltıcı etki doğurduğundan uluslararası alanda ebeveyn izni kavramı ortaya çıkmış ve çocuk bakımı nedeniyle hem annenin hem de babanın izin kullanabilmelerinin önü açılmıştır. Hukukumuzda da İş K. m. 13/5 hükmü kapsamında düzenlenen ebeveyn izni ile her iki ebeveynin de çalışması halinde anne ya da babanın mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmesi imkanı getirilmiştir. İş Kanunu m. 13/5 hükmünde yer alan bu düzenleme olumlu olmakla birlikte çocuk bakımının hem annenin hem de babanın görevi olması nedeniyle İş K. m. 74 hükmünde yer verilen izinlerin de niteliğine uygun düştüğü ölçüde baba olan işçiye de kullandırılması gerektiği inancındayız.

Hukukumuzda yabancı, Türk vatandaşı olmayan kişileri ifade etmektedir. Dolayısıyla yabancı, başka bir ülke vatandaşı olabileceği gibi vatansız yahut mülteci de olabilecektir. Mevzuatımız kapsamında yabancılar; vatansızlar, uluslararası korumadan yararlananlar, mavi kartlılar, Türk soylular ve geçici koruma statüsü sahipleri olmak üzere çeşitli kategorilere ayrılmış ve her bir kategorideki yabancıların çalışma hakkı farklı şekilde sınırlandırılmıştır. Örneğin, Türk soylu yabancılar haricindeki yabancıların, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu düzeninin korunması amacıyla yalnızca Türk vatandaşlarına özgülenmiş iş ve meslekleri yapabilmeleri yasaklanmışken mülteciler, ikincil koruma statüsü sahipleri ve mavi kartlılar ise diğer yabancıların kendilerine yasaklanmamış iş ve meslekleri yapabilmeleri için almaları gereken çalışma izni şartından muaf tutulmuştur.

Yaş, cinsiyet ve yabancılık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırı davranışlar hukuki, idari ve bazı durumlarda cezai yaptırıma tabidir. Yaş, cinsiyet ve yabancılık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına ilişkin en önemli hukuki yaptırım iş sözleşmesinin geçersiz kılınmasıdır. Nitekim çalışma yasaklarına ilişkin hükümler emredici nitelikte olup Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27 hükmü çerçevesinde emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olarak belirlenmiştir. Sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kılınmasının iş hukukunun işçiye koruma

amacına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle öğreti ve Yargıtay çalışma yasaklarına aykırılık halinde sözleşmenin ileriye etkili bir şekilde geçersiz kılınması gerektiğini kabul etmektedirler. Buna karşılık, yasak olmasına rağmen özel kanun hükümlerinde yalnızca Türk vatandaşlarına özgülenmiş iş ve mesleklerde çalışan yabancılar bakımından bir istisna getirilerek kamu düzeninin ağır bir şekilde ihlal edildiği bu halde iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz kılındığı kabul edilmektedir.

Çalışma koşulları bakımından getirilen yasaklarda olduğu gibi çalışma yasaklarına aykırılığın iş sözleşmesinin geçerliliğini etkilemediği bazı durumlarda ise çalışma yasaklarına aykırı davranış nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli yahut haklı nedenle feshedilebilmesi mümkündür. Feshe neden olan davranışın aynı zamanda ayrımcılık teşkil ettiği durumlarda ise fesih nedeniyle elde edilen tazminatların yanında ayrımcılık tazminatının da elde edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmalar çalışmamız kapsamında ele alınmakla birlikte kanaatimizce, hukuki nitelikleri birbirinden farklı olan bu tazminatların aynı anda istenebilmesi mümkündür.

Devlet, belirlediği asgari normlara uyulmasını temin etmek amacıyla bu normlara aykırı davranışları hukuki yaptırımların yanı sıra idari veya cezai yaptırımlara da tabi tutabilmektedir. İş Kanunu kapsamında çalışma yasaklarına aykırılık halinde çoğunlukla idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Çocuklar, kadınlar ve yabancıların iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel gruplar arasında yer alması nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamında öngörülen işin durdurulması veya işçinin çalışmaktan alıkonulması gibi yaptırımların da uygulanması mümkündür.

İşçinin çalışması yasak olan bir işte ve/veya çalışma koşulları altında çalıştırılmasının Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan suç tiplerinin maddi ve manevi unsurlarını karşılaması halinde de çalışma yasaklarına aykırı hareket eden işveren veya işveren vekillerine hapis cezası veya adli para cezası yaptırımları uygulanabilecektir. Bu kapsamda, TCK m.117 hükmünde yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile m.122 hükmünde yer alan nefret ve ayrımcılık suçu çalışmamız kapsamında incelenen suçlar arasında yer almaktadır.

GİRİŞ

Negatif statü hakları arasında yer alan çalışma özgürlüğü ve onun tamamlayıcısı olan sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında devletin müdahalesi minimum düzeye indirilerek tarafların bağımlı ya da bağımsız olarak serbestçe çalışabilmesi ve bu doğrultuda herhangi bir sınıra tabi olmaksızın dilediği koşullar altında sözleşme akdedebilmesinin önü açılmıştır. Ekonomik liberalizmin ürünü olan çalışma özgürlüğü ve sözleşme serbestisinin mutlak bir şekilde uygulanmasının zaman içerisinde sözleşmenin zayıf tarafı olan işçi sınıfının aleyhine bir durum teşkil ettiği görülmüştür. Nitekim, bağımlı olarak çalışan ve kendisinin ve ailesinin geçimini işverenden aldığı ücret ile sağlayabilen işçilerin, işveren tarafından dayatılan düşük ücretlere ve ağır çalışma koşullarına karşı çıkamadıkları görülmüştür. İkincil kuşak sosyal hakların ortaya çıkmasının etkisi ve işçi sınıfının mücadelesi sonucunda devletler, emredici kurallar ve yaptırımlar vasıtasıyla çalışma yaşamına müdahale etmeye başlamıştır. Devletin bu müdahalesi bugün uluslararası ve ulusal mevzuat hükümlerinde bir temel hak ve özgürlük olarak kabul edilen çalışma hakkının doğmasına neden olmuştur.

Çalışmamızın ilk bölümünde çalışma özgürlüğünün çalışma hakkına dönüşüm süreci ele alındıktan sonra çalışma hakkı; hukuki niteliği, unsurları ve kapsamının yanı sıra eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile olan ilişkisi çerçevesinde ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Yine, Anayasada çalışma hakkı ile birlikte düzenlenen çalışma ödevi de çalışma hakkı ile olan ilişkisi nedeniyle ayrı bir başlık altında inceleme konusu yapılacaktır.

Çalışma hakkı ve onun tamamlayıcısı olan sözleşme özgürlüğü kural olarak herkese tanınmış bir hak olmakla birlikte uluslararası sözleşmeler, anayasa ve kanunlar vasıtası ile kullanımı bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu nedenle, çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin ortak sınırını oluşturan çalışma yasaklarını detaylı bir şekilde ele almadan önce çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılma koşulları uluslararası sözleşmeler ve anayasal çerçevede ele alınacaktır.

Hukukumuzda kişi veya kişi gruplarının belirli bir işte veya çalışma koşulları altında çalışmasını yasaklayan mevzuat hmleri çalışma yasakları olarak nitelendirilmektedir. Kişilerin genellikle yaşları, cinsiyetleri veya yabancı olmaları nedeniyle çalışma haklarının kısıtlandığı görüldüğünden çalışma yasakları, bu üç başlık altında incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde yaş nedeniyle getirilen çalışma yasakları incelenirken öncelikle yasağın kapsamına giren kişiler, yasağın getirilme nedenleri ve yasakların hukuki nitelikleri tetkik edilecektir. Ardından yasağın muhatabı olan ocuk ve genç işçilere getirilen asgari çalışma yaşı sınırı ile faaliyet alanı ve çalışma koşulları bakımından getirilen yasaklar uluslararası düzenlemeler ve ulusal mevzuat hmleri çerçevesinde detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Çalışmamızın nc bölümünde cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının muhatabı ise kadınlardır. Çalışma yaşamında kadınlara ilişkin düzenlemelere bakıldığında, bu hmlerin bir kısmının istihdamı arttırmaya yönelik olarak çalışma yaşamında ayrımcı uygulamalara son vermeyi amaçladığı, diğeri bir bölümünün ise çalışan işçinin kadın olması nedeniyle korunması gereken alanlarda kadınlara özel bir takım hak ve yasaklar öngördüğü görülmektedir. Cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırmayı amaçlayan hmlerin cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasakları ile olan dinamik ilişkisi nedeniyle çalışmamız kapsamında toplumsal cinsiyet ve cinsiyet ayrımcılığı kavramlarına da yer verilecektir.

Cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasakları ise kendi ilerinde işçinin kadın olması dolayısıyla korunması ve doğurganlık ile analığın korunması olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle tüm kadınlara getirilen yer altı ve sualtında çalışma yasağı ile gece çalışmasının düzenlenmesi konuları incelenecektir. Ardından ise gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadınlara verilen muayene izni, analık izni, süt izni, ücretsiz izin, yarım çalışma izni ve ebeveyn izinleri ile gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadınların çalışma koşulları bakımından yapılan düzenlemeler uluslararası düzenlemeler ve ulusal mevzuat hmleri çerçevesinde ele alınacaktır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde yabancılara getirilen çalışma yasakları ele alınırken öncelikle yabancı kavramının ne anlama geldiğı açıklanacaktır. Ardından

yabancıların çalışma hakkına ilişkin olarak uluslararası hukukta ve Türk hukukunda yer alan düzenlemeler karşılaştırılarak yabancıların çalışma izni alma zorunluluğu ile bunun istisnaları detaylı bir şekilde ele alındıktan sonra kamu güvenliği, kamu sağlığı veya kamu düzeninin korunması gerekçesiyle yabancıların çalışmasının yasak olduğu iş ve mesleklerin neler olduğu incelenecektir.

Mevzuatımız kapsamında yaş, cinsiyet ve yabancılık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırı davranışların hukuki, idari ve bazı durumlarda cezai yaptırıma tabi tutulmuş olması nedeniyle çalışmamızın son bölümünde bu yaptırımların neler olduğu ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle çalışma yasaklarına aykırılık nedeniyle iş sözleşmelerinin geçerliliği ve sona ermesine ilişkin özel durumlar ve elde edilebilecek tazminatlar ele alındıktan sonra hangi davranışların idari para cezası yaptırımına tabi tutulduğu ve çalışma yasaklarına aykırılık halinde iş sağlığı ve güvenliği mevzuatından kaynaklanan yaptırımların uygulanıp uygulanamayacağı incelenecektir. Son olarak, çalışma yasaklarına aykırı davranışların TCK m.117 hükmünde yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile m.122 hükmünde yer alan nefret ve ayrımcılık suçu kapsamına girip giremeyeceği tartışılarak çalışmamız tamamlanacaktır.

BÖLÜM I: ÇALIŞMA HAKKI VE SÖZLEŞME SERBESTİSİ

I. Çalışma Hakkı ve İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü

A. Çalışma Hak ve Özgürlüğü

1. Çalışma Kavramı

Çalışma kavramı, sözlük anlamı ile bir şeyi meydana getirmek için emek sarf etmek olarak tanımlanmaktadır¹. Genellikle ücret yahut başka bir maddi kazanç elde etmek amacıyla yapılmakla birlikte çalışma eyleminin herhangi bir maddi karşılık sağlanmaksızın gerçekleştirilmesi de mümkündür. Ekonomik kazanç sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirilen çalışma eylemi ise, bağımsız çalışma ve bağımlı çalışma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Bireylerin kazanç sağlama amacına yönelmiş olmakla birlikte kendi nam ve hesabına yürüttüğü faaliyetler bağımsız çalışma olarak adlandırılmaktadır. Bağımsız çalışma sırasında bir başkası için iş görmenin söz konusu olduğu hallerde dahi iş sahibinin verdiği talimatlar genellikle edim sonucuna yönelik olup iş sahibinin işin yapılması sırasında iş görene emir veya talimat vermesi söz konusu değildir².

Buna karşılık bağımlı çalışmada ise iş gören çalışmasını işverenin *yönetim, gözetim ve denetimi* altında ve “*işverene ait iş organizasyonu içerisinde*”

¹ www.tdk.gov.tr., Erişim tarihi: 10 Şubat 2022

² Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 22. Baskı, Beta, İstanbul, 2022, s. 236 ; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesi’nin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat dergisi**, S.2, 1997, s. 117 ; Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022, s. 343 ; Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 35. Bası, Beta, İstanbul, 2022, s. 172.

gerçekleştirmektedir. Bağımlı çalışmada iş görenin işverene ekonomik ve teknik bağımlılığının yanı sıra kişisel/hukuki bağımlılığı da söz konusudur³.

Bir kamu kurumunda yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla atanma sureti ile göreve getirilen memurlar ve diğer kamu görevlileri, bağımlı çalışanlar arasında sayılmakla birlikte İş Hukuku'nun kapsamına girmemektedir⁴. İş Hukuku, hak ve yükümlülükleri İdare Hukuku kuralları ile düzenlenen kamu görevlileri haricinde bir iş akdine istinaden ücret karşılığında ve işverene bağımlı olarak çalışan işçiler ile işverenler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir⁵.

Çalışma olgusu günümüzde yalnızca bireylerin ekonomik menfaat sağlama amacıyla gerçekleştirdikleri bir faaliyet olmanın yanı sıra psikolojik ve sosyolojik etkileriyle de önemli bir yer tutmaktadır⁶. Çalışma eylemi, bireylerin sosyalleşebilmelerini, saygınlık kazanabilmelerini ve içinde yaşadıkları topluma sağladıkları fayda ile tatmin olmalarını sağlamaktadır⁷. Çalışma, günümüzde hemen hemen bütün hukuk düzenlerinde insani çalışma koşulları altında bir hak ve yükümlülük olarak tanımlanmıştır.

İnsanoğlu var olduğundan beri yaşamını sürdürebilmek için sürekli çalışmış olup çalışma kavramının tarihsel gelişimi insanlığın tarihsel gelişimi ile paralellik göstermektedir⁸. İlkel dönemde insanoğlu, herhangi bir artı değer üretmeksizin yalnızca kendi günlük ihtiyaçlarını karşılamak için çalışmaktaydı. Avcılık toplayıcılıkla geçinilen bu dönemde avcılık erkeklerin toplayıcılık ise kadınların görevi olarak kabul edilmiş ve tarihsel süreçte cinsiyete dayalı iş bölümünün ilk örnekleri burada görülmüştür⁹.

³ Süzek, s. 236-239 ; Güzel, s. 109 vd. ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 343-344 ; Çelik/Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 171.

⁴ Çelik /Caniklioğlu/Canbolat/ Özkaraca, s. 1; Güzel, s. 87 ; Süzek, s. 1.

⁵ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s. 1 ; Güzel, s. 87.

⁶ Nihal Samsun, "Çalışmanın Değişen Anlamı ve Güncel Durumuna İlişkin Tartışmalar", **Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi**, C.3, S.3, 2017, s. 162.

⁷ Samsun, s. 162-163; Aslı Kılıç, **İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, Legal Yayınları, İstanbul, 2019, s. 6.

⁸ Samsun, s. 164; Kenan Ören/ Hasan Yüksel, "Geçmişten Günümüze Çalışma Hayatı", **HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi**, C. 1, Y. 1, S. 1, 2012, s. 44.

⁹ Seval Erdoğan, **Çalışma Kavramının Anlam Oluşumu ve Gelişimi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2013, s. 17.

İnsanların avcı toplayıcı yaşamı yerleşik hayata geçerek toprağı işlemeleri ile son bulmuştur. Toprağın işlenmesi ile verimlilik artmış ve insanlar kendi ihtiyaçlarından fazla ürün üretmeye başlamıştır. Bu dönemde toprak üzerinde çalışan üretici sınıfın varlığının yanı sıra üretilene el koyarak mülkiyet hakkına sahip bir sınıf da ortaya çıkmıştır. Mülkiyet ilişkilerinin sertleşmesiyle ortaya çıkan köle sınıfı ise bu dönemde çalışmayı gerektiren her alanda her türlü haktan yoksun bir çalışmış, efendileri ise herhangi bir ekonomik kaygı gütmeksizin resim, heykel, felsefe ve spor gibi faaliyetlerle ilgilenmiştir¹⁰.

Feodal sistem ise, tarihsel olarak köleci sistemden sonra ortaya çıkan ve temel üretim aracı olan toprağın mülkiyetinin büyük toprak sahiplerinin elinde olduğu, her toprak sahibinin altlık üstlük ilişkisi ile diğer toprak sahibine bağlı olduğu orta çağı özgü bir üretim şeklidir¹¹. Bu dönemde kölelerin yanı sıra serf adı verilen ve toprakla birlikte alınıp satılabilen köylüler ağır çalışma koşulları altında, sadece temel ihtiyaçlarının karşılanması karşılığında çalışmaktaydı¹².

Görüldüğü üzere sanayi devriminden önceki devirlerdeki çalışma olgusuyla günümüzdeki çalışma olgusu birbirinden oldukça farklıdır. 17. yüzyıla kadar çalışma, yaşamı sürdürmek için gerekli olan mal ve hizmetleri üreten kölelerin, serflerin ve gündelik işçilerin yaptıkları iş anlamına gelirken¹³ sanayi devrimi ve sonrasında meydana gelen gelişmelerle günümüzdeki anlamına bürünmüştür¹⁴.

1768 yılında buhar makinesinin icat edilmesi sanayi devriminin temellerini oluşturmaktadır. Buhar gücünün sanayide kullanılmasıyla birlikte başta İngiltere olmak üzere Batı ülkelerinde kol gücünün yerini makine gücü almıştır. Makine ve buhar gücünün kullanılmasıyla artan üretim ve yeni istihdam olanakları, toprakla uğraşan insanların daha fazla kazanma umuduyla köylerden kentlere göçüne ve feodal

¹⁰ Ören/Yüksel, s. 45.

¹¹ Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 1. Baskı, Beta, 2001, s. 10 (Genel İşlem Şartları); Ören/Yüksel, s. 45.

¹² Ören/Yüksel, s. 45 ; Atamer, s. 10-11.

¹³ Erdoğan, s. 5.

¹⁴ Samsum, s. 164; Murat Şen, “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S. 1, 2014, s. 146.

sistemin çökmesine de neden olmuştur¹⁵. Bu süreçte pek çok küçük işletme sahibi makine gücüne direnemeyerek işletmelerini kapatmış ve fabrikalarda ücret karşılığında çalışmaya başlamıştır¹⁶. Kölelere ve serflere nazaran hak ve özgürlüklere sahip olan ancak yaşamını sürdürmek için başkasının emir ve talimatları altında çalışmak zorunda kalan bu kişiler işçi sınıfının doğmasına neden olmuştur¹⁷. Kentlerde zanaat ve ticaretin gelişmesi ile ortaya çıkan burjuva sınıfı ise, sanayi devrimi ile büyük bir servet edinmelerine karşın soylu olmamaları nedeniyle aristokratların yararlandığı ayrıcalıklardan yararlanamamış ve bu sınıf farkının ortadan kaldırılması amacıyla özgürlük, eşitlik ve diğer temel insan hakları için mücadeleye girişmişlerdir¹⁸. Burjuvazinin bu mücadelesi sonucunda, feodal sisteme ve feodal sistemin son dönemlerinde ortaya çıkmakla birlikte faaliyet gösterdikleri alanlarda tekelleşerek tüccar ve zanaatkarların faaliyetlerini kısıtlayan loncalara karşı bir tepki olarak çalışma ve sözleşme özgürlüğü kavramları doğmuştur¹⁹.

Ancak çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırsız bir şekilde uygulanmasının işverene karşı zayıf konumda bulunan işçiler üzerinde olumsuz etkiler yaratması nedeniyle çalışma barışı gitgide bozulmaya başlamış ve çalışma barışının yeniden tesis edilmesi amacıyla devletler, emredici kurallar vasıtasıyla ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etme gereği duymuştur. Bu nedenle tarihsel süreç içerisinde çalışma özgürlüğü kavramı, sendikalar vasıtasıyla örgütlenen işçi sınıfının da mücadelesiyle günümüzdeki anlamıyla çalışma hak ve ödevine dönüşmüştür.

2. Çalışma Özgürlüğünün Hukuki Niteliği

Çalışma özgürlüğü negatif statü haklarından farklı olarak pozitif statü haklarından farklı olarak negatif statü haklarında devletin hak sahibine karşı olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü yoktur. Çalışma özgürlüğünün sağlanabilmesi için devletin kendisinden

¹⁵ Mehmet Onat Öztürk, **Türk Ceza Kanunu'nda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, Legal Yayınları, 2006, s. 20.

¹⁶ Kılıç A., s. 1; Erdoğan, s. 21.

¹⁷ Öztürk, s.20.

¹⁸ Pir Ali Kaya/ Işın Ulaş Ertuğrul Yılmaz, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı", **Journal of Social Policy Conferences**, S.70, 2017, s. 59.

¹⁹ Seçkin Nazlı, **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, 1. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2015, s. 41; Fevzi Demir, "Çalışma Hakkı ve Hukuki Niteliği", **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2014, s. 131. (Çalışma Hakkı); Öztürk, s. 21.

yahut bir başkasından gelecek müdahalelere karşı hak sahibini koruması gerekli ve yeterlidir²⁰.

Çalışma özgürlüğü ülkemizde ilk olarak 1924 tarihli Anayasa'nın 70. maddesinde hem bir hak hem de özgürlük olarak tanınmıştır²¹. 1961 tarihli Anayasa da ise 1924 tarihli Anayasadan farklı olarak çalışma özgürlüğü, sözleşme ve teşebbüs kurma özgürlüğü ile bir arada düzenlenmiştir. Sosyal hukuk devleti ilkesinin hukuk düzenimizde ilk defa benimsendiği 1961 Anayasasında, çalışma özgürlüğünün yanı sıra çalışma hakkı, sendika hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi çalışma yaşamına ilişkin vazgeçilmez haklar da anayasal güvence altına alınmıştır²².

Yürürlükte olan 1982 Anayasasının 48. maddesinde ise çalışma özgürlüğü, 1961 Anayasasında olduğu gibi sözleşme ve teşebbüs kurma hürriyetleri ile bir arada ele alınmıştır. Temel hak ve özgürlükler içerisinde yer alan çalışma özgürlüğü, anayasa tarafından ayırım yapılmaksızın herkese tanınmış bir özgürlüktür²³. Bu kapsamda herkes, çalışıp çalışmamakta, işini, işyerini, çalışacağı kişileri seçmekte ve dilediği zaman iş ilişkisini sonlandırabilmek konusunda özgür kabul edilmektedir²⁴.

Çalışma özgürlüğü, çalışmama hürriyetini de güvence altına almaktadır. Bu kapsamda kimse, iradesi dışında çalışmaya zorlanamayacaktır²⁵. Nitekim çalışma özgürlüğünün kapsamında olan zorla çalıştırma ve angarya yasakları ile birlikte kölelik ve kulluğun yasaklanması demokratik toplumun temel değerleri arasında sayılmış ve başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi insan haklarına yönelik uluslararası sözleşmelerde de ayrı bir madde ile düzenlenmiştir²⁶. Uluslararası Çalışma Örgütü

²⁰ Hamide Bağçeci, "Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.14, S.153, 2019, s. 970; Öztürk, s. 23-24; Nazlı, s. 43.

²¹ Baki Erken, "Anayasal Çerçeve Türkiye'de Çalışma Hakkı", **Çalışma Dünyası Dergisi**, C. 1, S.2, 2013, s. 70; Kılıç A., s. 7.

²² Süzek, s. 15; Erken, s. 70.

²³ Kenan Tunçomağ "1982 Anayasasının İş Hukukuna İlişkin Esaslarına Genel Bakış", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 58, S. 1-3, 1984, s. 7-8. (1982 Anayasası) ; Öztürk, s. 23.

²⁴ Zeynep Kılıçkaya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2016, s. 133; Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 8.

²⁵ Meriç Karagözler, **Bir Temel Hak Olarak Çalışma Hakkı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 151; Nazlı, s. 83 ; Erken, s. 71-72.

²⁶ Karagözler, s. 159; Şen, s. 157.

(ILO) tarafından kabul edilen 29 sayılı *Zorla Çalıştırma Sözleşmesi* ile onu tamamlayan 105 sayılı *Zorla Çalıştırmanın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi* ise çalışmama özgürlüğünün güvence altına alındığı diğer önemli sözleşmelerdir. *Zorla çalıştırma yasağı* olarak da adlandırılan çalışmama özgürlüğü Anayasanın 18. maddesinde ayrıca düzenlenmiş ve zorla çalıştırma ile angarya açıkça yasaklanmıştır²⁷. Her iki durumda da kişinin iradesi dışında çalıştırılması söz konusu olmakla birlikte zorla çalıştırmada çalışmanın karşılığında bir ücret ödenmesi söz konusu iken angaryada kişi herhangi bir karşılık verilmeksizin çalıştırılmaktadır²⁸.

AİHS m.4 hükmünde yer alan istisnalar ile paralel bir şekilde hükümlülük veya tutukluluk halinde gerçekleştirilen çalışmalar ile olağanüstü hallerde yahut ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık görevi niteliğindeki çalışma yaptırılabilceği Anayasa'nın 18. maddesi ile de hüküm altına alınmıştır. AY m. 18 hükmünde yer alan çalıştırmalar da niteliği itibariyle zorla çalıştırma olmakla birlikte şartların gerçekleşmesi halinde bu çalışmaların yaptırılması hukuka uygun kabul edilmektedir²⁹.

Anayasanın 18. maddesinde yer alan zorla çalıştırma yasağının ihlal edilmesinin aynı zamanda çalışma özgürlüğünün özüne müdahale edilmesi sonucunu da doğurması nedeniyle 48. madde ile 18. maddenin birbirini tamamladığı ve 18. maddede yer alan istisnaların çalışma özgürlüğünün de sınırlarını oluşturduğu kabul edilmelidir³⁰.

Çalışma özgürlüğü, kendi içerisinde bağımsız çalışma özgürlüğü ve bağımlı çalışma özgürlüğü olarak ikiye ayrılmaktadır³¹. Teşebbüs kurma özgürlüğü olarak da adlandırılan bağımsız çalışma özgürlüğü, bireylerin müteşebbis olarak dilediği alanda faaliyette bulunma ve kendi işletmeleri hakkında devletin yahut bir başkasının müdahalesi olmaksızın dilediği gibi karar alma serbestisini korumaktadır³². Bu kapsamda bireyler diledikleri şekilde iş kurma, işyeri açma, üretme ve satış yapma serbestisine sahiptir. Bağımlı çalışma özgürlüğü ise işçinin işini, işverenini ve işyerini

²⁷ Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 10 ; Kılıç A., s. 10 ; Nazlı, s. 83.

²⁸ Şen, s. 151; Kılıç A., s. 10.

²⁹ Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 10; Nazlı, s. 82-83.

³⁰ Karagözler, s. 151-152; Tunçomağ, 1982 Anayasası, s.9; Nazlı, s. 83.

³¹ Öztürk, s. 24.

³² Bağçeci, s. 970.

seçme serbestisini korumaktadır. Bu sayede işçi, iş sözleşmesi sona ermediği veya askıya alınmadığı sürece özgürce çalışabilmekte ve dilediği zaman iş sözleşmesini sona erdirebilmektedir³³.

Çalışmamızın bir sonraki bölümünde detaylı olarak bahsedeceğimiz üzere, işverene karşı zayıf durumda olan işçinin, geçimini sağlayabilmek için çalışabileceği bir işe, elverişli çalışma koşullarına, iş güvencesine yani kısaca çalışma hakkına sahip olmaksızın çalışma özgürlüğünü gereği gibi kullanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bağımlı çalışma özgürlüğü, çalışma hakkının tanınmadığı durumlarda biçimsel bir özgürlükten ibaret olup çalışma hakkı çalışma özgürlüğünün güvencesi niteliğindedir³⁴.

3. Çalışma Hakkı ve Ödevi

a. Çalışma Hakkının Tanımı ve Unsurları

Klasik ekonomik liberalizm sistemi, bireylerin özgür ve eşit olduğunu kabul ederek devletin doğuştan sahip olunan hak ve özgürlüklere müdahale etmemesi esasına dayanmaktadır³⁵. Bu anlayışın egemen olduğu dönemde işçi ve işverenlerin ücret ve diğer çalışma koşullarını devletin hiçbir müdahalesi olmaksızın kararlaştırmaları beklenmekteydi³⁶. Hatta bu anlayış içerisinde özgür iradenin ortaya çıkmasına engel olabileceği gerekçesi ile sendikal faaliyetler dahi yasaklanmıştır³⁷.

Klasik ekonomik liberalizm sistem içerisinde başlangıçta işçi ve işverenin ortak bir gayesinin bulunduğu, her iki tarafın karşılıklı sadakat ve desteği ile çalışma yaşamında dengenin korunacağı düşünülmüşse de zamanla bunun bir yanılsamadan ibaret olduğu ve işverenin iktisadi üstünlüğünü kullanarak işçiye dilediği çalışma koşullarını dayatabileceği ortaya çıkmıştır³⁸.

³³ Öztürk, s. 24.

³⁴ Bağçeci, s. 971; Nazlı, s. 42.

³⁵ Nazlı, s. 22; Çetin, s. 40, dn. 105.

³⁶ Süzek, s. 9; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat/Özkaraca, s. 4.

³⁷ Süzek, s. 9.

³⁸ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat/Özkaraca, s. 4; Çetin, s. 42.

Gerçekten de devletin çalışma yaşamına müdahalesinin bulunmadığı ve sendikalaşmanın yasaklandığı bir ortamda iş bulabilmek veya var olan işlerini yitirmemek amacıyla geçimlerini zar zor sağlayabilen işçiler, işverenler tarafından kendilerine teklif edilen düşük ücretleri ve ağır çalışma koşullarını kabul etmek zorunda kalmıştır. Bu dönemde işçiler on iki ile on altı saat arasında herhangi bir iş sağlığı ve güvenliği önlemi olmaksızın çalışmıştır. İş sağlığı ve güvenliği olmaksızın uzun saatler boyunca çalışılması nedeniyle ölüm ve sakatlık oranı ciddi bir biçimde artmış ve o güne dek görülmemiş meslek hastalıkları ortaya çıkmıştır³⁹.

19. yüzyılda ise çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırsız bir şekilde uygulanmasının işçiler üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesi amacıyla devletin çalışma hayatına müdahale etmesi gereği doğmuştur⁴⁰. Böylece çalışma barışının yeniden sağlanması amacıyla zaman içerisinde işçilerin devletten olumlu bir edimde bulunmasını isteme imkanına sahip olduğu çalışma hakkı meydana gelmiştir.

Çalışma hakkı, temel insan hakları arasında yer almaktadır⁴¹. Öğretideki ağırlıklı görüş uyarınca çalışma hakkı, bireysel ve kolektif boyutları bulunan⁴², ikinci kuşak sosyal haklar arasında gösterilmektedir⁴³. Bunun yanı sıra ilk defa alman hukukçu *Jellinek* tarafından kullanılan sınıflandırmada ise çalışma hakkı, hak sahibine devletten olumlu bir edimde bulunmasını isteme imkanı tanıyan pozitif statü hakları içerisinde yer almaktadır⁴⁴.

Kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimlerini sağlayabilmek için çalışmak zorunda olan kişiler açısından çalışma hakkının yaşam hakkı ile doğrudan ilişkili olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Yaşam hakkının yanı sıra çalışma hakkı, kişinin

³⁹ Süzek, s. 9; Gaye Burcu Yıldız, “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C.2, S. 57, 2018, s. 734.

⁴⁰ Evra Çetin, **İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 40-41; Süzek, s. 10; Demir, Çalışma Hakkı, s. 132.

⁴¹ Aksi yönde bkz. Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 9. Yazara göre çalışma hakkı devlete karşı zorlayıcı bir müeyyide içermediği için gerçek anlamda bir temel hak ve hürriyet değildir.

⁴² Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’ne göre sendika hakkı, çalışma hakkının kolektif yönünü düzenlemektedir. (Karagözler, s. 40.)

⁴³ Karagözler, s. 44; Kaya/ Ertuğrul Yılmaz, s. 60.

⁴⁴ Karagözler, s. 45.

⁴⁵ Nazlı, s. 35; Karagözler, s. 189; Kaya / Ertuğrul Yılmaz, s. 63. Yazarlar, açıkça çalışma hakkı ile yaşam hakkının yaşam hakkı ile ilişkili olduklarını belirtmese de bir insan hakkı olan çalışma hakkının diğer temel insan hakları ile etkileşim içerisinde olduğunu ve insanlık onurunun ayrılmaz bir parçası olarak birbirini tamamladıklarını ifade etmektedirler.

maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, sağlık hakkı, özel hayata saygı hakkı, sosyal güvenlik hakkı, grev ve sendika hakkı gibi pek çok hakla da yakın ilişki içerisindedir.

Çalışma hakkı, İHEB, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHİUS), ILO Normları, Avrupa Birliği Sosyal Şartı (ABSS) gibi pek çok uluslararası bildiri ve sözleşmede açıkça düzenlenmiştir.

İHEB m. 23 hükmü ile çalışma hakkı hiçbir ayrılık söz konusu olmaksızın bütün toplumlar için temel bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir⁴⁶. İHEB, bağlayıcı olmamakla birlikte daha sonra kabul edilen insan haklarına ilişkin bağlayıcı uluslararası sözleşmelere esin kaynağı olması nedeniyle oldukça önemli bir belgedir. Beyannameden daha sonra kabul edilen ve bağlayıcı olan ESKHİUS 6. maddesi ile çalışma hakkını tanıyarak imzacı devletlere bireylerin çalışma hakkını korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirmiştir. ILO ise anayasası, sözleşme ve tavsiye kararları ile çalışma hakkının uluslararası düzlemdeki en önemli dayanaklarını oluşturmaktadır⁴⁷. ILO, sözleşmeler vasıtası ile *zorla çalıştırmanın engellenmesi, istihdamın sağlanması, çalışma koşullarının iyileştirilmesi, çalışma yaşamında ayrımcılığın önlenmesi, çocukların korunması* gibi çalışma hakkına ilişkin pek çok unsuru ayrıntılarıyla düzenlemekte ve çalışma hakkına ilişkin bu sözleşmeleri onaylayan her devlet mevzuatını ve uygulamasını bu sözleşmelere uygun hale getirme yükümlülüğü altına girmektedir.

Çalışma hakkına ilişkin en önemli bölgesel normlar arasında yer alan ASŞ ise, birinci maddesinde çalışma hakkı kapsamında imzacı devletleri; tam istihdamı hedefleyen yüksek ve istikrarlı bir istihdam seviyesine ulaşmak, ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurma ve yaygınlaştırmak ve çalışanlara mesleki eğitim, rehberlik ile mesleki rehabilitasyon gibi bir takım konularda yeterli hizmeti sağlamakla yükümlü kılmıştır.

⁴⁶ Şen, s. 157; Kaya/ Ertuğrul Yılmaz, s. 62.

⁴⁷ Şen, s. 159. ILO ve Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Melda Sur, “Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı’ya Armağan**, 2015, s. 501-524.

En önemli uluslararası belgelerden olan AİHS’de çalışma hakkı açıkça düzenlenmemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından çalışma hakkının ihlal edilip edilmediği AİHS m.8 de yer alan özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde denetlenmektedir⁴⁸. Bu kapsamda AİHM, esasen AİHS’de düzenlenmeyen çalışma hakkının kapsamı içinde kalmakla birlikte, işçinin çalışma yaşamına erişim hakkına müdahale edildiği yahut işçinin haksız yere işten çıkarıldığı haller ile mesleki yaşamda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği hallerde, kişinin özel yaşamına saygı hakkının zedelendiğinden bahisle ihlal kararı vermektedir⁴⁹.

Çalışma hakkına ilişkin pek çok farklı tanım bulunmakla birlikte en sade ifadesiyle, çalışma kuvvet ve arzusu bulunan herkesin *asgari koşulları devletçe belirlenen şartlar altında çalışarak insanlık onuruna yakışır bir gelir elde etme hakkı* olarak tanımlanabilir⁵⁰.

Çalışma hakkı, tek taraflı irade beyanı sonucunda hak sahibine, mevcut bir hukuki durumu meydana getirmek, değiştirmek veya ortadan kaldırma yetkisi veren yenilik doğurucu haklardandır⁵¹. Nitekim çalışma hakkı sahibi, kendi arzusu doğrultusunda bir işe girebileceği gibi işinden ayrılma yahut var olan işini değiştirme hak ve yetkisine sahiptir.

Çalışma hakkı, kişiye bağlı haklardan olup hak sahibi, hakkını kullanıp kullanmama konusunda tamamıyla serbesttir. Çalışma hakkının bu yönü zorla çalıştırma ve angarya yasaklarının vazgeçilmez bir ögesini oluşturmaktadır⁵². Böylece çalışma hakkı, çalışmanın insanlık onuruna yaraşır ve adil bir ücret karşılığında yapılmasını da güvence altına almaktadır.

⁴⁸ Şermin Birtane, “Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi”, *Anayasa Yargısı*, C. 38, S.2, 2021, s. 59; Kılıçkaya, s. 130.

⁴⁹ Kılıçkaya, s. 135-136.

⁵⁰ Cahit Talas, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 46, S. 1, 2015, s. 409; Demir, Çalışma Hakkı, s. 147-148.

⁵¹ Demir, Çalışma Hakkı, s.148; Şen, s. 149.

⁵² Şen, s. 149; Bağçeci, s. 973.

Çalışma hakkının kişiye bağlı haklardan olmasının ikinci sonucu ise, çalışma olgusunun bizzat hak sahibi tarafından yerine getirilmesi gereğidir⁵³. Çalışma hakkı, hak sahibinin kişiliğinin ön plana çıkması nedeniyle kural olarak temsilci vasıtası ile kullanılamayan haklardandır⁵⁴. Bu durum kişiye bağlı hakların devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen haklardan olmasının doğal bir sonucudur⁵⁵. Nitekim Türk Borçlar Kanunu⁵⁶'nın (TBK) hizmet sözleşmelerine ilişkin 395. ve 440. maddelerinde de iş sözleşmesi yahut durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça işçinin üstlendiği işi bizzat yapmakla yükümlü olduğu ve işçinin ölümü halinde iş görme borcunun mirasçılara geçmeyeceği açıkça düzenlenmiştir⁵⁷.

Çalışma hakkı, herkese tanınan bir haktır. Kural olarak çalışma hakkı yaş, cinsiyet, vatandaşlık, engellilik, din ve mezhep fark etmeksizin herkese tanınmıştır. Çalışma hakkının herkese tanınmış bir hak olduğu pek çok uluslararası bildiri ve sözleşmenin yanı sıra Anayasamızın 49. maddesinin ilk fıkrasında da açıkça düzenlenmiştir. Çalışma hakkı, kural olarak herkese tanınmış bir hak olmakla birlikte uluslararası sözleşmeler, anayasa ve kanunlar vasıtası ile hakkın kullanımı bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur⁵⁸.

Çalışma hakkı, her durum ve koşulda varlığını koruyan ve süreklilik arz eden haklardandır. Ekonomik bunalımlar yahut toplumsal ve teknolojik gelişmeler sonucu doğan işsizlik hallerinde dahi çalışma hakkı geçerliliğini sürdürmektedir⁵⁹. İş ilişkisi kurulduktan sonra, işini emir ve talimatlara uygun bir şekilde gerekli özeni göstererek ve sadakatle yapan bir işçinin bu durum sürdüğü müddetçe iş güvencesi hükümleri çerçevesinde çalışma hakkının korunması, çalışma hakkının her durumda varlığını koruyan bir hak olmasının sonucudur⁶⁰.

⁵³ Demir, Çalışma Hakkı, s. 148.

⁵⁴ Demir, Çalışma Hakkı, s. 148.

⁵⁵ Demir, Çalışma Hakkı, s. 148; Nazlı, s. 36.

⁵⁶ 04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁷ Süzek, s. 353; Çelik /Caniklioğlu /Canbolat/Özkaraca, s. 176.

⁵⁸ Birtane, s. 69; Erken, s. 67. Çalışma Hakkının Sınırlarına İlişkin Bkz. Bölüm I, II. Çalışma Hakkı ve İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması.

⁵⁹ Demir, Çalışma Hakkı, s. 149-150.

⁶⁰ Nazlı, s. 38; Demir, Çalışma Hakkı, s. 150.

Her durumda ve herkese karşı tanınan bir hak olmasının yanı sıra çalışma hakkı asgari koşulları devlet tarafından düzenlenen bir haktır. Sanayi devriminin gerçekleşmesinin akabinde önceki sayfalarda detaylı olarak açıklanan durum ve koşullar sonucu devletler, çalışma yaşamına müdahale etme gereği duymuş ve işveren karşısında zayıf durumda olan işçiyi korumak amacıyla özel hukuk alanındaki sözleşme taraflarının eşit olduğu anlayışı terk edilerek işverenin sözleşme serbestisini sınırlayan ve kamu düzenini koruyucu bir takım hükümler getirmiştir⁶¹. Hukukumuzda da AY m. 49/2 hükmü gereğince 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 amacıyla* çalışma yaşamına müdahale etmek ve gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır.

Devletin çalışma yaşamına en önemli müdahalelerinden bir tanesi de asgari ücretin belirlenmesidir. Ülkemizde de AY m.55 ve İş Kanunu⁶² (İş K.) m.39 hükümleri uyarınca devlet, en geç iki yılda bir ülkenin ve çalışan kesimin ekonomik koşullarını göz önünde bulundurarak çalışanlara emekleri karşılığında ödenmek zorunda olunan en düşük ücreti belirlemekle yükümlü kılınmıştır. Çalışanların yaşamlarını idame ettirmek için gereken minimum ücretin altında çalışamaması, çalışmanın insan onuruna yakışır bir gelir karşılığında yapılması ilkesinin de bir gereğidir.

b. Çalışma Ödevi

Çalışma hakkı, Anayasada hem hak hem de ödev olarak düzenlenmiş olmasına karşın madde metninde çalışma ödevinin ne anlama geldiğine yahut nasıl yerine getirileceğine ilişkin hiçbir açıklama yapılmamıştır⁶³.

Çalışma ödevi, olumlu emir anlamıyla bireylerin çalışmaya hazır ve istekli olmalarını ifade etmektedir⁶⁴. Karşılaştırmalı hukuktaki hakim görüş ve çalışma hak ve ödevini düzenleyen 49. maddenin gerekçesi ise çalışma ödevini ahlaki bir görev

⁶¹ Demir, Çalışma Hakkı, s. 150- 151; Şen, s. 152.

⁶² 10.6.2003 Tarih ve 25134 Sayılı Resmi Gazete.

⁶³ Karagözler, s. 32; Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 11.

⁶⁴ Enver Murat Engin, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakların Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu” , **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1, s. 235. (Mali Kaynaklar)

olarak görmektedir⁶⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) de AY m.49 hükmünü ele aldığı nispeten yeni tarihli kararlarında kişinin çalışarak içinde yaşadığı topluma yük olmaktan kurtulacağından bahisle dolaylı yoldan da olsa çalışma ödevini ahlaki bir ödev olarak değerlendirmiştir⁶⁶.

Çalışma ödevi, aynı zamanda çalışma arzusuna sahip olmasına karşın bir takım fizyolojik yahut psikolojik nedenlerle bu ödevini yerine getiremeyen bireylere karşı toplumun asgari yaşam standartlarını sağlama yükümlülüğünü de ifade etmektedir⁶⁷. Diğer bir deyişle çalışma ödevi, çalışma güç ve olanağına sahip bulunmayanlara toplum ve devlete karşı bir talep hakkı vermektedir⁶⁸. Devlet ise çalışma ödevinin kendisine yüklediği yükümlülükleri sosyal güvenlik hakkının tanınması ve sosyal yardımlar vasıtasıyla yerine getirmelidir.

Çalışma hakkı ile çalışma ödevinin aynı yerde düzenlenmesi, çalışma hakkına yalnızca çalışma ödevinin yerine getirilmesi halinde sahip olunacağına ilişkin bir algıya yol açmamalıdır. Nitekim insan haklarının niteliği gereği bireylerin topluma karşı ödevleri hak ve özgürlüklerden yararlanmanın koşulu olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla çalışabilecek durumda olmasına rağmen çeşitli nedenlerle yıllarca çalışmak istemeyen bir kişinin sırf bu nedenle çalışma hakkından mahrum bırakılması düşünülemeyecektir⁶⁹.

c. Çalışma Hakkının Kapsamı

Çalışma hakkı, öncelikle bir işe sahip olma hakkını tanımlamaktadır. Ancak çalışma hakkı kapsamında bir işe sahip olma hakkı çalışma koşullarından ayrı düşünülmemektedir. Dolayısıyla çalışma hakkı, çalışmanın insani çalışma koşulları altında ve çalışan ile ailesinin geçinmesini sağlayacak adil ve makul bir ücret karşılığında yapılmasının yanı sıra çalışma sürelerinin uygun ölçüde tutulmasını

⁶⁵ Karagözler, s. 32; Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 11.

⁶⁶ Karagözler, s. 35; AYM, E. 2016/154, K. 2017/106, T. 31.5.2017, par. 19, 11.07.2017 Tarih ve 30121 sayılı Resmi Gazete

⁶⁷ Engin, Mali Kaynaklar, s. 235.

⁶⁸ Engin, Mali Kaynaklar, s. 236.

⁶⁹ Karagözler, s. 29.

isteme ve dinlenme hakları gibi istihdama yönelik hakların çoğunu güvence altına almaktadır⁷⁰.

Çalışma hakkının kapsamında işsizlerin korunması ve istihdam edilmesi de yer almaktadır. Çalışma hakkı, sosyal bir hak olması nedeniyle sadece çalışanları değil çalışma gücü ve arzusu olmasına karşın bir işi olmayan işsizleri de güvence altına almaktadır⁷¹. Nitekim ESKHS gibi uluslararası sözleşmelerde devletler, çalışma hakkının gereği gibi yerine getirilebilmesi için tam istihdam hedefini gözetten bir program çerçevesinde işsizlikle mücadele etmekle yükümlü kılınmıştır. Bu kapsamda devletler, işsizliği önlemek için uygun ekonomik koşulları sağlayarak iş bulma ve mesleki eğitim kurumlarını yaygınlaştırmak ve ulaşılabilir kılmak gibi istihdam politikaları yürütmelidir.

Öğretideki ağırlıklı görüş uyarınca Anayasamızda yer alan çalışma hakkına ilişkin olarak devlete yüklenen yükümlülükler program hüküm niteliği taşımakta ve bireylere iş sahibi olabilme hususunda sübjektif bir talep hakkı vermemektedir⁷². Bu görüşü savunanlar bakımından devlet yalnızca anayasanın çalışma hakkına ilişkin program hükümleri uyarınca gerekli önlemleri almakla yükümlü olup iş arayan herkese iş bulmakla yükümlü değildir⁷³. Kanaatimizce de liberal ekonomik düzende tam istihdamın gerçekçi bir hedef olmaması nedeniyle devletler açısından tam istihdama ulaşma sonuç yükümlülüğünden çok davranış yükümlülüğü olarak kabul edilmelidir⁷⁴.

Anayasa m.49/2 hükmünde devletin çalışma hakkını gerçekleştirmek için gerekli her türlü tedbiri alacağı belirtilmişse de devletin bu yükümlülüğü AY m.65 hükmü ile mali kaynakların yeterliliği ölçütüne bağlanmıştır⁷⁵. Çalışmamızın ilerleyen

⁷⁰ Mustafa Kılıçoğlu, “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/KilicogluCalismaHakki.pdf, s. 4

⁷¹ Kaya/ Ertuğrul Yılmaz, s. 66; Şen, s. 148; Demir, Çalışma Hakkı, s. 150.

⁷² Demir, Çalışma Hakkı, s. 153; Kılıçkaya, s. 134; Nazlı, s. 77; Birtane, s. 68.

⁷³ Karagözler, s. 240-241 ; Nazlı, s. 78 ; Demir, Çalışma Hakkı, s. 153; Birtane, s.68; Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 10. Yazar, devletin sınırsız sayıda iş imkanına sahip olmaması nedeniyle çalışma hakkı kapsamında iş isteyen herkese iş bulma mecburiyeti bulunmadığı görüşündedir. Yazara göre, devletin çalışma arzusu bulunan herkese iş sağlayabilmesi ancak sosyalist rejimlerde ya da bireylerin istediği mesleği seçme özgürlüğü ortadan kaldırılarak çok ayrıntılı iktisadi planların uygulandığı hallerde mümkündür.

⁷⁴ Karagözler, s. 241-242.

⁷⁵ Süzek, s. 59; Şen, s. 154; Erken, s. 71.

bölümlerinde detaylı bir şekilde açıklayacağımız üzere devlet ekonomik durumu elverdiği süreçte çalışma hakkından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekle mükellef olup AY m.65 hükmü çalışma hakkının sınırlarından birini oluşturmaktadır.

Çalışma hakkı, çalışanın işini koruması yani iş güvencesi hakkını da içine almaktadır. Nitekim iş güvencesinin sağlanmadığı bir ortamda işçilerin, mevzuat ve iş akdinden kaynaklanan haklarını talep etme konusunda çekince yaşamaları ve işverenin kendilerine dayattıkları her türlü koşulu kabul etmek zorunda kalmaları büyük bir olasılıktır. Bu nedenle çalışanların geleceklerine güvenle bakabilmesi ve geçimini sağladıkları ücretlerini sebepsiz yere kaybetme korkusu yaşamalarının önlenmesi çalışma hakkının temel amaçları arasında yer almaktadır. Aynı zamanda geçerli veya haklı bir neden olmaksızın işten çıkarılmayacağının bilincinde olan bir işçinin bu güvence nedeniyle işini daha huzurlu ve verimli yapması işyerindeki çalışma barışının kurulmasına da yardımcı olacaktır.

İş güvencesi, kısaca işverenin iş ilişkisinin haklı veya geçerli bir neden olmaksızın sona erdirememesi anlamına gelmektedir. İş güvencesi kapsamında fesih serbestisi sınırlandırılarak iş akdinin feshinde belli bir usul öngörülmesinin yanı sıra işçiye dava yoluyla feshe itiraz hakkı tanınarak işverenin kötü niyetli, geçersiz yahut haksız şekilde iş akdini feshetmesi tazminat ve/veya işe iade şeklinde yaptırımlara bağlanmıştır.

İş güvencesi, uluslararası sözleşmeler bakımından da çalışma hakkının korunması bakımından önemli bir güvence olarak görülmektedir⁷⁶. İş güvencesi bakımından en önemli belgelerden olan *158 No'lu Hizmet İlişkisine Son Verilmesine ilişkin ILO Sözleşmesi* m.4 hükmü ile işçinin performansına, işin yürütümüne veya işyeri ile işletme gereklerine dayalı bir geçerli neden olmadıkça işçinin iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği belirtilmiş ve 9. maddesi uyarınca işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı yahut geçerli bir nedene dayandığına ilişkin ispat yükü işveren üzerine bırakılmıştır.

⁷⁶ Kaya / Ertuğrul Yılmaz, s. 70 ; Devrim Ulucan, “Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi”, **Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan Cilt 2**, İÜ Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1982, s. 194 ; Kılıçoğlu, s. 5.

Hukukumuzda işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması belli şartlara bağlanmıştır. Bir sözleşmeye istinaden çalışan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekmektedir. Bu kapsamda İş K. m.11 koşullarını sağlayarak belirli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş güvencesine ilişkin hükümlerden faydalanması mümkün değildir. İş sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden faydalanmasının ikinci koşulu ise işçinin 4857 sayılı İş Kanunu yahut Basın İş Kanunu'na tabi gazeteci olarak çalışmasıdır (İş K. m.18, Basın İş K. m. 6/son) . Dolayısıyla İş K. m.4 hükmü uyarınca İş Kanunu kapsamı dışında bırakılanlar, TBK m. 393 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan hizmet sözleşmesine tabi olarak çalışanlar ve Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar iş güvencesi hükümlerinden faydalanamayacaktır. İş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın diğer koşulları ise işçinin çalıştığı işyerinde en az 30 işçinin çalışması ve yer altında çalışan işçiler dışında iş akdi işveren tarafından feshedilen işçinin işyerinde en az altı aylık kıdeminin bulunmasıdır (İş K. m.18/1). İşyerinde çalışan işçi sayısı hesaplanırken işverenin aynı iş kolundaki bütün işyerleri hesaba katılacaktır (İş K. m. 18/3).

İş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşullarının tümünü sağlasa dahi *işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ile yardımcıları* ile işyerinin bütününe sevk ve idaresinin yanı sıra işçi alma ve çıkarma yetkisi de bulunan işveren vekilleri, iş güvencesine ilişkin hükümlerden faydalanamayacaktır (İş K. m.18/5).

Yine mevzuatımızda işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi belli bir usule bağlanmış olup işverenin bu usule uymaksızın yaptığı fesih geçersiz olarak kabul edilmektedir⁷⁷. Buna göre işveren tarafından fesih beyanı yazılı olarak yapılmalı ve bu beyanda fesih sebepleri açık bir şekilde gösterilmelidir (İş K. m.19/1). Bunun yanı sıra İş K. m. 19/2 hükmü uyarınca işçinin davranışı yahut performansı nedeniyle yapılacak fesihlerde ise işçinin savunması alınmaksızın iş akdinin feshedilmesi tek başına feshi geçersiz hale getirmektedir⁷⁸.

⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 17 ; Çelik /Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s. 545 vd. ; Mollamahmutoğlu / Astarlı/Baysal, s. 1070-1076.

⁷⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2016/18403 K. 2017/14006 T. 21.09.2017; E. 2016/13617 K. 2017/8796 T. 24.05.2017 ; E. 2014/6135 K. 2014/12053 T. 10.04.2014. www. legalbank.net.

İş Kanunu m.20/1 hükmü uyarınca iş akdinin sözleşmesinin haksız bir şekilde feshedildiğini düşünen işçi, iş güvencesi hükümleri uyarınca fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içerisinde başvurduğu zorunlu arabuluculuk süreci sonrasında arabuluculuk son oturum tutanağının düzenlenmesinden itibaren iki hafta içerisinde işe iade talebiyle dava açabilecektir. Uluslararası düzenlemelere uygun bir şekilde, dava sırasında feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü işveren üzerinde olup işverenin bunu ispat edememesi halinde işçi, işe iadenin yanı sıra 4 aylık boşta geçen süre ücretine de hak kazanacaktır (İş K. m.21/3). İşçi, işe iadeye ilişkin mahkeme ilamının kesinleşmesinden itibaren 10 gün içerisinde işe iade talebiyle işverene başvurmasına rağmen bir ay içerisinde işçiyi işe başlatılmaması durumunda ise işveren işçinin dört ila sekiz aylık ücreti tutarındaki işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlüdür (İş K. m.21/1).

ç. Çalışma Hakkı Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Çalışma hakkı kapsamında eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasaklarına riayet edilmesi özel bir önem taşımaktadır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarının çalışma hakkı bakımından öneminden bahsetmeden önce ise bu kavramların ne anlama geldiğinin ve İş Hukukunda nasıl uygulama alanı bulduklarının açıklanması gerekmektedir.

İlk olarak eşitlik ilkesi, aynı koşullara sahip bireylere aynı işlemin yapılması anlamına gelmektedir⁷⁹. Eşitlik ilkesi kapsamında ne olursa olsun herkese aynı işlemin yapılmasını öngören mutlak eşitlik değil objektif bir neden bulunmaksızın ayırım yapılmasını yasaklayan nisbi eşitlik yahut dağıtıcı adalet göz önüne alınmaktadır⁸⁰.

İnsan haklarına yönelik uluslararası sözleşmelerin pek çoğunda yer alan ve temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi bulunan eşitlik ilkesinin hukukumuzdaki en önemli kanuni dayanağı Anayasa'nın 10. maddesidir. Bu maddeye göre herkes dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce ve benzeri sebeplerle ayrımcılığa maruz bırakılmaksızın kanun önünde eşit kabul edilmiştir.

⁷⁹ Aziz Can Tuncay, "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. I, İstanbul, 2011, s.726.

⁸⁰ Tuncay, s. 726; Şükran Ertürk / İlke Gürsel, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. I, İstanbul, 2011, s. 428.

Hukukun genel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi, *anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi* uyarınca devlet ile birey arasındaki ilişkilerin yanı sıra bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde de uygulanabilir olmakla birlikte konunun önemi nedeniyle işverenin iş ilişkisinden doğan eşit davranma borcu İş K. m.5 hükmü ile ayrıca düzenlenmiştir.

İş Kanunu m.5 hükmü AY m. 10 hükmü ile paralel bir şekilde iş ilişkisinin devamında ve iş akdinin feshinde dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır⁸¹. Bu madde uyarınca işveren, iş sözleşmesinin kurulmasından itibaren ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından eşit davranma borcuna uygun hareket etmeli ve ayrımcılık yasaklarını göz önünde bulundurmalıdır. Yine aynı madde uyarınca iş akdinin feshinde ayrımcılık yasaklarına riayet edilmemesi yapılan feshi hukuka aykırı hale getirmekte ve işçiye dört aylık ücreti kadar ayrımcılık tazminatı talep etme hakkını vermektedir (İş K. m.5/6).

Öğretide, İş K. m.5 hükmünün ilk fıkrasında “*iş ilişkisinde*” ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle işe alım sırasında da işverenin eşit davranma borcunun ve ayrımcılık yasaklarının mevcut olup olmadığı tartışma konusu yapılmıştır. Hakim görüş, işverenin işe alım sırasında da ayrımcılık yasaklarına riayet etmesi gerektiğini ancak işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için iş ilişkisinin kurulmuş olması şartının arandığını ifade etmektedir⁸². Buna karşılık azınlık sayılabilecek olan görüş ise İş K. m. 5 hükmünün gerekçesinde işverenin “*işe almadan başlayarak...*” eşit davranma borcunun belirlendiği ve madde metninde “*iş sözleşmesi*” ifadesi yerine “*iş ilişkisi*” ifadesinin kullanılmış olmasından hareketle İş K. m. 5/1 hükmünün işe alımlarda da eşit davranma borcunu kapsadığını savunmaktadır⁸³.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, s. 755; Ertürk / Gürsel, s. 427.

⁸² Süzek, s. 475-476; Tuncay, s. 765 ; Ertürk/Gürsel, s. 433 ; Murat Kandemir / Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 30-31, 2015, s. 16 ; Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku Uygulamaları**, Seçkin, 7. Baskı, 2019, s. 103; Ertuğrul Yuvalı, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçilerle İlgili Hükümlerine Genel Bakış”, **TBB Dergisi**, S. 106, 2013, s. 95-96 ; *Bakırcı* ise, iş sözleşmesinin kurulması sırasında ayrımcılık yasağının da düzenlenmemiş olduğu görüşündedir. Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 8, 2007, s. 26.

⁸³ Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 160-161; Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/2, s. 246-247.

Azınlık görüşü savunan yazarlardan Ünal ise, İş K. m. 5 hükmü bakımından bir değerlendirme yapılırken Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁸⁴ (TİEK) m. 6 hükmünün de dikkate alınması gerektiğini, zira TİEK m. 6/1 ve 2 hükümleri uyarınca iş ilanları da dahil olmak üzere çalışmak için başvuran kişi aleyhine ayrımcılık yapılamayacağının mevzuatımız kapsamında açıkça düzenlendiğini ifade etmektedir⁸⁵. Kanaatimizce, TİEK'in yürürlüğe girmesiyle birlikte tereddütte yer bırakmayacak şekilde işverenin işe alım sırasında da ayrımcılık yasaklarına riayet etme ve eşit davranma borcunun bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim, iş sözleşmesinin kurulması süresinde ayrımcılığa uğrayan işçi adayının TİEK m. 17/1 hükmü uyarınca Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'na (Kurul) başvurusu yahut Kurul'un insan haklarına ilişkin ihlalleri re'sen inceleme yetkisi üzerine işveren TİEK m. 25 hükmünde yer verilen uyarı (TİEK m.25/4) veya ihlalin ağırlığına göre belirlenen idari para cezası (TİEK m.25/1) yaptırımına tabi tutulabilecektir⁸⁶.

İş Kanunu m.5 hükmünde yer alan genel anlamda ayrımcılık yasağının yanı sıra ücret açısından cinsiyete dayalı olarak ayırım yapılamayacağı ise bir kez daha vurgulanmıştır. Yine bu hüküm ile bazı iş akdi türleri açısından eşit davranma borcu ayrıca düzenlenmiştir (İş K. m.5/5). Bu kapsamda, belirli süreli iş sözleşmesi çalışan işçiler ile kısmi süreli çalışan işçilere ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile tam süreli çalışan işçilerden farklı muamele yapılamayacaktır (İş K. m.5 /2 Ayrıca, m. 12/1, m. 13/2) .

Her ne kadar AY m.10 ve İş K. m.5 hükmünde açıkça yer almasa da madde metninde geçen “*ve benzeri sebeplere dayalı*” ifadesi nedeniyle ayrımcılık yasaklarının maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı ve günümüzde yaş nedenine dayalı olarak ayrımcılık yapılmasının da yasak olduğu kabul edilmektedir⁸⁷. 2000/78 sayılı Avrupa Birliği (AB) Direktifi ile açıkça yasaklanan yaş ayrımcılığı, mevzuatımız kapsamında da açıkça yasaklanmıştır. Nitekim, TİEK m. 3/2 hükmünde İş K. m.5 /1 hükmünde yer alan dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din

⁸⁴ 20.04.2016 Tarih ve 29690 Sayılı Resmi Gazete.

⁸⁵ Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 161.

⁸⁶ 23.03.2023 Tarih ve 2023/201 K. sayılı Kurul Kararı. Kurul burada, İstanbul Barosu'nun web sayfasındaki “Bilgi Havuzu” portalında yer alan “kadın avukat/stajyer avukat, erkek avukat/stajyer avukat” arandığı şeklindeki iş ilanlarının cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturduğu yönündeki başvuran iddiasını kabul ederek İstanbul Barosu Başkanlığı hakkında 50.000,00-TL idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

⁸⁷ Ertürk/ Gürsel, s. 434-435.

ve mezhep gibi ayrımcılık sebeplerinin yanı sıra medeni hâl, sağlık durumu ve yaş nedenlerine dayalı olarak da ayrımcılık yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Anayasa m. 10 hükmünün üst başlığı “*kanun önünde eşitlik*”, İş K. m.5 hükmünün üst başlığı ise “*eşit davranma ilkesi*” olmakla birlikte öğretide ağırlıklı görüş uyarınca anılan maddelerin hem ayrımcılık yasaklarını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlediği kabul edilmektedir⁸⁸.

Ayrımcılık kavramını tanımlamak gerekirse, ayrımcılıktan söz edebilmek için öncelikle kişi yahut kişi gruplarına karşı farklı bir muamele söz konusu olmalıdır⁸⁹. Ancak farklı muamelenin varlığı mutlak surette ayrımcılığın var olduğunu göstermemektedir. Farklı muamelenin meşru bir amaca dayanması ve bu amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve oranlı olması halinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir⁹⁰. Örneğin tarihsel süreç boyunca ayrımcılığa maruz bırakılan ve bu nedenle iş hayatına yeteri kadar katılım gösteremeyen kadınlar için işyerlerinde yapılan kota uygulaması cinsiyete dayalı farklı muamele içermekle birlikte meşru bir amaca yönelik olması ve kota uygulamasının bu amacı gerçekleştirmek için elverişli, gerekli ve oranlı olması nedeniyle ayrımcılık yasağını ihlal etmemektedir.

Ayrımcılık ifadesi genellikle “doğrudan ayrımcılık” ve “dolaylı ayrımcılık” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir⁹¹. Doğrudan ayrımcılık, kişinin dil, din, ırk, mezhep, cinsiyet, engellilik, cinsel yönelim ve benzeri sebepler dolayısıyla farklı muameleye maruz kalmasıdır⁹². Dolaylı ayrımcılıkta ise esasen görünüşte tarafsız ve herkese eşit olarak uygulanan bir muamelenin bazı kişi ve kişi grupları olumsuz etkilemesi ve bu etkinin hukuken kabul edilebilir meşru bir nedene dayanmaması gerekmektedir⁹³. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları mevzuatımızda TİEK m.2 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre, “*bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken*

⁸⁸ Süzek, s. 471 vd. ; Ertürk/ Gürsel, s. 431; Kübra Doğan Yenisey, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. 4, S. 11, 2006, s. 66. (Eşitlik İlkesi)

⁸⁹ Tuncay, s. 726 ; Kandemir/Yardımcıoğlu, s. 14.

⁹⁰ Ulaş Karan, “ Türk Hukuku’nda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **TBB Dergisi**, S. 73, 2007,s. 153.

⁹¹ Kandemir / Yardımcıoğlu, s. 15.

⁹² Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu, 2009, s.9.

⁹³ Karan, s. 10; Tuncay, s. 757.

tanınmış hak ve özgürlüklerinden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını TİEK’te sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele” (TİEK m.2/1/d) doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilirken “bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, TİEK’te sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması” (TİEK m. 2/1/e) ise dolaylı ayrımcılık olarak tanımlanmıştır.

Ayrımcılık yasağı kapsamında söz edilmesi gereken pozitif ayrımcılık kavramı ise, var olan eşitsizliğin yarattığı etkileri giderebilmek amacı ile belirli birtakım kesimlere bazı ayrıcalıkların sağlanması olarak tanımlanabilir⁹⁴. Pozitif ayrımcılık, ayrıcalık tanınan kesimin hak kaybına uğramasını önlemeyi amaçladığından ötürü eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmemektedir.

Anayasa’nın 10. maddesinin ikinci fıkrasında, devletin kadın erkek arasındaki eşitsizliği gidermek için alacağı tedbirler ile çocuklar, yaşlılar, şehit yakınları, gaziler ve engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı belirtilerek pozitif ayrımcılık kavramının anayasal temelleri atılmıştır⁹⁵. Tıpkı Anayasa’nın 10. maddesinde olduğu gibi İş Kanunu’nun 5. maddesinde de işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanabileceğinden bahsedilerek pozitif ayrımcılık yapılabileceği ortaya konulmuştur. Yine TİEK m. 7/1/f hükmünde de “eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamelelerin” ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymamanın yaptırımı İş K. m.5/6 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre işverenin iş ilişkisi ve/veya sona ermesinde eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasaklarına riayet etmemesi halinde işçi, dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatının yanı sıra ayrımcı muamele nedeniyle yoksun bırakıldığı hakları da talep etme imkanına sahiptir. Öğretide hakim görüş İş K. m. 5/6 hükmünün lafzından hareketle işe alım sırasında ayrımcılık

⁹⁴ Tankut Centel, “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C.4 S.15, İstanbul, 2009, s.9; Karan, s. 14.

⁹⁵ Devrim Ulucan, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel S., 2013 ,s.372. (Eşitlik İlkesi) ; Tuncay, s. 758.

yasağına aykırılık halinde işçinin ayrımcılık tazminatı talep edemeyeceğini, işçinin ancak genel hükümler ve *culpa in contrahendo* sorumluluğu uyarınca işverenden tazminat isteyebileceği yönündedir⁹⁶.

Hukukumuzda işçinin sendikal nedenle ayrımcılığa maruz bırakılması ise ayrıca yaptırıma bağlanmıştır. Bu kapsamda sendikal nedenle ayrımcılığa maruz bırakılan işçi tarafından 6356 sayılı Kanun⁹⁷ m.25/4 hükmü uyarınca talep edilen sendikal tazminatın yanında ayrıca İş K. m.5/6 hükmünden kaynaklanan ayrımcılık tazminatı istenemeyecektir⁹⁸.

İşverenin eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı davrandığını iddia eden işçi, bunu ispatla yükümlü kılınmıştır. Ancak ayrımcı fiil ve işlemlerin mağdurlar tarafından ispatlanmasının çoğunlukla zor olması ve ayrımcılık mağdurlarının hak aramalarının teşvik edilmesi amacıyla İş K. m.5/6 hükmü Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁹ m. 190 hükmünde yer verilen genel ispat kurallarından ayrılmış ve ispat yükü yer değiştirerek işçi tarafından bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumun ortaya konulması halinde eşitlik ilkesine yahut ayrımcılık yasağına aykırı davranılmadığını ispat yükü işveren üzerinde bırakılmıştır¹⁰⁰. Genel olarak ayrımcılık yasaklarının düzenlendiği TİEK kapsamında da benzer bir ispat yükü getirilmiştir (TİEK m. 21). İş Kanunu m. 5 hükmü ile benzer şekilde TİEK m. 21 hükmünde de “*başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması*” durumunda da ispat yükü karşı taraf aleyhine yer değiştirmektedir¹⁰¹.

⁹⁶ Süzek, s. 476 ;Tuncay, s. 765 ; Kandemir / Yardımcıoğlu, s. 35-36 ; Yuvalı, s. 96 ; Ertürk/Gürsel, s. 447 ; Sümer H, s. 403. Aksi yönde bkz. Fevzi Demir, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 41, 2014, s. 18 (Eşit İşlem) ; Ünal ise, ayrımcılık tazminatının işe alım sırasında ayrımcılık yasağına aykırılık halinde de ayrımcılık tazminatı istenebileceği görüşündedir. Yazara göre bu durumda tazminata esas alınacak olan ücret, başvuru işinin emsal ücreti olarak belirlenebilecektir. Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 442.

⁹⁷ 07.11.2012 Tarih ve 28460 Sayılı Resmi Gazete.

⁹⁸ Demir, Eşit İşlem, s. 22 ; Süzek, s. 490 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 751.

⁹⁹ 04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı Resmi Gazete.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karan, s. 15-16; Tuncay, s. 766.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kübra Demir, **İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 477-488.

Çalışma hakkı bakımından ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı oldukça geniş bir uygulama alanı bulmaktadır¹⁰². Çalışma hakkı kapsamında korunan insan onuruna yaraşır bir işe sahip olma hakkı, adil ve eşit ücret hakkı ve iş güvencesine sahip olma haklarının gereği gibi yerine getirilebilmesi için ayrımcılık yasağı ve eşit davranma borcunun sıkı bir şekilde gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına riayet edilmeksizin siyahi olması nedeniyle işe alınmayan işçinin, herhangi bir meşru neden olmaksızın erkek işçilerden daha düşük bir ücret alan kadının yahut sendikalı olması nedeniyle işten çıkarılan işçinin çalışma hakkının ihlal edilmediğini söylemek mümkün değildir.

B. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü

1. Genel Olarak Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Pek çok tanımı bulunan irade kavramı, tarih boyunca felsefe, siyaset ve psikoloji gibi sosyal bilim dallarının yanı sıra hukuk disiplini tarafından da ele alınmıştır¹⁰³. Gerçekten de hukuki işlemin kurucu ögesi ve sorumluluğun temeli olarak irade, hukuk bilimi tarafından çokça tartışılan bir kavramdır.

İradenin özgür olup olmadığına ilişkin pek çok tartışma yapılmış olsa da bugün için insanın özgür bir iradesinin bulunduğu ekonomi, hukuk ve etik gibi pek çok bilim dalı açısından temel bir ilke olarak kabul edilmektedir.

Tarihsel süreçte önce ekonomik ve sonrasında da hukuki bir kavram olarak ortaya çıkan irade özgürlüğünün temelleri ise 17. ve 18. yüzyılda ortaya çıkan özgürlükçü (liberal) ve hümanist düşünce akımlarına dayanmaktadır. İrade özgürlüğü yahut irade özerkliği, ilk olarak devletin sosyal ve ekonomik yaşamı düzenleyici politikalarının reddedilerek bireylerin her alanda özgürlüğünü tesis etmeyi amaçlayan ekonomik ve politik bir hareket olarak ortaya çıkmıştır¹⁰⁴. Bu kapsamda irade özgürlüğü, ekonomik planda genel refahı sağlayan bir araç olarak görülmektedir¹⁰⁵.

¹⁰² Karagözler, s. 136; Birtane, s. 70.

¹⁰³ Hande Heper, **İş İlişkisinde İşçinin İradesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 5.

¹⁰⁴ Arzu Küçükyalçın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 4, 2004, s. 105.

¹⁰⁵ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 337.

Gerçekten de liberallere göre serbest yarışma ve rekabete dayalı piyasa ekonomisi ancak devletin müdahalesinin ortadan kaldırılarak bireylerin girişim ve teşebbüs kurma iradesinin her türlü engelden arındırıldığı bir ortamda mümkün olabilmektedir.

Hukuki bir kavram olarak ise irade özgürlüğü, bireylerin özel hukuk ilişkilerini kendi hür iradeleri uyarınca düzenleme yetkisidir¹⁰⁶. Bu ilke uyarınca birey, özgür bir varlık olup hukuki açıdan kendi kaderini kendi tayin etme hak ve yetkisine sahiptir¹⁰⁷. Bunun yanında irade özgürlüğü kavramı, bireylerin davranışlarının sınırlarını kendi kendilerine bulmasını ve özellikle borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyebilmelerini de ifade eder¹⁰⁸.

İrade özgürlüğü ilkesi hemen hemen her hukuk düzeninde kabul edilmiştir. Liberal hukuk düzenlerinde irade özgürlüğü kavramı oldukça geniş yer bulurken otoriter sosyalist hukuk düzenlerinde irade özgürlüğü ilkesi daha dar bir kapsamda ele alınmaktadır¹⁰⁹. Ancak hiçbir hukuk düzeni irade özgürlüğü çerçevesinde bireylere hukuki ilişkilerini düzenleme konusunda sınırsız bir yetki tanımamıştır. Nitekim irade özgürlüğü kavramının devlet ve hukuk düzeninden önce de var olduğunu ve bu nedenle hiçbir sınır konulmadan kabul edilmesi gerektiği görüşü modern hukuk düzenleri tarafından kabul görmemiş ve irade özgürlüğünün sınırları daima çizilmiştir¹¹⁰.

Gerçek ve/veya tüzel kişilerin hukuk düzeninin sınırları içerisinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile aralarındaki kişisel ilişkileri özgürce düzenleme imkânı veren sözleşme serbestisinin kaynağında da irade özgürlüğü kavramı bulunmaktadır¹¹¹. Sözleşme serbestisinin irade özgürlüğü ile olan ilişkisi zaman zaman her iki kavramın eş anlamlı olarak kullanılmasına neden olmaktadır¹¹². Zira her iki kavramın temelinde de bireylerin hukuken eşit oldukları, özgür bir toplumda

¹⁰⁶ Eren, s. 336; Çetin, s. 37.

¹⁰⁷ Eren, s. 17; Ulucan, Çalışma Hakkı, s. 184-185.

¹⁰⁸ Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *TBB Dergisi*, S.72, 2007, s. 76.

¹⁰⁹ Eren, s. 337- 338.

¹¹⁰ Eren, s. 338; Ateş, s. 79.

¹¹¹ Çetin, s. 37; Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin, İstanbul, s. 125.

¹¹² Ateş, s. 77; Eren, s. 339.

bireylerin kendi menfaatleri doğrultusunda hareket edeceği ve borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyecekleri fikri hakimdir.

Sözleşme serbestisi, liberal ekonomik düzenin ortaya attığı bir kavramdır¹¹³. Nitekim sözleşme serbestisi, hem irade özgürlüğünün önemli bir parçasını hem de liberal ekonomik düzenin esaslı bir unsurunu oluşturmaktadır¹¹⁴. Sanayi devrimi ile birlikte piyasadaki işleyişin sağlanması ve girişimci, sermayedar, işçi yahut tüketici gibi sıfatlarla ekonomik faaliyetlerde bulunan bireyler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için sözleşmelere her zamankinden daha çok ihtiyaç duyulmuş ve 19. yüzyıl sözleşme yılları olarak anılmıştır. Bu dönemde çağdaş hukuk düzenleri, liberal ekonomik düzenin etkisi ile şekillenirken taraflara akdin şartlarını serbestçe kararlaştırabilecekleri bir alan bırakan sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir¹¹⁵. Örneğin 19. yüzyılın başlarında gerçekleşen kodifikasyon hareketlerinin sonucunda ortaya çıkan Fransız Medeni Kanun'u, sözleşme serbestisi ilkesini oldukça geniş biçimde ele almış ve hukuka uygun sözleşmelerin taraflar açısından kanun hükmünde olduğu kabul edilmiştir¹¹⁶. Günümüzde ise sözleşme serbestisi, Borçlar Hukuku'nun temel ilkeleri arasında sayılmaktadır.

Sözleşme serbestisi ilkesi, hukukumuzda 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde çalışma ve teşebbüs kurma hürriyeti ile bir arada düzenlenmiştir. Çalışma özgürlüğünün *hizmet sözleşmesi akdetme özgürlüğü*, teşebbüs kurma özgürlüğünün ise *sözleşme yapabilecek ekonomik bir organizasyon kurma özgürlüğü* olarak kabul edilmesi halinde anılan maddede yer alan üç özgürlüğün de sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde şekillendiği söylenebilecektir¹¹⁷. Nitekim bireylerin serbest piyasada işçi yahut girişimci olarak ekonomik faaliyet gösterebilmelerinin ön koşulu sözleşme serbestisi uyarınca kanuni sınırlar içerisinde diledikleri kişi ile diledikleri şekilde ve diledikleri konuda sözleşmeler akdedebilmesidir. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması, dolaylı yoldan çalışma ve teşebbüs kurma özgürlüklerinin de sınırlandırılmasına da yol açmaktadır.

¹¹³ Ulucan, Çalışma Hakkı, s. 184.

¹¹⁴ Eren, s. 339- 340; Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 14.

¹¹⁵ Küçükyalçın, s. 105.-106; Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 16.

¹¹⁶ Küçükyalçın, s. 106; Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 17.

¹¹⁷ Ahmet Battal, "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001, s. 48- 49.

Sözleşme serbestisi anayasal düzlemde güvence altına alınmakla birlikte kapsamı ve sınırları Borçlar Kanunu tarafından belirlenmektedir. TBK m.12, m.26 ve m.27 hükümleri ile sözleşme serbestisinin çeşitli görünümüne ve sınırlarına yer verilmiştir. Hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde bireylerin irade beyanları vasıtasıyla diledikleri hukuki sonuçları meydana getirebilme özgürlüğü olarak tanımlanabilecek sözleşme serbestisi¹¹⁸ kendi içerisinde *sözleşme akdedip akdetmeme özgürlüğünü, sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğünü, sözleşmenin şeklini seçme özgürlüğünü, sözleşmenin içeriğini seçme özgürlüğü* ile *sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğünü* de içinde barındırmaktadır.

Sözleşme serbestisinin görünümülerinden olan sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, bireylerin hiçbir baskı altında kalmaksızın dilediği herhangi bir sözleşmeyi yapabilmesi yahut sözleşme yapmaktan kaçınabilmesidir¹¹⁹. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü uyarınca hiç kimse bir başkası tarafından sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi kendisi de hiç kimseyi sözleşme yapmaya zorlayamayacaktır¹²⁰. Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, TBK de açık olarak yer almamakla birlikte sözleşme serbestisinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Nitekim sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün var olmadığı bir durumda sözleşme serbestisinin diğer görünümüleri olan sözleşmenin tarafını ve içeriğini seçebilme özgürlüklerinin de mevcut olmayacağı yahut oldukça sınırlı bir şekilde var olacağı kolaylıkla söylenebilecektir.

Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, özgür bir ortamda bireylerin kendi menfaatlerini en iyi şekilde kollayıp gözeteyeceği varsayımına dayanmaktadır. Ancak bireylerin kendi menfaatlerini en iyi şekilde kollayıp gözetebilmesi için sözleşmenin her iki tarafının da eşit şartlar altında müzakere edebilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin tarafları hukuken eşit olmakla birlikte ekonomik sebeplerle taraflardan birinin daha zayıf konumda bulunduğu yahut taraflardan birinin tekelleşerek piyasadaki tek hakim konumda bulunduğu durumlarda sosyal ve ekonomik adaletin sağlanması amacıyla devlet, tarafların sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne

¹¹⁸ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 9; Antalya, s. 429.

¹¹⁹ Eren, s. 340; Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 8.

¹²⁰ Antalya, s. 429; Aydın Zevkliler / K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 8.

müdahale ederek sözleşme yapma mecburiyeti getirebilmektedir¹²¹. Sözleşme serbestisi, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünün yanı sıra taraflara sözleşme yapacağı kişi yahut kişileri de seçme özgürlüğü vermektedir. Kural olarak bireyler diledikleri gerçek veya tüzel kişi ile sözleşme akdetme serbestisine sahiptir. Ancak tıpkı sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünde olduğu gibi sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü de çeşitli gerekçelerle sınırlandırılmıştır. Örneğin su, elektrik, ulaşım gibi temel yaşamsal hizmetleri elinde tutan kuruluşlara karşı zayıf konumda bulunan bireylerin menfaatlerinin korunması amacıyla bu hizmetleri veren kuruluşların haklı bir sebep olmadıkça sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlükleri bulunmamaktadır.

Sözleşme serbestisinin bir diğer görünümü de sözleşmenin şeklini seçebilme özgürlüğüdür. Aile Hukuku, Miras Hukuku veya Eşya Hukuku'nun aksine Borçlar Hukuku'nda şekil serbestisi ilkesi geçerlidir¹²². Buna göre taraflar, kanunda sözleşmenin geçerli olması için belirli bir şekle uyularak yapılması gerektiği belirtilmediği sürece sözleşmeyi dilediği şekilde yapabilme serbestisine sahiptir¹²³. TBK m.12 hükmünde de yasalar ile aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliliğinin hiçbir şekle bağlı olmadığı belirtilerek şekil serbestisi ilkesi açıkça ortaya konulmuştur.

Genel kural şekil serbestisi olmakla birlikte şeklin sözleşmeye açıklık ve kesinlik getirmesi, ispat kolaylığı sağlaması ve tarafları düşünmeye sevk etmesi gibi faydaları nedeniyle Borçlar Kanunu ve çeşitli kanunlarla bazı sözleşmeler için şekil şartları öngörülmüştür¹²⁴. Öngörülen bu şekil mecburiyeti kural olarak geçerlilik şartı olup kanunun öngördüğü şekle uygun bir şekilde kurulmayan sözleşmeler geçersiz kabul edilmektedir. Ayrıca sözleşme taraflarının şekil serbestisi ilkesi çerçevesinde kanunda o sözleşmeyi akdetmek için herhangi bir şekil şartı öngörülmüş olmasa dahi aralarında anlaşarak şekil zorunluluğu getirebilmeleri mümkün olup taraflarca belirlenen bu şekil kuralı da tıpkı kanunla getirilen şekil zorunluluğu gibi geçerlilik koşulu sayılmaktadır.

¹²¹ Sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ve bunun İş Hukukundaki yansımalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I, II. B. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

¹²² Zevkliler / Gökyayla, s. 9.

¹²³ Eren, s. 357; Zevkliler / Gökyayla, s. 9; Tandoğan, s.11.

¹²⁴ Eren, s. 299-301; Antalya, s. 528-529.

Sözleşme serbestisinin bir diğer görünümü olan sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü uyarınca taraflar, kanunun çizdiği sınır çerçevesinde sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi belirleme imkanına sahiptir. Nitekim sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü TBK m.26 hükmünde de açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda taraflar, edimlerin miktarını, sözleşmenin konusunu, ifa süresini ve ifa edilme tarzını yani sözleşmenin içeriğini ve sözleşmenin tipini serbestçe belirleyebilecektir¹²⁵. Sözleşmenin tipini seçme özgürlüğü, sözleşme taraflarına hizmet, kira yahut satım gibi kanunlarda düzenlenmiş bir sözleşme tipini seçebilme imkanının yanı sıra yasada düzenlenmemiş bir sözleşme çeşidini de seçme özgürlüğü vermektedir¹²⁶.

Sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü mutlak bir özgürlük olmayıp TBK m.27/1 hükmü ile bu özgürlüğün sınırları çizilmiştir. Buna göre taraflar, emredici yasa hükümlerine, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konu bakımından imkânsız olmadığı sürece sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleme imkanına sahiptir¹²⁷. Dolayısıyla tarafların bu sınırlamalara uymaksızın akdettiği sözleşmeler hukuk düzeni tarafından geçersiz kabul edilmektedir.

Sözleşme serbestisi, doğal olarak sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırma özgürlüğünü de içerir. Sözleşmenin tarafları, her zaman aralarındaki sözleşmenin içeriğini değiştirebilecekleri gibi diledikleri zaman aralarındaki sözleşmeye son verme hakkına da sahiptir. Ancak bu özgürlük her iki tarafın da karşılıklı irade beyanlarının uyuşması şartına bağlı olup taraflardan yalnızca birinin haklı bir neden olmaksızın kendiliğinden sözleşmeyi değiştirmesi yahut sona erdirmesi mümkün değildir.

2. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Görünümleri

İş Kanunu m.8 hükmünde tanımlandığı üzere işçinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmeyi taahhüt ettiği, işverenin ise işçinin emeğine karşı olarak ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeye iş sözleşmesi adı verilmektedir.

¹²⁵ Eren, s. 357; Antalya, s. 441; Tandoğan, s. 12.

¹²⁶ Tandoğan, s. 12; Zevkliler/ Gökyayla, s. 10.

¹²⁷ Antalya, s. 442; Eren, s. 358.

Bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak adlandırılabilmesi için sözleşme içerisinde iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının tamamının bulunması gerekmektedir (İş K. m.8/1). Eser yahut vekalet gibi iş görme sözleşmelerinde de iş görme ve ücret unsurları bulunmakla birlikte iş sözleşmesinin belirleyici unsuru bağımlılık unsurudur¹²⁸. İşçinin işverenin gözetimi altında, emir ve talimatlarına uygun olarak iş görmesi iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden açıkça ayırmaktadır¹²⁹.

İş sözleşmesi kapsamında işçi ile işverenin hak ve yükümlülükleri İş K. ile kısmen de TBK'nin hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri ile düzenlenmiş olup İş Hukukunda da tıpkı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi sözleşme serbestisi ilkesi hakimdir¹³⁰. Sözleşme özgürlüğünün İş Hukukundaki görünümü iş sözleşmesi yapma özgürlüğü şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İş sözleşmesi yapma özgürlüğü, iş sözleşmesinin taraflarının hak ve fiil ehliyetine sahip ve hukuken eşit durumda bulunan taraflar arasında akdedilen bir özel hukuk sözleşmesi olmasının bir gereğidir. Sözleşme serbestisi uyarınca iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ile işveren, iş sözleşmesi yapıp yapmama, iş sözleşmesi akdedeceği tarafı seçme, iş sözleşmesinin şeklini seçme, iş sözleşmenin içeriğini düzenleme ile iş sözleşmesini değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüklerine sahiptir.

İş Kanunu'nda açıkça yer almamakla birlikte iş sözleşmesi yapıp yapmama özgürlüğü çerçevesinde işçi işveren yahut herhangi bir kişi tarafından iş sözleşmesi yapmaya zorlanamayacağı gibi işveren de iş sözleşmesi yapıp yapmama konusunda serbest kabul edilmektedir. Nitekim işçinin iş sözleşmesi yapıp yapmama hususunda serbest bırakılması zorla çalışma yasağının da doğal bir sonucudur. İş sözleşmesi yapıp yapmama özgürlüğünün yanı sıra taraflar, kural olarak sözleşme imzalayacağı tarafı seçmek hususunda da serbest kabul edilmiştir.

İş sözleşmesinde şekil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu ise İş K. m.8 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre kanunda aksi öngörülmedikçe iş sözleşmesi hiçbir şekle tabi değildir. Ancak İş Kanunu kapsamında bir yıldan uzun süreli iş sözleşmesi,

¹²⁸ Süzek, s. 237 ; Çelik /Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 171.

¹²⁹ Çelik /Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 171 ; Süzek, s. 237.

¹³⁰ Süzek, s. 327; Ulucan, Çalışma Hakkı, s. 185; Çetin, s. 40.

belirli süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi, takım sözleşmesi gibi pek çok iş sözleşmesi türü yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur.

İş Kanunu'nda şekil serbestisine yer verilmesinin yanı sıra İş K. m.9 hükmü ile TBK m.26 hükmüne paralel bir şekilde sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne yer verilmiştir. Anılan hüküm uyarınca iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ile işveren yasa ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla sözleşme hükümlerini ihtiyaçlarına uygun bir şekilde düzenleme özgürlüğüne sahiptir¹³¹.

Son olarak sözleşmesinin içeriğinin değiştirilmesi ve sona erdirilmesi özgürlüğü ilkesi uyarınca ise, işçi ile işverenin aralarında anlaşarak iş sözleşmesinin hükümlerini değiştirebilmesi veya ikale yolu ile iş sözleşmesini sona erdirebilmesi mümkündür.

İş Hukukunda genel olarak sözleşme serbestisi ilkesi uygulanmakla birlikte İş Hukukuna hakim ilkelere biri olan sosyal koruma ilkesi sözleşme serbestisini ciddi bir şekilde sınırlandırmaktadır. Bu kapsamda iş sözleşmesi yapma yapmama özgürlüğü kimi durum ve koşullarda iş sözleşmesi yapma mecburiyeti yahut iş sözleşmesi yapma yasakları getirilerek sınırlandırılmıştır. İş sözleşmesi yapma mecburiyeti yahut iş sözleşmesi yapma yasakları iş sözleşmesinin taraflarının sözleşme yapma yapmama özgürlüğünün yanı sıra iş sözleşmesinin tarafını seçme özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır. Yine İş Hukuku kapsamında pek çok emredici hükmün bulunması özellikle işverenin iş sözleşmesinin içeriğini düzenleme serbestisini de önemli ölçüde kısıtlamaktadır.

İş sözleşmesi yapma serbestisine getirilen sınırlamaların nedenleri ve iş sözleşmesi yapma yasakları çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

¹³¹ Ulucan, Çalışma Hakkı, s. 185-186; Çetin, s. 40.

II. Çalışma Hakkı ve İş Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırlandırılması

A. Çalışma Hakkının Sınırlandırılması

Olağanüstü yönetim hallerinde dahi sınırlandırılmayan yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, din ve vicdan hürriyeti gibi sert çekirdek haklar dışında kalan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir¹³². Devletin varlığını koruması ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla temel hak ve özgürlüklerin çerçevesinin çizilerek sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir¹³³. Dolayısıyla hukuk devletinde de bireylerin hak ve özgürlükleri diğer bireylerin hak ve özgürlüğü ile sınırlı bir şekilde belirlenmiştir¹³⁴.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi kabul edilmekle birlikte sınırlamaların temel hak ve özgürlüğün özüne dokunmaması yani temel hak ve özgürlüğün varlığını bütünüyle yok etmemesi gerekmektedir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması belli şartlara bağlanmıştır. Nitekim Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların hakkın özüne dokunmaması gerektiği açıkça vurgulanmış ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için birtakım koşulların varlığı aranmıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükler ancak anayasanın ilgili maddesinde yer alan sınırlamalara dayalı olarak ve kanunla sınırlandırılabilir. 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinden bu yana temel hak ve özgürlüklerin yasama organı tarafından yalnızca kanunla sınırlandırılabilmesinin bireylere hukuka aykırı bir müdahale ile temel hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakılmayacaklarına ilişkin güvence sağladığı kabul edilmektedir¹³⁵. Bu kapsamda hukuk devletinin bir gereği olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırıldığı kanun maddelerinin kesin ve açık olması gerekmektedir¹³⁶.

¹³² Karagözler, s. 266.

¹³³ Muhammet Erturan, **Avrupa Sosyal Şartı Işığında Türkiye'de Çalışma Hakkı ve Sınırları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 178.

¹³⁴ Musa Adıyaman, **Türk Hukukunda Çalışma Hakkı ve Korunması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2010, s. 28.

¹³⁵ Karagözler, s. 267.

¹³⁶ Erturan, s. 184.

Tüm bunların yanı sıra AY m.13 hükmünde aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların sınırları da çizilmiş ve getirilen sınırlamaların anayasanın sözü ile ruhuna, demokratik toplum düzenine, lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ortaya konulmuştur.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınıflandırmada sosyal haklar içerisinde yer alan çalışma hakkının da sınırlandırılabilceği öğretide ağırlıklı görüş olarak kabul edilmektedir¹³⁷. *Tanör* ise çalışma hakkının devletin olumlu bir edimde bulunmasının gerektiği pozitif haklardan olması nedeniyle kamu düzeni, kamu yararı gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sebeplerine dayanılarak sınırlandırılmayacağı görüşündedir¹³⁸. Yazara göre, devletin olumlu edimde bulunduğu ölçüde var olan çalışma hakkı ancak hakkın konusu ve/veya öznesi bakımından bir takım istisna ve daraltmaların getirildiği durumlarda sınırlandırılabilir¹³⁹.

Tanör ile aynı doğrultuda *Sağlam* ise, çalışma hakkı gibi sosyal haklarda hakkın çerçevesinin çizildiği yasal düzenlemelerle belli sınırların ortaya çıkacağını, ancak hakkın kullanılmasını mümkün kılan ve ona içerik veren bu düzenlemelerin hakkın sınırlanması anlamına gelmeyeceği görüşündedir¹⁴⁰.

Kanaatimizce, çalışma hakkı da tıpkı diğer temel hak ve özgürlükler gibi istisnai hallerde, belirli sebeplere dayanılarak ve belirli birtakım amaçları gerçekleştirmek için sınırlandırılabilir. Nitekim çalışma hakkı gibi sosyal haklar bakımından devletin olumlu bir edimde bulunması gerektiği gerekçesi ile AY m.13 hükmünde yer alan sınırlama rejiminin sağladığı hukuki güvencelerden yoksun bırakılması düşünülemeyecektir¹⁴¹.

Çalışma hakkı, uluslararası belgelerde de sınırsız olarak kabul edilmemiş ve çeşitli gerekçelerle sınırlandırılmıştır. Öncelikle çalışma hakkını düzenleyen uluslararası sözleşmelerde sosyal haklar bakımından getirilen genel sınırlandırmalar

¹³⁷ Erturan, s. 181.

¹³⁸ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978, s. 331; Erturan, s. 181.

¹³⁹ Tanör, s. 331.

¹⁴⁰ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 25; Karagözler, s. 270.

¹⁴¹ Karagözler, s. 271.

çalışma hakkı bakımından da geçerlidir. İHEB, ESKHS ve ASS gibi uluslararası belgelerde kamu yararı, ulusal güvenlik, diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması, genel refahın sağlanması gibi nedenlerle çalışma hakkının sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir¹⁴². Anılan bu belgelere göre çalışma hakkına ilişkin olarak getirilen bu sınırlandırmaların kanunla yapılması gerekmektedir.

Sosyal haklara ilişkin genel sınırlamaların yanı sıra uluslararası belgelerde çocuklar, kadınlar, yabancılar gibi birtakım grupların çalışma hakkının sınırlandırıldığı görülmektedir. Örneğin ASS Bölüm II m.7 hükmünde belli bir yaşın altındaki çocuk ve gençlerin çalışması yasaklanmıştır. Yine aynı sözleşmenin 8. maddesinde de kadınların yer altında çalışmaları yasaklanmıştır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu sınırlamaların nedenleri ve kapsamı ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Anayasada da çalışma hakkı belirli sınırlar içerisinde tanınmıştır. Öncelikle yukarıda detaylı olarak da açıklandığı üzere çalışma hakkı bakımından AY m. 13 hükmünde öngörülen sınırlandırma rejimi uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra çalışma hakkı, AY m. 14 hükmünde yer alan temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde de sınırlandırılabilir. Yine AY m.15 hükmü uyarınca savaş, seferberlik gibi hallerde uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydıyla ve durumun gerektirmesi halinde çalışma hakkının sınırlandırılması mümkündür.

Kenar başlığı “*Sosyal ve ekonomik hakların sınırı*” iken 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile kenar başlığı “*Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları*” olarak değiştirilen AY m.65 hükmü bir sosyal hak olan çalışma hakkının da sınırını oluşturmaktadır. Buna göre devlet, iktisadi ve sosyal alanlarda anayasa hükümleri ile belirlenen görevlerini, *bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmelidir*.

Devletin mali kaynaklarının zorlanması, devletin istikrarını bozabileceği ve düzenin bozulması ile daha önce yerine getirdiği yükümlülüklerini dahi yerine getiremeyeceği düşüncesi ile AY m. 65 hükmü uyarınca devletin sosyal ve ekonomik

¹⁴² Karagözler, s. 268.

haklardan kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmesini mali kaynakların yeterliliği ölçütüne bağlanmıştır.

Anayasa m.65 hükmüne göre tüm sosyal ve ekonomik yükümlülüklerini hemen yerine getirmesinin güç olması nedeniyle devlet, sosyal haklar bakımından öncelik sıralaması yaparak ve mali kaynaklarını gözeterek aşamalı bir şekilde anayasadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Burada yasamanın takdir yetkisi yalnızca öncelikleri belirleme noktasında olup yasama organının ekonomik ve sosyal hakların yerine getirilmesinde mutlak bir takdir hakkı bulunmamaktadır¹⁴³. Devlet, mali kaynakları ölçüsünde ekonomik ve sosyal haklar için asgari olanı yapmak ve her birini aşamalı olarak gerçekleştirmekle yükümlüdür¹⁴⁴.

Çalışma hakkının devletin olumlu bir edimde bulunmasının gerektiği haklardan olması nedeniyle AY m. 65 hükmü uyarınca sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir. Ancak çalışma hakkı ile bağlantılı olmakla birlikte çalışma özgürlüğü, sendika hakkı, grev hakkı gibi devletin olumlu bir edimde bulunmasının gerekmediği haklar ise AY m. 65 hükmü çerçevesinde sınırlandırılmayacaktır. Çalışma hakkının yaşam hakkı gibi olağanüstü durumlarda dahi sınırlandırılmayan çekirdek haklarla ilişkilendirilmesi halinde de mali kaynaklarının yeterliliği ölçütü uygulanamayacaktır¹⁴⁵.

Öğretide çalışma hakkının kapsamı içerisinde bulunmakla birlikte kadınların ve çocukların korunması, iş yerlerinde belli sayıda engelli çalıştırma gibi yükümlülükleri bakımından da devletin AY m. 65 hükmünde yer alan sınırlamalardan faydalanamayacağı ileri sürülmektedir¹⁴⁶. Kanaatimizce de kadın, çocuk ve engellilerin korunması bu gruplar bakımından çalışma hakkının özünü oluşturmaması nedeniyle mali kaynakların yeterli olmadığı gerekçe gösterilerek sınırlandırılmamalıdır.

¹⁴³ Engin, Mali Kaynaklar, s. 243.

¹⁴⁴ Engin, Mali Kaynaklar, s. 243.

¹⁴⁵ Erturan, s. 191.

¹⁴⁶ Karagözler, s. 274.

Yine çalışma hakkı bakımından geniş bir uygulama alanı bulan ayrımcılık yasağının da AY m. 65 hükmü çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda devletin AY m. 65 hükmünde yer alan mali kaynaklarının yetersizliğini gerekçe göstererek ayrımcılık yasağına aykırı hareket edemeyeceği kabul edilmelidir. Nitekim devletin mali kaynaklarını yeterli görerek sağladığı bir sosyal hakkın kapsamına ayırım gözetmeksizin herkesi dahil etmelidir¹⁴⁷. Anayasa Mahkemesi de devletin ayırım yapmama yükümlülüğünü derhal yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak görmektedir¹⁴⁸.

Çalışma hakkına ilişkin diğer anayasal sınırlandırmalar ise AY m. 16, m.18/2, m.49/2, m.50 hükümlerinde yer almaktadır. Daha önce de bahsettiğimiz üzere çalışma hakkı kapsamında bulunan zorla çalıştırma yasağının istisnaları AY m. 18/2 hükmünde açıkça sayılmıştır. Anılan madde hükmünde yer alan zorla çalıştırma yasağının istisnaları aynı zamanda çalışma hakkının ve çalışma özgürlüğünün de sınırlarını oluşturmaktadır.

Anayasa m. 49/2 hükmünde ise çalışma hakkına ilişkin genel bir sınırlandırma nedeni öngörülmemekle birlikte çalışma hakkına ilişkin olarak devletin sorumluluğunun kapsamının çalışma yaşamını geliştirmek, çalışanları ve işsizleri gözetmek, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli iktisadi bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamakla sınırlandırılmış olması nedeniyle dolaylı olarak çalışma hakkının da sınırlandırıldığı kabul edilmelidir¹⁴⁹. Zira çalışma hakkı kapsamında bulunan çalışma özgürlüğü veya angarya ve zorla çalıştırma yasağı gibi istisnalar dışında çalışma hakkı, devletin hakkın gerçekleşmesi için olumlu bir edimde bulunduğu ölçüde var olmaktadır.

Anayasa m. 50 hükmü kapsamında ise bireysel çalışma hakkına ilişkin olarak özellikle çocuk, kadın ve engellilerin korunması amacıyla birtakım sınırlamalar öngörülmüştür¹⁵⁰. Bu durum çalışma hakkının aynı zamanda hak sahibinin doğal ve

¹⁴⁷ Karagözler, s. 274.

¹⁴⁸ AYM, E.2013/111, K.2014/195, T. 25.12.2014, 7.1.2015 Tarih ve 29229 Sayılı Resmi Gazete.

¹⁴⁹ Erturan, s. 186.

¹⁵⁰ Tunçomağ, 1982 Anayasası, s. 11; Adıyaman, s. 29

sosyal durumunu da korumayı amaç edinen bir sosyal hak olmasından ileri gelmektedir¹⁵¹.

Anayasa m. 50 hükmü uyarınca kimse yaşına, cinsiyetine veya bedensel gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacaktır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise çocuklar ile gençlerin, kadınların ve bedeni yahut ruhi yetersizliği bulunanların korunacağına ilişkin hüküm pozitif ayrımcılık olarak nitelendirilebilmekle birlikte aynı zamanda bu grupların çalışma haklarının anayasal sınırlarını da teşkil etmektedir¹⁵². Başta İş K. olmak üzere çalışma hakkının kanunlarla düzenlenen sınırları ise tezimizin ikinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

B. İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğünün Sınırlandırılması

1. Sözleşmenin Tarafını Seçme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Yukarıda da belirtildiği üzere sözleşme özgürlüğü ilkesi kural olarak İş Hukuku'nda da geçerlidir. Sözleşme özgürlüğünün İş Hukuku'ndaki görünümü olan iş sözleşmesi yapma özgürlüğü kapsamında, işçi ve işveren bir iş sözleşmesi akdetme ve bu sözleşmenin tarafını seçme konusunda kural olarak özgürdür. Ancak iş sözleşmesi yapma özgürlüğü, iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçilerin korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda kimi hallerde işveren bakımından sözleşme yapma zorunluluğu getirilirken kimi hallerde ise işçi ile işveren bakımından iş sözleşmesi yapma yasakları getirilmiştir.

İş Hukukunda çeşitli mevzuat hükümleri ile yaş, cinsiyet, sağlık, vatandaşlık gibi kriterler göz önünde bulundurularak iş sözleşmesi yapma yasakları getirilmiştir. İş sözleşmesi yapma yasaklarının aynı zamanda çalışma yasaklarını da oluşturması nedeniyle çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı bir şekilde ele alınacak olup bu başlık altında yalnızca iş sözleşmesi yapma zorunluluğundan söz edilecektir.

¹⁵¹ Erturan, s. 196.

¹⁵² Erturan, s. 197.

İş Kanunu, Basın İş Kanunu¹⁵³, 6356 sayılı Kanun ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği¹⁵⁴ (İSGK) kanunlarında işverene iş akdi yapma zorunluluğu getiren hükümler bulunmaktadır. Örneğin Basın İş Kanunu m.12/2 hükmü uyarınca hastalığı nedeniyle iş akdi feshedilen gazetecinin fesih tarihinden itibaren bir yıl içerisinde iyileşerek işine geri dönmeyi istemesi halinde kanun tarafından işverene iş sözleşmesi yapma zorunluluğu öngörülmüştür. Yine 6331 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde öngörülen koşulları sağlayan işverenlerin işyerinin niteliği ve çalışan işçi sayısına göre işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli ile iş akdi yapma zorunluluğu bulunmaktadır.

6356 sayılı Kanun m. 23/2 uyarınca işçi kuruluşlarında görevleri biten işçilerin talepleri ve kanunda aranan koşulları sağlamaları halinde işverenin işçiyi eski işine yahut eski işine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. *Süzek*, sendika yöneticilerinin işyerinden ayrıldıkları dönem içerisinde askıda da olsa tarafların arasında halihazırda devam etmekte olan bir iş akdinin bulunması nedeniyle İş K. m. 23/2 hükmünde yer alan yükümlülüğün iş sözleşmesi yapma zorunluluğu sayılmayacağını ifade etmiştir¹⁵⁵.

İş Kanunu kapsamında ise birden fazla hükümde işveren bakımından iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmiş ve işverenin ilgili hükümlere aykırı davranışı çeşitli yaptırımlara bağlanmıştır. İş Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca özel sektörde faaliyet gösteren ve elli veya daha fazla işçi çalıştıran işverenler işyerlerinde toplam işçi sayısının yüzde üçü kadar oranda engelli işçi çalıştırmakla yükümlü kılınmıştır. Anılan hüküm AY m. 61/2 uyarınca devletin engellilerin toplum yaşamına uyumlarının sağlanması konusundaki yükümlülüğünü yerine getirmesinin yanı sıra engellilerin bir işe sahip olma yani çalışma hakkının sağlanması amacına da hizmet etmektedir.

İş K. m. 30 /1 hükmü ile özel sektör işverenlerine eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu öngörülmemişse de elli veya daha fazla işçi çalıştıran kamu işverenleri bakımından işyerlerindeki toplam işçi sayısının yüzde dördü kadar engelli

¹⁵³ 20.06.1952 Tarih ve 8140 Sayılı Resmi Gazete

¹⁵⁴ 30.06.2012 Tarih ve 28339 Sayılı Resmi Gazete

¹⁵⁵ *Süzek*, s. 339-340.

ve yüzde ikisi oranında eski hükümlü yahut terör mağduru işçi çalıştırma zorunluluğu öngörülmüştür. Ancak iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilen işçilerin hangi koşullarda istihdam edileceğinin düzenlendiği Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Yönetmeliği'nin 20. maddesi uyarınca kamu güvenliği ile ilgili hizmet üreten işverenler eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünden muaf kılınmıştır.

İş K. m. 101 hükmü uyarınca İş K. m. 30 hükmünde yer alan engelli ve eski yükümlü çalıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde idari para cezası yaptırımı öngörülmüş, herhangi bir hukuki yaptırıma yer verilmemiştir. Buna karşılık İK m. 30/5 hükmü uyarınca maluliyet nedeniyle çalıştığı iş yerinden ayrılmak zorunda kalmasına rağmen sonradan çalışmasına engel oluşturmayacak oranda maluliyeti ortadan kalkan işçinin isteğine rağmen eski işvereni tarafından işe başlatılmaması ise tazminat yaptırımına tabi tutulmuştur. Buna göre işverenin aranan şartların bulunmasına karşın İş K. m.30/5 hükmünde yer alan iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna aykırı davranması halinde işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. Yine İş K. m. 30/5 hükmünde yer alan yaptırıma benzer bir şekilde, herhangi bir askeri yahut kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılmak zorunda kalan işçinin askeri yahut kanuni ödevinin sona ermesinden başlayarak iki ay içerisinde işe başlama isteğinin bulunması ve kanunda aranan diğer şartların da gerçekleşmesine rağmen eski işvereni tarafından işe başlatılmaması halinde işveren İş K. m. 31/4 hükmü uyarınca üç aylık ücret tutarında tazminat yaptırımına tabi tutulmuştur.

İş K. m. 30 ve m. 31 hükümlerinin yanı sıra İK m. 29/6 hükmü ile de işverene toplu işten çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içerisinde aynı nitelikteki iş için işçi ihtiyacının ortaya çıkması halinde işten çıkarılan işçilerden nitelikleri uygun olanlarla iş sözleşmesi akdetme yükümlülüğü getirilmiş ve bu duruma aykırı davranan işverenlerin İş K. m.100 hükmü uyarınca idari para cezasına çarptırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Öğretide yer alan bir görüşe göre, iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun işveren tarafından ihlaline karşı mevzuatta herhangi bir özel hukuk yaptırımının

öngörülmediği hallerde işverenin işçinin bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlü tutulabileceği ifade edilmektedir¹⁵⁶.

Öğretideki baskın görüş ise işçinin iş sözleşmesi yapma zorunluluğunu yerine getirmeyen işverene karşı aynen ifa davası açabileceği yönündedir¹⁵⁷. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) da 10.12.2003 tarihli kararında önceki görüşünü değiştirerek iş sözleşmesi yapma mecburiyetinin ihlal edilmesi halinde aynen ifa davası açılabilceğini ifade etmiştir¹⁵⁸.

Bu görüş uyarınca mevzuatta iş sözleşmesi yapma zorunluluğunu yerine getirmeyen işverene karşı tazminat gibi başka bir hukuki yaptırımın öngörülmesi halinde aynen ifa davası açılmayacaktır. Bu kapsamda İş K. m. 30/5 ve İş K. m. 31/4 hükümlerinde yer alan sözleşme yapma zorunluluklarının işverence ihlal edilmesi halinde aynen ifa davası açılması mümkün değildir¹⁵⁹.

Kanunla getirilen iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun yanı sıra toplu iş sözleşmelerinde de iş sözleşmesi yapma mecburiyeti getiren kuralların yer alması mümkündür¹⁶⁰. Nitekim toplu iş sözleşmesi ile yasal oranın üzerinde engelli çalıştırılması yahut işyerinde önceden çalışmış olanlara işe alımlarda öncelik tanınması gibi hükümlerin yer alabileceği kabul edilmektedir¹⁶¹.

2. Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Taraflar kural olarak iş sözleşmesinin içeriğini düzenleme konusunda özgür kabul edilmektedir. Ancak bu özgürlük sınırsız olmayıp iş mevzuatı kapsamında çeşitli hükümlerle sınırlandırılmıştır.

Öncelikle iş sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle TBK da sözleşmeler için öngörülen sınırlamalara tabidir. Bu kapsamda tarafların sözleşmenin

¹⁵⁶ Süzek, s. 341 ; Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, C.I, 3. Baskı, Seçkin, 2008, s. 447.

¹⁵⁷ Süzek, s. 341 ; Aksi yönde, Akyiğit, s. 447.

¹⁵⁸ YHGK, 10. 12. 2003, 4-693/740, Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 2004,501.

¹⁵⁹ Süzek, s. 342.

¹⁶⁰ Akyiğit, s. 444 ; Süzek, s. 342.

¹⁶¹ Süzek, s. 340.

içeriğini kanunda yer alan sınırlar içerisinde dilediği şekilde düzenleme yetkisi veren TBK m.26 hükmü ile sözleşmelerin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olamayacağı yahut konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağına ilişkin TBK m.27/1 hükmü iş sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹⁶².

İş sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için emredici bir normu ihlal etmemesinin yanı sıra ahlaka aykırı olmaması da gerekir. TBK m. 27/1 hükmünde söz edilen ahlak genel ahlak olup belirli bir devirde belirli bir toplumda orta zekada, dürüst ve makul bireylerin düşünce ve anlayışları o toplumun genel ahlakını oluşturur¹⁶³. Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığı tarafların subjektif anlayışına göre değil sözleşmenin kurulduğu ana bakılarak objektif ölçülere göre hakim tarafından belirlenecektir¹⁶⁴.

Toplumun genel ahlak anlayışı çoğunlukla bir emredici hukuk kuralıyla yaptırıma bağlanmıştır. Ancak herhangi bir somut hükümde ifade edilmemiş olsa dahi bizzat sözleşmenin yapılması, sözleşmenin amacı yahut içerdiği edimin toplumda yerleşmiş ahlaki kurallara aykırı olması halinde de sözleşme kesin hükümsüzdür¹⁶⁵. Ahlaka aykırılık, hem sözleşmeler hem de haksız fiil alanında yaptırıma tabi tutulmuştur¹⁶⁶. Nitekim, TBK m. 49/2 hükmü uyarınca zarar verici eylemi yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa dahi, ahlaka aykırı bir eylemle başkasına kasten zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlü kılınmıştır¹⁶⁷. Böylece kanun koyucu, hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için genel ahlaka uygun olmasını aramakla birlikte TBK m. 49/2 hükmü ile de kişilerin hukuki fiillerinin aynı ahlaki normları inciterek diğer hukuk sùjelerini kasten zarara uğratmasını önlemeye çalışmaktadır¹⁶⁸.

¹⁶² Akyiğit, s. 440.

¹⁶³ Eren, s. 364. *Antalya* ise, toplum içerisinde orta seviyede makul ve dürüst bireylerin düşünce anlayışını ifade eden toplumsal etik kurallara ters düşen fiil ve işlemleri ahlaka aykırı kabul eden sosyal ahlak görüşü ile Anayasa ve diğer mevzuat hükümlerinde yer alan kuralların özünde yer alan etik değerlerin ihlalini ahlaka aykırılık kabul eden hukuki ahlak görüşünü bir arada uygulayan karma görüşü savunmaktadır. *Antalya*, s. 456-457.

¹⁶⁴ Eren, s. 364 ; Akyiğit, s. 455.

¹⁶⁵ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 85 ; Eren, s. 365.

¹⁶⁶ *Antalya*, C.II, s. 94; Derya Ateş , **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2006, s. 247.

¹⁶⁷ Bir hukuki işlemin ahlaka aykırılık nedeniyle yaptırıma tabi tutulabilmesi için ahlak kuralının malvarlığı veya kişi varlığını korumaya ilişkin olması gerektiği yönünde *Antalya*, C.II, s. 96.

¹⁶⁸ Ateş D., s. 247.

İş sözleşmeleri bakımından ahlaka aykırılık farklı şekillerde tezahür edebilmektedir. Örneğin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek biçimde sınırlamalar öngören rekabet yasağı hükümleri, fahiş ceza koşulu içeren iş sözleşmeleri yahut işçinin tazminat hakkını ortadan kaldıran sözleşmeler ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizdir.

Uyulmasında ve korunmasında toplumun ve devletin genel menfaatinin bulunduğu hukuk kurallarına ise kamu düzeni kuralları denilmekte ve kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler geçersiz kabul edilmektedir¹⁶⁹. İş Hukuku mevzuatında yer alan pek çok kural kamu düzeni ile ilgilidir. İş mevzuatındaki kamu düzenine ilişkin kurallar genel kamu düzeni ve sosyal kamu düzeni olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁷⁰. Genel kamu düzenine ilişkin kuralların işçi lehine dahi değiştirilmesi mümkün değildir¹⁷¹. Örneğin işe başlatmama tazminatına ilişkin İş K. m.21/1 hükmü ile boşa geçen süre ücretine ilişkin İş K. m.21/3 hükmünün aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Nispi emredici hükümler olarak da adlandırılan sosyal kamu düzeni hükümleri ise, iş mevzuatı ile getirilen işçi hakları açısından bir alt sınır çizerek bu sınırın altına inilmesine izin vermemektedir¹⁷². Örneğin İş K. m. 17 hükmünde yer alan ve fesih bildirimi süreleri asgari olup ilgili hükmün sosyal kamu düzeninden olması nedeniyle fesih bildirimi sürelerinin işçi lehine arttırılması mümkündür.

İş sözleşmelerinin geçerli kabul edilebilmesi için hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamasının yanı sıra bu sözleşmelerin kişilik haklarını da ihlal etmemesi gerekmektedir. Kişilik hakkı kişinin maddi, manevi, sosyal ve duygusal değerleridir. Kişinin ruh ve beden bütünlüğü, ismi, resmi, özel ve aile hayatı, şeref ve haysiyeti kişilik hakları kapsamında korunmaktadır. Bu kapsamda işçinin ruh ve beden bütünlüğünü ağır bir şekilde ihlal edecek koşulların bulunduğu iş sözleşmeleri kişilik haklarına aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilecektir.

İş sözleşmesinin içeriğini düzenleme özgürlüğü nadiren de olsa imkansızlık nedeniyle sınırlandırılabilir. İmkansızlık nedeniyle sözleşmenin geçersiz

¹⁶⁹ Eren, s. 368; Antalya, s. 458.

¹⁷⁰ Eren, s. 369; Süzek, s. 38.

¹⁷¹ Akyiğit, s. 454.

¹⁷² Süzek, s. 38; Kübra Doğan Yenisey, “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. I, İstanbul, 2011, s. 33-34. (Sosyal Kamu Düzeni) ; Akyiğit, s. 454.

olabilmesi için sözleşmenin içerdiği edim yahut edimlerden birinin başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli bir biçimde imkansız olması gerekmektedir¹⁷³. İmkansızlık maddi bir imkansızlık olabileceği gibi hukuki bir imkansızlık da olabilir.

TBK m. 26 ve m. 27 hükümleri tarafından getirilen genel sınırlamaların yanı sıra iş mevzuatında yer alan bazı hükümlerle iş sözleşmelerinin içeriğini düzenleme özgürlüğü özel olarak sınırlandırılmıştır.

Yukarıda da açıklandığı üzere İş K. m. 30/5 ve İş K. m. 31/4 hükümleri ile işverenin iş sözleşmesi yapma serbestisinin sınırlandırılmasının yanı sıra işverenin iş sözleşmesinin içeriğini düzenleme özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır. Kanun, işçinin korunması ve arada geçen zaman nedeniyle işçinin çalışma koşullarının aynı durumda olanlara göre kötüleşmemesini sağlamak amacıyla işçinin o andaki koşullarla yeniden işe alınacağını düzenlemiştir¹⁷⁴. Bu kapsamda yeniden işe alınan işçi, aradan geçen zaman içerisinde aynı durumdaki işçilere zam yapılmışsa bundan yararlanacaktır¹⁷⁵.

Yine belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçilerden ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça farklı muameleye tabi tutulamayacağını düzenleyen İş K. m.11 hükmü ile , kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiden ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça farklı işleme tabi tutulamayacağını öngören İş K. m. 13 hükmü iş sözleşmesinin içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır.

İş Kanunu'nun yanı sıra 6356 sayılı Kanun'un çeşitli hükümleri ile de iş sözleşmesinin içeriğini düzenleme özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Örneğin, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olamayacağına ilişkin 6356 sayılı Kanun m. 36/1 hükmü ile işverenin iş sözleşmesinin içeriğini dilediği şekilde düzenleme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesine aykırı ve işçinin aleyhine bir hükmün bulunması halinde bu madde geçersiz kabul edilerek toplu iş sözleşmesinde yer alan ve işçinin lehine olan ilgili hüküm uygulama alanı bulacaktır.

¹⁷³ Eren, s. 370-371; Antalya, s. 453 ; Akyiğit, s. 455.

¹⁷⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 276.

¹⁷⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 277.

Yine 6356 Sayılı Kanun m. 25/2 hükmü uyarınca işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle, hiçbir sendikaya üye olmayan işçiler yahut ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma koşulları ve çalışmaya son verilmesi bakımından ayırım yapmasının kanunla yasaklanmış olması da işverenin iş sözleşmesinin içeriğini düzenleme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.

3. Şekil Bakımından Getirilen Sınırlamalar

Yukarıda da bahsedildiği üzere kural olarak iş sözleşmelerinin yapılması hiçbir şekle tabi değildir. Ancak işçinin sözleşmenin kuruluş aşamasında daha dikkatli davranmasının sağlanabilmesi, çalışma koşulları hakkında bilgi sahibi olabilmesi ve çalışma koşullarının işçinin rızası hilafına ağırlaştırılmasının engellenmesi vb. gerekçelerle bazı iş sözleşmeleri yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur¹⁷⁶.

İş Kanununda kural olarak şekil serbestisi kabul edilmekle birlikte İş K. m. 8/2 hükmü uyarınca bir yıl ve daha uzun süre için akdedilen belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunlu tutulmuştur. Bunun yanı sıra İş Kanunu ile belirli süreli iş sözleşmeleri, çağrı üzerine çalışma sözleşmeleri, uzaktan çalışma ve tele çalışmaya ilişkin iş sözleşmeleri, takım sözleşmeleri ve on dört yaşını doldurmamış çocuklarla sanat, reklam ve kültür faaliyetlerinde çalışmak üzere yapılan iş sözleşmeleri de yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur.

İş Kanununda bahsedilen yazılı şekil şartı TBK m. 13 ve 14 hükümlerinde yer alan adi yazılı şekil şartı olup bu kapsamda iş sözleşmesi ile borç altına giren işçi ve işverenin imzalarının bulunması zorunludur.

Hukukumuzda iş ilişkisinin kurulmasını kolaylaştırabilmek amacıyla kanunda aksi belirtilmedikçe iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı öngörülmemiş ancak iş sözleşmelerinin yazılı yapılmadığı durumlarda İş K. m.8/3 hükmü uyarınca işçinin çalışma koşulları hakkında bilgilendirilerek işçinin korunması amacı güdülmüştür. Buna göre iş akdinin yazılı olarak kurulmadığı hallerde işveren, çalışma koşullarının, çalışma süresinin, temel ücretin ve varsa ücret eklerinin, ücret ödeme döneminin,

¹⁷⁶ Zelal Narçin Tosun, “İş Sözleşmelerinde Şekil Şartı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 107, Temmuz, 2015, s.16 ; Arzu Arslan Ertürk, **İş Sözleşmesinde Şekil**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 98. (Şekil)

belirli süreli iş sözleşmesi akdedildiyse süresinin ve iş sözleşmesinin feshi halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümlerin yer aldığı bir belgeyi iş akdinin kurulmasından itibaren iki ay içerisinde işçiye vermekle yükümlü kılınmıştır. İş sözleşmesinin iki aylık süre dolmaksızın sona ermesi halinde ise işveren bu belgeyi iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte vermekle yükümlüdür. Belirli süreli iş sözleşmesinin bir aydan daha kısa bir süre için akdedildiği hallerde ise işverenin bu belgeyi düzenleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşverenin İş K. m.8/3 hükmünde yer alan yükümlülüğünü yerine getirmemesi ise idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu ile TBK'nin hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin aksine Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda şekil serbestisi ilkesi kabul edilmemiştir¹⁷⁷. Nitekim Deniz İş Kanunu m. 5 ve m. 6 hükümleri uyarınca gemi adamı ile işveren yahut işveren vekili arasındaki iş sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılması öngörülmüş ve sözleşmede yer alması gereken hususlar ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmıştır. Ayrıca Deniz İş Kanunu m.50/1/a bendi uyarınca gemi adamları yazılı sözleşme akdetmeyen işverenler idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur.

Basın İş Kanunu m. 4 hükmü ile de gazeteciler ile işverenleri arasındaki sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılması öngörülmüş ve aynı madde hükmü ile sözleşmede kararlaştırılması gerekli hususlar açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Deniz İş Kanunu m. 50/1/a hükmüne benzer şekilde Basın İş Kanunu m. 26/1/a bendi uyarınca gazeteci ile yazılı sözleşme akdetmeyen işverenler idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur.

TBK m. 12/2 hükmü uyarınca kanun ile bir şekil şartı öngörülmesi halinde bu şekil şartı kural olarak geçerlilik koşulu olmakla birlikte İş Hukukunda yazılı şekil şartının hukuki niteliği tartışmalıdır. Yargıtay ve öğretideki bir kısım yazarlar tarafından savunulan görüş uyarınca iş sözleşmelerindeki yazılı şekil şartının bir geçerlilik koşulu olarak değil bir ispat koşulu olarak kabul edilmeli ve sözleşmeler yazılı şekil şartına aykırı bir şekilde kurulmuş olsa dahi geçerli kabul edilmelidir¹⁷⁸. Bu görüşü savunan yazarlar İş Hukukunda yazılı şekil şartının geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi halinde iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz kabul edilmesi

¹⁷⁷ Nihat Seyhun Alp / Fahrettin Korkmaz, **Bireysel İş Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin, 2019, s.137.

¹⁷⁸ Alp / Korkmaz, s. 137; Süzek, s. 325.

gerektiğini ve bunun işçiyi sözleşmeden kaynaklanan haklarından yoksun bırakacağını ileri sürmektedir.

Öğretide baskın olan görüş uyarınca ise iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı geçerlilik koşulu olup bu şekle uyulmaksızın akdedilen sözleşmeler geçersiz kabul edilmelidir¹⁷⁹. Bu görüşü savunanlardan *Süzek*, TBK m.394/3 hükmü uyarınca iş sözleşmelerinde geçersizlik yaptırımının yalnızca ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurması nedeniyle işçinin aleyhine bir sonuç doğmayacağını savunmaktadır¹⁸⁰.

Kanaatimizce de İş Kanununda, Borçlar Kanununda yer alan şekil şartına ilişkin genel hükmün aksi öngörülmediğinden iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartına uyulmaksızın akdedilen sözleşmeler geçersiz kabul edilmelidir. Geçersizliğin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren mi yoksa ileriye etkili olarak mı hüküm doğuracağı bakımından ise, TBK m.394/3 hükmü uyarınca geçersiz olarak akdedilen iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülene kadar geçerli bir hizmet sözleşmesiymiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir.

¹⁷⁹ Ahmet Sevimli, “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, *Çimento İşveren Dergisi*, C.17, S. 2, 2003, s.14; Süzek, s. 325 ; Arslan Ertürk, Şekil, s.111 ; Doğan Yenisey, Sosyal Kamu Düzeni, s. 325 ; Halid Kemal Elbir, **İş Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 70.

¹⁸⁰ Süzek, s. 326; Sevimli, s. 15. TBK m. 394/3 hükmüne yönelik tartışmalar için bkz. Bölüm V, I, A, 2.

BÖLÜM II: YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ NEDENİYLE GETİRİLEN ÇALIŞMA YASAKLARI

I. Çocuk ve Genç İşçi Kavramı

Çocuk ve genç işçiliğine yönelik en temel problemlerden biri söz konusu kavramların nasıl tanımlanacağına ilişkindir. Her ne kadar uluslararası düzenlemelerin bir kısmında ve hukukumuzda on sekiz yaşın altında bulunan herkes çocuk olarak kabul edilmişse de çocukluk ve gençlik dönemleri arasında kapasite, beceri ve gereksinim farkları bulunduğundan bu dönemlerin farklı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁸¹. Bu nedenle yaş küçüklüğü sebebiyle getirilen çalışma yasaklarını detaylı bir şekilde incelemeye başlamadan önce çocuk ve genç işçi kavramlarının ulusal ve uluslararası düzlemde ne şekilde kullanıldığının doğru bir şekilde tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır.

Çocuk ve genç ayrımının yapıldığı en önemli uluslararası belgelerden biri, ILO tarafından 6 Haziran 1973 tarihinde kabul edilen ve ülkemizde 30 Ekim 1998 tarihinde yürürlüğe giren 138' Nolu *Asgari Yaş Sözleşmesi*¹⁸². Anılan sözleşmede çocuk ve genç ayrımı yapılmışsa da bu kavramlara ilişkin net bir tanım yapılmaktan kaçınılmıştır¹⁸³.

Avrupa Birliği'nin 22 Haziran 1994 tarihli ve 94/33/EEC sayılı *Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Direktif* ise çocuk ve genç kavramlarına ilişkin en net tanımın yapıldığı uluslararası belgelerden bir tanesidir. Direktife göre on beş yaşın altında olanlar veya ulusal mevzuat gereği tam zamanlı okula gitme yükümlülüğü

¹⁸¹ Kadriye Bakırcı, *Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocukların Korunması*, Beta, İstanbul, 2004, s. 81. (Çocukların Korunması) ; Levent Akın, "Working Conditions of The Child Worker in Turkish Labor Law", *Employee Responsibilities & Rights Journal*, March 1 2009, 56; Hande Bahar Aykaç, "Hukusal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği", *TBB Dergisi*, S. 116, 216, s. 338.

¹⁸² 21 Haziran 1998 Tarih ve 23379 Sayılı Resmi Gazete.

¹⁸³ Aykaç, s. 338.

bulunanlar çocuk, en az on beş yaşında olup on sekiz yaşını doldurmamış ve tam zamanlı okula gitme yükümlülüğü bulunmayanlar ise genç olarak tanımlanmıştır. Anılan Direktif'in 3. maddesinde çocuk (*child*) ve genç (*adolescent*) kavramlarının yanı sıra genç insan (*young person*) kavramı da tanımlanmış ve on sekiz yaşın altındaki kişiler genç insan olarak kabul edilmiştir.

Alman İş Hukukunda da çocuk ve genç ayrımı yapılmıştır. Çalışan Gençlerin Korunmasına Dair Yasa'nın (*Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend*) m.2 hükmü uyarınca on beş yaşın altındakiler çocuk, on beş yaşını doldurmakla birlikte henüz on sekiz yaşını doldurmamış olanlar ise genç kabul edilmekte ve farklı hükümlere tabi olmaktadır¹⁸⁴. Ancak ilgili kanun hükmü uyarınca on beş yaşını doldurmasına karşın tam zamanlı zorunlu eğitime tabi olan gençler bakımından da çocuk işçilere yönelik hükümlerin uygulanmaya devam edeceği açıkça düzenlenmiştir¹⁸⁵.

Hukukumuzda ise çocuk işçi ve genç işçi kavramlarına öncelikle 4857 sayılı İş K. yer almaktadır. Kanunda açıkça tanımlanmasa da m.71 hükmünün 1. fıkrasında on beş yaşın altındaki işçiler çocuk işçi, üçüncü fıkrasında ise on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış işçiler ise genç işçi olarak nitelendirilmiştir¹⁸⁶. İş Kanunu m. 71 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere İş Kanunu'nun çocuk ve genç işçilere yönelik düzenlemelerinde Avrupa Birliği'nin 94/33/EEC sayılı Direktifi esas alınmış olup İş K. yer alan bu düzenleme AB mevzuatı ile uyum içerisindedir¹⁸⁷.

İş Kanunu'nun yanı sıra mevzuatımızda çocuk işçi ve genç işçi kavramları, *Çocuk ve Genç işçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*'in¹⁸⁸ (ÇGİY) tanımlar başlıklı 4. maddesinde açıkça tanımlanmıştır. Buna göre, çocuk işçi, on dört yaşını bitirmekle birlikte on beş yaşını doldurmamış ve ilköğretimi

¹⁸⁴ Açıklamalar için bkz. Aykaç, s. 339; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 15, Özel S., 2013 s. 488.

¹⁸⁵ Aykaç, s. 339; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 488; Bakırcı, Çocukların Korunması, s. 85.

¹⁸⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 485.

¹⁸⁷ Fuat Bayram, "AB İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekliliği Değişiklikler", **Legal İHSGHD**, S.13, 2007, s. 71; Adnan Tuğ / Ulaş Baysal, "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. II, s. 1870; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 486.

¹⁸⁸ 06.04.2004 Tarih ve 25425 Sayılı Resmi Gazete

tamamlamış kişiyi, genç işçi ise on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış kişiyi ifade etmektedir. Çocuk işçi tanımında geçen ilköğretim kavramı ise 222 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Türk milletinin milli gayelere uygun olarak bedeni, fikri ve ahlaki gelişmelerine ve yetişmelerine hizmet etmek amacını gerçekleştirmek üzere kurulan dört yıl süreli zorunlu ilkokul ve dört yıl süreli zorunlu ortaokuldan oluşan bir milli eğitim öğretim kurumunu ifade etmektedir.

İş Kanunu'nun kapsam dışında bıraktığı işlerde ve/veya işyerlerinde çalışan çocuk işçiler açısından mevzuatımızda açıkça bir tanım yapılmasa da kamu ve özel sektöre ait bütün iş yerlerinin çırak ile stajyerler de dahil olmak üzere bütün çalışanlarına uygulanan 6331 sayılı Kanunda “*genç çalışan*” kavramı açıkça tanımlanmıştır. 6331 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3. maddesine göre on beş yaşını bitirmiş ancak on sekiz yaşını doldurmamış çalışanlar genç çalışan olarak nitelendirilmektedir.

Uluslararası mevzuat ve ulusal mevzuat hükümlerinde de benzer bir yaklaşım izlenmiş olmasından dolayı çalışmamız kapsamında da İş K. kapsamında kalıp kalmadığı fark etmeksizin on beş yaşın altındaki çalışanlar çocuk işçi, on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çalışanlar ise genç işçi olarak nitelendirilecektir.

II. Çocukların ve Gençlerin Korunması İhtiyacı

Doğumla başlayan ve ölümle sona eren insan hayatı genel olarak çocukluk, gençlik, yetişkinlik ve yaşlılık olmak üzere dört evrede incelenmektedir. Çocukluk evresinin ne kadar sürdüğü zamana ve toplumların sosyoekonomik seviyelerine göre değişkenlik arz etmekle birlikte genel olarak doğumdan erginliğe kadar geçirilen dönem çocukluk dönemi olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 482. Öğretide İnan, çocuk kavramını “*kimli veya kimsesiz, varlıklı veya varlıksız, suçlu veya suçsuz, beden veya ruh yahut düşünce yönünden arızası olması veya olmaması gibi kişisel özellikleri veya nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın sağ ve tam doğduğu andan reşit olduğu ana kadarki devrede bulunan (insan yavrusu) gerçek kişi*” olarak tanımlamıştır. Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 1968, s.10.

Çocukluğun başlangıcının ana rahmine düşme anı olarak kabul eden görüşler¹⁹⁰ de bulunmakla birlikte genel olarak tam ve sağ olarak doğumla birlikte çocukluk evresinin başladığı kabul edilmektedir¹⁹¹ (TMK m. 28/1).

Buluğ çağına erişmenin başlangıç olarak alındığı eski hukuk sistemlerinin aksine günümüz hukuk sistemlerinde bireyin fikri olgunluğa eriştiği dönem ise, erginlik çağıının başlangıcı olarak kabul edilmektedir¹⁹². Erginliğin başlamasıyla birlikte çocukluk dönemi sona ermekte olup erginliğin ne zaman kazanılacağı ve çocukluk döneminin ne zaman sona ereceği kanun koyucular tarafından içinde yaşanan toplumun sosyokültürel özellikleri dikkate alınarak belirlenmektedir¹⁹³.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen ve dünyada en fazla ülkenin onayladığı insan hakları sözleşmesi unvanına sahip olan *Çocuk Hakları Sözleşmesi*¹⁹⁴, ne göre, daha erken ergin olma halleri hariç olmak üzere on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır. Yine ILO tarafından 17 Haziran 1999 tarihinde kabul edilen 182’Nolu *En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi*¹⁹⁵’nin 2. maddesinde de on sekiz yaşının altındaki herkes çocuk olarak kabul edilmiştir. Bu belgelerde “genç” kavramına ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır.

Hukukumuzda ise evlenme yoluyla ya da yargı kararı ile on sekiz yaşından önce ergin olmak mümkün olmakla birlikte 5395 sayılı Kanun¹⁹⁶,un 3. maddesi uyarınca daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış herkes çocuk kabul edilmektedir.

¹⁹⁰ Çocukluğun başlangıcına yönelik tartışmalar için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 51.

¹⁹¹ Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku**, PEGEM Akademi, 7. Baskı, 2020, s. 103; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 482.

¹⁹² İnan, s. 11; Akyüz, s. 105; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 483.

¹⁹³ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 483.

¹⁹⁴ Çocuk Hakları Sözleşmesi, ülkemizde 27.01.1995 tarihinde 22184 sayılı Resmi Gazete ’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁵ 182 No’lu ILO Sözleşmesi, 27 Haziran 2001 Tarih ve 24445 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve 2 Ağustos 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁶ 15 Temmuz 2005 Tarih ve 25876 Sayılı Resmi Gazete

Yukarıda sınırları çizilen çocukluk evresinde birey, henüz fiziki ve fikri olgunluğa erişmemiş olup bu nedenle yetişkinlik evresine göre daha çok korunmaya muhtaç bir haldedir¹⁹⁷. Çocukların hem bedenlen hem de ruhen yetişkinlere nazaran daha hassas bir yapıda olması dışsal etkilere karşı daha kolay incinmelerine ve daha çok zarar görmelerine neden olmaktadır¹⁹⁸.

Çocukların ve gençlerin ruhen ve bedenlen sağlıklı olmaları içinde yaşadıkları toplumun geleceği için de inkar edilemez bir öneme sahiptir¹⁹⁹. Zira, çocukların ve gençlerin yeterli fiziki ve fikri olgunluğa erişemediği toplumların gelişebilmesi ve uygar medeniyetler seviyesinde bir yaşam sürmesi mümkün değildir. Günümüzde ise, çocuklar ile gençlerin fiziki ve fikri olgunluğa erişmiş bağımsız bir birey olarak yetişkinlik evresine geçebilmeleri için bedensel, zihinsel ve kültürel gelişimlerinin korunması gerektiği bütün modern hukuk düzenleri tarafından ekseriyetle kabul edilmektedir²⁰⁰.

Çocuk ve gençlerin çalışma yaşamında korunması ise ayrı bir önem arz etmektedir. Zira çocuk işçiliği, geçmişten günümüze çocukların ve dolayısıyla toplumun sıhhatinin önündeki en önemli problemlerden birini teşkil etmektedir.

Çocuk işçiliğine ilişkin yapılan ilk düzenlemeler, 19. yüzyılda Sanayi Devriminin hemen sonrasına dayanmaktadır. Tarihin her döneminde çocuk işçiliği görülmekle birlikte sanayi devriminin gerçekleştirilmesiyle Avrupa kıtasında çocuk işçiliğinin niteliği ve niceliğinde önemli bir değişme yaşanmış ve pek çok çocuk köleliğe yakın ağır çalışma koşulları altında fabrikalar yahut madenlerde çalışmak zorunda kalmıştır²⁰¹. Bu dönemde dört yahut beş yaşındaki çocukların dahi tekstil fabrikalarında bobin taşıma işlerinde, altı ve yedi yaşlarındaki çocukların ise iplik bağlama yahut büyüklerin sığamadığı dehlizlerde maden çıkarma işlerinde çalıştığı

¹⁹⁷ Ünal Narmanlıoğlu, “İş Hukukunda Çocukların Korunması,” **Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000. s. 669.

¹⁹⁸ İlke Gürsel, “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, s. 416.

¹⁹⁹ Narmanlıoğlu, s. 669; Gürsel, s. 416.

²⁰⁰ Bakırcı, **Çocukların Korunması**, s. 85.

²⁰¹ Tankut Centel, **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul, 1982, s. 11. (İş Güvenliği) Narmanlıoğlu, s. 670; Tuğ/Baysal, s. 1869.

görülmüştür²⁰². Bu devirde çocukların günde 13 saat kapalı ve havasız yerlerde çalışmaları nedeniyle sağlıkları çok ciddi bir şekilde bozulmuş, öyle ki Fransa’da neredeyse askerlik çağında sağlıklı çocuk kalmamıştır²⁰³. Bu nedenle devletler, yaşadıkları acı tecrübeler sonucunda çalışma yaşı ve çocukların çalışma koşulları bakımından ulusal ve uluslararası alanda çeşitli düzenlemelere gitmiştir.

Çocuk işçiliğinin engellenmesi ve çocukların korunması ihtiyacı günümüzde de önemini korumaya devam etmektedir. Zira özellikle yoksul bölgelerde çocuk işçiliği yaygın bir şekilde devam etmektedir²⁰⁴. Aile işletmeleri gibi küçük işletmeler ve tarım sektöründe de çocukların çalıştırılması oldukça yaygındır. Yetişkinlere nazaran daha az maliyetli ve daha kolay iş disiplini altına alınabilmeleri nedeniyle çocuk işçiler, işverenler tarafından da tercih edilmektedir²⁰⁵.

Çocuk ve gençlerin yaş yahut faaliyet alanı sınırlamasına tabi olmaksızın çalışma yaşamına erkenden atılması öncelikle sağlıkları üzerinde olumsuz etkiler yaratacaktır. Çok küçük yaşta çalışma yaşamına atılan çocukların beden ve ruhen travma yaşaması çalışmayanlara göre daha olasıdır. Bunun yanı sıra çocukların çalışma yaşamına erkenden atılması ise onların çoğunlukla okulu bırakmalarına ve yeteri kadar iyi eğitim alamamalarına neden olacaktır. Yeterli eğitimi almamış insanlardan oluşan bir toplumun ise müreffeh bir hayat yaşayabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması, bu mümkün değilse sıkı şartlar altında düzenlenmesi gerekmektedir.

²⁰² Fevzi Demir, “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, C. 12, Özel Sayı 2010,2012, s. 548.(Çocuklar) ; Canan Ünal, “Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözumsuzlüğü”, Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler, **Petrol İş Yayımları**, 2014, s. 290.

²⁰³ 1837 yılında Fransa’da fabrikaların ve madenlerin bulunduğu on bölgeden askere çağrılan 10.000 gencin 8.980’ninin sakat veya hasta olduğu, bu çocukların “hazırol” vaziyetinde ayakta dururken dahi aniden yere kapaklandıkları tespit edilmiştir. Demir, Çocuklar, s. 549; Ünal, s. 290.

²⁰⁴ Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 2017 yılında yayınlamış olduğu “Çocuk İşçiliğiyle İlgili Küresel Tahminler: Sonuçlar ve Eğilimler 2012-2016” adlı raporunda yer verilen tabloda ülkelerin refah seviyeleri yükseldikçe çocuk işçiliği oranının düştüğü gözlemlenmektedir. ILO (2017) Global estimates of child labour: Results and Trends 2012-2016, s. 32; Tolga Gül, **Çocuk İşçiliği ve Psikolojik Yansımaları**, Gazi Kitabevi, 2022, s. 13.

²⁰⁵ Murat Engin, “Gençlerin İş Güvenliği”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.8, S.5, 1994, s. 12. (İş Güvenliği)

III. Yaş Küçüklüğü Nedeniyle Getirilen Çalışma Yasaklarının Hukuki Niteliği

Çocukların ve gençlerin diğer alanların yanı sıra çalışma yaşamında da korunması gerekliliği neredeyse bütün toplumlar bakımından kabul edilmektedir. Çalışma yaşamında çocukların korunması için uluslararası ve ulusal alanda çalışma yaşı, faaliyet alanı ve çalışma koşulları bakımından sınırlamalar getirilmiştir. Hukukumuzda ise bu sınırlamaların hukuki niteliği bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretideki hakim görüş²⁰⁶, bunun bir ehliyet sınırlaması olduğunu ileri sürmekte ise de bu sınırlamanın hak ehliyetine mi yoksa fiil ehliyetine yönelik olduğu hususu tartışmalıdır²⁰⁷.

Kişinin haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyetine hak ehliyeti denilmektedir²⁰⁸. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 8. maddesi uyarınca her insan, hukuk düzeninin sınırları içerisinde hak ve borçlara sahip olmaya ehildir.

Yaş küçüklüğü nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının hak ehliyetinin sınırlandırılması niteliğinde olduğu yönündeki görüş uyarınca, bazı hakların hakkın süjesini yahut ulusal çıkarları koruma amacıyla sınırlandırılabilceği kabul edilmektedir²⁰⁹. Bu kapsamda örneğin, asgari çalışma yaşının altında bulunan küçükler, erken yaşta çalışmaya başlamanın getireceği fiziksel, psikolojik veya ahlaki tehlikelerden korunabilmek amacıyla çalışma hakkından yoksun bırakılmıştır.

Urhanoglu Cengiz'e göre, hukuk düzeninin çocukları korumak amacıyla getirdiği çalışma yasakları hak ehliyetinin sınırlandırılması niteliğindedir²¹⁰. Yazara göre, yaş küçüklüğü nedeniyle getirilen yasaklar uyarınca asgari çalışma yaşının altında bulunan çocuklara iş sözleşmesi yapma hakkı tanınmamış, bu yaşın üzerinde

²⁰⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 495 ; İhtar Urhanoglu Cengiz, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler", **TBB Dergisi**, S: 98, 2012, s. 208. (Çocuk ve Gençler) ; Elbir, s. 65 ; Centel, İş Güvenliği, s. 134.

²⁰⁷ Yalçıntaş, s. 25. Ercüment Özkaraca/Canan Ünal, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C: 20, S:1, Özel Sayı 2014, s. 376.

²⁰⁸ Özkaraca/Ünal, s. 376.

²⁰⁹ Urhanoglu Cengiz, Çocuk ve Gençler, s. 208.

²¹⁰ Aynı yönde Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 495.

bulunan çocuk ve gençler bakımından ise yalnızca yasağa konu işler bakımından hak ehliyetlerine sınırlandırılma getirilmiştir²¹¹.

Kişinin kendi eylemleri ile hak edinebilmesi yahut borç altına girebilme ehliyeti ise fiil ehliyeti olarak nitelendirilmektedir. TMK m. 10 hükmü uyarınca ayırt etme kudretine haiz olma, ergin olma ve kısıtlı olmama şartlarını sağlayan herkesin fiil ehliyeti bulunmaktadır. Fiil ehliyetine sahip olan herkesin hak ehliyetinin de bulunduğu kabul edilmekteyse de hak ehliyeti bulunan bir kimsenin her zaman fiil ehliyetine de sahip bulunduğu söylenemeyecektir.

Ayırt etme gücü bulunan ve kısıtlı olmayan erginler tam ehliyetli olarak kabul edilmekteyken ergin olmayan küçükler sınırlı ehliyetsiz kategorisinde yer almaktadır. TMK m. 16 hükmü uyarınca ayırt etme gücüne haiz olan ve kısıtlı olmayan küçüklerin velisi veya vasisinin onayı yahut icazeti olmaksızın borç altına girebilmesi mümkün değildir. Ancak TMK m. 453 hükmü ile kanun koyucu bu duruma bir istisna getirerek bir meslek ya da sanatla bağımsız olarak uğraşmasına izin verilen sınırlı ehliyetsizin meslek ve sanatın yürütülmesi için kendisini borç altına sokabileceği düzenlenmiştir.

Her iki tarafa borç doğuran sözleşmelerden olan iş sözleşmeleri bakımından ise kanun koyucu bir adım daha ileri gitmiş ve sınırlı ehliyetsiz küçüğün yasal temsilcisinin onayı yahut icazeti bulunsa dahi geçerli bir iş sözleşmesi yapamayacağını hüküm altına almıştır. Nitekim ÇGİY m.12/c hükmü uyarınca işverenin iş sözleşmesini bizzat çocuk veya genç işçinin yasal temsilcisi ile yazılı olarak akdetmesi gerekmektedir.

Öğretide azınlık görüş uyarınca her insanın hak ehliyetine sahip olduğu, yaş küçüklüğü nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının ise haklardan yararlanma ehliyetini değil hakları kullanma ehliyetini yani fiil ehliyetini sınırlandırma niteliğinde olduğu da savunulmaktadır²¹².

²¹¹ Urhanoğlu Cengiz, Çocuk ve Gençler, s. 210-211.

²¹² Turhan Esener, **İş Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1978, s.145; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.103

Kılıç ise, yaş küçüklüğü nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının fiil ehliyetinin sınırlandırılması niteliğinde olmasının yanı sıra çalışma ilişkisinin emredici hükümlerle düzenlenmesi olarak da nitelendirilebileceğini ifade etmektedir²¹³. Kanaatimizce, yazarın bu görüşü küçüklere getirilen çalışma yasaklarını ehliyet sınırlandırması olarak gören görüş ile anılan düzenlemeleri emredici hüküm olarak gören görüşün sentezi niteliğindedir. Çalışmamızın ilk bölümünde de açıklandığı üzere emredici hükümlere aykırı olarak tesis edilen hukuki işlemler geçersiz olup bu geçersizliğin sonradan giderilmesi mümkün değildir.

Son olarak, öğretide *Özkaraca* ve *Ünal* tarafından çocuk ve gençlerin korunması amacıyla mevzuatımızda yer alan yasak ve düzenlemelerin yasaklayıcı hükümlerle sözleşme serbestisinin sınırlandırılması niteliğinde olduğu öne sürülmüştür²¹⁴. Anılan görüşe göre asgari çalışma yaşına ilişkin düzenleme sözleşmenin tarafını seçme serbestisinin sınırlandırılması niteliğindedir²¹⁵.

Çalışmamızın ilk bölümünde detaylı olarak açıkladığımız üzere çocuk ve gençlerin korunması amacıyla çalışma haklarının ve iş sözleşmesi yapma serbestilerinin sınırlandırılması mümkün olup kanaatimizce yaş küçüklüğü nedeni ile getirilen yasak ve düzenlemeler hem çalışma hakkının hem de iş sözleşmesi akdetme serbestisinin sınırlandırılması niteliğindedir.

IV. Asgari Çalışma Yaşı

A. Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

Yukarıda da bahsedildiği üzere çocukların ekonomik ve sosyal yaşamlarında korunması gerekliliği uluslararası düzlemde kabul edilen bir olgudur. Bu kapsamda çocuk haklarına ilişkin uluslararası düzlemde kabul edilen ilk belge olan 26 Eylül 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinde, çocuk haklarının korunmasına ilişkin beş temel ilkeye yer verilmiş ve çocukların ırk, milliyet yahut dini inanç ayırt etmeksizin

²¹³ Şebnem Kılıç, *Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 88.

²¹⁴ Özkaraca/Ünal, s. 379. Yine öğretide *Akyiğit*, iş hukuku kapsamında çocuklara, kadınlara ve yabancılara getirilen çalışma yasaklarının ehliyet kuralı olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. *Akyiğit*, s. 438 vd.

²¹⁵ Özkaraca/Ünal, s. 381.

hastalık, açlık, felaket vb. durumlarda öncelikli olarak korunması gerektiği düzenlenmiştir²¹⁶. Anılan bildirge kapsamında çocukların her türlü sömürüye karşı korunması gerektiği kabul edilmişse de çocukların çalışma yaşamında sömürülme nasıl korunacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Çocukların çalışma yaşamında korunmasına ilişkin ilk düzenleme, 1956 tarihli *Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Ek Sözleşmesinde*²¹⁷ yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 04.04.1964 tarihinde onaylanan sözleşmede asgari çalışma yaşına ilişkin bir hükme yer verilmemişse de anılan sözleşme uyarınca çocukların anne babası yahut vasisi tarafından şahsının yahut çalışmasının sömürülmesi amacıyla bedel karşılığında veya bedelsiz olarak bir başkasına verilmesi köleliğe benzer uygulama ve gelenekler arasında sayılarak yasaklanmıştır²¹⁸.

Çocukların çalışma yaşamında korunması amacıyla asgari bir yaş sınırının belirlenmesi gerekliliğine işaret eden ilişkin ilk uluslararası düzenleme ise, 20 Kasım 1959 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesidir. On ilkeden oluşan bildirgenin dokuzuncu ilkesinde çocukların uygun bir asgari yaştan önce çalıştırılmayacağı ve sağlığını veya eğitimini tehlikeye sokup fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerini engelleyecek bir işte çalıştırılmayacakları kabul edilmiştir. 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nin bir bağlayıcılığı olmasa da bağlayıcı bir metin olan 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinde 1959 tarihli bildirgede yer alan ilkelerin tamamı kabul edilmiştir.

Çocuk Hakları Sözleşmesinden önce BMESKHS'nin 10. maddesi ile de çocukların çalışabileceği asgari bir yaş sınırının getirilmesi ve bu yaştan altındaki çocukların çalıştırılmasının kanun ile yasaklanması gerektiği öngörülmüşse de²¹⁹ Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocukları ebeveynlerinin malı olarak görmekten ziyade hak ve özgürlüklerin sahibi bir birey olarak görmesi nedeniyle çocuk hakları alanında devrim niteliğinde bir sözleşmedir²²⁰.

²¹⁶ Akyüz, s. 43; Aykaç, s. 341; Gürsel, s. 417.

²¹⁷ 06.01.1964 Tarih ve 11599 Sayılı Resmi Gazete.

²¹⁸ Aykaç, s. 341.

²¹⁹ Özkaraca/Ünal, s. 360.

²²⁰ Özkaraca/Ünal, s. 359; Aykaç, s. 342.

Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında yaşama hakkı, ifade özgürlüğü, din ve vicdan hürriyeti, eğitim hakkı, sağlık hakkı gibi temel insan haklarının yanı sıra oyun hakkı gibi yalnızca çocuklara özgü haklar da düzenlenmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış ve 9 Aralık 1994 tarihinde 17inci, 19uncu ve 30. maddelerine çekince koyarak onaylamıştır.

Çocuk Hakları Sözleşmesinde çalışan çocuklara ilişkin hükümler ise 32. maddede yer almaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre taraf devletler, çocukların fiziken, ruhen, ahlaken ya da toplumsal gelişmesini sekteye uğratabilecek işler ile her türlü tehlikeli işlerde çalıştırılmasına ve ekonomik olarak sömürülmelerine karşı korunma haklarının bulunduğunu kabul etmekle yükümlü kılınmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise taraf devletler, çocukların tehlikeli ve kötü koşullar altında çalışmasının engellenmesi amacıyla alınması gereken her türlü önlemi almakla yükümlü kılınmıştır. Çocukların çalışması için asgari yaş sınırının tespit edilmesi, çocukların çalışma koşullarının özel olarak düzenlenmesi ve çocukların çalışma yaşamında korunması amacıyla getirilen hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması için uygun yaptırımların öngörülmesi ise imzacı devletler tarafından mutlaka alınması gereken önlemler arasında sayılmıştır. Görüldüğü üzere BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde imzacı devletlere asgari yaş sınırı tespit etme yükümlülüğü getirilmiş ancak sözleşmenin daha çok devlet tarafından imzalanması amacıyla herhangi bir asgari yaş sınırı belirlenmesinden kaçınılmıştır.

Sözleşme tarafından asgari yaş sınırı getirilmemekle birlikte sözleşmenin denetim mekanizması olan Çocuk Hakları Komitesi'nin yorum kararlarında devletlerin asgari çalışma yaşını belirlerken uyması gereken kriterler gösterilmiştir²²¹. Çocuk Hakları Komitesi'nin 5 numaralı yorum kararına göre asgari çalışma yaşı belirlenirken sözleşmenin beşinci maddesinde yer alan çocuğun yeteneklerine saygı ilkesi ile sözleşmenin altıncı maddesinde yer alan çocuğun yaşama ve gelişme hakkı göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanı sıra anılan karar uyarınca taraf devletler asgari çalışma yaşını zorunlu eğitim ile tutarlı bir şekilde belirlemeli ve çocuğu doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgilendiren her durumda olduğu gibi asgari çalışma

²²¹ Çocuk Hakları Komitesi'nin 27 Kasım 2003 Tarihli 5 numaralı Yorum Kararı <https://digitallibrary.un.org/record/513415?ln=en> (Son erişim tarihi 08.11.2022)

yaşını belirlerken de çocuğun üstün yararını ve ayrımcılık yasağını da ayrıca gözetmelidirler²²².

Çocukların çalışabileceği asgari yaş sınırının belirlendiği belgeler arasında yer alan ILO sözleşmeleri ise ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 1919 ile 1973 yılları arasında kabul edilen sözleşmeler ile tarım, sanayi, deniz işleri, sanayi dışı işler, yer altı işleri gibi iş kolları bakımından asgari çalışma yaşı ayrı ayrı belirlenmiştir²²³. Ancak 1973 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından istihdama kabulde genel olarak uygulanabilecek bir asgari yaş sınırının belirlenmesi amacıyla 138 No’lu Asgari Yaş Sözleşmesi kabul edilmiş ve sektörel bazda asgari çalışma yaşının belirlendiği diğer ILO sözleşmeleri, 138 No’lu sözleşmenin onuncu maddesinde öngörülen koşullar doğrultusunda tadil edilmiştir²²⁴.

ILO’nun temel sözleşmeleri arasında yer alan 138 No’lu Asgari Yaş Sözleşmesi’nin birinci maddesinde sözleşmenin kabul edilme amacı yer almaktadır. Sözleşmeyi imzalayan devletler, çocuk işçiliğini ortadan kaldırmayı ve asgari çalışma yaşını çocuk ile gençlerin bedensel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak sağlayacak şekilde yükseltici politikalar gütmeyi kabul etmektedir²²⁵.

138 No’lu Asgari Yaş Sözleşmesi’nin ikinci maddesinde ise istihdama kabulde asgari yaş sınırı spesifik olarak belirlenmiştir. İlgili madde uyarınca asgari çalışma yaşı zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükârda on beş yaşın altında olmayacaktır. Sözleşmede öngörülen asgari çalışma yaşı hem bağımlı hem de bağımsız çalışma ilişkisi kapsamında geçerli kabul edilmektedir²²⁶.

²²² Özkaraca/Ünal, s. 360; Kılıç Ş., s. 26.

²²³ Aykaç, s. 343; Gürsel, s.420.

²²⁴ 138 No’lu ILO Sözleşmesi, ülkemiz tarafından 23.1.1998 tarih ve 4334 sayılı “İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 138 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunması Hakkında Kanun” ile onaylanmış ve 23243 sayılı Resmi Gazetede 27.1.1998 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²²⁵ Öğretide, 138 No’lu ILO Sözleşmesindeki “*Child Labour*” kavramının Türkçe’ye hatalı şekilde “çocuk işçiliği” olarak çevrildiği, buna karşılık doğru çevirinin “çalışan çocuk” olması gerektiği ve bu sebeple sözleşmede öngörülen asgari çalışma yaşının hem bağımlı hem bağımsız çalışma ilişkisi için geçerli olduğu öne sürülmektedir. Bakırcı, Çocukların Korunması, s. 85; Aykaç, s. 344 dn. 32; Şahin, s. 120.

²²⁶ Aykaç, s. 344., dn. 32. Rufaro Audrey Mavunga, “A Critical Assessment of The Minimum Age Convention 138 of 1973 and The Worst Forms of Child Labour Convention 182 of 1999”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, C: 16, S:5, Aralık, 2013, s. 130

Her ne kadar 138 No'lu sözleşme ile asgari çalışma yaşının on beş yaşından altında belirlenemeyeceği kabul edilmişse de Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen sözleşmelerin mümkün olduğu kadar fazla sayıda devletçe onaylanması amacıyla ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan ülkeler bakımından asgari çalışma yaşı ile ilgili istisna öngörülmüştür²²⁷. Buna göre, işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü almak ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Anayasası'nın 22. maddesi uyarınca düzenli olarak rapor vermek koşuluyla asgari çalışma yaşını on dört olarak belirleyebilme imkanı verilmiştir.

138 No'lu ILO Sözleşmesi'nin ikinci maddesinde genel olarak istihdama kabulde asgari çalışma yaşı belirlenmekle birlikte hafif işler ile gençlerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek tehlikeli işler ayrımı da yapılmış ve bu tür işler bakımından genel sınırdan farklı bir asgari çalışma yaşı öngörülmüştür. Bu kapsamda 138 No'lu ILO sözleşmesinin 3. maddesine göre gençlerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek tehlikeli işler bakımından asgari yaş sınırı on sekiz olarak belirlenmiştir. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında on sekiz yaş sınırına bir istisna getirilerek gençlerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim yahut mesleki eğitim görmeleri ve sağlık, güvenlik ile ahlaklarının tam olarak güvence altına alınması şartlarının bir arada bulunması halinde bu işlerde asgari çalışma yaşının on altı olarak belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır. 138 sayılı sözleşmede gençlerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek işlerin ne olduğu tek tek sayılmamış, bu kategoriye girecek işlerin neler olduğunun belirlenmesi işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü almak kaydıyla devletlerin mevzuatları yahut makamları tarafından belirlenmesi öngörülmüştür. Kanaatimizce, 138 No'lu ILO sözleşmesinin 3. maddesi yapıldığı koşullar bakımından çocuk ve genç işçilerin sağlığını tehlikeye düşürebilecek işler arasında yer alan yer altında görülen işlerde asgari çalışma yaşının on altı olarak düzenlendiği 123 No'lu Asgari Yaşa İlişkin ILO Sözleşmesi'ne²²⁸ nazaran çocuk ve genç işçileri daha koruyucu niteliktedir.

138 No'lu sözleşmenin 7. maddesinde ise hafif işler bakımından ayrı bir düzenlemeye gidilerek gençlerin sağlıklarına veya gelişmelerine zarar vermemek ve okula, mesleğe yöneltme veya mesleki eğitim programlarına katılmalarını veya

²²⁷ Aykaç, s. 344., dn. 33.

²²⁸ 02.10.1991 Tarih ve 21009 Sayılı Resmi Gazete.

derslerden yararlanmalarını engellemek koşuluyla on üç yaşındaki gençlerin çalışmasına izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca anılan madde uyarınca en az on beş yaşında olmakla birlikte henüz zorunlu öğrenimlerini tamamlamamış bireylerin de yedinci maddede belirtilen koşullar altında hafif işlerde çalışabileceği kabul edilmiştir.

Hafif işlerde ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan ülkeler bakımından da bir istisna öngörülmüş ve sözleşmenin ikinci maddesinin dördüncü maddesi uyarınca asgari çalışma yaşının on dört olarak belirlendiği ülkelerin bu durum devam ettiği müddetçe hafif işler bakımından asgari çalışma yaşını on ikiye kadar, henüz zorunlu öğrenimlerini tamamlamamış olmakla birlikte yedinci maddede öngörülen koşullar altında hafif işlerde çalışma yaşının ise on dörde kadar düşürülebileceği hüküm altına alınmıştır.

138 No'lu sözleşmenin kabul edilmesinin ardından bağlayıcı olmamakla birlikte devletlerin asgari yaş sınırına yönelik politikalarına yön verilmesi amacıyla Asgari Çalışma Yaşına İlişkin 146 sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir. 26.06.1973 tarihinde ILO tarafından yayınlanan 146 sayılı Tavsiye Kararı, 138 No'lu Asgari Yaş Sözleşmesi'nin birinci maddesi ile bir arada değerlendirildiğinde sözleşme kapsamında belirlenen asgari yaş sınırının sabit bir sınır olmadığı ve zamanla çocuk ile gençlerin bedensel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak sağlayacak bir düzeye yükseltilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır²²⁹.

Son olarak 138 No'lu sözleşmenin dördüncü ve beşinci maddesi uyarınca bazı koşullar altında kimi sektörler bakımından sözleşmenin kapsam dışı bırakılabileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre ekonomisi ve idari yapısının gelişmiş olup olduğu fark etmeksizin imzacı devletlerin gençlerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek tehlikeli işler hariç olmak üzere özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı istihdam ve çalışma kategorileri bakımından sözleşmeyi kapsam dışı bırakabilmesi mümkün kılınmıştır²³⁰. Bunun yanı sıra sözleşmenin beşinci maddesi ile ekonomisi ve idari yapısı yeteri kadar gelişmemiş ülkeler bakımından, *madencilik ve maden çıkarımı; imalat; inşaat; elektrik, gaz ve su;*

²²⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 503, dn. 71; Aykaç, s. 344.

²³⁰ Aykaç, s. 345.

temizlik hizmetleri; ulaştırma, depolama ve haberleşme; düzenli olarak ücretli işçi istihdam etmeyen ve yerel tüketim amacıyla üretim yapan küçük ölçekli aile işletmeleri dışında kalan ticari amaçlı üretimde bulunan diğer tarım işletmeleri ve plantasyonlar gibi istihdam kategorileri hariç olmak üzere özel ve önemli uygulama sorunlarının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kimi istihdam kategorilerinde sözleşmenin kapsam dışı bırakılabilece i ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Ülkemizin Avrupa Birliği adaylık süreci düşünüldüğünde asgari çalışma yaşına ilişkin Avrupa Birliği düzenlemelerinin de bu başlık altında ele alınması gerekmektedir. Avrupa Birliği mevzuatında asgari çalışma yaşına ilişkin en önemli düzenlemeler Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı'nın yedinci maddesi²³¹ ve 94/33/EEC sayılı *Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Direktif*tir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartının sa lı ın korunması hakkını düzenleyen 11. maddesi ile ailenin sosyal, yasal ve ekonomik olarak korunma hakkını düzenleyen on altıncı maddesi gibi maddelerle çocuğun hakları dolaylı olarak koruma altına alınmışsa da şartın 7. ve 17. maddeleri spesifik olarak  ocuk ve gençlerin çalışma ve sosyokültürel yaşamlarındaki haklarının korunması amacıyla kaleme alınmıřtır²³².

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı'nın yedinci maddesi ile çocukların hafif işlerde çalıştırılmaları durumu hariç olmak üzere asgari çalışma yaşı on beş olarak belirlenmiş ve henüz zorunlu eğitim çağında olanların çocukların e itimlerinden tam anlamıyla fayda görmelerini engelleyecek her türlü işte çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Avrupa Sosyal şartı Sekreterliği tarafından hazırlanan bilgilendirme notunda on beş yaşından küçük çocukların çalıştırılması yasağının, çocuğun bağımlı, serbest yahut ücretsiz olarak çalışıp  alışmadı ına bakılmaksızın tüm ekonomik sektörlerde ve aile işletmeleri ile özel haneler dahil olmak üzere tüm işyerlerinde uygulama alanı bulacağı

²³¹ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartının yedinci maddesinde asgari çalışma yaşının yanı sıra çalışan  ocuk ve gençlerin çalışma süreleri, adil ücret hakkı, ücretli izin hakkı, gece çalışma yasağı gibi hususlar da düzenlenmiş olsa da bu kısımda yalnızca yedinci maddenin asgari çalışma yaşına ilişkin ilk üç fıkrası ele alınacak, diğer fıkralar hakkındaki detaylı açıklamalara ilgili başlıklar altında yer verilecektir.

²³² G rsel, s. 426.

açıklığa kavuşturulmuştur²³³. 138 No’lu ILO Sözleşmesinden farklı olarak GGASS kapsamında hafif işler için spesifik bir yaş sınırı getirilmemiş, çocukların sağlık, eğitim ve ahlakları için zararlı olmayacak işleri “hafif iş” olarak nitelendirmekle yetinilmiştir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı uyarınca asgari çalışma yaşı on beş olarak belirlenmesine karşın tehlikeli ve sağlığa zararlı işler bakımından bir ayrıma gidilerek bu tür işlerde asgari çalışma yaşı on sekiz olarak kararlaştırılmıştır. Sekreterlik tarafından hazırlanan bilgilendirme notunda imzacı devletler tarafından tehlikeli ve sağlığa zararlı işlerin neler olduğu belirlenirken bu tür işlerin tek tek listelenmesi veya işin görülmesi sırasında ortaya çıkabilecek fiziksel, kimyasal ya da biyolojik gibi risk türlerinin tanımlanması yollarından birinin tercih edilmesi tavsiye edilmektedir²³⁴.

Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22 Haziran 1994 Tarih ve 94/33/EEC Sayılı Direktif kapsamında da asgari çalışma yaşı diğer uluslararası düzenlemelere paralel bir şekilde belirlenmiştir. Direktifin birinci maddesi uyarınca asgari çalışma yaşı zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşı ve her halükârda on beş yaşın altında olmayacaktır.

Her ne kadar Direktif kapsamında belirlenen asgari çalışma yaşı diğer uluslararası belgeler ile paralellik arz etse de Direktif hükümlerinin kapsamı bu belgelere nazaran daha dar bir şekilde belirlenmiştir²³⁵. Buna göre, Direktif hükümleri yalnızca bir iş sözleşmesine yahut üye devletlerin yasal mevzuatı veya idari düzenlemelerine göre bir iş ilişkisi içerisinde bulunan bağımlı çalışanlar açısından geçerli olup bağımsız çalışma kapsam dışı bırakılmıştır. Bununla birlikte, direktifin ikinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca birlik üyesi devletlere, kısa süreli veya geçici işlerle ilgili olmak koşuluyla “aile içinde yapılan ev işleri” ile “aile işyerinde çalışan gençler için zararlı yahut tehlikeli olmayacağı düşünülen diğer bağımlı işlerin” de kapsam dışı bırakılabilmesi imkânı tanınmıştır.

²³³ Avrupa Sosyal Şartı Sekreterliği tarafından hazırlanan ancak bağlayıcı olmayan “Avrupa Sosyal Şartı Kapsamında Çocuk Hakları (*Children’s Rights Under The European Social Charter*)” isimli bilgilendirme notu <https://rm.coe.int/1680474a4b> (Son Erişim Tarihi, 22.08.2022)

²³⁴ *Children’s Rights Under The European Social Charter*, s. 12.

²³⁵ Aykaç, s. 351.

94/33/EEC sayılı Direktif kapsamında asgari çalışma yaşı on beş olarak belirlenmekle birlikte anılan direktifin dördüncü maddesinde bunun istisnalarına da yer verilmiştir. Buna göre, yetkili makamlarca tespit edilen koşullara uygun olmak kaydıyla iş/eğitim veya fabrika içi iş-tecrübe programlarına göre yapılan işler ile kültürel, sanatsal, reklamcılık ve sportif faaliyetler hariç olmak üzere hafif işlerde asgari çalışma yaşı on dört olarak belirlenebilecektir²³⁶.

Kültürel, sanatsal, reklamcılık ve sportif faaliyetler bakımından ise diğer iş kollarına nazaran farklı bir düzenlemeye gidilmiş ve Direktifte öngörülen koşulları sağlamak kaydıyla bu faaliyet alanlarında yürütülen çalışmalarda asgari çalışma yaşının on beş yaşın altında belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır.

B. Türk Hukukunda Asgari Çalışma Yaşı

Türk Hukukunda çocuk ve gençlerin korunması gerekliliği Anayasa'nın çeşitli maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Çocuk ve gençler, anayasada dil, din, ırk, renk, cinsiyet yahut siyasi düşünce ayırt etmeksizin herkese tanınan temel insan haklarının yanı sıra yalnızca kendilerine tanınan haklardan da özel olarak yararlanma imkanına sahiptir. Devlet, anayasal bir görev olarak çocuk ve gençlerin insan hayatına yaraşır bir hayat sürmelerini sağlamak, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmasını önlemek ve istismara maruz kalmalarını engelleyerek çalışma yaşamında özel olarak korunmalarını sağlamakla mükelleftir²³⁷.

Çocuk ve gençlerin çalışma yaşamında özel olarak korunmasını anayasal bir yükümlülük olarak düzenleyen AY m.50 hükmü ise çalışmamız bakımından özel bir öneme sahiptir. Nitekim anılan madde uyarınca devlet, kimsenin yaşına, cinsiyetine yahut gücüne uymayan işlerde çalıştırılmamasını ve küçükler, kadınlar yahut engelliler gibi dezavantajlı grupların çalışma yaşamında özel olarak korunmasını sağlamakla yükümlü kılınmıştır.

²³⁶ Çocukların bedensel, ruhsal gelişimleri için zararlı olmayan ve okula yahut mesleki eğitimine devam etmesini engellemeyecek hafif işler bakımından asgari çalışma yaşı on dört olarak belirlenmekle birlikte, 94/33/EEC sayılı direktifin dördüncü maddesinin ikinci fıkrasının c bendi uyarınca birlik üyesi devletlere direktifin hafif işlerle ilgili çalışma koşullarını gözetmek kaydıyla ulusal hukukları tarafından belirlenecek hafif işlerde asgari çalışma yaşının on üç olarak belirlenebilmesi imkanı da tanınmıştır.

²³⁷ Özkaraca/Ünal, s. 364.

Devletin çocuk ve gençler bakımından Anayasa'nın 50. maddesinde öngörülen yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için öncelikli olarak çocukların çalışma yaşamında yer almaya başlayacağı asgari çalışma yaşını belirlemesi gerekmektedir.

İş Kanunu'na tabi olarak çalışmakta olan çocuk ve gençler için asgari çalışma yaşına ilişkin yürürlükte olan düzenleme İş K. m. 71/1 hükmünde yer almaktadır. Buna göre on beş yaşını doldurmamış çocukların İş K. kapsamında kalan işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. İş Kanunu'nda yer alan istisnalar hariç olmak üzere asgari çalışma yaşının on beş olarak belirlenmesi Türkiye'nin tabi olduğu uluslararası düzenlemeler ile uyumludur²³⁸. Nitekim ilgili maddenin gerekçesinde de bu maddenin *Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22 Haziran 1994 Tarih ve 94/33/EEC Sayılı Direktif* ile uyumlu hale getirildiği açıkça belirtilmiştir.

Öğretide *Özkaraca ve Ünal* ise, 4857 Sayılı Kanun'un aksine çocuk işçi kavramına yer verilmediği ve direktifin çocuk işçiliğini yasakladığı gerekçeleriyle asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeleri barındıran İş K. m.71 hükmünün 94/33/EEC Sayılı Direktif ile uyumlu olmadığı düşüncesindedir²³⁹. Kanaatimizce, her iki metinde de asgari yaş sınırının on beş olarak belirlenmiş olması ve bu sınıra getirilen istisnaların da benzer nitelik göstermesi karşısında yalnızca kavramsal olarak yaklaşım farkı bulunduğu gerekçesiyle her iki metnin birbiriyle uyumlu olmadığı söylenemeyecektir.

İş Kanunu m.71/1 hükmünde asgari çalışma yaşı on beş olarak belirlenmekle birlikte hükmün devamında bu durumun istisnalarına da yer verilmiş ve maddede belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde on beş yaşın altındaki çocukların da çalışabilmesine izin verilmiştir.

İş Kanunu'nda m. 71/1 hükmünde asgari çalışma yaşına ilişkin ilk istisna hafif işler bakımından getirilmiştir. Buna göre, on dört yaşını dolduran ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlayan çocukların fiziksel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitim öğretimine devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalışabilecekleri kabul edilmiştir. Hükmün ilk halinde “*on dört*

²³⁸ Tuğ/ Baysal, s. 1874 ; Aykaç, s. 357; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 511.

²³⁹ Özkaraca/Ünal, s. 366-367.

yaşını dolduran ve ilköğretimini tamamlamış” ibaresi yer almaktayken 4/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanunun 38 inci maddesiyle bu ibare “*on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış*” olarak değiştirilmiştir.

6645 sayılı Kanunla değişikliğin yapıldığı 04/04/2015 tarihinde 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu²⁴⁰,’nun 3. maddesi zorunlu ilköğretim çağını çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlayan ve 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biten dönem olarak tanımlamaktaydı. Zorunlu ilköğretim çağının asgari çalışma yaşının altında belirlendiği bu hal, öğretide zorunlu ilköğretim çağını tamamlayan çocukların, zorunlu eğitimini bitirmesi beklenmeksizin yasa dışı bir şekilde çalıştırılması riskini arttırması nedeniyle oldukça eleştirilmiştir²⁴¹.

05/07/2019 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 7180 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile 222 sayılı Kanun’un 3. maddesinde yapılan değişiklikle bu tartışmalar önemini yitirmiştir. Zira günümüzde -2012 yılında yapılan değişiklikten önce olduğu gibi- hafif işlerdeki asgari yaş sınırına uyumlu bir şekilde altı ila on dört yaş arasında bulunan çocuklar zorunlu ilköğretim çağında sayılmaktadır.

İş Kanunu m.71 hükmün lafzında yer alan “hafif iş” kavramının ne anlama geldiği ise İş K. m.71/3 hükmü uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmeliğin dördüncü maddesinde yer almaktadır. ÇGİY m.4 uyarınca hafif iş, *Yapısı ve niteliği itibariyle ve yerine getirilmesi sırasındaki özel koşullara göre; a) Çocukların gelişmelerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihtimali olmayan, b) Okula devamını, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programına katılımını ve bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işleri* ifade etmektedir. Yönetmelik’te yer verilen hafif iş tanımı 94/33/EEC Sayılı Direktif’te yer alan hafif iş tanımının dilimize çevrilmesinden ibaret olup hafif işler kapsamında getirilen asgari yaş sınırı 138 sayılı ILO sözleşmesi ve 94/33/EEC Sayılı Direktif ile uyum içerisindedir.

²⁴⁰ 12.01.1961 Tarih ve 10705 Sayılı Resmi Gazete.

²⁴¹ Bu konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Kadriye Bakırcı, “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yayın No: 595, 2007, s. 101-134. (Çocuk ve Genç İşçiler) ; Canan Ünal, “Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü Ve Çözünsüzlüğü”, Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI, **Petrol İş Yayını**, s. 289-306.

Her ne kadar hafif iş ile ne ifade edilmek istendiği yönetmelikte tanımlanmış olsa da, İş K. kapsamındaki çocuk işçilerin çalıştırılabilecekleri hafif işler, tıpkı genç işçilerin çalışabilecekleri işler gibi sınırlı olarak sayılmış olup bu kapsamda çocuk işçiler yalnızca yönetmeliğin ekinde yer alan ve “EK-1 Çocuk İşçilerin Çalıştırılabilecekleri Hafif İşler” arasında sayılan hafif işlerde çalıştırılabilecektir²⁴².

İş Kanunu tarafından belirlenen asgari çalışma yaşına yönelik bir diğer istisna ise sanat, kültür ve reklam faaliyetleri kapsamında yapılan çalışmalardır. İş Kanunu m.71/1 hükmü uyarınca yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı ayrı izin almak şartıyla çocukların fiziksel, zihinsel, ahlaken ve sosyal olarak gelişimlerine ve eğitimi devam edenlerin eğitimlerinin devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetleri için herhangi bir asgari çalışma yaşı belirlenmemiştir. Buna göre gerekli koşulları sağlamak kaydıyla sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde bir bebeğin dahi çalışabilmesi mümkündür²⁴³. İş Kanunu m.71/son hükmü uyarınca, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamına, bu faaliyetlerde çalışacak çocuklara hangi koşullarda çalışma izni verileceğine yahut bu faaliyetlerde çalışacak çocukların çalışma ortamı ve şartlarının nasıl düzenleneceğine dair hususların ilgili bakanlıklar ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun (RTÜK) görüşleri alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği öngörülmüşse de bu yönetmelik halen çıkarılmamıştır.

Bununla birlikte 13.06.2016 tarihinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü (ÇGM) tarafından “*Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı*”²⁴⁴ (Yönetmelik Tasarısı) hazırlanmış olup sayılan faaliyet alanlarında asgari çalışma yaşına yönelik açıklamalarımızda ÇGM tarafından hazırlanan yönetmelik taslağının ilgili hükümleri göz önünde bulundurulacaktır.

Yönetmelik Tasarısı’nın 4. maddesinde sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamında çocukların çalıştırılabileceği faaliyet alanları tek tek sayılmıştır. Ancak bir faaliyet alanının 4. maddesinde sayılmış olması, çocuğun o faaliyet alanında

²⁴² Didem Yalçıntaş, Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kültür Ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 17.

²⁴³ Yalçıntaş, s. 18.

²⁴⁴ <https://www.kastder.org.tr/download/14yonetmelik.pdf> (Son erişim tarihi, 24.08.2022)

bulunan her işte çalıştırılabileceği şeklinde anlaşılmamalıdır²⁴⁵. Dolayısıyla örneğin tasarının dördüncü maddesinin b bendinde yer alan tiyatro, opera, bale gibi tüm sözlü veya sözsüz sahne eserlerinin icra edilmesine ilişkin olarak çocukların sahnenin arkasında ışıklandırma yahut oyuncu makyajlarının yapılması gibi faaliyetlerde çalıştırılması mümkün değildir.

İş Kanunu'nun m.71/1 hükmünde sanat, kültür ve reklam faaliyetleri için herhangi bir asgari çalışma yaşı belirlenmemişse de Yönetmelik Tasarısı m.6 hükmü uyarınca on iki aylıktan küçük çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır²⁴⁶.

İş Kanunu kapsamında getirilen asgari çalışma yaşına yönelik bir diğer istisna ise, yer altında ve su altında görülen işler bakımından getirilmiştir. Nitekim İş K. m. 72 hükmü uyarınca çocuk ve genç işçilerin maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon veya tünel inşaatı gibi yer altında ve su altında görülecek işlerde çalışması mümkün değildir. Hükmün lafzından maddede sayılan işlerin sınırlı olarak sayılmadığı ve yer altı ve su altında görülen tüm işlerde çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacağı anlaşılmaktadır²⁴⁷.

İş Kanunu'nun yer altında ve su altında asgari çalışma yaşını on sekiz olarak belirleyen 72. maddesi, yer altında görülen işlerde asgari çalışma yaşını on altı olarak belirleyen 123 No'lu Asgari Yaşa İlişkin ILO Sözleşmesi'ne nazaran çocuk ve genç işçileri daha koruyucu niteliktedir²⁴⁸. Nitekim İş K. m. 72 hükmü, 138 No'lu ILO sözleşmesinin doğası veya yapıldığı koşullar bakımından çocuk ve gençlerin sağlığını, güvenliğini ve/veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü çalışma bakımından asgari çalışma yaşının on sekizin altında belirlenemeyeceğine yönelik üçüncü maddesi ile de uyum içerisindedir.

²⁴⁵ Yalçıntaş, s. 19.

²⁴⁶ Yaşar, Yönetmelik Tasarısı m.6 hükmünü Avrupa Birliği ülkelerinin mevzuatında sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde asgari çalışma yaşının iki olarak belirlendiğini, taslak hükmünde yer alan on iki aylık asgari çalışma yaşının çok düşük olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Mert Yaşar, "Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı İle İlgili Görüşler", http://www.academia.edu/27530917/_Sanat_Kültür_ve_Reklam_Faaliyetlerinde_Çocukların_Çalıştırılma_Usul_ve_Esasları_Hakkında_Yönetmelik_Taslağı_Hakkında_Görüşler (son erişim tarihi, 05.09.2022), s.8.

²⁴⁷ Narmanlıoğlu, s. 677; Aykaç, s. 366.

²⁴⁸ Fatih Baştürk, "Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku", **Hukuk ve Adalet**, 2004, s. 249.

İş Kanunu kapsamında on beş yaş olarak belirlenen asgari çalışma yaşına getirilen son istisna ise, ÇGİY Ek 3'te yer alan ve asgari çalışma yaşının on altı olarak belirlendiği işlerdir. Ek 3'te yer alan bu işler daha önce *Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği*²⁴⁹,nde (AğTİY) 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalışabileceği ağır ve tehlikeli işler arasında yer almakta iken anılan yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması ile birlikte ÇGİY kapsamına alınmıştır. Ancak *Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği* ekinde yer alan çizelgede karşısında (Gİ) harfleri bulunan işler ÇGİY kapsamına alınırken çırçır fabrikalarındaki işler gibi bazı işler 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalışabileceği işler arasından çıkarılmıştır²⁵⁰.

Kural olarak on altı yaşını doldurmuş gençlerin Ek 1, Ek 2 ve Ek 3'te yer alan işler dışında çalışabilmesi mümkün değilse de ÇGİY m.5/5 uyarınca buna bir istisna getirilerek Mesleki Eğitim Kanunu²⁵¹ kapsamında mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarından mezun olan 16 yaşını doldurmuş meslek sahibi genç işçilerin; sağlığı, güvenliği ve ahlaklarının tam olarak güvence altına alınması koşuluyla ÇGİY kapsamında belirtilen sınırlamalara bağlı kalmaksızın mesleklerine uygun işlerde çalışabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

İş Kanunu m.71/2 hükmü uyarınca, çocuk ve genç işçilerin çalışabilecekleri işlerde İş K. tarafından belirlenen asgari çalışma yaşının yanı sıra çocuk ve gençlerin güvenliklerinin, bedenlen, ruhen ve zihnen gelişimlerinin, kişisel yatkınlık ve yeteneklerinin de dikkate alınması ve gördükleri işin okula gitmelerine, mesleki eğitimlerinin devamına engel olmaması ve derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar vermemesi gerekmektedir.

İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılan ve Türk Borçlar Kanunu ile Basın İş Kanunu kapsamındaki işlerde asgari çalışma yaşı bakımından Umumi Hıfzıssıhha Kanunu²⁵² (UHK) m. 173 hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁵³. Buna göre, UHK m.173/1 hükmü uyarınca on iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane

²⁴⁹ Bu yönetmelik 08.02.2013 tarih ve 28553 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan *Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik* uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁵⁰ Aykaç, s. 361, dn. 76.

²⁵¹ 19.06.1986 Tarih ve 19139 Sayılı Resmi Gazete.

²⁵² 06.05.1930 Tarih ve 1489 Sayılı Resmi Gazete.

²⁵³ Ünal, s. 294; Gürsel, s. 449.

gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele yahut çırak olarak çalışması yasaklanarak bu tür işlerde asgari çalışma yaşı on iki olarak kabul edilmiştir. Öğretide kimi yazarlar, UHK m. 173 hükmünün lafzından hareketle fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işleri dışındaki işlerde on iki yaşından küçük çocukların da çalıştırılabileceği görüşündedir. Bu yazarlara göre, on iki yaşından küçük çocukların vücutlarına ve bünyelerine ağır gelmeyecek berberlik, kunduracılık, terzi çıraklığı, küçük sanatlar yahut ziraat işleri gibi hafif işlerde çalıştırılabilmeleri mümkündür²⁵⁴.

Öğretideki ağırlıklı görüş uyarınca, UHK m. 173 hükmünün esasen on iki yaşından küçük çocukları korumak amacıyla getirilmesi nedeniyle bu maddenin koyduğu yasağın mutlak olarak algılanması gerektiği ve hangi tür iş olursa olsun on iki yaşından küçük çocukların hiçbir şekilde çalıştırılmayacakları savunulmaktadır²⁵⁵. Nitekim, esnaf ve sanatkarların işyerinde yahut tarım işlerinde çok küçük yaştaki çocukların hiç de “hafif” sayılmayacak işlerde çalıştığı dikkate alındığında, çocukların gelişmesini engellemeyen ve onların bedeni gelişmelerine uygun işlerde çalıştırılmalarının gerekliliği daha iyi anlaşılabacaktır²⁵⁶.

Öğretide de ifade edildiği üzere UHK m.173 hükmünde asgari çalışma yaşının on iki olarak belirlenmesi başta 138 No’lu ILO sözleşmesi olmak üzere Türkiye’nin tabii olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir²⁵⁷. Nitekim mevzuatımızda asgari çalıştırma yaşına ilişkin en eski hükmü barındıran UHK, yapıldığı dönemde ilerici bir konumda olsa da geçen doksan üç yıl içerisinde güncel gelişmeleri takip edememiş ve çocuk ile genç işçileri korumaktan uzak kalmıştır²⁵⁸.

Öğretide savunulan bir görüş uyarınca, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası çerçevesinde 138 No’lu ILO sözleşmesinin istisnalar hariç olmak üzere asgari çalışma yaşının on beş yaşından altında belirlenemeyeceğine yönelik hükmü tüm sektörler bakımından uygulanmalıdır²⁵⁹. Kanaatimizce, bu görüş isabetlidir. Zira, Anayasa’nın

²⁵⁴ Bülent Nuri Esen, **İş Hukuku**, Ankara, 1944, s. 117-118; F. Hakkı Saymen, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1954, s. 316.

²⁵⁵ Kenan Tunçomağ, “Çalışma Hayatında Çocuk ve Gençler”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, Prof. Dr. Orhan Tuna’ya Armağan, S: 31, 1982, s. 74 (Çocuk ve Gençler); Demir, Çocuklar, s. 564-565.

²⁵⁶ Demir, Çocuklar, s. 565.

²⁵⁷ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 513; Akyiğit, s. 2035.

²⁵⁸ Ünal, s. 294.

²⁵⁹ Bayram, s. 73; Akyiğit, s. 2035.

90. maddesinin son fıkrası ile getirilen yasa çatışması kuralı gereğince , uyuşmazlığın esasına uygulanacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin doğrudan uygulanabilir bir uluslararası sözleşme²⁶⁰ hükmü yahut bir kanun hükmünün bulunması halinde uluslararası sözleşme hükmü esas alınmalı ve anlaşmanın temel hak ve özgürlükler bakımından daha lehe bir düzenleme içermesi halinde milletlerarası anlaşma hükmü uygulanmalıdır²⁶¹. Dolayısıyla 138 No’lu ILO sözleşmesinde yer alan asgari yaş sınırına ilişkin hükmün UHK m. 173/1 hükmüne nazaran çocuk ve gençlerin temel hak ve özgürlükleri bakımından daha koruyucu olması nedeniyle sözleşme hükümlerinin UHK’nın 173. maddesinin birinci fıkrasını “*zımnen ilga*” ettiği kabul edilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu ile Basın İş Kanunu kapsamındaki işlerde asgari çalışma yaşı bakımından UHK’nın yanı sıra 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.59/1 hükmü de uygulama alanı bulacaktır. Nitekim 222 sayılı Kanun’un m.59/1 hükmü uyarınca ilköğrenim çağında yani altı ila on dört yaş arası çocuklardan olup da zorunlu ilköğretim kurumlarına devam etmeyenler, hiçbir kamu ve özel iş yerinde veya iş görmeyi gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılamayacaktır. Anılan hüküm UHK m. 173 hükmünün istisnası niteliğinde olup bu hüküm uyarınca on iki yaşında olmasına karşın mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyen çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır²⁶².

İş Kanunu kapsamı dışında bulunan ve deniz, göl ile akarsularda Türk bayrağı taşıyan yüz veya daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akdine bağlı olarak çalışan gemi adamları ve bunların işverenlerine ya da aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısının beş veya daha fazla bulunduğu hallerde uygulama alanı bulan Deniz İş Kanunu’nda ise herhangi bir asgari yaş sınırı öngörülmemiştir. Ancak bu kanun kapsamında yapılan çalışmalarda asgari yaş sınırı tespit edilirken UHK değil Türkiye tarafından 25 Mayıs 1959 tarihli 7293 sayılı Kanun ile onaylanıp 2 Haziran 1959 tarih

²⁶⁰ Zorunlu çalışmanın engellenmesine ilişkin, ayrımcılığın önlenmesine ilişkin, çocuk işçiliğinin yasaklanmasına ilişkin ILO sözleşmeleri ile iş sağlığını ve güvenliğini korumayı amaçlayan ILO sözleşmelerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin doğrudan uygulanabilir sözleşme hükümleri arasında sayılması gerektiğine ilişkin bkz. Süzek, s. 99.

²⁶¹ Rona Aybay,” Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri” , **TBB Dergisi**, S.70, 2007, s. 207; Ahmet Burak Bilgin,” AİHS ve Diğer Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri”, **MÜHF - HAD**, C.22, S.1, s.134

²⁶² Ünal, s. 295.

ve 10220 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “*Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Sınırının Tespiti Hakkında 58 sayılı ILO Sözleşmesi*” hükümleri uygulanacaktır.

58 No’lu ILO Sözleşmesi’nin 2. maddesine göre münhasıran aynı aile fertlerinin çalıştığı gemiler hariç olmak üzere diğer gemilerdeki işlerde on beş yaşından aşağı çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır²⁶³. Bununla birlikte maddenin devamında bir istisna öngörülerek on beş yaşından aşağı bir çocuğa iş verilmesinde çocuğun menfaatinin söz konusu olduğuna dair bir mektep idaresi yahut ulusal mevzuatla tespit edilmiş bir makamın, çocuğun bedeni durumu ile sıhhatini ve verilmesi düşünülen işin halen olduğu kadar gelecekte de çocuğa sağlayacağı menfaatleri göz önünde bulundurmak suretiyle bir kanaate vardığı takdirde, ulusal mevzuatla asgari on dört yaşındaki çocukların çalıştırılması mümkün kılınmıştır.

58 No’lu ILO Sözleşmesi’nin yanı sıra Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından çıkarılan “*Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği*”²⁶⁴’nin altıncı maddesi ile gemici olarak, on altıncı maddesi ile makine sınıfı tayfalardan yağcı olarak ve yirmi beşinci maddesi ile güverte stajyeri, makine stajyeri yahut kamarot olarak çalışabilmek için ise asgari çalışma yaşı on altı olarak öngörülmüştür.

V. Faaliyet Alanı Bakımından Çalışmanın Yasaklanması

A. En Kötü Biçimdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması

Yukarıda detaylı bir şekilde bahsedildiği üzere bedenlen ve zihnen yetişkinlere nazaran dezavantajlı konumda bulunan çocukların korunması amacıyla çocuk işçiliğinin tamamen ortadan kaldırılması gerekliliği başta Uluslararası Çalışma Örgütü olmak üzere uluslararası kuruluşlar ve modern ulus devletler tarafından kabul edilmektedir. Bu nedenle ILO tarafından 1992 yılında “Çocuk İşçiliğinin Önlenmesi Uluslararası Programı (IPEC)” uygulamaya konulmuş ve uzun vadede çocuk istihdamının tamamen ortadan kaldırılması hedeflenmiştir²⁶⁵. IPEC’in ana hedefi

²⁶³ Tuğ / Baysal, s. 1877.

²⁶⁴ 10.02.2018 tarih ve 30328 Sayılı Resmi Gazete.

²⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aykaç, s. 346-347; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 505.

çocuk istihdamının tamamen ortadan kaldırılması olmakla birlikte program kapsamında kısa ve orta vadede çocukların çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve en kötü biçimdeki çocuk işçiliğinin yasaklanması konusunda çalışmalarda bulunulmuştur²⁶⁶. Bu kapsamda 01.06.1999 tarihinde ILO tarafından IPEC'in kısa vadeli hedefleri arasında yer alan en kötü biçimdeki çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması amacıyla “182 Sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi” kabul edilmiştir²⁶⁷. 182 No’lu ILO sözleşmesi ülkemiz tarafından 25.01.2001 tarih ve 4623 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile onaylanmış ve fazla beklemeksizin 18.05.2001 tarih ve 2001/2528 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulmuştur²⁶⁸.

182 No’lu ILO Sözleşmesi Uluslararası Çalışma Örgütü’nün sekiz temel sözleşmesi arasında sayılmakta ve 138 No’lu ILO Sözleşmesi ile birbirini tamamlamaktadır. Nitekim 182 No’lu Sözleşme’nin başlangıç bölümünde de sözleşmenin çocuk işçiliğine ilişkin temel belgelerden olan 138 No’lu ILO Sözleşmesini ve Asgari Çalışma Yaşına İlişkin 146 sayılı Tavsiye Kararı’nı tamamlayıcı nitelikte olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Çocuk işçiliğine ilişkin temel belgeler arasında yer alan 182 No’lu ILO Sözleşmesi ile 138 No’lu ILO Sözleşmesinin birbirini tamamlar nitelikte olduğu ifade edilmişse de her iki sözleşme arasında yaklaşım farkı bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. Nitekim başlangıç kısmında da ifade edildiği üzere 138 No’lu Sözleşme çocukların çalışmasına tamamen son vermek amacını taşırken 182 No’lu Sözleşme ise yalnızca en kötü biçimdeki çocuk işçiliğinin önlenmesi amacını taşımaktadır²⁶⁹.

182 No’lu ILO sözleşmesinin birinci maddesi ile imzacı devletlere, acil bir sorun olarak gördüğü en kötü biçimdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve en kötü biçimdeki çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemlerin alınması yükümünü getirmektedir. Sözleşme, imzacı devletlere en kötü biçimdeki çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması doğrultusunda ivedi ve etkin

²⁶⁶ Aykaç, s. 346-347.

²⁶⁷ Gürsel, s. 421; Aykaç, s. 347.

²⁶⁸ Tankut Centel, “182 Sayılı ILO Sözleşmesi’nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi”, **TÜHİS Dergisi**, C. 17, S.3, 2002, s.10. (ILO Sözleşmesi)

²⁶⁹ Özkaraca/Ünal, s. 362; Centel, 182 No’lu ILO Sözleşmesi, s. 10.

önlemleri alınması yükümlülüğünü getirerek sözleşmenin kağıt üzerinde bırakılmayıp yaşama geçirilmesini amaçlamaktadır²⁷⁰.

Sözleşme kapsamında “en kötü biçimdeki çocuk işçiliği” kavramının ne ifade ettiği üçüncü maddede açıklanmıştır. Buna göre çocukların *a) kölelik, kulluk ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerinde, b) fahişelik ile her türlü pornografik yayın ile gösterilerde, c) uyuşturucu maddelerin üretimi ve dağıtımı gibi yasal olmayan tüm faaliyetlerde ve d) doğası veya gerçekleştiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işlerde* çalışması yasaklanmıştır. Böylece, üçüncü madde kapsamında yer alan faaliyetlerde on sekiz yaşın altındaki kişilerin çalıştırılması hiçbir şekilde mümkün değildir.

Üçüncü maddenin ilk üç bendinde sayılan durumlar uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri çerçevesinde suç olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bu bentlerde sayılan durumlarda çalışma koşullarının iyileştirilmesi halinde dahi bu çalışmalar yasal olarak kabul görmeyecektir²⁷¹.

182 No’lu ILO Sözleşmesi, on sekiz yaşından küçük çocukların yasa dışı faaliyetlerde kullanılmasının çalışma olarak kabul edilmesinin bu tür faaliyetlere meşruiyet kazandırabileceği gerekçesi ile öğretilde eleştirilmektedir²⁷². Anılan görüş uyarınca, bu tür faaliyetlerde kullanılan çocukların gerçekte sömürü mağduru oldukları için bu mağduriyetlerinin çalışma olarak nitelendirilmesi yerinde olmayıp ve çalışma ile suç oluşturan yasa dışı faaliyetler arasında kalın bir çizgi çizilmesi gerekmektedir²⁷³.

Üçüncü maddenin (d) bendi bakımından ise 182 No’lu sözleşmenin dördüncü maddesi uyarınca, söz edilen iş türlerinin neler olduğu belirlenirken 1999 tarihli *En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliği’ne Yönelik 190 Sayılı Tavsiye Kararı*’nın üçüncü ve dördüncü paragrafları ve uluslararası standartlar dikkate alınmalıdır.

²⁷⁰ Centel, ILO Sözleşmesi, s. 11.

²⁷¹ Aykaç, s. 348; Gürsel, s. 421.

²⁷² Bakırcı, Çocukların Korunması, s. 169-170.

²⁷³ Bakırcı, Çocukların Korunması, s. 170; Aykaç, s. 348.

190 sayılı Tavsiye kararı uyarınca üçüncü maddenin d bendi kapsamına giren işler belirlenirken çocukların, “a) fiziken, psikolojik yahut cinsel olarak istismarla karşılaşabileceği işler, b) Yer altında, sualtında, tehlikeli yükseklikte veya dar alanlarda görülen işler, c) Tehlikeli makine, donanım ve araçlarla çalışmasının gerektiği yahut ağır yük taşınmasına bağlı işler, ç) tehlikeli maddeler ya da sağlığa zararlı ısı, gürültü veya titreşimin bulunduğu işler veya d) uzun süreli ve ya gece boyunca çalışmanın yürütüldüğü yahut çocuğun haksız olarak işverenin işyerinde çalışmaya zorlandığı ağır işler” kapsamında çalışıp çalışmadığı göz önüne alınmalıdır²⁷⁴.

Ülkemizde usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe girmesi nedeniyle en kötü biçimdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasına yönelik 182 No’lu ILO Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri hukukumuzda da doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Dolayısıyla, 182 No’lu sözleşmede sözü edilen çalışma yasakları hakkında ulusal mevzuatta başkaca bir hüküm olmasa dahi bu yasaklar Türk Hukuku açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, 182 No’lu sözleşmede de sözü edilen ve çocukların bedenlen, zihnen ya da ahlaken gelişimlerini engelleyecek işlerde çalışmalarının yerel mevzuatımızda da çeşitli kanun ve yönetmelik hükümleri ile de yasaklandığı görülmektedir.

Bu kapsamda çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zarar görebilecek olması nedeniyle, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu²⁷⁵,’nun 12. maddesi ile kanuni istisnalar saklı kalmak kaydıyla on sekiz yaşından küçük çocuk ve gençlerin eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde çalıştırılmayacağı öngörülmüştür²⁷⁶. Yine benzer nedenlerle UHK m. 176 hükmü uyarınca on sekiz yaşından küçüklerin *bar, dans salonları, kabare, kahve, gazino ve hamamlarda* çalıştırılması yasaklanmıştır. Öğretide, UHK m. 176 hükmünde öngörülen yasağın maddede sayılan yerler ile sınırlı olmadığı ve genel olarak eğlence işyerlerini kapsadığı kabul edilmektedir²⁷⁷. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda öngörülen yasağın aksine UHK m. 176 hükmünde öngörülen yasağın yürürlüğe

²⁷⁴ Centel, ILO Sözleşmesi, s. 13.

²⁷⁵ 14.07.1934 Tarih ve 2751 Sayılı Resmi Gazete

²⁷⁶ Akyiğit, s. 2037.

²⁷⁷ Engin, İş Güvenliği, s. 16-17; Öz Seçer, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, **Legal İHSGHD**, S.28, 2010 s. 1438; Tuğ / Baysal, s. 1877; Narmanlıoğlu, s. 678; Centel, İş Güvenliği, s. 140.

girmesi için mahalli belediyeler tarafından bu yönde bir karar alınması gerekmektedir²⁷⁸.

B. İş Kanunu Kapsamında Getirilen Çalışma Yasakları

Çocuk ve genç işçilerin asgari çalışma yaşına erişmelerine karşın ÇGİY hükümlerinde yer alan faaliyet alanı sınırlaması nedeniyle bütün işlerde serbestçe çalışması mümkün değildir. Nitekim ÇGİY m.5 hükmü uyarınca çocuk ve gençlerin yaş kayıtlarına bağlı olarak çalışmalarına izin verilen işlerden olsalar dahi ; “a) hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde, b) bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve satışı işlerinde, c) zararlı, tehlikeli, parlayıcı ve patlayıcı maddelerin satış işleri ile bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işlerde, d) gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu yerlerde yapılan işlerde, e) aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışmayı gerektiren işlerde, f) sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işlerde, g) radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlara maruz kalma ihtimali olan işlerde, h) fazla dikkat isteyen ve/veya aralıksız ayakta durmayı gerektiren işlerde, ı) parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işlerde, i) eğitim amaçlı işler hariç olmak üzere iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönülmesine imkan sağlamayan işlerde, j) işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işlerde, k) eğitim, deney eksikliği yahut güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işlerde, l) para taşıma ve/veya para tahsilat işleri ile m) 4857 sayılı İş K. 69 uncu maddesinin birinci fıkrası kapsamında gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde” çalışmaları yasaklanmıştır.

Yönetmelikte “gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işler” olarak da ifade edilen gece çalışması, İş K. m.69/1 hükmü uyarınca en geç saat 20.00’da başlayıp en erken saat 06.00’a kadar geçen ve her halde en fazla 11 saat süren dönemde yapılan çalışma olarak anlaşılmalıdır. İş Kanunu m. 69/II hükmü ile bazı işlerin niteliği ve gereğine ya da ülkenin bazı bölgelerinin özellikleri bakımından çalışma hayatına yönelik gece başlangıç saatlerinin geriye alınabileceği, yaz kış saatlerinin ayarlanabileceği yahut gün döneminin başlangıç ve bitiş saatlerinin belirtilmesi amacıyla birinci fıkradaki hükmün uygulama şekillerini tespit etmek yahut bazı gece çalışmalarına fazla ücret ödenmesi usulünü koymak veyahut ekonomik bir zorunluluk

²⁷⁸ Demir, Çocuklar, s. 568.

olarak gece işletilmeleri gerekmeyen işyerlerinde işçilerin gece çalışmalarını yasak etmek üzere yönetmelikler çıkarılabileceği düzenlenmişse de 1475 sayılı İş K. olduğu gibi 4857 sayılı İş K. döneminde de bu doğrultuda bir yönetmelik çıkarılmamıştır²⁷⁹.

*Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*²⁸⁰ m. 7/2 hükmü uyarınca, işçinin günlük çalışma süresinin yarısından çoğunun gece dönemine rastlaması halinde de anılan çalışmaya gece çalışmasına ait hükümler uygulanacaktır. Çalışma süresinin yarısından çoğunun gece dönemine rastlayıp rastlamadığı belirlenirken ara dinlenme süresi ve fazla çalışma süreleri dikkate alınmayacaktır²⁸¹.

Bu doğrultuda İş K. m.73 hükmü uyarınca büyüme ve gelişmelerinin tamamlanabilmesi için uykuya ihtiyacı olan çocukların ve gençlerin, çalışmasına izin verilen sanayie ait işlerde gece çalışması yapması yasaklanmıştır²⁸². Gece çalışmasının yetişkinler açısından dahi sağlık, aile, sosyal ilişkiler ve iş sağlığı ve güvenliği konularında çeşitli problemlere yol açtığı düşünüldüğünde fiziksel ve ruhsal gelişmelerini henüz tamamlamamış çocuk ve gençler için gece çalışmasının yasaklanması elzemdir.

İş Kanunu m. 73 hükmü kapsamında getirilen sanayie ait işlerde gece çalışma yasağına Milli Korunma Kanunu²⁸³ m.19/2 hükmü uyarınca istisna getirilmiştir. Anılan kanun hükümleri çerçevesinde 12 yaşından büyük kız ve erkek çocukların sanayi işlerinde çalışmaları hakkında İş Kanunu ile getirilen yasaklayıcı hükümlerin hükümet kararıyla uygulanmamasına karar verilebilmesi mümkündür²⁸⁴.

Çocuk ve genç işçilerin gece döneminde çalışmasını kural olarak serbest bırakıp yalnızca sanayie ait işler bakımından yasaklayan İş K. m. 73 hükmü, ulusal mevzuat ve yönetmeliklerle belirlenen sınırlı sayıdaki işler dışında çocuk ve genç işçilerin gece

²⁷⁹ Ömer Ekmekçi, “4857 Sayılı İş Kanununda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar”, **Çimento İşveren**, C.20, S.1, 2006, s. 49; Baki Oğuz Mülayim, “İş Hukukunda Kadın İşçilerin Gece Çalışması”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S. 1, 2017, s.106.

²⁸⁰ 07.04.2004 Tarih ve 25426 Sayılı Resmi Gazete.

²⁸¹ Ekmekçi, s. 50.

²⁸² Aykaç, s. 366.

²⁸³ 26.01.1940 Tarih ve 4417 Sayılı Resmi Gazete.

²⁸⁴ Milli Korunma Kanunu’nun yürürlüğe girdiği dönemde 3008 sayılı İş K. yürürlükte olması nedeniyle bu kanuna atıf yapılmıştır.

çalıştırılmasını kural olarak yasaklayan GGASSŞ'nın yedinci maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile öğretide eleştirilmektedir²⁸⁵.

Her ne kadar İş K. m. 73 hükmü ile çocuk ve genç işçilerin yalnızca sanayie ait işlerde gece çalışması yapması yasaklanmışsa da İş K. m.71 hükmüne dayanılarak hazırlanan ÇGİY'nin 5. maddesi ile çocuk ve genç işçilerin tüm sektörlerde herhangi bir istisna öngörülmezsizin gece çalışması yapması yasaklanmıştır. Öğretide bu durum kanun hükmü ile öngörülmeleyen bir yasağın yönetmelik hükümleri ile getirilmesinin normlar hiyerarşisi kurallarına aykırı olması nedeniyle eleştirilmektedir²⁸⁶. Kanaatimizce, ÇGİY m. 5 hükmü İş K. m. 71 hükmüne nazaran çocuk ve genç işçileri daha koruyucu niteliktedir.

Anılan yönetmeliğin beşinci maddesinde yer alan yasakların yanı sıra m.11 hükmü ile de çocuk ve genç işçilerin, çocuklara karşı işlenmiş suçlardan hüküm giyen veya yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olan işveren/işveren vekilleri yanında çalışmaları da yasaklanarak çocuk ve gençlerin korunması amacı güdülmüştür (ÇGİY m.11).

İş Kanunu ve ÇGİY kapsamında yer alan işbu çalışma yasakları, UHK m.179/son hükmünün yaptığı yollama gereğince TBK ve UHK kapsamında çalışan 12-16 yaş arasındaki çocuklar için de geçerlidir. Anılan hüküm uyarınca, kadınlar ile 12-16 yaş arası çocukların çalışmasının yasaklı olduğu sağlığa zararlı ve tehlikeli işlerin neler olduğu İş Kanunu'nda tasrih edilecektir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 179. maddesinin son fıkrası, TBK ve UHK kapsamında çalışan 16-18 yaş arası genç işçilerin sağlığa zararlı ve tehlikeli işler bakımından İş Kanunu'nun sağladığı korumanın dışında bırakılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir²⁸⁷.

²⁸⁵ Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na Uyum Sağlayabilecek miyiz?" , **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/1, s. 50.

²⁸⁶ Aykaç, s. 367; Bakırcı, Çocukların Korunması, s. 308.

²⁸⁷ Özkaraca/Ünal, s. 372.

VI. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesi

Anayasa'nın 50. maddesinde yer alan yükümlülüğün yerine getirilerek çocuk ve gençlerin korunması amacıyla sözleşme serbestisinin kanun hükümleri çerçevesinde sınırlandırılması gereği doğmuş ve bu alan emredici hukuk kuralları ile düzenlenerek bazı alanlarda çocuk ile gençlerin çalışması tamamen yasaklanmıştır. Ancak çocuk ve gençlerin fiziksel ve psikolojik olarak tamamen korunabilmeleri için faaliyet alanı sınırlaması yeterli olmayıp çocuk ve gençlerin çalışmasına izin verilen işlerin çalışma koşullarının da ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

Çocuk ve gençlerin gelişme çağını henüz tamamlamamış ve beden ve zihnen daha güçsüz durumda olması nedeniyle yetişkinlere nazaran daha az çalışıp daha çok dinlenmesi gerekmektedir²⁸⁸. Bu nedenle mevzuatımız kapsamında çocuk ve genç işçilerin çalışmasına izin verilen işlerde yetişkinlere nazaran daha kısa çalışma süreleri ile daha uzun dinlenme süreleri öngörülmüş olup bu süreleri aşan nitelikte çalışma yapmaları yasaklanmıştır.

İş Kanunu kapsamında çalışan çocuk ve gençlerin çalışmasına izin verilen işlerde en fazla kaç saat çalışabileceği İş K. m.71 ve ÇGİY m.6 hükümlerinde ifade edilmiş ve işçinin yaşına, örgün eğitime devam edip etmemesine ve çalıştığı faaliyet alanına göre farklı çalışma süreleri belirlenmiştir.

Buna göre, yer altında yapılan çalışmalar hariç yetişkinlerin günde en çok on bir saat ve haftada en çok kırk beş saat çalışması mümkün iken zorunlu ilköğretim çağını tamamlayan ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla çalışmaları yasaklanmıştır. Ancak örgün öğretime devam etmeyen on beş yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin ise günde sekiz ve haftada kırk saate kadar çalışmasına izin verilmiştir²⁸⁹.

Zorunlu ilköğretim çağını tamamlayan ve örgün eğitime devam etmeyen çocuk ve gençlerin sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışması halinde ise, günde beş ve haftada otuz saatten fazla çalışamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte

²⁸⁸ Aykaç, s. 371.

²⁸⁹ Demir, Çocuklar, s. 568; Tuğ /Baysal, s. 1875.

sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışmasına izin verilen okul öncesi çocuklar bakımından ise daha katı sınırlar öngörülmüş ve bu çocukların günde iki ve haftada on saatten daha fazla çalışması yasaklanmıştır.

Çocuklar ile gençlerin çalışabileceği günlük ve haftalık çalışma saatleri belirlenirken yaş ve faaliyet alanlarının yanı sıra örgün eğitime devam edip etmemeleri bakımından da bir ayırım yapılmış ve okula gitmeye devam eden çocuk ile gençlerin eğitim saatleri dışında çalışmak kaydıyla en fazla günde iki ve haftada on saat çalışabileceği hüküm altına alınmıştır. Eğitim görmeye devam eden çocuk ile gençlerin eğitim öğretimlerinin kesintisiz bir şekilde devamını sağlamak amacıyla getirilen bu yasak yalnızca okulların açık olduğu dönemde geçerli olup okulların kapalı olduğu dönemlerde ise, yaş ve faaliyet alanına göre belirlenmiş diğer yasaklara uymak kaydıyla daha fazla çalışma yapılabilmesi mümkündür.

İş Kanunu m. 71 kapsamında işçinin yaşına, örgün eğitime devam edip etmemesine ve çalıştığı faaliyet alanına göre belirlenen bu çalışma süreleri ÇGİY m.6/3 hükmü uyarınca yirmi dört saatlik zaman diliminde, kesintisiz on dört saat dinlenme süresi dikkate alınarak uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu ve UHK kapsamında çalışan çocuk ve gençlerin çalışma süreleri bakımından ise yalnızca on iki ila on altı yaşındaki çocuk ve gençlerin günlük çalışma süreleri bakımından bir sınırlandırma yapılmış ve UHK m. 173/2 hükmü uyarınca on iki ila on altı yaşlarındaki kız ve erkek çocukların günde sekiz saatten fazla çalışmaları yasaklanmıştır.

İş Kanunu kapsamında çalışan çocuk ve gençlerin çalışma sürelerinin yanı sıra ara dinlenme, hafta tatili ve yıllık izin süreleri de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre İş K. kapsamında çalışan yetişkinler açısından dört saat veya daha kısa süreli işlerde on beş dakika, dört saatten yedi buçuk saate kadar süren işlerde yarım saat, yedi buçuk saatten fazla süren işlerde ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmesi öngörülmüşken çocuk ve genç işçiler bakımından dinlenme süreleri neredeyse iki kat daha fazla belirlenmiştir. Nitekim ÇGİY m.6/son hükmü uyarınca, çocuk ile genç işçilerin iki saat ila dört saat süren işlerde en az otuz dakika, dört saat ile yedi buçuk saate kadar

süren işlerde ise en az bir saat dinlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁹⁰. Dinlenme süreleri dışında çocuk ve genç işçilerin hafta tatilleri de yetişkinlere nazaran çok daha uzun belirlenmiştir. Buna göre yetişkinler için kesintisiz yirmi dört saat hafta tatili izni öngörülmüşken ÇGİY m.8 kapsamında çocuk ve genç işçilerin hafta tatili izinleri kesintisiz kırk saatten az olamayacaktır.

Çocuk ve genç işçileri korumak amacıyla getirilen bir diğer çalışma yasağı ise ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmanın yasaklanmasıdır. İş Kanunu m. 44 hükmü uyarınca yetişkin işçilerin iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması ya da işçinin çalışmaya onay vermesi halinde bu günlerde çalıştırılması mümkün iken ÇGİY m.9 hükmü uyarınca çocuk ve genç işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştırılması herhangi bir istisna öngörülmeksizin yasaklanmıştır.

Son olarak çocuk ve genç işçiler yıllık izin süreleri bakımından da korunmuş ve ÇGİY m.10 uyarınca çocuk ve genç işçinin bir yıllık çalışması karşılığı verilecek yıllık ücretli izin süresinin 20 günden az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca anılan madde kapsamında çocuk ve genç işçilere verilecek yıllık ücretli iznin çocuğun devam ettiği eğitim öğretim kurumunun tatil olduğu dönemlerde kullanılması da öngörülmüştür²⁹¹. Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan on sekiz yaşından küçük işçiler bakımından ise TBK m. 422 hükmü uyarınca, yıllık ücretli izin süresi en az üç hafta olarak belirlenmiştir.

²⁹⁰ Tuğ/ Baysal, s. 1875; Akyüz, s. 494.

²⁹¹ Tuğ/ Baysal, s. 1876.

BÖLÜM III: CİNSİYET NEDENİYLE GETİRİLEN ÇALIŞMA YASAKLARI

I. Çalışma Yaşamında Kadınların Korunması

Tarihsel sürece bakıldığında kadınların işçi sıfatı ile çalışma yaşamında yer almaları Sanayi Devrimine rastlamaktadır²⁹². Sanayi Devriminden önce genellikle yalnızca eş ve anne sıfatı ile anılan kadınlar, Sanayi Devriminden itibaren fabrikalarda işçi olarak çalışmaya başlamışlardır.

Kadınlar, ilk olarak aileye ek gelir sağlama amacıyla çalışma yaşamında yer almışlardır. Ekonomik zorunlulukların yanı sıra kadınların eğitim seviyelerinin yükselmesi ile birlikte aldıkları eğitimleri değerlendirme, eğitimleri doğrultusunda bir meslek sahibi olma, diğer aile üyelerine karşı bağımlılıktan kurtulma, kendilerini geliştirerek geleceklerini güven altına alma ve kendilerini anne ve eş olarak tanımlayan geleneksel rollerin dışına çıkma istekleri de kadınların çalışma yaşamında yer almasında en önemli etkenlerden birisi olmuştur²⁹³. Ayrıca zaman içerisinde gelişen teknoloji ile birlikte özellikle kısa süreli çalışmayı öngören yeni istihdam türlerinin ortaya çıkmış olması da kadınların işgücü olarak çalışma yaşamına katılımlarını önemli ölçüde arttırmıştır²⁹⁴.

Kadınların giderek artan oranda istihdam edilmelerinin ekonomik, sosyal ve siyasal açıdan pek çok olumlu sonucu olmuştur. Nitekim ekonomik açıdan bakıldığında nüfusun yarısından fazlasını oluşturan kadınların da istihdamda yer almaya başlaması içinde yaşadıkları toplumun refah düzeyini arttırmaktadır. Bunun yanı sıra kadınların sigortalı olarak çalıştığı hallerde kocalarına yahut babalarına

²⁹² Savaş Taşkent / Dilek Kurt, “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 40, 2014/1, s. 30.

²⁹³ Arzu Arslan Ertürk, “Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, **MÜHF - HAD**, C. 23, S. 1, s. 345.

²⁹⁴ Taşkent / Kurt, s. 30; Arslan Ertürk, s. 347.

bağımlı kadın nüfusunun azalması sonucu sosyal sigorta sisteminin üzerindeki yük önemli ölçüde hafiflemektedir²⁹⁵.

Kadınların işgücü olarak çalışma yaşamında yer bulmaları, kadınların sosyal yaşamdan dışlanarak tek görevlerinin eş ile annelik olduğu yönündeki geleneksel algı ile de mücadele etmektedir. Bunun yanı sıra, kadınların sırf kocasına yahut babasına ekonomik olarak bağımlı olması sebebiyle fiziksel yahut psikolojik şiddete boyun eğmek zorunda kalmamaları amacıyla kadınların çalışma yaşamına katılarak ekonomik özgürlüğe sahip olmaları büyük önem taşımaktadır²⁹⁶.

Son olarak kadınların işgücüne katılması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın ortadan kaldırılarak eşit vatandaşlığın inşa edilmesine ve bu sayede insan hakları ile demokrasinin gelişmesine hizmet ederek siyasal alanda da olumlu etkilere yol açmaktadır²⁹⁷.

Kadınların istihdamda yer almalarının sosyal, siyasal ve ekonomik pek çok olumlu sonucu olmasına karşın istihdam oranları erkeklere nazaran oldukça düşük kalmaktadır. Kadınların çalışma yaşamında istenilen oranda istihdam edilememesinin başlıca nedeni ise toplumsal cinsiyet algısı ve bunun meydana getirdiği cinsiyet ayrımcılığıdır²⁹⁸. Toplumsal cinsiyet; içinde yaşanan toplumun kültürü, değerleri, gelenekleri, inançları, normları ve/veya üretim yapısının kadın ve erkek cinsiyetine yüklemiş olduğu anlamı ifade etmektedir²⁹⁹. Özetle, toplumsal cinsiyet kadın ve erkek cinsinin doğuştan getirdiği bir takım özelliklere dayalı olmayıp içinde yaşanan toplumun kadın ve erkek cinsiyetine yüklediği rollerden ibarettir. Nitekim geleneksel aile yapısında kadının eş ve anne rolleri ile erkekler ise daha çok mesleki unvanları ile tanımlanmaktadır³⁰⁰.

²⁹⁵ Şebnem Gökçeoğlu Balcı, “ Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi” , **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2017/3, s. 1266.

²⁹⁶ Gökçeoğlu Balcı, s. 1266.

²⁹⁷ Gökçeoğlu Balcı, s. 1266.

²⁹⁸ Eda Manav Özdemir, “ İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Beta, İstanbul, 2017, s. 126.

²⁹⁹ Süheyla Erikli, “Çalışma Yaşamında Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığının Görünümü”, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C.2, S.1,2020, s. 46; Manav Özdemir, s. 135.

³⁰⁰ Yeşim Atamer, “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan**, C. II, İstanbul,2002, s. 914. (Kadın Erkek Eşitliği) ; Sevdâ Demirbilek, “Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açından İncelenmesi”, **Finans Politik &Ekonomik Yorumlar**, C.44, S. 511, 2007, s. 13; Erikli, s. 46.

Toplumsal cinsiyet rollerine dayalı olarak ortaya çıkan toplumsal cinsiyet eşitsizliği ise, ekonomik, sosyal ve kültürel yapıya veya zaman zaman devlet tarafından oluşturulan politikalara bağlı olarak fırsat ve kaynaklara erişimde kadınların aleyhine meydana gelen eşitsizlik durumudur³⁰¹. Kadının toplumsal cinsiyet rolleri kapsamında eş ve anne olarak kendisine biçilen rolün dışına çıkarak çalışma yaşamına katılmak istemesi çalışma yaşamında “ek işgücü” olarak görülmesine ve ayrımcılık içeren uygulamalara maruz kalmasına neden olmaktadır³⁰².

Çalışma yaşamında cinsiyet ayrımcılığı yatay ayrımcılık ve dikey ayrımcılık olmak üzere iki farklı kategoride incelenmektedir. Yatay ayrımcılık ise kendi içerisinde meslek ayrımcılığı ve ücret ayrımcılığı olarak ikiye ayrılmaktadır³⁰³. Meslek ayrımcılığı kısaca işlerin “kadın işi” ve “erkek işi” olarak ayrılmasını ifade etmektedir³⁰⁴. Bu kapsamda teknik, mekanik veya elektronik bilgi gerektiren işler erkek işi; temizlik, yemek gibi günlük ev işleri ile hasta bakımı, çocuk bakımı gibi işlerin ise kadın işi olduğu algısı mevcuttur³⁰⁵. Bu algı nedeniyle “erkek işi” olarak görülen işlerde çalışmak isteyen kadınlar öncelikle işe girişte eğer bir şekilde işe girmişler ise ücrette yahut meslekte yükselme olanakları açısından ayrımcılığa uğramaktadırlar³⁰⁶.

Yatay ayrımcılığın bir diğer görünüm biçimi olan ücret ayrımcılığında ise aynı işi yapmasına karşın kadın işçinin erkek işçiden daha az ücret alması söz konusudur. Kadınlara atfedilen toplumsal cinsiyet rolleri nedeniyle işverenlerin kadınları istihdam etmekte çekimser davranması nedeniyle kadınların düşük ücretlerle çalışmayı kabul etmek zorunda kalması ücret ayrımcılığının temel nedenidir. Bu ayrımcılığın ortadan kaldırılması amacıyla uluslararası ve ulusal alanlarda pek çok düzenleme yapılmıştır. Ancak bütün bu düzenlemelere karşın gelişmiş ülkelerde dahi bu sorun tam anlamıyla çözülebilmemiş değildir³⁰⁷.

³⁰¹ Erikli, s. 41 ; Nurettin Gürcan, “Türk İş Yaşamında Kadın Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık Üzerine Kavramsal Bir Tartışma: Dikey Ayrışma”, **Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi**, S. 5(1), 2022, s. 146 ; İnci Parlaktuna, “Türkiye’de Cinsiyete Dayalı Mesleki Ayrımcılığın Analizi”, **Ege Akademik Bakış**, C.10, S. 4, 2010, s. 1220.

³⁰² Erikli, s. 47 ; Parlaktuna, s. 1220 ; Gürcan, s. 146.

³⁰³ Erikli, s. 47 ; Gürcan, s. 146.

³⁰⁴ Erikli, s. 47 ; Gürcan, s. 146.

³⁰⁵ Demirbilek, s. 21 ; Parlaktuna, s. 1220.

³⁰⁶ Erikli, s. 47.

³⁰⁷ Atamer, Kadın Erkek Eşitliği, s. 924.

Cinsiyet ayrımcılığının bir diğer görünüm biçimi olan dikey ayrımcılıkta, kadınların haklı bir sebep olmaksızın yalnızca cinsiyetleri nedeniyle iş organizasyonu kapsamında erkeklere nazaran daha alt pozisyonlarda yer bulması yahut cinsiyetleri nedeniyle meslekte yükselme ve terfi olanaklarının kısıtlanması söz konusudur³⁰⁸. Bu durum ise çoğunlukla işverenlerin kadın işçinin evlenip çocuk sahibi olduğunda verimlerinin düşeceği yahut işi bırakacakları algısına dayanmakta olup bu algı özellikle üst kademedeki pozisyonlarda kadınların daha az tercih edilerek ayrımcılığa uğramasına neden olmaktadır³⁰⁹.

Çalışma yaşamında kadınlara ilişkin düzenlemelere bakıldığında ise, bu hükümlerin bir bölümünün işgücüne katılımı arttırmak amacıyla çalışma yaşamında cinsiyete dayalı ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmayı amaçladığı, diğer bir bölümünün ise çalışan işçinin kadın olması nedeniyle özel olarak korunması gereken alanlarda yalnızca kadınlara özel bir takım hak ve yasaklar öngördüğü görülmektedir³¹⁰.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979 yılında kabul edilen “*Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)*.” kadınlara karşı cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine yönelik en önemli uluslararası düzenlemelerden biridir. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden sonra en çok sayıda devlet tarafından taraf olunan sözleşme unvanına sahip olan CEDAW, Türkiye tarafından 1985 yılında onaylanmış ve 19.01.1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir³¹¹.

CEDAW, başlangıç metninde de belirtildiği üzere kadınlara yönelik ayrımcı davranışların en başta temel insan hakları ilkeleri olan hak eşitliği ile şeref ve haysiyete saygı ilkelerini ihlal etmesi, kadınların siyasi, ekonomik ve sosyokültürel hayatlarında erkeklerle eşit olarak katılmalarını engellemesi, içinde yaşadıkları toplumun ve mensubu oldukları ailenin refahının artmasına mani olması ve kadınların ulusal yahut uluslararası alanda insanlığa hizmet etmek amacıyla potansiyellerini geliştirmelerini

³⁰⁸ ILO (2008), *The Gender of Labour*, s. 5

³⁰⁹ Erikli, s. 48.

³¹⁰ Yuvalı, s. 94.

³¹¹ Açıklamalar için bkz. Gülay Arslan, "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)", *İÜHF Mecmuası*, C. 62, S. 1-2, 2004, s. 4.

zorlaştırması nedenleriyle cinsiyete dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır³¹².

CEDAW m. 11 hükmü ise, spesifik olarak çalışma yaşamında kadına karşı ayrımcılığı düzenlemekte ve anılan madde hükmü ile kadınların başta çalışma hakkı olmak üzere erkeklerle eşit istihdam imkanlarına sahip olma, serbest olarak meslek ve iş seçme, mesleki eğitim görme, eşit işe eşit ücret alma, eşdeğerdeki işte eşit muamele görme, ücretli izin, sosyal güvenlik, güvenli şartlar içinde çalışma ile sağlığın ve doğurganlığın korunması hakları güvence altına alınmaktadır³¹³.

Ayrıca anılan madde hükmü ile taraf devletler, evlilik ya da analık sebebiyle ayırım yapılmasını önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla madde metninde sayılan bir takım önlemleri almakla yükümlü kılınmış olup bu önlemler çalışmamızın ilgili başlığı altında detaylı bir şekilde inceleme konusu yapılacaktır.

Uluslararası alanda *Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin* yanı sıra Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen ve doğrudan yahut dolaylı olarak kadın işçilerin hukuki haklarını düzenleyen pek çok sözleşme ve tavsiye kararı bulunmaktadır. Bunlar arasında, ücret ayrımının önlenmesini amaçlayan “*Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin 100 Sayılı ILO Sözleşmesi*”³¹⁴; ırk, din, cinsiyet, siyasi görüş ve etnik köken temeli üzerinde yapılan ayırımın yasaklanması ile ilgili “*Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin 111 Sayılı ILO Sözleşmesi*”³¹⁵ ve kadınların hamileliği süresince ve sonrasında korunmasını öngören “*(Gözden Geçirilmiş) Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı ILO Sözleşmesi*”³¹⁶ örnek olarak gösterilebilir³¹⁷.

³¹² Sözleşmenin orijinal metni için bkz.

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf> (Son erişim tarihi, 18.09.2022)

³¹³ Meryem Dinç, “Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler”, *Kamu-İş*, C.6, S.3, 2002, s. 91.

³¹⁴ 13.06.1967 Tarih ve 12620 Sayılı Resmi Gazete.

³¹⁵ 21.09.1967 Tarih ve 12705 Sayılı Resmi Gazete.

³¹⁶ *Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183)*

³¹⁷ Taşkent / Kurt, s. 33; Arslan Ertürk, s. 351; Manav Özdemir, s. 131.

Yine cinsiyet nedeniyle ayrımcılığın önlenmesi Avrupa Birliği'nin kuruluşundan itibaren sosyal politikasının önemli bir parçası olup birlik tarafından çalışma hayatında kadını korumaya ve cinsiyetler arasında fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik pek çok direktif kabul edilmiştir³¹⁸. Aday ülke olmamız nedeniyle birliğin çıkardığı bu direktifler mevzuatımıza yön vermektedir. Nitekim, *AB Müktesebatına Uyum Ulusal Programı* dahilinde yapılan değişiklikler ile çalışma mevzuatımız AB direktifleriyle büyük ölçüde uyumlu hale gelmiştir³¹⁹.

Türk hukuku bakımından ise daha önce çalışmamız kapsamında detaylı olarak açıklanan Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi ve İş K. m. 5 hükmünde yer alan ayrımcılık yasağı ile TİEK m. 3/2 hükümleri doğrultusunda cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Nitekim, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça işveren bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılması, şartlarının oluşturulması, çalışma koşullarının uygulanmasında ve iş sözleşmesinin feshedilmesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapamayacaktır (İş K. m.5/3). İş Kanunu m.5 hükmünde genel anlamda ayrımcılık yasağının yanı sıra cinsiyete dayalı olarak ayırım yapılamayacağı özellikle ücret açısından bir kez daha vurgulanmıştır. Buna göre, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamayacağı gibi işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücreti uygulanması haklı kılınamayacaktır (İş K. m. 5/4,5). Yine, TİEK kapsamında da belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar (TİEK m.7/1/b) ile istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin bulunduğu (TİEK m.7/1/a) veya eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik gerekli, elverişli ve orantılı farklı muameleler (TİEK m. 7/1/f) dışında cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır³²⁰.

Son olarak, çalışma yaşamında cinsiyete dayalı ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmayı amaçlayan hükümler inceleme konusu yapılırken mevzuatımızda yer alan işyerinde cinsel tacizin önlenmesine yönelik hükümlere de değinilmesi gerekmektedir.

³¹⁸ Aybike Elif Bolcan, "Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2010/1, s. 253; Manav Özdemir, s. 132; Karan, s. 32-33.

³¹⁹ Bolcan, s. 273.

³²⁰ 15.12.2021 Tarih ve 2021/230 K. sayılı Kurul Kararı ; 29.12.2020 Tarih ve 2020/267 K. sayılı Kurul Kararı. Kurul bu kararlarında belediyede sözleşmeli personel olarak çalışan kadınların gebelik ve analığa ilişkin izinlerini kullanması sonrasında işverenleri tarafından yıldırma politikasına maruz bırakılmaları nedeniyle cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Cinsel taciz, bir kişinin kendi arzu ve isteği dışında cinsel içerikli hakaretlere, şakalara, tekliflere ve/veya bunları içeren görsellere, sözlere yahut fiziksel davranışlara maruz kalmasıdır³²¹. *İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin* 76/207/EEC sayılı konsey direktifini değiştiren 23.09.2002 tarih ve 2002/73/EEC Sayılı Direktifte ise cinsel taciz, kişinin haysiyetini çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, aşağılayıcı, düşmanca, incitici ya da değersizleştirici bir ortam yaratan ve kişinin isteği hilafına gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavır olarak tanımlanmıştır. Her iki tanımdan da görülebileceği üzere cinsel tacizin en önemli özelliği mağdurun kendisi tarafından istenmeyen söz ve davranışlara maruz kalmasıdır³²².

İşyerinde gerçekleştirilen cinsel tacizin mağduru ise çoğunlukla kadınlar olup kadınların isteği dışında cinsel içerikli söz, görsel ve davranışlara maruz kalmaları onların psikolojik ve fiziksel sağlıkları, verimlilikleri ve terfi almaları gibi konularda yıkıcı etkiler yaratarak çalışma hak ve özgürlüklerini ciddi bir biçimde ihlal etmektedir³²³.

İşyerinde cinsel tacize ilişkin hukuksal düzenlemelerde pek çok ülke tarafından cinsel tacizin mağdur işçinin kişilik haklarının ihlali, işveren yahut amir konumundaki kişiler tarafından gerçekleştirilen cinsel tacizin ise yetkinin kötüye kullanılması olarak nitelendirildiği görülmekteyken kimi ülkeler tarafından ise işyerinde cinsel taciz cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak sınıflandırılmıştır³²⁴. Her üç yaklaşım türü de esas olarak doğru olmakla birlikte çalışmamız kapsamında cinsel taciz, cinsiyet eşitliği ve eşit muamele ilkesine aykırı sonuçlar doğurması nedeniyle cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak kabul edilmiştir. Nitekim Avrupa Birliği üye ülkeleri tarafından 2002/73 Sayılı AB Direktifi'nin m.2/3 hükmü uyarınca cinsel taciz açıkça cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilmektedir³²⁵. Mevzuatımız kapsamında da TİEK m. 4/1/g hükmü ile "taciz" açıkça ayrımcılık türleri arasında sayılmıştır.

³²¹ Zehra Gönül Balkır, "Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İşyerinde Cinsel Taciz", **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1 , S.1 ,2015, s.16; Manav Özdemir, s. 159-160.

³²² Balkır, s. 17; Manav Özdemir, s. 159.

³²³ Balkır, s. 19.

³²⁴ Ufuk Aydın, "İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi" , **Eskişehir Barosu Dergisi**, S.9, 2006, s. 18; Balkır, s. 15; Atamer, Kadın Erkek Eşitliği, s. 928; Manav Özdemir, s. 161.

³²⁵ Manav Özdemir, s. 161.

Hukumumuzda da işçilerin cinsel tacizden korunması amacıyla İş K. m. 24/II b bendi hükmü uyarınca mağdur işçinin işveren yahut işveren vekilinin tacizine maruz kalması halinde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği, tacizin bir başka işçiden gelmesi halinde ise İş K. m. 24/II, (d) bendi hükmü uyarınca bu durumu işverene bildirerek gerekli önlemlerin alınmaması halinde haklı nedenle fesih hakkının kullanabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca İş K. m. 25/II, (c) bendi hükmü doğrultusunda işverene de bir başka işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanı tanınmıştır. Bunun yanında işçinin işverene karşı TİEK m. 17 hükmünde öngörülen başvuru usulünü de işletmesi mümkündür.

İşyerinde cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle mağdur işçinin cinsel tacizin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde İş K. m. 5/son ve TİEK m. 21 hükümleri uyarınca ispat yükü işveren aleyhine yer değiştirerek cinsel tacizin mevcut olmadığını işverenin ispat etmesi gerekmektedir³²⁶.

Daha önce de belirttiğimiz üzere çalışma yaşamında kadınları konu alan düzenlemeler yalnızca çalışma yaşamında cinsiyete dayalı ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmayı amaçlayan hükümler olmayıp çalışan işçinin sırf kadın olması nedeniyle bir takım hak ve yasakların getirildiği hükümler de uluslararası ve ulusal mevzuatlarda yer bulmaktadır.

Kadınlara özel olarak bir takım hak ve yasakların öngörüldüğü hükümler ise kendi içlerinde işçinin kadın olması dolayısıyla korunması ve doğurganlık ile analığın korunması olarak ikiye ayrılmakta olup çalışmamız kapsamında cinsiyet nedeniyle getirilen işbu çalışma yasakları inceleme konusu yapılacaktır.

II. Yeraltı ve Sualtında Çalışmanın Yasaklanması

İş Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca maden ocakları ile kanalizasyon, kablo döşemesi ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde her yaştaki kadınların çalışması yasaklanmıştır. Bu hükmün kaynağını ülkemizde 21 Nisan 1938

³²⁶ Manav Özdemir, s. 171.

tarihinde yürürlüğe giren 45 Sayılı ILO sözleşmesi³²⁷ oluşturmaktadır³²⁸. Anılan sözleşmenin ikinci maddesi uyarınca her yaştan kadınların maden ocaklarının yeraltı işlerinde çalıştırılması yasaklanmıştır. İş Kanunu'nun 72. maddesinde ise 45 No'lu ILO sözleşmesinde öngörülen çalışma yasakları daha da genişletilerek kablo döşemesi, kanalizasyon işleri ve tünel inşaatı gibi tüm yeraltı işleri ile sualtı işleri de yasak kapsamına alınmıştır. 45 No'lu ILO Sözleşmesi uyarınca yalnızca maden ocakları yeraltı işlerinde getirilen çalışma yasağının İş K. m. 72 hükmü ile tüm yeraltı ve sualtı işleri de dahil edilerek genişletilmesi, anılan sözleşmenin amaç ve kapsamına aykırı olduğu gerekçesi ile öğretide haklı olarak eleştirilmektedir³²⁹.

45 No'lu ILO Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinde ise maden ocakları yeraltı işlerinde getirilen çalışma yasağının istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre; sevk ve idare göreviyle yükümlü olup bedenlen çalışmayan yönetici kadınların, sağlık ve sosyal hizmetlerde çalışan kadınların, bir maden ocağında yeraltı işlerinde mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla staj yapmalarına izin verilen kadınların veya bedenlen çalışma olmamak şartıyla bir sanatın icrası için bir maden ocağının yeraltında bulunan kısımlarına inmesine izin verilen kadınların ulusal mevzuat hükümleri ile 45 No'lu Sözleşmenin ikinci maddesinde öngörülen yasaktan muaf tutulabileceği düzenlenmiştir³³⁰. 45 No'lu ILO Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinde yer verilen istisna faaliyetlerde staj yapanlar hariç olmak üzere çalışmaların ağırlıkla yer üstünde gerçekleştiriliyor olması nedeniyle bu istisnalara İş K. m.72 hükmünde yer verilmemiş olmasının haklı bir gerekçesi yoktur³³¹.

Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin yürürlükte bulunduğu dönemde 45 No'lu ILO Sözleşmesi'nin üçüncü maddesi kapsamında kadınların yeraltı işlerinde çalıştırılabileceğine yönelik bir istisnaya yer verilmişti. Yönetmeliğin dördüncü maddesi uyarınca *ihhtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu işi meslek edinmiş kadınların ihhtisas ve mesleklerine uygun yeraltında görülen işler dahil olmak*

³²⁷ 23/06/1937 Tarih ve 3638 Sayılı Resmi Gazete.

³²⁸ Kadriye Bakırcı, **Uluslararası Hukuk, AB, ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2012, s. 376. (Cinsiyet Ayrımcılığı) ; Gökçeoğlu Balcı, s. 1276; Fevzi Demir, “Tarihsel Süreç İçerisinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.21, S. 4, 2008, s. 22. (Kadınlar) ; Manav Özdemir, s. 151.

³²⁹ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 377; Manav Özdemir, s. 151.

³³⁰ Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, İzmir, 2008, s. 65.

³³¹ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 377; Manav Özdemir, s. 151 ; Gökçeoğlu Balcı, s. 1276.

üzere ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği öngörülmüştü³³². Ancak anılan yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması ile birlikte ulusal mevzuatımızda, bu alanlarda çalışmak üzere eğitim almış kadınlar da dahil olmak üzere kadınların yeraltında ve sualtında çalışabilmesine izin veren herhangi bir düzenleme kalmamıştır.

İş Kanunu'nun 72. maddesi ile getirilen yeraltında ve sualtında çalışma yasağı kadın işçilerin tehlikeli çalışma şartlarından korunması amacıyla getirilen yasaklar arasında yer almaktadır. Ancak kadınların fiziksel olarak erkeklerden güçsüz olmaları nedenine dayanan ve kadın işçilerin yalnızca kadın olmaları sebebiyle korunmalarını amaçlayan bu tür düzenlemeler son yıllarda eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile sıklıkla eleştirilmektedir³³³. Nitekim bu eleştiriler doğrultusunda 45 No'lu ILO Sözleşmesi pek çok ülke tarafından fırsat ve muamele eşitliğine aykırı bulunarak feshedilmiştir³³⁴.

Kadınların yer altında ve su altında çalışmasının yasaklanmasının gerekli olup olmadığı Türk öğretisinde de tartışma konusu yapılmaktadır. *Bakırcı*, ağır ve tehlikeli işler arasında yer alan yeraltı ve sualtında görülen işlere yönelik çalışma yasağının bu tür çalışmaların kadınların ruhsal, fiziksel ve özellikle üreme sağlığına yönelik sorunlara neden olabileceği düşüncesi ve kadınların maruz kaldığı güvenlik riskleri gerekçeleriyle getirildiğini ancak zaman içerisinde bu yasakların kadınların yüksek ücretli işlerin dışında kalması ve mesleki ayrımcılık sonuçlarını doğurduğunu ifade etmektedir³³⁵. Yazara göre, kadınların işyerindeki güvenliğini sağlamak işverenin gözetme borcunun bir gereği olup sırf çalışma güvenliğinin sağlanamadığı

³³² Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin yürürlükte olduğu dönemde Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından kadın maden mühendislerinin yer altı maden işletmelerinde çalıştırılıp çalıştırılamayacağına ilişkin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yapılan 2006 tarihli başvuruya bakanlık, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yer alan hükmün 45 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 3. maddesinin a bendi kapsamında yer aldığı gerekçesiyle kadın maden mühendislerinin maden ocaklarında çalışabilecekleri yönünde cevap vermiştir.

https://www.maden.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=1837&tipi=36&sube=:~:text=Bu%20yaz%C4%B1lardan%2012733%20say%C4%B1%C4%B1%20yaz%C4%B1da,her%20ya%C5%9Ftaki%20k%C4%B1nlar%C4%B1n%20%C3%A7al%C4%B1%C5%9F%C4%B1r%C4%B1lmas%C4%B1%20yasakt%C4%B1r (Son erişim tarihi, 05.10.2022.)

³³³ Arslan Ertürk, s.348; Gökçeoğlu Balcı, s. 1277; Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 378; Atamer, Kadın Erkek Eşitliği, s. 920.

³³⁴ Tamer Soysal, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", **Kamu-İş**, C.8, S.4, 2006, s. 107; Dinç, s.93.

³³⁵ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 70.

gerekçesiyle kadınların çalışma hakkı gibi temel bir haktan yoksun bırakılmaması gerekmektedir³³⁶.

Kadınların eğitim seviyelerinin gittikçe artarak yeraltı ve sualtında görülen ağır ve tehlikeli işlerde dahil olmak üzere pek çok alanda nitelikli iş gücü olmak üzere eğitim alması ve gelişen teknolojinin fiziksel güç kullanımını azaltması gibi nedenlerle pek çok ülkede bu tarz koruma önlemlerine artık ihtiyaç duyulmamaktadır. Nitekim bu konuda uluslararası kuruluşların zaman içerisinde takındığı tavır da dikkat çekicidir. Uluslararası Çalışma Örgütü, ilk kurulduğunda kadınları tehlikeli çalışma şartlarından korumak amacıyla belirli iş ve belirli koşullarda kadınların istihdam edilmesini yasaklayıcı hükümler getirmektedirken 1950’li yıllardan itibaren cinsiyetler arasındaki ayrımcılığın önlenmesi amacına yönelmiş ve kadınlar aleyhine getirilen ve cinsiyetler arasındaki fırsat eşitliğini önleyici kimi çalışma yasaklarının kaldırılması yahut revizyonu yoluna gidilmiştir³³⁷. Bu kapsamda ILO tarafından 1995 yılında onaylanan *176 No.lu Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi*³³⁸ ile kadınların yeraltında çalışmasının yasaklanmasına yönelik yaklaşım terk edilerek maden ocaklarında çalışanlar açısından cinsiyet yönünden herhangi bir ayırım yapılmamıştır. 176 No’lu ILO Sözleşmesi 23 Mart 2015 tarihinde ülkemizde yürürlüğe girmiştir.

Uluslararası alandaki gelişmelerin yanı sıra ülkemizde de kadınların kamuya ait işyerlerinde görülmekte olan yeraltı işlerinde çalışıp çalışamayacağının ele alındığı Danıştay 12. Dairesi’nin 12.04.2007 tarihli kararı dikkat çekicidir³³⁹. Anılan karar kapsamında ham petrol arama, sondaj ve üretim alanında faaliyet gösteren bir iktisadi devlet teşekkülünün çeşitli meslek gruplarından yapılan atamalar için işçi verdiği ilanlarda, 33 meslek grubundan 23 adet için “cinsiyeti erkek olmak” ibaresine yer vermesi nedeniyle anılan düzenlemenin iptali için açılan davada Danıştay, ülkemizin de taraf olduğu CEDAW m. 11 kapsamında çalışma hakkı bakımından cinsiyet nedeniyle ayrımcılığın yasaklandığını dolayısıyla kamu kurumlarına personel alımlarında başvuru şartının yalnızca görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda belirlenmesi gerektiği gerekçeleriyle dava konusu düzenlemeyi iptal etmiştir.

³³⁶ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 378.

³³⁷ Dinç, s. 92.

³³⁸ 12/12/2014 Tarih ve 29203 sayılı Resmi Gazete.

³³⁹ Danıştay 12. Dairesi, E. 2005/4910 K. 2007/1804 T. 12.04.2007. www.legalbank.net (Son erişim tarihi 16.02.2023)

Tüm bu gelişmeler göz önüne alındığında İş K. m.72 hükmünün fırsat eşitliği ilkesini ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını ihlal eder nitelikte olduğu görülmektedir. Hükmün getiriliş nedeni olan kadının korunması amacı meşru bir amaç olarak görülebilecek olsa da İş K. m. 72 hükmünün bu meşru amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olmadığı kabul edilmelidir. Zira yer altı ve su altında kadın ve erkeğin aynı oranda etki altında kaldığı riskler nedeniyle kadınların bu alanlarda istihdam dışında tutulmaları kadının korunmasını değil bilakis kadının iş hayatından dışlanması sonucunu doğuracaktır³⁴⁰. Nitekim kadınlar ve erkekler arasındaki fiziksel farklılıklar nedeni ile hükmün getirildiği öne sürülse de belli bir fiziksel standardın altındaki erkeklerin yer altında ve su altında çalışmasını yasaklayan bir hüküm mevcut değil iken fiziksel farklılığın gerekçe gösterilerek kadınların yer altında ve su altında çalışmasının yasaklanması, anılan hükmün ayrımcılık yasağını ihlal eder nitelikte olduğunu açık bir şekilde göstermektedir³⁴¹.

Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komitesi'nin İş Kanunu m. 72 hükmüne ilişkin değerlendirmesinde de belirtildiği üzere tüm kadın işçiler için yeraltında çalışmanın tamamen yasaklanmasına dayanan eski yaklaşımın aksine modern yaklaşım ister yer üstü ister yer altı sahalarında çalıştırılsın, cinsiyete bakılmaksızın maden işçileri için yeterli önleyici ve koruyucu tedbirlerin alınması yönündedir³⁴². Dolayısıyla, AY m.90/son hükmü uyarınca daha lehe hüküm içeren 176 No'lu ILO sözleşmesi hükümleri ile kadınlara yönelik kısmı halihazırda zımnen ilga edilmiş olan İş K. m. 72 hükmünün güncel gelişmelere uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir³⁴³.

³⁴⁰ Gökçeoğlu Balcı, s.1277.

³⁴¹ Aksi yönde Soysal, s. 119.

³⁴² "...Tüm kadın işçiler için yeraltı çalışmasının tamamen yasaklanmasına dayanan eski yaklaşımın aksine, modern standartlar risk değerlendirmesi ve risk yönetimine odaklanır ve maden işçileri için, ister yer altı ister yer üstü işlerinde çalışan cinsiyetten bağımsız olarak yeterli önleyici ve koruyucu önlemler sağlar. Komite'nin 4, 41 ve 89 No'lu Sözleşmelerle ilgili olarak sanayide kadınların gece çalışmasına ilişkin 2001 tarihli Genel Araştırmasında belirttiği gibi, kadınların üreme ve bebek bakımı rollerini korumayı amaçlayan önlemlerin aksine kadınları genel olarak cinsiyetleri nedeniyle korumayı amaçlayan önlemler tasarlama sorunu her zaman tartışmalı olmuştur ve olmaya devam etmektedir." https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2238394,102893 (Son erişim tarihi, 06.10.2022)

³⁴³ Manav Özdemir, s. 152; Ertürk, s. 176.

III. Gece Çalışmasının Düzenlenmesi

A. Genel Olarak

Gece çalışmasının kadının anne ve eş rollerini sürdürmesini zorlaştırması nedeniyle tarihsel süreçte öncelikle kadının gece çalışmasının yasaklanması yoluna gidilmiştir. Nitekim 1919 yılında kabul edilen ve kadının aynı aile fertlerinin çalıştığı işyerleri hariç olmak üzere sözleşmenin birinci maddesinde sayılan alanlarda faaliyet gösteren herhangi bir kamu veya özel sanayi işletmesinde ve bunların herhangi bir dalında gece çalıştırılmasını yasaklayan 4 No'lu ILO Sözleşmesi³⁴⁴ bu düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Anılan sözleşme hükümleri uyarınca işin hızlı bozulmaya maruz kalan hammaddeler veya malzemelerle ilgili olduğu durumlar ile mücbir sebep halleri hariç olmak üzere her yaştan kadının sanayiye ait işlerde gece çalışması yasaklanmıştır. Türkiye bu sözleşmeyi onaylamamıştır.

4 No'lu ILO Sözleşmesi ile öngörülen gece çalışma yasağı daha sonra 41 ve 89 Sayılı ILO Sözleşmeleri ile büyük ölçüde daraltılmıştır³⁴⁵. 41 No'lu ILO Sözleşmesi³⁴⁶ ile 4 No'lu ILO Sözleşmesinden farklı olarak yönetici pozisyonundaki kadın işçiler gece çalışma yasağından muaf tutulmuş, 89 No'lu ILO Sözleşmesi³⁴⁷ ile ise yönetici pozisyonundaki kadın işçilerin yanı sıra teknik karakterde sorumlu pozisyonlarda bulunan kadınlar ile sağlık ve sosyal yardım hizmetlerinde çalışan ve normalde bedensel işlerle uğraşmayan kadınların da gece çalışabilmesine izin verilmiştir. 41 ve 89 No'lu ILO Sözleşmeleri de Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

Gece çalışmasının yasaklanması işçinin kadın olması nedeniyle getirilen yasaklar arasında yer almakta olup bu kategorideki diğer düzenlemelerde olduğu gibi zaman içerisinde tartışmalı hale gelmiştir. 20. yüzyılın başlarında kadınların gece çalışmasının yasaklanması sosyal bir ilerleme olarak görülmekteyken günümüzde kadın erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmektedir³⁴⁸.

³⁴⁴ [Night Work \(Women\) Convention, 1919 \(No. 4\)](#)

³⁴⁵ Mülâyim, s. 108.

³⁴⁶ [Night Work \(Women\) Convention \(Revised\), 1934 \(No. 41\)](#)

³⁴⁷ [Night Work \(Women\) Convention \(Revised\), 1948 \(No. 89\)](#)

³⁴⁸ Arslan Ertürk, s. 348 ; Gökçeoğlu Balcı, s. 1277-1278 ; Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 68-69.

Nitekim 25.07.1991 tarih ve 312/86 no'lu *Alfred Stoeckel* kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı, erkek işçilere yönelik benzer bir yasak olmadıkça kadın işçilerin güvenliği yahut ailelerine karşı yükümlülükleri gibi gerekçelerle gece çalışma yasağının getirilmesini 76/207/EEC sayılı Direktif m.5 hükmünde yer alan çalışma koşullarında cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı olarak kabul etmiştir³⁴⁹.

Yukarıda bahsedilen gelişmeler doğrultusunda ILO tarafından da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı hükümlerin ortadan kaldırılması yoluna gidilmiş ve 4 ve 41 No'lu ILO Sözleşmeleri Uluslararası Çalışma Konferansının 106. oturumunda alınan kararlar yürürlükten kaldırılmıştır. 89 No'lu ILO Sözleşmesi ise ILO tarafından yürürlükten kaldırılmamış olsa da AB üyesi ülkeler, Avrupa Birliği Adalet Divanının çalışma şartları bakımından cinsiyet nedeniyle farklılık yaratılamayacağı doğrultusundaki kararı ve 76/207/EEC sayılı Direktifi gerekçe göstererek onaydan çekilmiştir³⁵⁰.

ILO tarafından gece çalışmasına ilişkin en son kabul edilen sözleşme olan 171 Sayılı Gece Çalışması Sözleşmesinde³⁵¹ ise cinsiyet ayırt etmeksizin gece çalışma koşulları düzenlenmiş ve gebelik ile analık hali dışında kadınlara yönelik ayrı bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu sözleşme de Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

Hukukumuzda ise 1475 sayılı İş K. m.69 hükmü ile her yaştan kadınların gece çalışması yasaklanmıştı. Ana kural bu olmakla birlikte anılan hükmün ikinci fıkrası ile işin özelliği icabı kadın işçi çalıştırılması gereken işlerde bakanlıkların müştereken hazırladıkları *Kadın İşçilerin Sanayide Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük*³⁵² (Tüzük) gösterilen şartlar çerçevesinde kadınların gece çalışmasına izin verilmiştir. Anılan tüzük 2006 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Kadınların gece postalarında çalıştırılmalarına yönelik olarak çıkarılan diğer yönetmeliklerde mülga Tüzük'te yer alan ve kadınların yalnızca *beceriklilik, çabukluk ve dikkat isteyen, sürekli olan ve fazla enerji ve kuvvet harcamasını gerektirmeyen işlerde* gece çalışması yapabileceğine yönelik hükme ise yer verilmemiştir³⁵³.

³⁴⁹ Gökçeoğlu Balcı, s. 1277-1278; Mülayim, s. 115.

³⁵⁰ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 122; Mülayim, s.110-111.

³⁵¹ [Night Work Convention, 1990 \(No. 171\)](#)

³⁵² 22.08.1973 Tarih ve 14633 Sayılı Resmi Gazete.

³⁵³ Ekmekçi, s. 51.

Daha sonra kadın erkek eşitliği açısından uluslararası alanda meydana gelen gelişmeler dikkate alınarak yürürlükte olan İş K. m.73 hükmü ile bu yasak kaldırılmış ve anılan madde ile on sekiz yaşını dolduran kadınların gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Kadın işçilerin gece çalışma koşullarına yönelik düzenlemeler, *Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik*³⁵⁴ (GPCY) m.12 hükmü ile yürürlükten kaldırılana kadar *Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkındaki Yönetmelik*³⁵⁵ ile düzenlenmiştir. Yürürlükte bulunan yönetmelikte gece çalıştırılma süresi ve sağlık raporu bakımından mülga yönetmelikten farklı bir düzenlemeye gidilmiştir.

Buna göre, mülga yönetmelikte herhangi bir istisna öngörülmezsizin kadın işçilerin yedi buçuk saatten fazla sürede gece çalışamayacağı düzenlenmiş iken yürürlükteki yönetmelikte 2017 yılında yapılan değişiklik uyarınca turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işler ile bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyette bulunan alt işverenler tarafından yürütülen işlerde çalışan kadın işçilerin yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yapabilmesine izin verilmiştir. Yürürlükte bulunan yönetmelik kadın işçiye yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilmesi için kadın işçinin yazılı onayını aramaktadır (GPCY m.5/1). Bu düzenleme 2015³⁵⁶ ile 2022³⁵⁷ yıllarında İş K. m.69/3 hükmüne eklenen ve “*işçilerin yazılı onayının alınması şartıyla turizm, özel güvenlik, sağlık hizmeti ve 30/5/2013 tarihli ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu uyarınca petrol araştırma, arama ve sondaj faaliyetleri kapsamında yürütülen işlerde*” yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilceği yönündeki düzenleme ile uyum içerisindedir.

Sağlık raporu bakımından ise mülga yönetmelik, işe başlamadan önce sağlık raporu alınması zorunluluğunu getirmesinin yanı sıra kadın işçinin gece çalışmasına engel bir durumun bulunup bulunmadığına yönelik işe girerken alınan sağlık

³⁵⁴ 24.07.2013 Tarih ve 28717 Sayılı Resmi Gazete.

³⁵⁵ 09.08.2004 Tarih ve 25548 Sayılı Resmi Gazete.

³⁵⁶ 23.04.2015 Tarih ve 29335 Sayılı Resmi Gazete.

³⁵⁷ 28.12.2022 Tarih ve 32057 Sayılı Resmi Gazete.

raporunun her altı ayda bir yeniden alınmasını zorunlu kılmıştı. Buna karşın yürürlükte bulunan yönetmelikte ise gece çalışmasına başlamadan önce işyeri hekimi tarafından verilecek sağlık raporunun dışında altı ayda bir yeniden rapor alınması zorunluluğu öngörülmemiş yalnızca işverene iş yeri hekimi tarafından belirlenecek düzenli aralıklarla kadın işçilerin sağlık muayenelerinin yapılmasının sağlanması yükümlülüğü getirilmiştir.

Gece çalışmasının kadınlar ve erkekler için getirdiği sağlık riskleri gebe ve lohusa kadınlar dışında hemen hemen aynıdır. Bu nedenle kanaatimizce, cinsiyet fark etmeksizin tüm işçilerin gece çalışmasına başlamadan önce sağlık raporu alması ve işin devamı süresince periyodik kontrollerden geçirilmesi zorunluluğu öngören İş K. m.69/5 hükmünün yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte yalnızca kadın işçiler için bulunan sağlık raporu alınması ve periyodik kontrol zorunluluğunun erkek çalışanları da kapsamına alacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir³⁵⁸. Yukarıda söz edilen hükümler dışında işyerine ulaşım, kadın işçilerin eşlerinin de gece postasında çalışması durumu, gebelik nedeniyle getirilen çalışma yasağı süresi her iki yönetmelikte de aynı şekilde düzenlenmiştir.

Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik m. 6 hükmü uyarınca, belediye sınırları dışındaki işyerleri ile vardiya değişim saatlerinde toplu taşıma ile gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece çalışması yapacak kadın işçileri işveren tarafından sağlanacak uygun araçlarla işçinin oturduğu yere en yakın merkezden işyerine götürüp getirilmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır³⁵⁹. Anılan düzenleme özü itibarıyla kadınların güvenliğini sağlama amacına yönelmekle birlikte kadın işçilerin gece çalışmasında tercih edilmemesi riskini doğurmaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün kurtulmak isteyen işverenin kadınlardan çok erkek işçileri istihdam etmeyi tercih edebilecek olması nedeniyle yalnızca kadın işçilere sağlanan bu hakkın cinsiyet fark etmeksizin tüm işçileri kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir³⁶⁰.

³⁵⁸ Kübra Yavuz, **Gece Çalışmasında İş Sağlığı ve Güvenliği**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 2015, s. 93

³⁵⁹ Akyiğit, s. 2039 ; Gökçeoğlu Balcı, s. 1278.

³⁶⁰ Zeki Okur, “İş Hukukunda Gece Çalışması” , **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.1, 2010, s. 562; Gökçeoğlu Balcı, s. 1278.

Yine anılan Yönetmelik m.8/1 hükmü ile kocası işin postalar halinde yürütüldüğü aynı veya ayrı bir işyerinde çalışan kadın çalışanın, isteği üzerine kendi gece postasının kocasının gece çalışmasına denk gelmeyecek şekilde düzenlenmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Buna karşılık anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca eşlerin aynı işyerinde aynı gece postasında çalıştırılabilmeleri isteği ise işverenin imkanının elvermesi koşuluna tabi tutulmuştur.

Son olarak mülga yönetmelikte işverenin gece çalıştırılacak kadın işçilerin isim listelerini, iş müfettişlerince yapılan denetimlerde göstermek üzere saklama yükümlülüğü yürürlükte bulunan Yönetmelik m. 10 hükmünde de aynen yer almaktadır.

B. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların Gece Çalışması

Uluslararası alanda gece çalışmalarına ilişkin düzenlemelerde gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadınların durumunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Nitekim, Gece Çalışmasına Yönelik 171 Sayılı ILO Sözleşmesi'nin 7. maddesi uyarınca imzacı devletler, en az sekiz haftası beklenen doğum tarihinden önce olmak üzere en az on altı hafta kadın işçilere gece çalışmasına alternatif sunulmasını sağlamak için gündüz çalışmaya geçişi, sosyal güvenlik yardımlarının sağlanması veya analık izninin uzatılması gibi çeşitli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Yine anılan maddenin ilk fıkrasının (b) bendi uyarınca bu önlemlerin anne veya çocuğun sağlığı için gerekli olduğunu belirten bir sağlık raporunun düzenlendiği, hamilelik sırasında yahut uzunluğu yetkili makam tarafından belirlenen doğumdan sonraki süreyi aşan ek süreler için de uygulanması gerekmektedir.

Gece çalışmasını düzenleyen 171 No'lu ILO Sözleşmesi'nin yanı sıra çalışma hakkına ilişkin en önemli uluslararası belgeler arasında yer alan Avrupa Sosyal Şartı'nın m.8/4 hükmü ile de imzacı devletler tarafından hamile, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınların gece çalışmalarının ayrıca düzenlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında gebe, lohusa ve emziren kadınların gece çalışmasına yönelik en ayrıntılı düzenleme ise 92/85/EEC sayılı AB Direktifinde yer almaktadır. Anılan Direktif'in 7. maddesi uyarınca üye ülkeler işçilerin sağlık ve güvenliklerini korumak için, yetkili ulusal makamlarca kararlaştırılan hamilelik ve çocuk bakımı sürelerinde, gündüz işine geçirilmesi veya böyle bir yer değiştirme teknik olarak ve/veya mantiken olanaksız ise veya haklı bir zemine dayandırılmıyorsa işten ayrılması veya analık izninin uzatılması gibi önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Görüldüğü üzere Avrupa Birliği hamile, yeni doğum yapmış veya emziren işçiler için peşinen mutlak bir gece çalışması yasağının getirilmesi yerine bu durumdaki bir çalışanın gece çalışması yapmaya zorlanamaması yönünde bir yaklaşım sergilemektedir³⁶¹.

Hukukumuzda ise İş K. ile kadınların gece çalışmalarına ilişkin genel bir yasak getirilmemişse de gece çalışmasının gebe ve emziren kadının sağlığını olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle GPCY m.9 hükmü ile hamile ve emziren kadın işçiler için gece çalışma yasağı öngörülmüştür.

Buna göre, GPCY m.9 hükmü uyarınca hamile işçiler, hamile olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar gece postalarında çalıştırılmazlar. Emziren kadınlar bakımından getirilen gece çalışma yasağının süresi ise GPCY m.9/1 hükmünde mülga yönetmelikten farklı olarak anne ve çocuğun sağlığı açısından gerekli olup olmadığının raporla belgelenmesi koşulu aranmaksızın emziren işçinin doğum tarihinden başlayarak bir yıl süre ile gece postalarında çalışamayacağı düzenlenmiştir³⁶². Ayrıca GPCY m.9/2 ile anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi halinde Yönetmelik tarafından öngörülen bir yıllık sürenin altı ay daha uzatılabileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan Yönetmelik uyarınca hamile ve emziren işçilerin anılan sürelerdeki çalışmaları, *Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları*

³⁶¹ Nurhan Süral, Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 289.

³⁶² Emziren kadınlar bakımından getirilen gece çalışma yasağının süresi ise mülga yönetmelikte doğum tarihinden başlayarak altı ay, anne ve çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun raporla belgelenmesi halinde ise bir yıl olarak öngörülmüştü.

ve *Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*³⁶³ (GebeEKY) hükümleri saklı kalmak kaydıyla gündüz postalarına denk gelecek şekilde düzenlenecektir³⁶⁴.

GPÇY m.9 hükmünün yanı sıra GebeEKY m.8 hükmü ile de hamile ve yeni doğum yapmış kadın işçiler için gece çalışması düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca hamile olduklarının sağlık raporu ile tespitinden başlayarak doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacaktır. Hamile kadınların gece çalışmasını düzenleyen her iki yönetmeliğin hükümleri birbiriyle çelişmektedir. Nitekim, GPÇY m.9 hükmü kapsamında mutlak bir yasak öngörülmüşken GebeEKY m.8 hükmünün lafzından ise hamile işçilerin rızalarının bulunması halinde gece çalışması yaptırılabilirliği anlaşılmaktadır³⁶⁵.

Yine GebeEKY m.8/2 hükmü uyarınca yeni doğum yapmış kadın işçinin doğumdan itibaren bir yıl boyunca gece çalışması yapması yasaklanmıştır³⁶⁶. Bir yılın sonunda ise kadın işçinin gece çalıştırılması mümkün olmakla birlikte GebeEKY m.8/2 hükmü ile gece çalışmasının kadın işçinin sağlık ve güvenliği açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca da gece çalışması yaptırılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Uluslararası alandaki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda kadın işçiye seçenek hakkı tanınmaksızın mutlak bir çalışma yasağının getirilmesi çalışma hakkı ve özgürlüğünü ihlal eder niteliktedir.

³⁶³ 16.08.2013 Tarih ve 28737 Sayılı Resmi Gazete.

³⁶⁴ Madde metninde sözü edilen 14/7/2004 tarihli ve 25522 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan *Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik* 16.08.2013 Tarih ve 28737 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan aynı isimli Yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmış olup madde metninin yürürlükte bulunan yönetmeliğe atıf yaptığı kabul edilmelidir.

³⁶⁵ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 94-95.

³⁶⁶ Mülga GebeEKY m.9 hükmünde ise, yeni doğum yapmış işçilerin doğumdan itibaren 8 hafta, emziren işçinin ise doğumu izleyen 6 aylık süre boyunca gece çalışması yapması yasaklanmıştı. Bu sürelerin sonunda ise yürürlükte bulunan GebeEKY m. 8 hükmü ile benzer şekilde gece çalışmasının kadın işçinin sağlık ve güvenliği açısından sakıncalı olduğunun doktor raporu ile belirlenmesi halinde bu dönem boyunca da gece çalışması yaptırılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

IV. Analık Nedeniyle Getirilen Çalışma Yasakları

A. Analık Haline İlişkin Temel Kavramlar

Analık kavramı, hamilelik ile başlayan doğum öncesi dönemi, doğum olayını ve lohusalık olarak adlandırılan doğum sonrası dönemi kapsayan süreci ifade etmektedir³⁶⁷. Analık hali İş K. kapsamında açıkça tanımlanmamış olsa da “Analık halinde çalışma ve süt izni” başlıklı İş K. m.74 ile 5510 sayılı Kanun m. 15/2 hükmü bir arada değerlendirildiğinde mevzuatımız kapsamında hamileliğin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebeliğin söz konusu olduğu hallerde ise ilk on haftaya kadar süren dönemin analık hali olarak kabul edildiği söylenebilecektir³⁶⁸.

Analığın ilk evresi olan hamilelik dönemi, döllenmiş yumurtanın anne rahmine yerleşmesi ile başlayıp çocuğun ana rahminden ayrılmasına kadar geçen dönem olarak tanımlanmaktadır³⁶⁹. Erken ve geç doğumlar hariç hamilelik dönemi genellikle 40 hafta sürmektedir³⁷⁰. 5510 sayılı Kanun’un 30. maddesine dayanılarak hazırlanan GebeEKY m. 4/a hükmünde ise hamileliğini herhangi bir sağlık kuruluşundan alınan belge ile işverene bildiren kadın işçi, gebe çalışan olarak nitelendirilmiştir.

Hamilelik döneminin sağlıklı bir şekilde geçirilmesi annenin ve bebeğin sağlığının korunması için büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle analık haline ilişkin çalışma yasaklarının önemli bir kısmı hamilelik dönemine özgü olarak düzenlenmiştir.

Çocuğun ana rahminden ayrılarak sağ ya da ölü olarak dünyaya gelmesi ise tıbben ve hukuken doğum olarak adlandırılmaktadır. İş K. m.74 kapsamında öngörülen analık izninin kullanılması için doğumun gerçekleşmesi yeterli olup bebeğin sağ

³⁶⁷ Coşkun Saraç, “Analık Halinde Çalıştırma Yasağı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.II, s. 1881; Senyen Kaplan ise analık hali ile gebeliği birbirinden ayırarak analık halinin doğumla başladığını ifade etmektedir. E. Tuncay Senyen Kaplan, “İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 713.

³⁶⁸ Aslı Çalışkan, **İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 18-19 ; Saraç, s. 1881.

³⁶⁹ Saraç, s. 1882; Çalışkan, s. 19.

³⁷⁰ Merve Buse Kalaycı Ölçüm, **Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 40; Çalışkan, s. 19, dn. 39.

olarak doğmuş olmasına gerek yoktur³⁷¹. Yeni doğum yapmış ve işvereni bu durum hakkında bilgilendiren çalışan ise GebeEKY m. 4/c hükmü kapsamında yeni doğum yapmış çalışan olarak isimlendirilmiş ve Yönetmelik kapsamında öngörülen hak ve yasaklara tabi kılınmıştır.

Hamileliğin sona ermesi doğum nedeniyle olabileceği gibi düşük nedeniyle de olabilmektedir. Düşük yapılması ise genel olarak anne karnındaki çocuğun en az yedi aylık gelişim sürecini tamamlayamadan cansız olarak ana rahmini terk etmesini ifade etmektedir³⁷². Hamileliğin düşükle sona erdiğinin tespit edilmesi halinde İş K. m.74 hükmünde yer alan analık izni, süt izni ve ücretsiz izin hakkı ile İş K. m.13/5 hükmünde yer verilen ebeveyn izninden yararlanılabilmesi mümkün değildir³⁷³. Ana rahminden ayrılmanın ölü doğum mu yoksa düşük mü olduğunun açıkça anlaşılamaması durumunda ise doktor tarafından verilen rapor esas alınmalıdır³⁷⁴.

Son olarak lohusalık, tıbbi olarak doğum ile başlayan ve altı ila on iki hafta arasında sürebilen süreci ifade etmekte³⁷⁵ ise de 5510 sayılı Kanun m. 15/2 hükmünde yalnızca doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık dönem lohusalık evresi olarak kabul edilmiştir. Çoğul gebeliğin söz konusu olduğu hallerde ise lohusalık evresi doğumdan sonraki ilk on haftaya kadar uzayabilmektedir.

Hamilelik, doğum ve lohusalık dönemini kapsayan analık durumuna ilişkin olarak yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi işverenin bu hususta bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Nitekim GebeEKY m.4 hükmü kapsamında da yalnızca işvereni durumu hakkında bilgilendiren kadın çalışanların hamile, yeni doğum yapmış ve emziren çalışanlara ilişkin hükümlerden faydalanabileceği öngörülmüştür.

³⁷¹ Çalışkan, s. 20.

³⁷² Çalışkan, s. 17 ; N. Binnur Sümer, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1997, s. 103.

³⁷³ Çalışkan, s. 19-20 ; Saraç, s. 1882. Buna karşılık düşük yapan kadın işçinin 5510 sayılı Kanun m.15/2 hükmü uyarınca analık sigortasından yararlanması mümkündür. Esra Başkan, “Analık Halinin Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları”, **İKÜHFD**, C.15, S.1,2016, s. 696.

³⁷⁴ Çalışkan, s. 20.

³⁷⁵ Çalışkan, s. 20-21.

İş sözleşmesinin devamı sırasında kadın işçinin gebelik ve doğum halini işverene bildirmesi gerektiği genel olarak kabul edilmekteyse de iş sözleşmesinin kurulması aşamasında kadın işçinin hamile olup olmadığının işveren tarafından sorulması yahut kadın işçinin kendisine sorulmaksızın bu konu hakkında işvereni bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretideki ağırlıklı görüş uyarınca, işin niteliğinden veya o işyerinin özelliğinden kaynaklanan bir gereklilik yahut hamile yahut yeni doğum yapmış işçinin çalışmasının yasaklandığı bir işin söz konusu olduğu haller dışında işverenin hamileliğe ilişkin soru sorması işçinin özel hayata saygı hakkını ihlal edecektir³⁷⁶. Nitekim bu haller dışında işçi adayının kendiliğinden bildirimde bulunmasına yahut kendisine sorulan soruya doğru cevap verme zorunluluğu da bulunmamaktadır³⁷⁷.

B. Analık Nedeniyle Korunma İhtiyacı

1. Hamile ve Yeni Doğum Yapmış Kadınların Ayrımcılığa Karşı Korunması

Kadın işçilerin gebelik ve analık nedeniyle korunmasını öngören hükümlerin bir kısmı bu işçiler aleyhine ayırım yapılmasının önlenmesine yönelik iken diğer kısmı ise gebelik ve analık sebebiyle özel olarak ele alınması gereken durumlarda işçiyi korumak amacıyla bir takım hak ve yasakların getirilmesine ilişkindir³⁷⁸.

Çalışma yaşamında çoğu işveren, performansının düşük olacağı yahut hamilelik ve doğum sonrası dönemde sahip olunan izin hakları nedeniyle işlerin aksayacağı düşüncesi ile hamile olan veya çocuk yapmayı düşünen kadın işçilere olumlu yaklaşmamaktadır³⁷⁹. Bu nedenle kadın işçiler, işe girişte, iş ilişkisinin devamı ile çalışma koşulları kapsamında ve iş sözleşmesinin feshinde gebelik ve analık halleri nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılığa uğramasının önlenmesi amacıyla uluslararası belgeler ve ulusal mevzuat hükümleri çerçevesinde korunmaktadır.

³⁷⁶ Yusuf Yiğit/ Selda Topkaya, “Türk İş Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C.6, Y.6, S. 14, 2017/1, s. 54; Manav Özdemir, s. 150; Atamer, Kadın Erkek Eşitliği, s. 919-920. Aksi yönde bkz. Ali Nazım Sözer, “Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, C. 73, S.6, 1982, s. 1051.

³⁷⁷ Atamer, Kadın Erkek Eşitliği, s. 919-920; Manav Özdemir, s. 150; Yiğit / Topkaya, s. 54.

³⁷⁸ Sümer, s. 29.

³⁷⁹ Yiğit/ Topkaya , s. 54; Asiye Şahin Emir, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık**, Adalet Yayınları, 2019, s. 36;

Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin m. 11/2 hükmü ile evlilik, gebelik ve analık sebebiyle kadınlara karşı ayırım yapılmasının önlenmesi amacıyla imzacı devletler tarafından evlilik, gebelik ve analık sebebiyle işten çıkarmanın yasaklanması gibi uygun önlemlerin alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

*Anneliğin Korunmasına Yönelik 183 No'lu ILO Sözleşmesi*³⁸⁰, gebelik ve analık nedeniyle ayrımcılığın önlenmesine yönelik en önemli uluslararası sözleşmeler arasında yer almaktadır. 183 No'lu ILO Sözleşmesi kapsamında imzacı devletler, analık halinin istihdama erişim de dahil olmak üzere istihdamda bir ayrımcılık kaynağı oluşturmamasını sağlamak için her türlü uygun önlemi almayı taahhüt etmektedir. (m.9/1) İmzacı devletler, özellikle kadın ve çocuğun sağlığı için bilinen veya önemli bir riskin bulunduğu işyerleri ile ulusal mevzuat hükümleri çerçevesinde hamile ve emziren kadınların çalışmasının yasaklandığı yerler hariç olmak üzere iş başvurusunda bulunan kadın işçiden hamilelik testi talep edilmesini yasaklayıcı önlemler almakla yükümlü kılınmıştır. (m.9/2)

183 No'lu ILO Sözleşmesi m.8/1 hükmünde ise *Hizmet İlişkisine Son Verilmesine Yönelik 158 No'lu ILO Sözleşmesi*³⁸¹ m.5 hükmüne benzer şekilde iş sözleşmesinin analık izni sırasında ya da sonrasında gebelik, analık hali ya da emzirme ile ilgili sebeplerle işveren tarafından feshedilmesi hukuka aykırı kabul edilmiş ve feshin gebelik ya da analık hali ile ilgili olmadığını ispat yükü işveren üzerine bırakılmıştır. 183 No'lu ILO Sözleşmesi Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

Son olarak Avrupa Birliği hukuku bakımından ise Cinsiyetler Arası Eşit Muamele Uygulanmasına Yönelik 2002/73/EEC sayılı Direktif uyarınca gebelik ve analığa ilişkin olarak kadına yönelik her türlü olumsuz muamele doğrudan cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca analık iznine çıkan işçinin izin süresi bittikten sonra eski işine ya da eski işinden daha aşağı şartlarda olmayan eşdeğer bir işe başlama ve yokluğu sırasında iş koşullarında oluşup da hak kazanacağı her türlü iyileştirmeden yararlanma hakları da 2002/73/EEC sayılı Direktif kapsamında koruma altına alınmıştır.

³⁸⁰ *Maternity Protection Convention*, 2000.

³⁸¹ 12.10.1994 Tarih ve 22079 Sayılı Resmi Gazete.

Hukumumuzda hamile kadın işçiler öncelikle İş K. m.5 hükmü çerçevesinde çalışma yaşamında ayrımcılığa karşı korunmaktadır. Nitekim anılan hüküm kapsamında işverenin iş akdinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, çalışma koşullarında ve sözleşmenin feshinde gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapması yasaklanmıştır. Bunun yanı sıra, hamile kadın işçilerin TİEK m. 17 hükmü uyarınca Kurul'a yapacakları başvurusu ya da Kurul'un re'sen yapacağı inceleme üzerine işverene uygulanan idari para cezası yaptırımını da kadın işçilerin özellikle işe girişlerde gebelik nedeniyle uğradıkları ayrımcılığın önlenmesinde etkin bir yoldur³⁸².

2. Analık Haline Özel Bir Takım Hak ve Yasakların Öngörülmesi

Hamilelik, doğum, lohusalık ve emzirme yalnızca kadın cinsiyetine özgü biyolojik olgular olup anne ve bebeğin sağlığının korunması, nüfus artış politikaları ve kadınların istihdama katılımının arttırılması gibi gerekçelerle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal etmeksizin gebe ve emziren kadınlar bakımından farklı muamelede bulunulması ve yalnızca bu işçilere yönelik bir takım hak ve yasakların öngörülmesi mümkündür³⁸³. Nitekim çalışma hakkına ilişkin en önemli uluslararası belgeler arasında yer alan Avrupa Sosyal Şartı'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ile analık nedeniyle öngörülen hak ve yasakların ayrımcılık yasağını ihlal etmeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

Bu kapsamda gebelik ve analık haline özel bir takım hak ve yasakların öngörülmesinin nedenlerini detaylı olarak incelemek gerekirse; gebelik ve analık hali öncelikle bir iş sağlığı ve güvenliği sorunudur. Hamile kadınların bu dönemde çalışmaya zorlanması halinde sırt ağrıları, duruş bozuklukları, kan basıncının değişmesi, bulantı, yorgunluk ve stres gibi anne ile bebeğin sağlığını etkileyebilecek olumsuz durumlarla daha sık karşılaşma ihtimalleri söz konusudur³⁸⁴.

³⁸² 14.01.2020 Tarih ve 2020/8 K. sayılı Kurul Kararı ; 11.08.2020 Tarih ve 2020/176 K. sayılı Kurul Kararı ; 07.10.2022 Tarih ve 2022/655 K. sayılı Kurul Kararı ; 05.08.2022 Tarih ve 2022/436 sayılı Kurul Kararı. Kurul, bu kararların tamamında başvuranın işe alım sürecinde gebeliği nedeniyle cinsiyet temelinde ayrımcılığa maruz kaldığı yönünde karar vermiştir.

³⁸³ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 71; Gökçeoğlu Balcı, s. 1279; Ali Cengiz Köseoğlu, "Türk İş Hukukunda Analık", **İş ve Hayat Dergisi**, S.4, 2017, s. 98; Manav Özdemir, s. 155; Soysal, s. 122.

³⁸⁴ Orhan Ersun Civan, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/4, s. 211-212.

Doğum sonrasında ise anne işçinin dinlenmesine yahut bebeği ile ilgilenmesine izin verilmemesinin anne ile bebeğin fiziksel ve psikolojik sağlığını olumsuz etkilemesi kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla gebelik sırasında ve sonrasında bir takım hak ve yasaklar öngörülerek anne ve bebeğin fiziksel ve ruhsal durumu korunmaya çalışılmaktadır.

Diğer çalışanlara nazaran fiziksel olarak daha dezavantajlı konumda bulunan hamile ve yeni doğum yapmış kadın işçilere özel bir takım hak ve yasakların öngörülmesi bu işçilerin fiziksel ve psikolojik sağlığını koruyarak çalışma haklarını etkin bir şekilde kullanabilmelerini sağlama amacına da hizmet etmektedir. Zira, analık hali, kadın işçinin kaza veya hastalık gibi çalışma edimini kusuru bulunmaksızın yerine getiremediği ve bu nedenle çalışma hakkı kapsamında özel olarak korunması gereken haller arasında yer almaktadır³⁸⁵.

Analık haline özgü olarak bir takım hak ve yasakların öngörülmesinin bir başka nedeni ise devletlerin nüfus artış politikalarıdır. Çalışma gücü ve isteği bulunan genç nüfustan oluşan işgücünün ülkelerin kalkınmasında oynadığı rol nedeniyle devletler nüfuslarını artıracak politikalar üretmektedirler³⁸⁶. Devletlerin nüfus artışıyla ilgili yürüttüğü en önemli politikalardan biri de kadın işçilerin hem doğum öncesi hem de doğum sonrası çalışma koşullarına yönelik düzenlemelerdir³⁸⁷. Böylece işçilerin çalışma yaşamı ile aile yaşamı arasında seçim yapmak zorunda bırakılmaksızın sağlıklı olarak üremeleri garanti altına alınmaktadır³⁸⁸. Böylece devletler, doğum ve annelik izinleri vasıtasıyla nüfusun nicel olarak artışını sağlama amacının yanı sıra kadının aile içerisindeki rolleri ile çalışma yaşamını bağdaştırarak kadın istihdamını arttırmayı da hedeflemektedirler.

Hukukumuzda ise kimsenin gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı ve bedeni yahut ruhi yetersizliği bulunanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağına ilişkin AY m. 50 hükmü doğrultusunda analığa ilişkin hak ve yasaklar

³⁸⁵ Senyen Kaplan, s. 709; Köseoğlu, s. 103.

³⁸⁶ Tülay Ulusoy, “Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017/2, s. 742.

³⁸⁷ Ulusoy, s. 742.

³⁸⁸ Ulusoy, s. 744.

İş K. m.74, UHK m. 155³⁸⁹ ve Basın İş K. m. 16³⁹⁰ hükümleri çerçevesinde düzenlenmektedir. İş Kanunu m.74 hükmü kapsamında öngörülen hak ve yasaklar, İş K. m. 74/son hükmü nedeniyle İş K. tabi olup olmadığı fark etmeksizin iş sözleşmesi ile çalışan her türlü işçi için uygulanacaktır³⁹¹³⁹². Bu nedenle çalışmamız kapsamında analık hali nedeniyle kadın işçilere getirilen düzenlenmeler uluslararası belgeler ve İş K. hükümleri çerçevesinde detaylı bir şekilde incelenecektir.

C. Muayene İzni

Hamilelik döneminde anne ve bebeğin her türlü tehlikeden uzak tutulması gerek annenin gerek bebeğin sağlığının korunması açısından büyük önem arz etmektedir. Bu dönemin sorunsuz bir şekilde geçirilerek çocuğun sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmesi ise anne ve bebeğin sağlığının sağlık kuruluşları tarafından düzenli bir şekilde takip edilmesini gerektirmektedir³⁹³. 92/85/EEC sayılı Direktif m.9 hükmü kapsamında da üye devletler hamile çalışanların, çalışma saatlerine denk gelen doğum öncesi kontrollerini herhangi bir ücret kaybı olmaksızın yaptırabilmelerini temin etmek için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır³⁹⁴.

³⁸⁹ UHK m. 155: “Kendisi ve çocuğunun sıhhati için bir zarar husule getirmeyeceği bir tabip tarafından tahriren tasdik edilmedikçe kadınların doğumlarından mukaddem üç hafta ve doğurmasını müteakip yine üç hafta zarfında fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması memnudur.” UHK m. 177: “Gebe kadınlar doğumlarından evvel üç ay zarfında çocuğunun ve kendisinin sıhhatine zarar veren ağır hizmetlerde kullanılamaz. Doğurduktan sonra 155 inci maddede tayin edilen muayyen müddet istirahatini müteakip işe başlayan emzikli kadınlara ilk altı ay zarfında çocuğunu emzirmek üzere mesai zamanlarında yarımşar saatlik iki fasıla verilir.”

³⁹⁰ Basın İş K. m.16/son: “Kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin 7 nci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet zarfında müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez.”

³⁹¹ İş Kanunu m.74/son hükmü belli bir kesime uygulanan ve belli bir uygulama alanı bulunan bir yasada yer verilen hakkın bu yasanın koruma alanının dışına da yayılmak istenmesi halinde bu hakkın her işçi için uygulama alanı bulacak ayrı ve özel bir yasanın içerisinde düzenlenmesi gerektiği, aksi durumda bunun kanun yapma tekniğine aykırı olacağı gerekçesi ile öğretilmektedir. Tankut Centel, “6663 sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler –Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 35, 2016,s. 10. (Analık)

³⁹² Öğretilen, İş K. m. 74/son hükmüne rağmen Basın İş Kanununda yer alan düzenlemelerin daha lehe olması ve İş K. m.74/son hükmünün Basın İş K. hükümlerini açıkça yürürlükten kaldırmaması nedenleriyle bu kanun kapsamına giren işçilerin Basın İş K. m.16/son hükmünden yararlandırılması gerektiği de savunulmaktadır. Nurşen Caniklioglu, “Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği”, **Emeğin Kurultayı 2**, Ankara, 2016, s. 143; Saim Ocak, “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, **İş ve Hayat Dergisi**, S. 5, 2017, s. 177. (Ücretsiz İzin); Şahin Emir, Analık, s. 107.

³⁹³ Merve Ateş, **Türk Hukukunda Hastalık ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri**, Beta, 2011, s. 149; Şahin Emir, Analık, s. 67.

³⁹⁴ İştah Urhanoglu Cengiz, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş**, C. 10, S.4, 2009, s. 30. (Analık); Bolcan, s. 269; Köseoğlu, s. 109. dn. 42.

Hukukumuzda ise 92/85/EEC sayılı Direktif ile uyumlu bir şekilde doğum öncesi anne ve bebeğin sağlığının düzenli bir şekilde kontrol edilebilmesi amacıyla hamile işçiler için muayene izni öngörülmüştür. Nitekim, İş K. m.74/4 ve GebeEKY m. 11 hükümleri ile hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan periyodik kontrol kavramı belli bir süre ve sıklıkta tekrarlanan muayeneyi ifade etmektedir³⁹⁵. İki periyodik muayene arasındaki sürenin mevzuatımızda belirlenmemiş olması nedeniyle bu süre anne ve bebeğin sağlık durumuna göre doktor tarafından belirlenecektir³⁹⁶.

İş Kanunu m.74/4 hükmü uyarınca, işveren tarafından yalnızca hamileliğin işverene bildirdiği andan başlayıp doğuma kadar olan süre esnasındaki süresi ve sıklığı hamile işçiye muayene eden doktor tarafından belirlenen periyodik kontroller için ücretli izin verilmesi zorunlu olup doğum sonrasında anne ve bebeğin sağlık durumunun kontrolü yahut bebeğin aşılarının yaptırılması gibi nedenlerle işçi tarafından talep edilen izinler bu kapsamda yer almamaktadır³⁹⁷.

Doğum öncesi muayene iznine ilişkin İş K. m.74/4 hükmü emredici nitelikte olup bu iznin tarafların anlaşması yahut toplu iş sözleşmesi hükümleri ile kaldırılması yahut ücretli izin niteliğinin değiştirilmesi mümkün değildir³⁹⁸. Buna karşılık periyodik kontrollerde ücretli izin verilmeyerek işçinin çalışmaya zorlanması İş K. kapsamında herhangi bir yaptırıma da bağlanmamıştır³⁹⁹. Muayene izninin düzenli bir şekilde uygulanmasının anne ve bebeğin sağlığı için önemine karşılık bu iznin işveren tarafından verilmemesinin yaptırıma bağlanmamış olması önemli bir eksiklik olarak görülerek öğretilde eleştirilmektedir⁴⁰⁰.

Çalışmamız kapsamında da görüleceği üzere çalışma yasaklarına aykırı davranışların neredeyse tamamının hukuki, cezai yahut idari yaptırıma bağlanmış olmasına karşın işçi ve bebeğinin sağlık ve yaşam hakkını korumayı amaçlayan bu

³⁹⁵ Ulusoy, s. 749.

³⁹⁶ Ulusoy, s. 749 ; Akyiğit, s. 2051.

³⁹⁷ Çalışkan, s. 50-51; Şahin Emir, Analık, s. 68.

³⁹⁸ Akyiğit, s. 2051 ; Ateş, s. 150; Çalışkan, s. 50.

³⁹⁹ Şahin Emir, Analık, s. 68-69.

⁴⁰⁰ Şahin Emir, Analık, s. 68-69.

yasağa aykırı davranışın yaptırıma bağlanmamış olması kanaatimizce İş K. m.74/4 hükmünün getiriliş amacıyla çelişmektedir.

Ç. Analık İzni

Anne ile bebeğin sağlığının korunması ve ebeveynleri ile çocuk arasında bağ kurulmasını sağlamak amacıyla doğum öncesinde hamile işçiye doğum sonrasında ise -kimi durumlarda evlat edinenlere veya babaya da verilmekle birlikte – genellikle yeni doğum yapmış kadın işçiye verilen izne, analık izni adı verilmektedir.

Analık izni bir hak olmasının yanı sıra aynı zamanda hamile ve yeni doğum yapmış kadınlar için çalışma yasağı niteliğindedir⁴⁰¹. Bu nedenle analık izni kullanan işçinin izin süresi boyunca işverence çalıştırılması mümkün olmadığı gibi kadın işçinin de izin süresi içerisinde bir başka işyerinde çalışması yasaktır⁴⁰². Analık izni, günümüzde uluslararası sözleşmeler ve bir çok ülkenin ulusal mevzuat hükümleri ile güvence altına alınmıştır.

İnsan haklarına ilişkin temel belgeler arasında yer alan Birleşmiş Milletler ESKHS m.10/2 hükmünde, imzacı devletler tarafından çalışan annelere doğumdan önce ve doğumdan sonra makul bir süre ücretli veya yeterli sosyal güvenlik tedbirlerini kapsayan izin verilmesi gerektiği hüküm altına alınarak kadınların analık izni hakkı tanınmıştır. Yine Birleşmiş Milletler tarafından imzaya açılan CEDAW m. 11 hükmünde de kadınların gebelik ve analık sebebiyle korunması amacıyla ücretli analık izni verilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu Sözleşmede de BMESKHS m.10/2 hükmünde olduğu gibi asgari olarak verilmesi gereken analık izin süresine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁰³.

Birleşmiş Milletler 'in analık iznini düzenleyen diğer sözleşmelerinin aksine ILO tarafından kabul edilen Analığın Korunmasına ilişkin 3, 103 ve 183 No'lu sözleşmelerde ise asgari olarak verilmesi gereken analık izin süreleri açıkça düzenlenmiş ve tavsiye kararları ile sözleşmelerde öngörülen izin sürelerinin arttırılması teşvik edilmiştir.

⁴⁰¹ Çalışkan, s. 51 ; Akyiğit, s. 2049.

⁴⁰² Çalışkan, s. 51; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 193.

⁴⁰³ Şahin Emir, Analık, s. 76.

1919 yılındaki ilk Uluslararası Çalışma Konferansında kabul edilen Anneliğin Korunmasına İlişkin 3 No’lu ILO Sözleşmesi’nin 3. maddesi kapsamında, kadın işçiye doğumdan önce ve sonra altışar hafta olmak üzere en az on iki hafta analık izni verilmesi ve bu izin sırasında kadın işçiye kendisinin ve çocuğunun tam ve sağlıklı korunabilmesi için yeterli miktarda maddi yardım yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır⁴⁰⁴.

3 No’lu ILO Sözleşmesi 1952 yılında aynı isimli 103 No’lu ILO sözleşmesi ile revize edilerek kapsamı genişletilmiş ve analık izni hakkı kamu, sanayi veya ticari teşebbüste çalışan kadınların yanı sıra tarım sektörü ile evde çalışan kadınlara da tanınmıştır⁴⁰⁵. 103 No’lu ILO Sözleşmesi ile en az on iki haftalık analık izninin yanı sıra muayene izni, hastalık nedeniyle doğum izninin uzatılabilmesi hakkı, izin sırasında nakdi ve tıbbi yardımların yapılması, analık izni sırasında işin korunması ve izin sonrası önceki koşullarda işe dönebilme imkanı ve hamileliğe bağlı haksız feshin önlenmesi gibi hususlar da düzenleme konusu yapılmıştır⁴⁰⁶.

3 ve 103 No’lu ILO sözleşmeleri ile analık izninin on iki haftadan az olamayacağı hüküm altına alınmışken 2000 yılında kabul edilen 183 No’lu ILO Sözleşmesinde ise 95 No’lu Tavsiye Kararı ile paralel bir şekilde bu süre en az on dört hafta olarak belirlenmiştir⁴⁰⁷. 183 No’lu ILO Sözleşmesi ile aynı tarihte çıkarılan ancak bağlayıcı olmayan Anneliğin Korunmasına İlişkin 191 Sayılı tavsiye kararında⁴⁰⁸ ise analık izninin on sekiz haftaya çıkarılması önerilmektedir.

Hukukumuzda analık izni, İş K. m.74/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, hamile işçilerin doğumdan önce ve sonra sekizer hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre boyunca çalıştırılmamaları esastır⁴⁰⁹. İş Kanunu kapsamında on altı hafta analık izni tanınması, 183 No’lu ILO sözleşmesinin yanı sıra en az on dört hafta analık izni verilmesini öngören GGASŞ m.8/1 ve 92/85/EEC sayılı Direktif m. 8 hükümleri

⁴⁰⁴ Sümer, s. 32.

⁴⁰⁵ Kenan Tunçomağ, “İş Kanunu ve Buna Dayanılarak Çıkarılmış Tüzüklerin Kadın İşçileri İlgilendiren Hükümleri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.5, S.4, 1970, s. 784. (Kadın İşçiler) ; Sümer, s. 34; Ertürk, s. 61.

⁴⁰⁶ Sümer, s. 33.

⁴⁰⁷ Ertürk, s. 62; Şahin Emir, Analık, s. 74; Tunçomağ, Kadın İşçiler, s. 784.

⁴⁰⁸ [Maternity Protection Recommendation, 2000 \(No. 191\)](#)

⁴⁰⁹ 1475 sayılı Kanunda “yasaktır” ifadesi kullanılmasına karşın 4857 sayılı Kanunda “esastır” ifadesinin kullanılmasının kadının korunması ilkesi aleyhine bir durum teşkil ettiği yönünde bkz. Soysal, s. 123-124.

ile de uyum içerisinde. İş Kanunu kapsamında kural olarak on altı hafta süre ile analık izni kullanılması öngörülmüşse de bu izin süresinin işin özelliği veya işçinin sağlık durumuna göre doğumdan önce veya sonra doktor raporunda belirtilen süre kadar arttırılması mümkündür (İş K. m.74/3). Çoğul gebelik halinde ise bu durumun işçinin sağlık durumunu etkilediğine yönelik doktor raporu aranmaksızın doğumdan önce kullandırılması gereken sekiz haftalık süreye iki hafta eklenerek toplam on sekiz hafta boyunca analık izni kullandırılması öngörülmüştür. Mevzuatımızda yer alan bu hüküm ile çoğul gebeliklerde analık izninin uzatılmasına ilişkin hükümler konulmasını teşvik eden 191 Sayılı Tavsiye Kararı'na uyulmuştur.

Analık izni, kural olarak doğumdan önce sekiz hafta doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere ikiye bölünerek kullanılır. Bununla birlikte on altı haftalık analık izninin sekiz haftasının doğumdan önce kullanılması zorunlu değildir⁴¹⁰. Nitekim İş K. m.74/1 hükmü uyarınca işçinin bunu talep etmesi ve sağlık durumunun çalışmaya uygun olması halinde hamile işçinin doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilmesine izin verilmiştir⁴¹¹. Hamile işçinin doğumdan önceki sekiz haftalık süreçte çalıştığı süre ise doğum sonrası iznine eklenecektir.

İş Kanunu kapsamında hamile işçinin doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilmesi işçinin bu yöndeki isteğine tabi kılınmıştır. Bu nedenle doğum öncesi iznini sekiz hafta olarak kullanmak isteyen işçinin doğumun gerçekleşmesinden önceki üç haftaya kadar çalışmaya zorlanması mümkün değildir. Yine doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabileceğine ilişkin doktor raporu bulunan hamile işçinin bu yöndeki talebini de işveren kabul etmek zorundadır. Hamile işçinin sağlık durumunun uygun olup olmadığının ise kadın doğum uzmanı bir doktor tarafından verilen raporla tespit edilmesi gerekmektedir.

İşçinin kendi isteğinin dışında meydana gelen bir takım sebepler nedeniyle de doğum öncesi sekiz haftalık iznini kullanamaması mümkündür. Bu kapsamda işçinin erken doğum yapması halinde kullanamadığı izinlerin akıbetinin ne olacağı ise İş K.

⁴¹⁰ 191 Sayılı Tavsiye Kararı m.1/3 hükmünde de devletler tarafından kadının doğum izninin zorunlu olmayan herhangi bir bölümünü doğumdan önce veya sonra kullanacağı zamanı özgürce seçme hakkına sahip olmasını sağlayacak önlemler alınması tavsiye edilmiştir.

⁴¹¹ 92/85/EEC sayılı AB Direktifi m.9 hükmü ile hamile işçinin doğumdan önceki iki haftaya kadar çalışabilmesine izin verilmiştir.

m.74 hükmünde düzenlenmiştir. Bu durumda işçinin erken doğum nedeniyle doğumdan önce kullanamadığı süreler doğum sonrası iznine eklenecektir.

İş Kanunu kapsamında erken doğumun analık iznine etkisine ilişkin bir düzenleme yapılmış olmasına karşın işçinin tahmin edilen süreden daha geç doğum yapması halinde doğum sonrası analık izninin akıbetinin ne olacağına yönelik herhangi bir düzenleme yapılmamıştır⁴¹². Öğretide, stres, diyabet veya obezite gibi sebeplerle gerçekleşen geç doğumun anne ile bebeğin sağlığı açısından tehlike arz etmesi nedeniyle doğum sonrası sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmaması gerektiği savunulmaktadır⁴¹³. Öğretide savunulan bu görüş uluslararası düzenlemelerle de uyum içerisindedir. Nitekim 183 No’lu ILO Sözleşmesi m.4/5 hükmü uyarınca, analık izninin doğum öncesi kısmı, doğum sonrası iznin altı haftalık zorunlu kısmında herhangi bir azalma olmaksızın, tahmini doğum tarihi ile fiili doğum tarihi arasında geçen süre kadar uzatılır. Analık izninin getirilme amacının anne ve bebeğin sağlığını korumak olması nedeniyle anne ile bebeğin sağlığını tehdit eden geç doğum halinde de işçinin doğum sonrası izin süresi sekiz hafta olarak kullanılmalıdır.

Doğum sonrası analık izninin kullanılmasına etki edebilecek bir diğer hal ise annenin yahut bebeğin doğum sırasında veya doğum sonrası izin süresi içerisinde vefat etmesidir⁴¹⁴. Ölü doğum ya da bebeğin doğum sonrası izin süresi dolmaksızın vefat etmesi halinde, annenin fiziksel ve psikolojik sağlığının korunması amacı da göz önünde bulundurularak doğum sonrası analık izninin tam olarak kullanılması gerekir⁴¹⁵.

Doğum sırasında veya sonrasında annenin vefat etmesi halinde ise İş K. m. 74 hükmü uyarınca doğum sonrası kalan analık izni babaya kullanılabilir⁴¹⁶. Kanun hükmünde “koca” yerine “baba” kavramının kullanılmış olması dolayısıyla

⁴¹² Buna karşılık doğum ve evlat edinme nedeniyle verilecek izinlerin kullanımında kamu kurum ve kuruluşları arasında uygulama birliğinin sağlanması amacıyla çıkarılan Kamu Personeli Genel Tebliği (Seri No:6) da geç doğum halinde analık izninin akıbeti düzenlenmiştir. Buna göre, geç doğum halinde, fazladan geçen süreler memura kullanılması gereken doğum sonrası analık izni süresinden düşülmeyecektir.

⁴¹³ Ertürk, s. 62; Çalışkan, s. 54-55.

⁴¹⁴ Kamu Personeli Genel Tebliği (Seri No:6) uyarınca da ölü doğum yapan memur kadının sağ doğum yapan memura verilen analık izninden aynı şekilde yararlanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁴¹⁵ Urhanoğlu Cengiz, Analık, s. 33.

⁴¹⁶ İş Kanunu m.74/1 hükmü, doğum sonrası iznin bitiminden önce annenin ölümü halinde, çocuğun çalışan babasının doğum sonrası analık izninin bitmeyen kısmı kadar izin hakkına sahip olmasını tavsiye eden 191 Sayılı Tavsiye Kararı m. 10/1 hükmü ile uyum içerisindedir.

babanın analık izni kullanabilmesi için vefat eden anne ile evlilik birliği içerisinde olması şartı aranmayıp yeni doğan bebek ile baba arasındaki hukuki soy bağının kurulmuş olması yeterli kabul edilmelidir⁴¹⁷.

6663 sayılı Kanun⁴¹⁸ m.22 ile İş K. m. 74 hükmünde yapılan değişiklik uyarınca babaların yanı sıra evlat edinenlere de analık izni kullandırılması öngörülmüştür⁴¹⁹. Buna göre, üç yaşını doldurmamış çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten başlayarak evlat edinen eşlerden birinin veya tek başına evlat edinenin sekiz hafta süre ile analık izni kullanması mümkündür (İş K. m. 74/1).

Hamile ve yeni doğum yapmış kadın işçilerin kullandığı analık izninin aksine babanın veya evlat edinenlerin kullandığı analık izninin çalışma yasağı niteliğinde olduğu söylenemeyecektir. Nitekim hamile veya yeni doğum yapmış işçinin mevzuatta yer verilen süreler içerisinde analık iznini kullanması zorunlu olmasına karşın baba ve evlat edinenlerin analık iznini kullanmaları bu işçilerin talebine bağlıdır. Bu nedenle, hamile ve yeni doğum yapmış kadın işçilerin 5510 sayılı Kanun'da yer alan belli şartların varlığı halinde zorunlu analık izni süresince geçici iş göremezlik ödeneği ve emzirme ödeneğinden yararlanabilecek olmasına karşın isteğe tabi olarak analık izni kullanan baba ve evlat edinen işçiye böyle bir hak tanınmamıştır. Bununla birlikte, baba ve evlat edinen işçilerin de İş K. Ek m. 2/1 hükmünde düzenlenen ve analık iznine göre oldukça kısa süreli olan ücretli izin hakkından yararlanabilmesi mümkündür⁴²⁰. Nitekim, İş K. Ek m. 2/1 hükmü kapsamında evlat edinen işçiler üç gün, baba olan işçiler ise beş gün mazeret izni kullanabilmektedir⁴²¹.

D. Süt İzni

Süt izni, uluslararası sözleşmeler kapsamında güvence altına alınmış bir haktır. Nitekim ASŞ ve GGASŞ m.8/3 hükmü ile emzirme amacıyla doğum yapmış annelere

⁴¹⁷ Çalışkan, s. 58.

⁴¹⁸ 10.02.2016 Tarih ve 29620 Sayılı Resmi Gazete.

⁴¹⁹ Saraç, s. 1882-1883.

⁴²⁰ Analık izni ile mazeret izinlerinin çakıştığı kimi durumlarda analık izninin baba olan işçiler için ilk beş evlat edinen işçiler için ise ilk üç gününün mazeret izni olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Çalışkan, s. 63-64.

⁴²¹ Mazeret izinlerinin kural olarak doğduğu an itibarıyla kullanılmaları zorunlu olup taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça iznin kullanılmasının ileri bir tarihe ertelenmesi mümkün değildir. Bektaş Kar/Seracettin Gökteş, "Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C.2, S. 6, 2007, s. 34 ; Çalışkan, s. 63, dn. 38.

yeterli bir süre işe ara verme hakkı sağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yine 183 No’lu ILO Sözleşmesi’nin 10. maddesi uyarınca kadın işçiye çocuğunu emzirmesi için günlük çalışma saatinden sayılan ve buna göre ücretlendirilen bir veya daha fazla günlük mola veya günlük çalışma saatlerinden indirim hakkı verilmelidir.

Hukukumuzda da uluslararası sözleşme hükümleri ile uyumlu bir şekilde doğum yapmış kadın işçiye bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt hakkı tanınmıştır⁴²². (İş K. m.74/7) Kanun kapsamında günde bir buçuk saat süt izni hakkı tanınmışsa da bu süre asgari nitelikte olup tarafların anlaşması veya toplu iş sözleşmesi hükümleri ile arttırılması mümkündür⁴²³.

Süt izni, doğum sonrası analık izninin sona ererek işe başlamasından çocuğun bir yaşına basmasına kadar yaklaşık 10 aylık bir süre içerisinde kullanılmaktadır⁴²⁴. Yeni doğum yapmış işçinin işe başlayabilmesi için ise analık izninin bitiminden sonra çalışmasına engel bir hal olmadığının doktor raporu ile belirlenmesi gerekmektedir. (GebeEKY m.12) Çalışmasının sakıncalı olduğu doktor raporu ile belirlenen işçi, raporda belirtilen süre ve işlerde çalışamayacağından bu hallerde süt iznini kullanabilmesi de mümkün değildir. Kadın işçinin süt izni için kullandığı süre İş K. m.74/7 kapsamında günlük çalışma süresi olarak kabul edilmektedir. Böylece süt izni kullanan işçinin çalışamaması nedeniyle gelir kaybına uğraması önlenmiştir.

Süt izni, kural olarak yeni doğum yapmış kadın işçinin çocuğunu makul bir süre daha emzirebilmesi için verilmektedir. Ancak öğretide de ağırlıklı olarak savunulduğu üzere süt izni ile annenin çocuğunun sağlığıyla yakından ilgilenebilmesinin yanı sıra bebek ile anne arasında bağ kurulması da amaçlandığından herhangi bir sebeple çocuğunu emziremeyen annelere de izin kullanılmalıdır⁴²⁵. Öğretide ise süt izni hakkının yeni doğum yapmış kadınların yanı sıra babalara da kullanılması gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim öğretide de ifade edildiği üzere çalışma yaşamında

⁴²² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 104/D hükmü uyarınca: kadın memura, çocuğunu emzirmesi için analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç, ikinci altı ayda ise günde bir buçuk saat süt izni verilir.

⁴²³ Köseoğlu, s. 111, dn. 51 ; Akyiğit, s. 2062.

⁴²⁴ Arslan Ertürk, s. 361-362; Kayhan Özel, “Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, s. 326.

⁴²⁵ Urhanoglu Cengiz, Analık, s. 35; Köseoğlu, s. 11, dn. 51; Yuvalı, s. 110. Aksi yönde, Münir Ekonomi, “[Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları](#)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, , S. 47, 2015, s. 45-46. (Süt izni)

cinsiyet eşitliğinin sağlanabilmesi ve çocuk bakımının yalnızca annenin işi olduğu yönündeki algının kırılabilmesi amacıyla doğum sonrası bakım izinlerinin babaya da tanınması gerekmektedir⁴²⁶.

Süt izninde analık izninden farklı olarak çoğul gebelik halinde izin süresinin arttırılmasına ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide bir görüş, çoğul gebelik halinde de süt izni süresinin değişmemesi gerektiğini savunmaktadır. Anılan görüş uyarınca bir buçuk saatlik süt izninde de annenin birden fazla çocuğunu emzirebilmesi mümkün olup her bir çocuk için ekstra bir buçuk saat süt izni tanınmasının kabul edilmesi mümkün değildir⁴²⁷. Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise, çoğul gebelik halinde süt izni süresi kademeli bir şekilde arttırılmalıdır⁴²⁸. Bu kapsamda her bir çocuk için fazladan bir buçuk saat süt izni vermek yerine ikiz gebelik olduğunda günde toplam iki saat, üçüz gebelik olduğunda ise günde toplam iki buçuk saat süt izni verilmesi daha uygundur⁴²⁹.

Süt izni, hem bir hak hem de çalışma yasağı niteliğindedir. Bu nedenle işverenin süt iznini analık izni sonrası işe başlayan işçinin talebini aramaksızın kullandırması gerekmektedir⁴³⁰. İşverenin süt iznini kullandırma yükümlülüğü bulunmakla birlikte bu iznin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirleyecektir. (İş K. m.74/7) Kadın işçi süt iznini kullanma koşullarını belirlerken işyerinin ve üstlendiği işin şartlarını göz önünde bulundurmalı ve dürüstlük kuralı gereğince süt izni kullanacağı zamanı işverene önceden bildirmelidir⁴³¹. Uygulamada ise işçinin süt iznini işe bir buçuk saat geç gelerek ya da işten bir buçuk saat erken çıkarak kullandığı görülmektedir⁴³². Uygulamada bazen işçinin yahut işverenin talebi doğrultusunda günlük olarak kullandırılması gereken süt izinlerinin biriktirilerek toplu bir şekilde kullanıldığı da görülmektedir⁴³³. İşçinin talep etmesi ve işverenin de bunda

⁴²⁶ Gökçeoğlu Balcı, s. 1282; Şahin Emir, Analık, s. 157.

⁴²⁷ Taşkent/Kurt, s. 42; Ateş, s. 164.

⁴²⁸ Çağlar Çopuroğlu, “Süt İzni Üzerine Düşünceler”, *Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Ocak, 2016, s. 100.

⁴²⁹ Çopuroğlu, s. 100; Şahin Emir, Analık, s.152.

⁴³⁰ Gaye Baycık, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 350; Fevzi Şahlanan, *İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri İşin Düzenlenmesine İlişkin Genel Görüşme, Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2016, s. 93 ; Şahin Emir, Analık, s.144.

⁴³¹ Ekonomi, s. 44; Şahin Emir, Analık, s. 149.

⁴³² Arslan Ertürk, s. 362; Çalışkan, s. 97.

⁴³³ Taşkent / Kurt, s. 42; Arslan Ertürk, s. 362; Şahin Emir, Analık, s. 150.

sakınca görmemesi halinde süt izninin toplu kullanılabileceği düşünülebilirse de öğretide ifade edildiği üzere böyle bir uygulama süt izninin verilme amacıyla bağdaşmayacaktır⁴³⁴. Nitekim Yargıtay süt iznine ilişkin çeşitli kararlarında da süt izninin toplu olarak kullanılamayacağını açıkça ifade etmiştir⁴³⁵. Ancak günümüzde özellikle İstanbul gibi büyükşehirlerde işçinin evi ile işyeri arasının oldukça uzak olması nedeniyle süt izninin amacına uygun olarak kullanılmasının fiilen imkansız olduğu da göz önünde bulundurularak madde metninin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir⁴³⁶.

İşveren tarafından süt izninin kullandırılmaması halinde ise işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, işverenin de işçinin onay almaksızın süt izni kullandığı gerekçesi ile işten çıkarması halinde de haksız feshe ilişkin haklarından faydalanması mümkündür. Süt izni kullandırılmayan kadın işçinin işten ayrıldıktan sonra süt izni için ücret talep edip edemeyeceği ise Yargıtay'ın çeşitli kararlarında ele alınmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01.05.2007 tarihli kararında⁴³⁷, işverence süt izni verilmemesinin yaptırımının İş K. m. 104 hükmünde düzenlendiğini, bunun dışında süt izni kullandırılmayan işçiye ilave bir ücret ödeneceğine ilişkin bir hükmün mevzuatımızda yer almadığını, bu nedenle işçinin süt izninde de çalışmaya zorlanması halinde bu çalışmanın fazla çalışma olarak nitelendirilemeyeceğini ifade ederek işçinin süt izni alacağının reddedilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yargıtay'ın bu kararı, İş Kanunu m.104 kapsamında süt izni verilmemesinin yaptırımı tabi tutulmadığını, nitekim kanun hükmüne aykırılık yaptırımı bağlanmış olsa dahi bunun doğmuş olan bir alacağın istenemeyeceği anlamına gelmeyeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir⁴³⁸.

Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daireleri daha sonra verdikleri kararlarında ise, tıpkı yedi buçuk saati geçen gece çalışmasında zamlı ücret ödenmesine ilişkin bir hüküm bulunmamasına karşın dairelerin yerleşik içtihatları uyarınca %50 zamlı ücret

⁴³⁴ Ulusoy, s. 749; Taşkent / Kurt, s. 42; Arslan Ertürk, s. 362.

⁴³⁵ Yargıtay 9. HD, E. 2017/4543 K. 2017/7375 T. 27.4.2017, www. kazanci.com.tr (Erişim tarihi, 26.10.2022)

⁴³⁶ Arslan Ertürk, s. 362.

⁴³⁷ Yargıtay 9. HD, E. 2007/4893, K. 2007/13796, T. 01.05.2007 (Özel, s. 325-326).

⁴³⁸ Özel, s. 327-328; Taşkent/Kurt, s. 43.

ödenmesinin kabul edilmesi gibi süt izninin kullandırılmaması durumunda da kullandırılmayan sürenin %50 zamlı ücret üzerinden hesaplanması gerektiği kabul edilerek içtihat değişikliğine gidilmiştir⁴³⁹. Yargıtay'ın da kararlarında ifade ettiği üzere süt izninde çalışmaya zorlanan işçiye zamlı ücret ödenmesi gerektiğine ilişkin yaklaşım hakkaniyete, AY m.50 hükmüne ve kanun koyucunun hükmü getiriş amacına daha uygundur.

E. Gebe ve Emziren İşçilerin Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi

Gebe ve emziren işçilere yönelik çalışma yasakları getirilmesinin temel amacı anne ve bebeğin sağlığının korunmasıdır. Ancak anne ve bebeğin sağlığının korunması için İş K. m.74 hükmünde öngörülen izinler tek başına yeterli değildir. Hamile işçinin sağlıklı bir hamilelik dönemi geçirmesi için izin kullanmadığı dönemlerde de çalışma koşullarının özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim İş K. m. 74/5 hükmü ile hamile işçinin, doktor raporu ile gerekli görülmesi halinde sağlığına uygun hafif işlerde çalıştırılması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece işveren, hamile kişiler için uygun çalışma koşulları içermeyen bir işte çalışan hamile işçisini ücretinde herhangi bir indirim yapmaksızın sağlığına uygun daha hafif bir işte çalıştırmakla yükümlü kılınmıştır.

İş Kanunu'nun yanı sıra 6331 sayılı Kanun m. 10 hükmü ile de hamile veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların durumuna ilişkin olarak iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlü kılınmıştır. Hamile ve emziren işçilerin çalışma koşullarına yönelik yapılan risk değerlendirmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ise GebeEKY de yer almaktadır. Anılan yönetmelik uyarınca işveren, hamile olduğunu veya yeni doğum yaptığını kendisine bildiren işçinin sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma koşullarının çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendirerek yönetmelik ekinde bulunan önlemleri almalıdır⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Yargıtay 9. HD, E. 2017/16933 K. 2017/19050 T. 25.07.2017 , E. 2020/4320 K. 2021/1447 T. 19.01.2021, Yargıtay 22. HD, E. 2015/12878 K. 2016/17527 T. 13.06.2016, E. 2017/26761 K. 2020/518 T. 16.01.2020. www. kazanci.com.tr (Son erişim tarihi, 15.11.2022)

⁴⁴⁰ Yiğit / Topkaya, s. 56; Urhanoglu Cengiz, Analık, s. 23.

Yönetmelik ekinde yer verilen önlemlerin önemli bir kısmı gebe, yeni doğum yapmış ve emziren çalışanlar için çalışma yasağı niteliğindedir. Buna göre hamile işçilerin ani darbelere, sarsıntıya, uzun süreli titreşime maruz kalacağı işlerde ve iş makineleri ile koruyucu donanım verilse dahi 80 dB(A) yı geçen gürültülü ortamlarda çalışmaları yasaktır. Bunun yanı sıra hamile, yeni doğum yapmış ve emziren çalışanların iyonize radyasyona maruz kalabileceği işlerde, *Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik*⁴⁴¹'te tanımlanan grup 2, grup 3 ve grup 4 biyolojik etkenlerin risk teşkil ettiği yerlerde ve işlerde, Hepatit virüsü, Rabies virüs (kuduz), tüberküloz virüsü, kene kaynaklı enfesit gibi virüslere maruz kalabileceği EK-II'de sayılan iş ve işyerlerinde, kendilerinin ve bebeklerinin sağlığını olumsuz etkileyecek şekilde elle taşıma, yükleme ve araçsız taşıma işlerinde, koruyucu ekipman kullanılması gereken işlerde uygun koruyucu sağlanamadığı durumlarda ve kanserojen, mutajen, çok toksik, toksik, zararlı, alerjik, üreme için toksik ve emzirilen çocuğa zararlı olabilen kimyasalların üretildiği, işlendiği, kullanıldığı işlerde çalışmaları yasaktır. Ancak gebe, yeni doğum yapmış ve emziren çalışanların kimyasal etkenlerin bulunduğu işlerde çalıştırılmaları zorunluysa her türlü önlem alınarak ve sağlık durumları ile etken maddeye maruziyet düzeyleri sürekli kontrol altında tutularak çalışmaları mümkündür. Yönetmelik kapsamında getirilen çalışma yasakları 92/85/EEC sayılı direktifin 6. maddesi uyarınca EK-2 listesinde öngörülen çalışma yasaklarından daha geniş niteliktedir.

Gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçilerin çalışmalarına izin verilen işlerde ise, çalışma saatleri ve ara dinlenmeleri geçici olarak yeniden düzenlenmesi, çalışma mahallinin gebe veya emziren çalışanların duruş problemlerini ve kaza riskini azaltacak şekilde yeniden düzenlenmesi mümkünse işçinin oturarak çalıştırılması, hamile çalışanın yüksekte çalışmaması, iş stresinin azaltılması, fazladan dinlenme ve iyileştirici olanakların sağlanması ve zorunlu olmadıkça bu işçilerin yalnız çalıştırılmamalarını sağlanması gerekmektedir⁴⁴².

İşveren tarafından çalışma koşullarına yönelik yapılan risk değerlendirmesinin sonucunda, hamile veya yeni doğum yapmış işçinin çalışma koşulları ve saatlerinin GebeEKY EK-1, EK-2 ve EK-3 de yer alan risklere maruz kalmasını önleyecek

⁴⁴¹ 15.06.2013 Tarih ve 28678 Sayılı Resmi Gazete.

⁴⁴² İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik EK-1 m. 49: "Gebe ve emziren kadınların uzanarak dinlenebilecekleri uygun şartlar sağlanır."

şekilde değiştirilmesi, bu mümkün değilse işçinin başka bir işe aktarılması, bunun da mümkün olmaması halinde ve işçinin isteği üzerine tabi olduğu diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ücretsiz izinli sayılmasının sağlanması gerekmektedir⁴⁴³ (GebeEKY m.7) . 92/85/EEC m.5/3 hükmünde ise GebeEKY m.7 hükmünden farklı olarak yapılan risk değerlendirmesi sonucu gebe veya emziren çalışanın başka bir işe aktarılması mümkün değilse sağlık ve güvenliğin korunması için gerekli olan tüm süreler için işçiye ücretli izin verilmesi öngörülmüştür.

Gebe ve emziren işçilerin çalışma koşullarının düzenlendiği yönetmelikte EK-1, EK-2 ve EK-3 de yer alan risklerin yanı sıra hamile ve emziren işçilerin fazla çalışma yapması da sağlıkları için sakıncalı görülmüş ve GebeEKY m.9 hükmü ile hamile veya emziren çalışanların günde yedi buçuk saatten fazla çalışma yapamayacakları düzenlenmiştir. Anılan hüküm çalışma yasağı niteliğinde olduğundan aksinin kararlaştırılması mümkün değildir.

V. Çalışma Hakkı ile Çalışma Yasakları Arasında Kurulan Denge

Gebelik ve analık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının temel amacı kadın işçinin çalışma hakkının korunmasıdır. Gebelik ve analık hali, kadınların işe alınmama, işten çıkarılma, doğumdan sonra eski işine geri dönememe yahut yeniden iş bulamama gibi durumlarla karşılaşmalarına yol açtığından çalışma yasakları ile kadın işçilerin cinsiyetlerinden kaynaklanan özellikleri nedeniyle ayrımcılığa uğramaksızın çalışma yaşamına katılabilmeleri sağlanmaya çalışılmıştır⁴⁴⁴. Bunun yanı sıra kadın işçinin diğer işçilere göre fiziksel olarak daha dezavantajlı konumda bulunan hamile veya yeni doğum yapmış kadın işçilere özgü bir takım yasakların öngörülmesi bu işçilerin fiziksel ve psikolojik sağlığını koruyarak çalışma haklarını etkin bir şekilde kullanabilmelerini sağlama amacına da hizmet etmektedir.

Ancak zaman içerisinde gebelik ve analık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması konusunda tek başına yeterli olmadığı görülmüştür. Nitekim, doğum sonrası analık izninin bitiminden sonra annenin çocuğuyla daha fazla ilgilenme isteği sırf çocuğu ile ilgilenmek için işten

⁴⁴³ Köseoğlu, s. 103; Urhanoğlu Cengiz, Analık, s. 23.

⁴⁴⁴ Çalışkan, s. 101.

ayrılması sonucunu doğurabilmektedir. Bunu önlemek ve kadın istihdamını arttırmak isteyen kanun koyucu İş K. m.74 hükmü ile işçi tarafından talep edilmesi halinde işveren tarafından kullandırılması zorunlu olan iki farklı ücretsiz izin hakkı öngörülmüştür. Ücretsiz izin hakkının bir çalışma yasağı olarak düzenlenmemiş olması kadın işçiye iş ve aile hayatını dilediği gibi organize edebilmesi hususunda bir esneklik tanımıştır.

Bir çalışma yasağı olmamakla birlikte tıpkı çalışma yasakları gibi çalışma hakkının etkin bir şekilde kullanılması amacına hizmet eden ücretsiz izin haklarının yalnızca kadın işçilere tanınması ise uygulamada başka sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Nitekim, kadın işçilere tanınan hak ve yasakların sürekli genişlemesi kadın işçilerin işverenler tarafından tercih edilmemesine sebep olmuş ve aile yükümlülüklerinin yalnızca kadınlar tarafından yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini besleyerek istenilenin aksine kadın istihdamını azaltıcı etki doğurmuştur. Kadın işçilerin çalışma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi amacıyla hem uluslararası mevzuatta hem de hukukumuzda, çocuk bakımına ilişkin izinlerin anne olan işçinin yanında baba olan işçiye de kullandırılmasını öngören ebeveyn izni kavramı ortaya çıkmıştır.

Görüldüğü üzere gebelik ve analık nedeniyle getirilen çalışma yasakları ile kadın işçilerin çalışma hakkı arasındaki denge ücretsiz izin hakkı ve ebeveyn izniyle sağlanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle, bir çalışma yasağı olmamakla birlikte çalışma yasakları ile olan ilişkisi nedeniyle İş K. m. 74/2 ve 6 kapsamında öngörülen ücretsiz izin hakkı ile İş K. m. 13/5 kapsamında öngörülen ebeveyn iznine çalışmamız kapsamında da kısaca yer verilmiştir.

A. Ücretsiz İzin Hakkı

6663 Sayılı Kanun'un İş K. yaptığı değişiklik sonucu mevzuatımıza giren ve öğretide “yarım çalışma izni⁴⁴⁵” olarak adlandırılan ücretsiz izin hakkı kapsamında işveren, doğum sonrası analık izninin bitiminden sonra çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla çocuğu hayatta olan kadın işçinin isteği halinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz

⁴⁴⁵ Köseoğlu, s. 106; Çalışkan, s. 67; Şahin Emir, Analık, s. 112.

seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullandırmak zorundadır⁴⁴⁶. (İş K. m.74/2) Kanunda öngörülen bu süreler çoğul gebelik halinde otuzar gün uzatılmaktadır. Çocuğun engelli doğması halinde ise kaçınıcı doğum olduğuna bakılmaksızın izin süresi üç yüz altmış gün olarak belirlenmiştir. *Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik*⁴⁴⁷ (AnaKSCY) m.6/3 hükmü ile çocuğun engelli doğduğunun doktor raporu ile belgelendirilmesi şartı aranmıştır. Kanunda öngörülen yarım çalışma izin sürelerinin tarafların anlaşması veya toplu iş sözleşmesi hükümleriyle işçi lehine arttırılması mümkündür⁴⁴⁸.

İş Kanunu madde 74/2 hükmü ile yeni doğum yapmış kadın işçinin yanı sıra üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere de yarım çalışma izni hakkı tanınmıştır. Her ne kadar bu konuda kanunda veya yönetmelikte açık bir hüküm bulunmasa da tıpkı doğum yapan kadın işçide olduğu gibi evlat edinen işçinin de çocuklarının sayısı göz önünde bulundurularak izin süresinin kademeli olarak arttırılması gerekmektedir⁴⁴⁹.

Yarım çalışma izni, sebebe bağlı değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmektedir⁴⁵⁰. Nitekim İş K. m. 72/2 gereğince işçinin çalışma süresinde geçici bir değişiklik meydana gelmekte ve haftalık çalışma süresinin yarısı kadar bir süre için iş görme borcundan kurtulmaktadır⁴⁵¹. Yarım çalışma izninin işçinin çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla verilmesi bu iznin sebebe bağlı bir yenilik doğuran hak olduğunu göstermektedir⁴⁵².

⁴⁴⁶ 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 104/F hükmü uyarınca yarım çalışma izni hakkı tanınmıştır. DMK m.104/F: “Doğum sonrası analık izni süresi sonunda kadın memur, isteği hâlinde çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilir. Çoğul doğumlarda bu sürelerle birer ay ilave edilir. Çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanır.”

⁴⁴⁷ 08.11.2016 Tarih ve 29882 Sayılı Resmi Gazete.

⁴⁴⁸ Şahin Emir, Analık, s. 126.

⁴⁴⁹ Köseoğlu, s. 106, dn. 35 ; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 182; Şahin Emir, Analık, s. 122.

⁴⁵⁰ Ocak, Ücretsiz İzin, s. 202; Şahin Emir, Analık, s. 112 ;

⁴⁵¹ Şahin Emir, Analık, s. 113; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 202.

⁴⁵² Şahin Emir, Analık, s. 112.

Yarım çalışma izni kullanan işçilere 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu⁴⁵³, nun ek m. 5 hükmünde yer verilen koşulların yerine getirilmesi halinde⁴⁵⁴ verilen izin süresince yarım çalışma ödeneği ödenecek olup⁴⁵⁵ işveren sadece işçinin çalıştığı sürenin ücretini ödemekle yükümlüdür.

Yarım çalışma izninin kullanılabilmesi için işverene talepte bulunulması gerekmektedir. İşveren ise yarım çalışma izni talep eden işçiye talebi doğrultusunda izin kullandırmakla yükümlü olup bu süre içerisinde işçiye çalıştırması yasaklanmıştır. Bununla birlikte kanunda işçinin izin talebinde bulunma süresi ve şekline ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre yarım çalışma izninin 4447 Sayılı Kanun ek m. 5 hükmünde yer alan yarım çalışma ödeneği ile bağlantılı olması nedeniyle ilgili maddede aranan analık izninin bitiminden itibaren otuz gün içinde başvuru şartının yarım çalışma izni talep süresi olarak da uygulanması gerekmektedir⁴⁵⁶. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise yarım çalışma izin talebinde bulunma süresi ve şekline ilişkin olarak İş K. m. 13/5 hükmünde yer alan *işçinin talebini en az bir ay önceden yazılı olarak bildirmesi* gerektiğine ilişkin düzenleme kıyasen uygulanmalıdır⁴⁵⁷. İşverene en az bir ay önceden haber verilmesi onun işin düzenine ilişkin hazırlık yapabilmesine imkan sağlayacaktır⁴⁵⁸. Yarım çalışma izni kullanma talebinin işverene yazılı olarak bildirilmesi ise işçiye ispat kolaylığı sağlaması açısından aranmalıdır.

Yarım çalışma izninde haftalık çalışma süresi kavramından İş K. m. 63 hükmü ile uyumlu bir şekilde işçinin çalıştığı işyerinde izin kullanmadan önceki haftalık çalışma süresinin anlaşılması gerekmektedir⁴⁵⁹. İş Kanunu m. 63 hükmünde yalnızca tam süreli çalışanlara ilişkin haftalık çalışma süresi düzenlediği için kısmi süreli olarak çalışan işçilerin yarım çalışma izninden yararlanması mümkün değildir⁴⁶⁰. Kısmi

⁴⁵³ 08.09.1999 Tarih ve 23810 Sayılı Resmi Gazete.

⁴⁵⁴ 4447 Sayılı Kanun Ek madde 5: “...*Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir.*”

⁴⁵⁵ 4447 sayılı Kanun kapsamında yarım çalışma izni kullanan işçiye yarım çalışma ödeneği ödenmesi nedeniyle İş K. m.74/2 hükmünde yer alan iznin gerçek anlamıyla ücretsiz izin olmadığı yönünde bkz. Centel, Analık, s.12.

⁴⁵⁶ Caniklioğlu, s. 144; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat/Özkaraca, s. 800.

⁴⁵⁷ Ocak, Ücretsiz İzin, s. 192; Şahin Emir, Analık, s. 119.

⁴⁵⁸ Şahin Emir, Analık, s. 119.

⁴⁵⁹ Şahin Emir, Analık, s. 127 ; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 188.

⁴⁶⁰ Çalışkan, s. 69; Şahin Emir, Analık, s. 127.

sürelî iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin çalışmadığı sürelerde çocuklarıyla ilgilenmesi mümkün olduğu için bu işçilere yarım çalışma izni hakkı tanınmamıştır⁴⁶¹.

Yarım çalışma izinlerinin birleştirilerek toplu olarak kullanılması mümkün değildir⁴⁶². Bu kapsamda örneğin altmış gün yarım çalışma izni olan işçinin ilk otuz gününü izinli geriye kalan otuz gününü ise çalışarak geçiremeyecektir⁴⁶³. Buna karşılık öğretide haftanın altı günü çalışılan bir işyerinde yarım çalışma izninin haftanın üç günü çalışmamak veya her gün yarım gün çalışma biçiminde kullanılabileceği⁴⁶⁴ ifade edilmişse de iznin verilme amacının işçinin çocuğuyla her gün ilgilenebilmesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda yarım çalışma izninin sadece her gün yarım çalışma biçiminde kullanılması gerekmektedir⁴⁶⁵. Nitekim, yarım çalışma izni kullanan işçinin izin süresince günde toplam bir buçuk saat verilen süt izninden faydalanamayacağını öngören hüküm de bunu destekler niteliktedir⁴⁶⁶.

İş K. m. 74 kapsamında yarım çalışma izninin yanı sıra çocuğuyla daha fazla ilgilenmek isteyen kadın işçiler için analık izinlerinin bitiminden sonra işverenden talepte bulunmaları halinde altı aya kadar ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür⁴⁶⁷. (İş K. m.74/6, ayrıca AnaKSCY m.7) Bu izin hakkı yeni doğum yapmış kadın işçilerin yanı sıra üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme halinde eşlerden birine veya evlat edinene de tanınmıştır. Kanunun lafzından işçinin en fazla altı ay boyunca ücretsiz izin kullanabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla işçinin isteği doğrultusunda altı aydan daha kısa bir süre de ücretsiz izin kullanması mümkündür. İşçinin doğum nedeniyle ücretsiz izinde olduğu süreler ise yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmayacaktır.

Her ikisi de İş Kanunu'nun 74. maddesinde düzenlenen yarım çalışma izni ile altı aylık ücretsiz izin hakkının birbirini tamamlar nitelikte mi yoksa birbirinin alternatifini mi olduğu konusunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Yarım çalışma izni ile altı aylık ücretsiz izin hakkının birbirinin alternatifini olduğu kabulü halinde

⁴⁶¹ Şahin Emir, Analık, s. 127.

⁴⁶² Köseoğlu, s. 107; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 190; Şahin Emir, Analık, s.129.

⁴⁶³ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s.802.

⁴⁶⁴ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/Özkaraca, s.802; Ocak, Ücretsiz İzin, s. 191.

⁴⁶⁵ Köseoğlu, s. 107. Aksi yönde Ocak, Ücretsiz İzin, s. 191.

⁴⁶⁶ Köseoğlu, s. 107.

⁴⁶⁷ DMK m. 104/F hükmünde kadın memurlar ile eşi doğum yapmış erkek memurlar için yirmi dört aya kadar ücretsiz hakkı tanınmıştır.

işçi bu izinlerden sadece birini seçebilecektir⁴⁶⁸. Nitekim öğretide de her iki iznin de analık izninin bitiminden itibaren başlaması karşısında bu iki iznin birbirini izler şekilde kullanılamayacağı savunulmaktadır⁴⁶⁹.

Buna karşılık İş K. m. 74/2 ve m.75/6 hükümlerinde düzenlenen izin haklarının birbirlerini tamamlar nitelikte olduğunun kabul edilmesi halinde ise, işçinin hem yarım çalışma izninden hem de bu izinden arta kalan sürede ücretsiz izin hakkından yararlanabilecektir⁴⁷⁰. Bu kapsamda örneğin işçi analık izninin bitiminden itibaren altmış gün yarım çalışma izni kullandıktan sonra kalan dört ayda ücretsiz izin hakkından faydalanabileceği gibi yarım çalışma izninin kullanılabileceği azami süre dolmamak kaydıyla işçi hali hazırda kullanmakta olduğu ücretsiz izin uygulamasını sonlandırarak yarım çalışma izni hakkını kullanabilecektir⁴⁷¹. Kanaatimizce de yarım çalışma izni ve ücretsiz izin birbirini tamamlar nitelikte olup kadın işçi diğer iznin kullanılabileceği azami sürenin dolmaması ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde davranılması kaydıyla kullanmakta olduğu izni sonlandırarak diğer izni kullanmayı işverenden talep edebilecektir.

Türk Hukukunda işçilerin gebelik ve analık nedeniyle kullandıkları izin sonrasında eski işine geri dönmesi ve iznin kullanıldığı süre içerisinde işçilik haklarında meydana gelen iyileştirmelerden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁷². Ancak özellikle altı aylık ücretsiz izin süresince işveren tarafından işin düzenlenmesine ve çalışma koşullarına ilişkin olarak işçi lehine veya aleyhine pek çok düzenleme yapılması mümkündür. Nitekim bazı işverenler işçinin altı aylık ücretsiz izin hakkını kullandıktan sonra işe dönen işçiye eski pozisyonunun dolu olduğu gerekçesiyle başka bir pozisyon teklif etmektedir. Bu durumda Yargıtay muhtelif kararlarında, ücretsiz izin kullanan kadın işçinin izin dönüşü eski işine ya da eski işine benzer bir işte çalışması gerektiğini ve alt bir pozisyonda çalışmak istemeyen işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından

⁴⁶⁸ Centel, Analık, s. 12; Şahin Emir, Analık, s. 140; Arslan Ertürk, s. 361.

⁴⁶⁹ Centel, Analık, s. 12; Şahin Emir, Analık, s. 140; Saim Ocak, “Doğum/Evlad Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı: 37, Temmuz ,2017, s. 94.(Kısmi Süreli Çalışma)

⁴⁷⁰ Ocak, Ücretsiz İzin, s. 192-193. Ulusoy’a göre ise yarım çalışma izni bittikten sonra işçi kalan sürede değil altı aylık süre boyunca ücretsiz izin hakkından yararlanması mümkündür. Ulusoy, s. 753. Aynı yönde Köseoğlu, s. 109, dn. 43.

⁴⁷¹ Ocak, Ücretsiz İzin, s.192-193.

⁴⁷² Şahin Emir, Analık, s. 271.

feshedildiğinin kabul edileceğini hüküm altına almıştır⁴⁷³. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu tutumu kadın işçilere ilişkin uluslararası mevzuat hükümlerine de uygun düşmektedir. Nitekim 183 No'lu ILO Sözleşmesi m.8/2 ve 2002/73/EEC Sayılı AB Direktifi m. 2/7 hükümleri kapsamında kadın işçi izin süresi bittikten sonra eski işine ya da eski işine benzer bir işe başlama hakkına sahiptir. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere kadın işçinin gebelik ve analık nedeniyle kullanmış olduğu izinlerden dolayı ortaya çıkan iş gücü açığının izin kullanan işçiyi mağdur etmeksizin izin süresine boyunca yeni bir işçiyi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür⁴⁷⁴. Dolayısıyla işçinin yasal izin hakkını kullanması nedeniyle işinden uzun bir süre ayrı kalması izin dönüşünde işçiye daha alt bir pozisyon teklif edilmesi için haklı bir gerekçe oluşturmayacaktır⁴⁷⁵.

Doğum sonrası ücretsiz izin uygulamasından yararlanan işçinin izin süresince işveren tarafından gerçekleştirilen ücret artışı ile ücret dışındaki ek ödemelerden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda ise izinden dönen işçinin izin kullandığı sırada iş koşullarında meydana gelen iyileştirmelerden yararlandırılması gerektiği söylenebilecektir⁴⁷⁶. Nitekim, aksinin kabulü halinde işçi sırf gebeliği nedeniyle ayrımcı bir muameleye maruz bırakılmış olacaktır⁴⁷⁷.

Her ne kadar ücretsiz izin dönüşünde kadın işçinin karşılaştığı problemler yargı kararları vasıtası ile büyük ölçüde işçi lehine çözülmüşse de sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi korumak ve işçinin sırf kanunun kendisine tanıdığı haktan yararlanması nedeniyle mağdur olmasını önlemek amacıyla işçilerin gebelik ve analık nedeniyle kullandıkları izin sonrası işe dönüşlerinde çalışma koşullarına ilişkin yasal bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁷³ Yargıtay HGK., E. 2015/22-1621 K. 2018/484 T. 14.03.2018. Ücretsiz izin dönüşünde işçiye daha alt bir pozisyon teklif edilmesinin aynı zamanda cinsiyet nedeniyle ayrımcılık oluşturduğu yönünde bkz. Yargıtay 9. HD., E. 2009/19835 K. 2011/46440 T. 29.11.2011.

⁴⁷⁴ Yargıtay 9. HD., E. 2007/41015 K. 2008/17093 T. 23.06.2008. Kararın incelemesi için bkz. Burhan Özdemir, "Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 16, 2009, s. 100-110; Şahin Emir, Analık, s. 276.

⁴⁷⁵ Şahin Emir, Analık, s. 275 ; Özdemir, s. 108.

⁴⁷⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1422 ; Şahin Emir, Analık, s. 272.

⁴⁷⁷ Şahin Emir, Analık, s. 274.

B. Ebeveyn İzni

Öğretide yalnızca kadın işçilere verilen doğum izinlerinin sürekli genişletilmesinin kadın işçilerinin istihdamlarını arttırmak yerine işverenler tarafından tercih edilmeme riskini doğurarak istihdamı azalttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁷⁸. Nitekim biyolojik nedenlerle zorunlu olarak kadına verilmesi gereken izinler hariç olmak üzere çocuk bakımına yönelik bütün izinlerin yalnızca kadına özgülenmesi, kadını yalnızca eş ve anne olarak konumlayan ve ikincil işgücü olarak kabul eden geleneksel algıyı besleyerek kadın istihdamını azaltıcı etki doğurması da mümkündür. Bu nedenle uluslararası alanda da çocuk bakımına yönelik hak ve yasakların anne ve baba bakımından eşit olarak düzenlenmesine ilişkin çalışmalar yürütülmüş ve ebeveyn izni kavramı ortaya çıkmıştır.

Hukukumuzda ebeveyn izni kavramı İş K. m. 13/5 hükmünde düzenlenmiştir⁴⁷⁹. Buna göre, İş K. m.74 kapsamında öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar⁴⁸⁰ anne veya baba kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilecektir. Anne veya babanın kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmesi için çocuk ile aralarında soy bağının kurulmuş olması yeterli olup anne ve babanın velayet hakkına sahip olması veya evli olmaları aranmamıştır⁴⁸¹. İş Kanunu m.13/5 hükmü uyarınca çocuğun anne ve babasının yanı sıra üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya tek başına evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren kısmi süreli çalışma hakkından faydalanabilmesi mümkündür. İş Kanunu m. 13/5 hükmünde yer alan bu düzenleme 96/34/EEC Sayılı Ebeveyn İzni Çerçeve Antlaşması Hakkındaki AB Direktifiyle uyumludur⁴⁸².

İş Kanunu m. 74 hükmünde öngörülen diğer izinlerin aksine ebeveynlik nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkından yalnızca İş K. kapsamında bir iş sözleşmesiyle çalışan işçiler faydalanabilecektir. Yine işin niteliği gereği kısmi süreli

⁴⁷⁸ Centel, Analık, s. 16; Gökçeoğlu Balcı, s. 1281-1282.

⁴⁷⁹ Çalışkan, s. 102.

⁴⁸⁰ Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği m.11/6 hükmü uyarınca 60 aydan veya istisnai durumlarda 72 aydan küçük çocuğu bulunanlar kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilecektir. Caniklioğlu, s. 118.

⁴⁸¹ Çalışkan, s. 104-106.

⁴⁸² Köseoğlu, s. 113, dn. 54.

çalışma talebinde bulunacak işçinin kısmi süreli değil tam süreli iş sözleşmesiyle çalışıyor olması gerekmektedir⁴⁸³.

Ebeveynlerden birinin İş K. m.13/5 hükmü uyarınca kısmi olarak çalışabilmesi için kanun bir takım koşulların yerine getirilmesini öngörmüştür. Bu kapsamda kısmi süreli çalışma yapılabilmesi için ebeveynlerden birinin işverene talepte bulunması ve AnaKSCY m. 10 hükmünde yer alan istisnalar⁴⁸⁴ dışında kısmi süreli çalışma talebinde bulunacak işçinin eşinin de çalışıyor olması gerekmektedir.

Mecburi ilköğretim çağına gelmemiş bir çocuğu bulunan ebeveynlerden birinin İş K. m.13/5 hükmünde öngörülen kısmi süreli çalışma hakkından faydalanabilmesi için işverene talepte bulunması zorunludur. Talebin süresi, şekli ve unsurları ise yönetmelik hükümleri ile düzenlenmiştir. Buna göre, kısmi süreli çalışma hakkını kullanmak isteyen kişi İş K. m. 74 hükmünde yer alan izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar herhangi bir zamanda işverene talepte bulunabilecektir. Ancak İş K. m.74 hükmünde yer alan izinlerden sadece çalışma yasağı niteliğinde olan analık izninin kullanılması zorunlu olup işçinin isteğe bağlı olan yarım çalışma izni ve ücretsiz izin haklarını kullanmaksızın kısmi süreli çalışma için işverene talepte bulunması mümkündür⁴⁸⁵. İşçinin analık izninden sonra yarım çalışma izni hakkını kullanmaya başlaması halinde ise bu izin süresi dolmadan kısmi süreli çalışma hakkından yararlanması mümkün değildir⁴⁸⁶. Buna karşılık, işçinin ücretsiz izin kullanmayı seçmesi durumunda bu iznin tamamının kullanılması gerekmediği ve işçinin dilerse ücretsiz izin kullanmaktan vazgeçerek kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği AnaKSCY m. 8/2 hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

Kısmi süreli çalışma talebinin işverene kısmi süreli olarak çalışmaya başlamadan en az bir ay önce yazılı olarak iletilmesi gerekir. Talebin içeriğinde yer

⁴⁸³ Ocak, Kısmi Süreli, s. 55.

⁴⁸⁴ AnaKSCY m. 10: “ (1) Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Ancak ,ebeveynlerden birinin çalışma şartı; a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi, b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması, c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi, hâllerinde aranmaz.”

⁴⁸⁵ Köseoğlu, s. 115-116; Caniklioğlu, s. 124; Çalışkan, s. 113.

⁴⁸⁶ Köseoğlu, s. 116; Çalışkan, s. 113.

alması gereken zorunlu unsurlar ise AnaKSCY m.9 hükmünde düzenlenmiştir. İşçi talebinde kısmi süreli çalışmaya başlamak istediği tarihi, tüm iş günlerinde çalışmak istemesi hâlinde mesai saatlerini, sadece haftanın belirli günlerinde çalışacak olması hâlinde ise çalışmak istediği iş günlerini işverene bildirmelidir. Ayrıca işçi, eşinin çalıştığına dair belgeyi de ebeveyn izni talep dilekçesine eklemek zorundadır.

İşverenin kural olarak işçinin kısmi süreli çalışma talebini karşılaması gerekmektedir. Ancak AnaKSCY m. 12/1 hükmü uyarınca özel sağlık sektöründe ilgili mevzuat kapsamında kendi birimindeki üst düzey çalışanlar ile sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde, işin niteliği gereği zorunlu olarak postalar halinde çalışılan işlerde, bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya ve taahhüt işlerinde ve niteliği gereği kısmi süreli çalışma yapmanın uygun olmadığı işlerde işverenin kısmi süreli çalışma talebini reddetme hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte, kısmi çalışma hakkının kullanılmasının işverenin onayına bağlı olduğuna ilişkin hüküm mutlak emredici nitelikte olmayıp toplu iş sözleşmesi hükümleri çerçevesinde bu işlerde de işverenin onayının aranmayacağı kararlaştırılabilecektir.

İşverenin kısmi süreli çalışma talebini kabul etmesinin zorunlu olduğu durumlarda ise AnaKSCY m. 11 hükmünde de yer verildiği üzere usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, talepte bulunulan tarihten en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanmalıdır. İşverenin talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde kısmi süreli çalışma istemini kabul ettiğine yönelik yazılı cevap vermeyerek sessiz kalması veya talebi açıkça reddetmesi halinde ise AnaKSCY m. 11/3 hükmü uyarınca kısmi süreli çalışma talebi işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanacaktır⁴⁸⁷. İşçinin İş K. m.13/5 ve AnaKSCY de yer alan hükümlere uygun bir şekilde kısmi süreli çalışmaya başlaması halinde bu durum işveren tarafından geçerli fesih nedeni olarak kabul edilemeyecektir.

İşverenin AnaKSCY m. 12 de sayılan işler dışında işçinin kısmi süreli çalışma istemini kabul etmesi zorunlu olmakla birlikte işçinin kısmi süreli olarak çalışacağı günlerin veya çalışma saatlerinin belirlenmesinde işverenin takdir yetkisi

⁴⁸⁷ Çalışkan, s. 118.

bulunmaktadır⁴⁸⁸. Nitekim AnaKSCY m. 15 hükmünde de belirtildiği üzere işçinin tüm iş günlerinde çalışmak istemesi hâlinde mesai saatleri, işçinin sadece haftanın belirli günlerinde çalışmak istemesi hâlinde ise çalışacağı iş günleri o yerin gelenekleri, işçinin çalıştığı işin niteliği ve işçinin istemi göz önünde bulundurularak işveren tarafından belirlenecektir.

Ebeveyn izni hakkının kullanılabilmesi için işçinin talepte bulunması tek başına yeterli değildir. Eşlerden birinin çalışmaması halinde çalışmayan eşin çocukla ilgilenebileceği gerekçesi ile işçiye ebeveyn izni hakkının tanınabilmesi için AnaKSCY m. 10 hükmünde belirtilen istisnalar dışında talepte bulunmayan eşin çalışıyor olması şartı da aranmaktadır. Kanun maddesinde “ebeveyn” yerine “eş” tabiri kullanıldığı için çalışma şartı yalnızca birbiriyle evli olan ebeveynler bakımından aranacaktır⁴⁸⁹. Yine İş K. m. 13/5 kapsamında özel olarak bir iş sözleşmesiyle çalışma şartı aramadığı için kısmi süreli çalışma talebinde bulunmayan diğer eşin kısmi süreli, bağımsız veya memur olarak çalışıyor olmasının da bir önemi bulunmamaktadır⁴⁹⁰. Eşlerden her ikisinin çalışma şartı ise sadece başvuru sırasında aranacak olup kısmi süreli çalışma hakkının kullanılırken diğer eşin işten ayrılmış olması halinde de işçi izin hakkını kullanmaya devam edebilecektir. (AnaKSCY m. 10/2)

Ebeveyn izninden faydalanan işçinin izin süresinin sonuna kadar kısmi süreli çalışması zorunlu değildir. İşçinin işverene en az bir ay önceden yazılı olarak talepte bulunması halinde aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilmesi mümkündür. İşçinin kendi isteğiyle veya ebeveyn izninin bitmesi nedeniyle tam zamanlı olarak çalışmaya başlaması durumunda ise yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. (İş K. m. 13/5)

⁴⁸⁸ İşçinin hangi gün ve saat aralıklarında çalışacağı konusunda işverenin takdir yetkisi bulunmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. Caniklioğlu, s. 130-131.

⁴⁸⁹ Köseoğlu, s. 114, dn. 56; Caniklioğlu, s. 120; Çalışkan, s. 106.

⁴⁹⁰ Caniklioğlu, s. 120; Çalışkan, s. 107; Ocak, Kısmi Süreli, s. 61-62.

BÖLÜM IV: YABANCILARA GETİRİLEN ÇALIŞMA YASAKLARI

I. Yabancı Kavramı

En sade şekliyle yabancı kavramı bulunduğu ülkenin vatandaşı olmayan kişiyi ifade etmektedir⁴⁹¹. Nitekim 1892 yılında Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından İsviçre'nin Cenevre kentinde yapılan toplantıda da yabancı kavramı “*bir devletin ülkesinde bulunup da, o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimse*” olarak tanımlanmıştır⁴⁹². Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yapılan bu tanım uyarınca yabancı, başka bir ülke vatandaşı olabileceği gibi vatansız yahut mülteci de olabilir⁴⁹³. Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 13 Aralık 1985 tarihinde kabul edilen ‘Yaşadıkları Ülkenin Uyuşu Olamayan Bireylerin İnsan Hakları Bildirisi’nin birinci maddesinde yabancı, “*bulunduğu ülkenin uyruğu olmayan kişi*” olarak tanımlanmıştır⁴⁹⁴.

Hukukumuzda ise yabancı kavramı 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁴⁹⁵ ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun (YUKK)⁴⁹⁶ tanımlar başlıklı üçüncü maddelerinde tanımlanmıştır. Buna göre hukukumuzda yabancı, “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi*” ifade etmektedir. Görüldüğü üzere hukukumuzda yabancı kavramı uluslararası alanda yapılan tanımlarla uygun bir şekilde vatandaşlık kriteri esas alınarak tanımlanmaktadır. Nitekim öğretide de yazarların büyük bir kısmı yabancı kavramını

⁴⁹¹ Ergin Ergül, “Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukunda Yabancı Kavramı ve Türleri”, **Türk İdare Dergisi**, S. 475, Aralık, 2012, s. 214 ; Er, s. 178.

⁴⁹² Aysel Çelikel / Günseli Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 24. Bası, Beta, Aralık, 2018, s. 16; İhtar Urhanoglu Cengiz, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. 4, S.19, 2008, s. 190. (Yabancılar) Ergül’e göre Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından yapılan tanım Türkçeye yanlış çevrilmiştir. Yazarın “Yabancıların Kabulü ve Sınır Dışı Edilmesi Konusunda Uluslararası Kurallar” başlıklı belgenin Fransızca orijinal metninden yaptığı çeviriye göre yabancı kavramı “*sadece geçici veya mukim ya da yerleşik, mülteci veya ülkeye kendi istekleri ile girmiş olup olmadıkları fark etmeksizin, bir devletin ülkesinde bulunup da, halen vatandaşlık hakkı olmayan kimseyi*” ifade etmektedir. Ergül, s. 216;

⁴⁹³ Çelikel / Gelgel, s. 16; Ergül, s. 216.

⁴⁹⁴ Ergül, s. 216 ; Aydoğan Asar, **Yabancılar Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021/9, s. 24.

⁴⁹⁵ 12.06.2009 Tarih ve 27256 Sayılı Resmi Gazete.

⁴⁹⁶ 11.04. 2013 Tarih ve 28615 Sayılı Resmi Gazete.

sahip olunan haklar açısından tanımlamak yerine vatandaşlık kriterini göz önüne alarak tanımlamaktadır⁴⁹⁷.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında yabancı gerçek kişiler⁴⁹⁸, başka bir ülke vatandaşlığı bulunup bulunmadığına, uluslararası korumadan veya geçici korumadan yararlanıp yararlanmadığına göre çeşitli kategorilere ayrılmaktadır. Bu kapsamda, herhangi bir ülke vatandaşlığı bulunmayanlar vatansız olarak isimlendirilirken uluslararası korumadan yararlanan yabancılar mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri olarak üçe ayrılmaktadır⁴⁹⁹. Geçici koruma statüsü sahipliği ise uluslararası koruma statüsünden ayrı bir şekilde düzenlenmiş olup Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan en son verilere göre ülkemizde 3.657.694 (üç milyon altı yüz elli yedi bin altı yüz doksan dört) kişi geçici korumadan yararlanmaktadır⁵⁰⁰.

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenen mavi kartlılar ile Uluslararası İşgücü Kanunu⁵⁰¹ (UİK) kapsamında düzenlenen turkuaz kartlılar ise imtiyazlı yabancılar kategorisinde yer almaktadır. İlgili kanun ve yönetmeliklerde öngörülen şartları yerine getirerek bu statülere sahip olan yabancılar, ikamet ve çalışma izni bakımından daha ayrıcalıklı bir konuma sahiptir⁵⁰².

Son olarak, çalışmamız kapsamında yabancılara getirilen çalışma yasaklarının neredeyse tamamından muaf olan ve istisnai olarak çalışma izni alabilecek yabancılar arasında sayılan Türk soylu yabancıların kim olduğunun da incelenmesi gerekmektedir.

⁴⁹⁷ Bülent Çiçekli, **Yabancılar ve Mülteci Hukuku (6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş)**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016/4, s. 24; Asar, s. 23 ; Çelikel/Gelgel, s. 16.

⁴⁹⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu yalnızca yabancı gerçek kişilerle ilgili düzenlemeler getirmekte olup yabancı tüzel kişiler kanunun kapsamında yer almamaktadır. Rifat Erten, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19, S. 1, 2015, s. 8.

⁴⁹⁹ Neşe Baran Çelik, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, Özel Sayı, 2015, s. 73 ; Nasih Sarp Ergüven/ Beyza Özturanlı, “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 4, 2013, s. 1033.

⁵⁰⁰ Yıllara göre geçici koruma statüsü sahibi Suriyelilere ilişkin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan tablolar için bkz.

<https://web.archive.org/web/20190903234754/https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> (Son erişim tarihi 06.12.2022)

⁵⁰¹ 28.07.2016 Tarih ve 29800 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁰² Çelikel/Gelgel, s. 31 ; Gülce Gümüşlü Tunçağıl, “Yabancıların Türkiye’de Eğitim Hizmetinde Çalışması”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S. 1, 2019, s. 71.

A. Vatansızlar

Vatansız, herhangi bir devletin yasaları uyarınca vatandaşı sayılmayan kişidir⁵⁰³. Siyasi sebeplerden dolayı vatandaşı bulunduğu devletin ona diplomatik koruma sağlamayı reddetmesi yahut kişinin vatandaşı olduğu devletten diplomatik koruma talep etmek istememesi hallerinde ise *de facto* vatansızlık söz konusudur⁵⁰⁴. Vatansızlar, YUKK m. 3 hükmünde ise “*hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. 6458 Sayılı Kanunda yer alan bu tanım 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme⁵⁰⁵ kapsamında öngörülen tanım ile uyum içerisindedir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 50 hükmü uyarınca vatansızlığı tespiti yetkili merci Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’dür. Vatansız yabancılara Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün uygun görüşü alınarak vatansızın bulunduğu ilin valiliğince düzenlenen ve ikamet izni yerine geçen Vatansız Kişi Kimlik Belgesi verilmektedir. (YUKK m. 50/2) Çalışma izni bakımından ise vatansızlar, UİK m. 16/1 f bendi uyarınca çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar arasında yer almaktadır.

Vatandaşlık statüsü ve vatandaşlık haklarından yararlanma, bir ülkedeki istikrara katkı sağlayıcı ve milletlerarası göçü engellemeye yardımcı bir unsur olması nedeniyle vatansızlık, kişiler ve devletler tarafından istenmeyen bir durumdur⁵⁰⁶. Bir hakkın yabancılara tanınmasında karşılıklılık şartının arandığı durumlarda vatansızların hiçbir devletin vatandaşı olmaması nedeniyle bu haklardan yararlanması mümkün değildir. Yine vatansız bir kişinin çeşitli nedenlerle sınır dışı edilmesi halinde kendisini kabul etmesi gereken bir ülke olmadığı için bu durumda da önemli bir güçlük ortaya çıkacaktır⁵⁰⁷. Bu nedenle kanun koyucu tarafından, YUKK m. 51 hükmü ile vatansız kişi kimlik belgesine sahip kişilerin kamu düzeni yahut kamu güvenliği bakımından ciddi bir tehdit oluşturmadıkları sürece sınır dışı edilemeyecekleri ve yabancılarla ilgili durumlarda aranan müteakabiliyet şartından muaf tutulacakları düzenlenerek vatansızlığın olumsuz etkileri azaltılmaya çalışılmıştır.

⁵⁰³ Çelikel / Gelgel, s. 18; Ergül, s. 218.

⁵⁰⁴ Ergül, s. 218 ; Asar, s. 151.

⁵⁰⁵ 25.10.2014 Tarih ve 29156 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁰⁶ Ergül, s. 219 ; Asar, s. 145.

⁵⁰⁷ Çelikel / Gelgel, s. 19.

B. Uluslararası Korumadan Faydalananlar

1. Mülteciler

Tarihsel süreçte mülteci kavramı milattan önce 2000’li yıllara dayanmakla birlikte⁵⁰⁸ mülteci meselesinin uluslararası alanda ele alınması Birinci Dünya Savaşı sonrası döneme rastlamaktadır⁵⁰⁹. Birinci Dünya Savaşı sırasında meydana gelen olaylar nedeniyle ülkelerini terk eden ve zulüm korkusuyla geri dönmek istemeyen insanların hukuki statüsünü belirlemek amacıyla Milletler Cemiyeti tarafından çeşitli sözleşmeler hazırlanmışsa da sözleşmelere az sayıda devletin çekinceler koymak suretiyle taraf olması bu sözleşmelerin uygulanma alanını önemli ölçüde azaltmıştır⁵¹⁰.

İkinci Dünya Savaşı sırasında ise başta Yahudi Soykırımı olmak üzere yaşanan ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle bulunduğu ülkeyi terk etmek zorunda kalan insanların varlığı mülteci meselesinin uluslararası alanda ciddi bir şekilde ele alınması zorunluluğunu doğurmuştur. Bu nedenle 28 Temmuz 1951 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından mültecilerin hukuki statüsü bakımından en önemli uluslararası belgeler arasında yer alan “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme⁵¹¹” (1951 Tarihli Sözleşme) kabul edilmiştir. Türkiye, 24 Ağustos 1951 tarihinde sözleşmeyi imzalamış ve 29 Ağustos 1961 tarihinde 359 Sayılı Onay Kanunu⁵¹² ile “*bu sözleşmenin hiçbir hükmünün mülteciye Türkiye’deki Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamayacağı*” yönünde ihtirazi kayıt koyarak sözleşmeyi onaylamıştır. Ayrıca Onay Kanunu ile ilgili sözleşmenin birinci maddesinin a fıkrasında yer alan 12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 tarihli anlaşmaların kabul edilmediği ve “*1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar*” ifadesinin 1 Ocak 1951 tarihinden önce Avrupa’da meydana gelen olaylar olarak anlaşılacağı beyan edilmiştir.

⁵⁰⁸ Ergüven/Özturanlı, s. 1010.

⁵⁰⁹ Çelikel / Gelgel, s. 20 ; Ergüven/ Özturanlı, s. 1011.

⁵¹⁰ Ergüven / Özturanlı, s. 1015. “Rus Mültecilere Kimlik Belgesi Verilmesine İlişkin 5 Temmuz 1922 Tarihli Sözleşme”, “Rus ve Ermeni Mültecilerin Hukuki Statülerinin Düzenlenmesine İlişkin 30 Haziran 1928 Tarihli Sözleşme” ve “Mültecilerin Uluslararası Statüleri Hakkındaki 28 Kasım 1933 Tarihli Sözleşme” bu dönemde imzalanan sözleşmelere örnek olarak verilebilir. Bkz. Ergüven / Özturanlı, s. 1015, dn. 14; Çelikel / Gelgel, s. 20-21.

⁵¹¹ 05.09.1961 Tarih ve 10898 Sayılı Resmi Gazete.

⁵¹² Cenevre’de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Sözleşmenin onaylanması hakkında Kanun.

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme uyarınca mülteci, 12 Mayıs 1926, 30 Haziran 1928, 28 Ekim 1933, 10 Şubat 1938 ve 14 Eylül 1939 tarihli sözleşmelere yahut Milletlerarası Mülteci Teşkilatı'na göre mülteci sayılan şahıslar ile 1 Ocak 1951 tarihinden evvel meydana gelen olaylar nedeniyle ırkı, dini, uyruğu, cemaati veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan- vatansız ise daimi olarak ikamet ettiği ülkeden- ayrılan ve bu ülkenin korumasından faydalanamayan veya korktuğu için faydalanmak istemeyen kişiler mülteci olarak tanımlanmıştır. Ancak daha sonra 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol ile mültecilik tanımından “1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar nedeniyle” ifadesi çıkarılarak tarih sınırlaması ortadan kaldırılmıştır⁵¹³. Türkiye, 1 Temmuz 1968 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile bu protokole katılmıştır.

Hukukumuzda ise mülteci, YUKK m. 61 hükmünde tanımlanmaktadır. Bu kapsamda YUKK m. 65 hükmü uyarınca valiliklere yaptığı uluslararası koruma başvurusu kabul edilen “*Avrupa ülkelerinde*⁵¹⁴ *meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız*” kişiler mülteci olarak isimlendirilmektedir. Mevzuatımız kapsamında öngörülen bu tanım milletlerarası düzenlemelerle uyum içerisindedir.

Uluslararası koruma başvurusu kabul edilen mültecilere YUKK m. 83 hükmü uyarınca ikamet izni yerine geçen Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi (UKSSKB) verilir⁵¹⁵. Ayrıca YUKK m. 84/4 b bendi uyarınca mültecilere verilen

⁵¹³ Ergüven / Özturanlı, s. 1018 ; Asar, s. 280.

⁵¹⁴ 6458 sayılı Kanun kapsamında Avrupa ülkeleri, “*Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeleri*” ifade etmektedir.(YUKK m. 3/b)

⁵¹⁵ Çelikel / Gelgel, s. 23 ; Cansu Yener Keskin, “Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü ile Çalışma Hakkı Bağlamında Şartlı Mülteciler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.25, S. 1, 2019, s. 422.

UKSSKB çalışma izni yerine de geçecek olup ülkemizde çalışmak isteyen mülteci statüsü sahiplerinin ayrıca çalışma izni almasına gerek yoktur⁵¹⁶.

2. Şartlı Mülteciler

Hukukumuzda mülteci statüsü verilebilmesi için gereken diğer bütün koşulları sağladığı halde haklı sebeplere dayanan zulüm korkusunun Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylara dayanması nedeniyle mülteci olarak kabul edilemeyen yabancılar, şartlı mülteci statüsü kapsamında değerlendirilmektedir⁵¹⁷. Şartlı mülteciler, YUKK'un yürürlüğe girmesinden önce “*Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*⁵¹⁸” (1994 Tarihli Yönetmelik) m.3 hükmü uyarınca sığınmacı olarak isimlendirilmekteydi⁵¹⁹.

Mülteci statüsünde olduğu gibi şartlı mülteci de yabancı ülke vatandaşının yahut vatansızın; ırkı, dini, siyasi düşüncesi veya belli bir toplumsal mensubiyeti nedeniyle kendisine eziyet edileceğinden haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu veya vatansız ise daimi ikamet ettiği ülkeden ayrılması ve bu ülkeye geri dönememesi söz konusudur. (YUKK m. 62) Buna karşılık, şartlı mülteci statüsü, mülteci statüsünden farklı olarak Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar neticesinde tanınmaktadır⁵²⁰.

Mülteci statüsü ile şartlı mülteci statüsü sağladığı haklar tarafından da birbirinden farklıdır. Esasen şartlı mülteciler, kendilerinin mülteci sıfatıyla kabul edilecekleri güvenilir bir üçüncü ülkeye gönderilene kadar ülkede ikamet etmesine izin

⁵¹⁶ Ayça İzmirlioğlu, “Türk Çalışma Mevzuatı Bakımından Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancı Çocuk İşçilerin Durumuna Genel Bir Bakış”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2018, s. 29 ; Yener Keskin, s. 422.

⁵¹⁷ Asar, s. 281 ; Doğa Elçin, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi İle Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik Ve Farklılıklar”, **TBB Dergisi**, S. 124, 2016, s. 44. Şartlı mültecilerin Türk hukukuna özgü bir uluslararası koruma statüsü olduğu hk. Baran Çelik, s. 72 ; Yener Keskin, s. 389.

⁵¹⁸ 30.11.1994 Tarih ve 22127 Sayılı Resmi Gazete.

⁵¹⁹ Çelikel / Gelgel, s. 24 ; Baran Çelik, s. 76-77.

⁵²⁰ Çelikel / Gelgel, s. 24 ; Baran Çelik, s. 77.

verilen yabancılardır⁵²¹. Bu nedenle şartlı mültecilere verilen UKSSKB, mültecilere verilen kimlik belgesinden farklı olarak çalışma izni yerine geçmez⁵²².

Güvenilir üçüncü ülkeye yerleştirilene kadar ülkede kalmasına izin verilen şartlı mültecilerin çalışma izni almak istemesi halinde ise diğer yabancılar için aranan bazı şartlar şartlı mülteciler bakımından aranmayarak bu statü sahibinin çalışma izni alması kolaylaştırılmıştır⁵²³. Nitekim UİK m. 16/f bendi kapsamında şartlı mülteciler, çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar arasında sayılmıştır. Şartlı mülteciler, istisnai çalışma iznine veya çalışma izni muafiyetine en erken uluslararası koruma başvurusunun kabul edildiği tarihten altı ay sonra başvurabilecektir (UİK m. 17). Ayrıca bu kişilere çalışma izni veya muafiyeti verilebilmesi için İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşü de aranmaktadır (UİK m. 17/5/a).

3. İkincil Koruma Statüsü Sahipleri

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca vatandaşı olduğu veya vatansız ise daimi olarak ikamet ettiği ülkeye dönmesi halinde; “i) Ölüm cezasına mahkum olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, ii) işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak ya da iii) uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışmalarda, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak” yabancılar ikincil koruma statüsü kapsamında değerlendirilmektedir. İkincil koruma statüsünde diğer uluslararası koruma statülerinden farklı olarak yabancının ülkesine dönmesi halinde uğrayacağı kötü muamelenin ırkı, dini, uyruğu, siyasi düşünceleri veya belirli bir toplumsal gruba mensubiyetinden kaynaklanmasına gerek yoktur⁵²⁴.

Başvuruları kabul edilen ikincil koruma statü sahiplerine verilen UKSSKB, ikamet ve çalışma izinleri yerine geçmektedir. Dolayısıyla tıpkı mülteciler gibi ikincil koruma statüsü sahibi yabancılar da kural olarak yabancıların çalışmasının ayrıca

⁵²¹ Uygulamada, şartlı mülteci başvurularının Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'ne yönlendirilerek başvuruoların bu kurum tarafından kendilerini mülteci olarak kabul edecek üçüncü bir ülkeye gönderilmelerinin sağlandığı görülmektedir. Yener Keskin, s. 412 ; Asar, s. 281.

⁵²² Çelikel/Gelgel, s. 207 ; İzmirlioğlu, s. 29.

⁵²³ Çelikel/ Gelgel, s. 25 ; Yener Keskin, s. 422-423.

⁵²⁴ Çelikel/ Gelgel, s. 26 ; Ergüven/Özturanlı, s. 1035-1036.

yasaklanmadığı iş ve mesleklerde bağımsız veya bağımlı olarak çalışabilecektir⁵²⁵. Ancak tıpkı 1951 Tarihli Sözleşmede olduğu gibi mevzuatımız kapsamında da çeşitli durum ve koşullar altında mülteciler ile ikincil koruma statü sahiplerinin yabancıların çalışmasının yasaklanmadığı iş ve meslekler bakımından da çalışma hakkının sınırlandırılması mümkündür⁵²⁶. Nitekim, YUKK m.89/4 hükmü uyarınca bu kişilerin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama yönelik sektörel ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı durumların gerekli kıldığı hâllerde; belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, işkolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. 1951 Tarihli Sözleşmeye uygun olarak mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin çalışma hakkı karşılıklı ilkesi nedeniyle kısıtlanamayacaktır⁵²⁷. Yine sözleşmeye uygun şekilde, i) Türkiye’de üç yıldır yasal olarak ikamet eden veya ii) Türk vatandaşıyla evli olan yahut iii) Türk vatandaşı çocuğu olan ikincil koruma statüsü sahipleri ve mülteciler için de bu sınırlamalar uygulanmayacaktır⁵²⁸.

C. Geçici Koruma Statüsü Sahipleri

Uluslararası alanda ilk kez 1980’li yılların başında gündeme gelmeye başlayan⁵²⁹ geçici koruma kavramı, Avrupa’da ve diğer bölgelerde, mülteci tanımında yer verilen veya bunlara benzer zorlayıcı nedenlerle önemli ölçüde ortaya çıkan büyük ölçekli yerinden edilme durumlarına karşı geçici bir koruma sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır⁵³⁰.

Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği, 2001 yılında geçici koruma kavramını açık koruma gereksinimlerinin bulunmasına karşın kısa vadede bireysel olarak bu ihtiyaçları belirleme imkânının çok az olduğu veya hiç bulunmadığı kitlesel sığınma problemlerine çözüm bulmak için istisnai bir acil durum aracı olarak

⁵²⁵ Baran Çelik, s. 121 ; İzmirlioğlu, s. 36.

⁵²⁶ Çelikel/Gelgel, s. 206 ; Baran Çelik, s. 121.

⁵²⁷ Baran Çelik, s. 83 ; Cansu Kaya, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S. 5, 2017, s. 67.

⁵²⁸ Baran Çelik, s. 121 ; İzmirlioğlu, s. 36-37 ; Yener Keskin, s. 423.

⁵²⁹ Asiye Şahin Emir, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsünde Olan Kişilerin Çalışma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.23, Özel Sayı, 2021, s. 25. (Geçici Koruma)

⁵³⁰ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Complementary Forms of Protection*, April 2001, <https://www.refworld.org/docid/3b20a7014.html>, (Son erişim tarihi, 21. 12. 2022), par. 26.

tanımlamıştır⁵³¹. Birleşmiş Milletler tarafından yapılan bu tanımda koruma sebeplerinden ziyade sığınmanın kitlesel olarak gerçekleştirilmesine vurgu yapılmıştır.

2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Geçici Koruma Direktifi⁵³²,nin (2001/55 Sayılı Direktif) 2. maddesinde ise geçici koruma, “*üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkelerine geri dönemeyen yurdundan ayrılmaya zorlanmış kimselerin AB sığınma sisteminin olumsuz bir şekilde etkilenmeksizin başa çıkamayacağı bir şekilde kitlesel sığınması ya da kitlesel sığınma ihtimalinin bulunması halinde ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimselerin menfaatleri uyarınca bu tür kişilere acil ve geçici olarak korunma sağlanması*” olarak tanımlanmıştır. Anılan direktif uyarınca, Komisyonun kendiliğinden ya da üye devletlerden birinin talebi üzerine hazırladığı önerisinin Konsey tarafından nitelikli çoğunluk ile kabul edilmesi sonucunda geçici koruma kararı alınması mümkündür. (2001/55 Sayılı Direktif m. 5) Direktifin 6. maddesinde yer verilen sona erme sebepleri saklı kalmak kaydıyla geçici koruma kararı bir yıl süreli olarak verilmektedir. Bir yılın sonunda ise geçici koruma kararının 2001/55 Sayılı Direktif m. 6/1/b hükmü uyarınca feshedilmediği sürece, en fazla bir yıl süreyle otomatik olarak altı aylık periyotlarla uzatılabilmesi mümkündür. (2001/55 Sayılı Direktif m. 4) Türk Hukukunda geçici koruma statüsüne yönelik yapılan düzenlemelerde 2001/55 Sayılı Direktif de göz önüne alınmıştır⁵³³.

İran – Irak Savaşı (1988-1991), Körfez Savaşı (1990-1991), Türklerin Bulgaristan’dan sınır dışı edilmesi (1989), Yugoslavya’nın dağılması (1991), Kosova olayları (1999) ve son olarak 11 yıldır devam eden Suriye İç Savaşı nedeniyle çok yoğun nüfus hareketleri altında kalan Türkiye’de ise geçici koruma statüsü, YUKK m.91 hükmü ile ilk kez yasal düzenlemeye kavuşmuştur⁵³⁴⁵³⁵. Anılan hüküm

⁵³¹ UNHCR, 2001, par. 27; Ceren Kaya, “Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, **Middle East Journal of Refugee Studies**, C. 4, S. 2, 2019, s. 35.

⁵³² European Union: Council of the European Union, *Council Directive 20 01/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences Thereof*, 7 August 2001, OJ L.212/12-212/23; 7.8.2001, 2001/55/EC, <https://www.refworld.org/docid/3ddcee2e4.html> (Son erişim tarihi 21.12.2022)

⁵³³ Kaya Cansu, s. 63 ; Kaya Ceren, s. 50.

⁵³⁴ Elçin, s. 17 ; Oğuzhan Arslantürk/ Yusuf Erdem Tunç, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri: Suriyeli Örneği”, **Ombudsman Akademik**, C.5, S.9, 2018, s. 186 ; Çağlar Kavas/ Abdulkadir Develi, “Türkiye’de Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Kayıtdışı İstihdam Üzerindeki Etkisi”, **Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi**, C.4, S.1, 2020, s. 6; Kaya Ceren, s. 35.

⁵³⁵ 1980’li yılların sonundan itibaren Türkiye’ye yönelik kitlesel sığınma taleplerinin oluşturduğu sıkıntıların giderilebilmesi amacıyla 1994 Tarihli Yönetmelik kabul edilmişse de yönetmelikteki

kapsamında i) kitlesel olarak ülkelerini-vatansız iseler daimi olarak yerleştikleri yeri-terk etmek zorunda kalan, ii) ayrıldıkları yere geri dönemeyen ve iii) acil koruma ihtiyaçları bulunan yabancılara geçici koruma statüsü sağlanabilecektir⁵³⁶. Geçici koruma sağlanması bakımından yabancının ülkemize yasal yollarla girip girmediği ise önemli değildir⁵³⁷.

Anılan kanun hükmünde yer verilen koşulları sağlayan yabancıların ülkeye kabulü yahut geçici koruma statüsü verilecek yabancıların hak ve yükümlülükleri gibi konular ise Geçici Koruma Yönetmeliği⁵³⁸ (GKY) ile düzenlenmiştir. Buna göre, yönetmeliğin sekizinci maddesinde sayılan yabancılar hariç olmak üzere “ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın⁵³⁹ döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılara” geçici koruma uygulanacaktır. Geçici koruma altına alınmak için GKY m. 7/1 hükmünde öngörülen şartları sağlamakla birlikte geçici koruma ilanının geçerliliğinden önce ülkemize gelen yabancılar ise Cumhurbaşkanı tarafından aksi kararlaştırılmadığı sürece geçici korumadan yararlanamayacaktır. (GKY m. 7/2)

Mevzuatımız kapsamında acil ve geçici koruma ihtiyacıyla sınırlarımıza gelen yabancılara geçici korumanın uygulanabilmesi için GKY m. 7 hükmünde öngörülen şartların yanı sıra Cumhurbaşkanı tarafından geçici koruma kararı alınması da gerekmektedir⁵⁴⁰ (GKY m. 9). Bu kapsamda, GKY geçici m. 1 hükmü ile 28.04.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar nedeniyle kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap

eksiklikler ve uygulama aksaklıkları nedeniyle AİHM tarafından Türkiye aleyhine pek çok karar verilmesine neden olmuştur. Ergüven/ Özturanlı, s. 1026-1027 ; Yener Keskin, s. 400-401; Kaya Ceren, s. 35.

⁵³⁶ Elçin, s. 33; Kavas/ Develi, s. 6-7.

⁵³⁷ Şahin Emir, Geçici Koruma, s. 27 ; Elçin, s. 38.

⁵³⁸ 22.10.2014 Tarih ve 29153 sayılı Resmi Gazete.

⁵³⁹ Geçici Koruma Yönetmeliği’nin üçüncü maddesinin j bendinde, “aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar nedeniyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumlar” kitlesel akın olarak tanımlanmıştır.

⁵⁴⁰ Kavas/ Develi, s. 7 ; Elçin, s. 33-34.

Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler geçici koruma altına alınmıştır⁵⁴¹.

Geçici koruma kapsamında statü sahiplerine daha kalıcı bir çözüm bulunana değin ülkede yasal olarak kalma, zorla gönderilmeye karşı koruma, temel ihtiyaçların karşılanması gibi koruma hizmeti sağlanmaktadır⁵⁴². 1951 Tarihli Sözleşme m.33/1 kapsamında mülteciler için öngörülen geri gönderme yasağı mevzuatımızda geçici koruma altında bulunan yabancılar için de tanınmış olup GKY m. 6 hükmü uyarınca geçici koruma altına alınmış hiç kimse işkence göreceği, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya kötü muameleye maruz kalacağı yahut ırkı, dini, uyruğu, siyasi düşünceleri veya belli bir toplumsal gruba mensubiyeti dolayısıyla hayatının veya özgürlüğünün tehdit altında olduğu bir yere gönderilemeyecektir⁵⁴³.

Mevzuatımız kapsamında geçici koruma statüsü sahiplerine tanınan haklar uluslararası koruma statüsü sahiplerine tanınan haklara göre daha dar kapsamlıdır. Nitekim, UKSSKB ikamet izni yerine geçerken geçici koruma altına alınanlara verilen Geçici Koruma Kimlik Belgesi (GKKB), yalnızca Türkiye’de kalış hakkı sağlamaktadır. Geçici koruma altında Türkiye’de kalınan süre ikamet izni toplamında dikkate alınmadığı gibi GKKB sahiplerine uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı ve Türk vatandaşlığına başvuru hakkı da tanınmamıştır. (GKY m. 25)

Geçici koruma statü sahiplerine verilen GKKB çalışma izni yerine de geçmemektedir. Bununla birlikte UİK m. 16 hükmü uyarınca geçici koruma statüsü sahipleri istisnai çalışma izni verilebilecek yabancılar arasında yer almaktadır. Mevsimlik tarım ve hayvancılık işleri dışında çalışma izni muafiyeti bulunmayan geçici koruma statüsü sahiplerinin çalışma izni başvuruları ise UİK m. 16 hükmünün yanı sıra “Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik⁵⁴⁴” (GKÇİY) hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.

⁵⁴¹ Elçin, s. 32 ; Şeyma Başbuğ, “Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Karşılaştıkları Çalışma Sorununa İlişkin Bir İnceleme”, *İş ve Hayat*, C.3, S. 6, 2017, s. 139-140 ; Bengül Kavlak, “Uluslararası İşgücü Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: Turkuaz Kart”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S.2, 2019, s.345.

⁵⁴² Başbuğ, s. 140 ; Kavas/Develi, s. 7 ; Elçin, s. 51.

⁵⁴³ Şahin Emir, Geçici Koruma, s. 28 ; Kavas/Develi, s. 8 ; Elçin, s. 38-39.

⁵⁴⁴ 15.01.2016 Tarih ve 29594 Sayılı Resmi Gazete.

Ç. Mavi Kartlılar

İkinci Dünya Savaşı sonrası genç nüfusunu büyük oranda kaybeden Avrupa ülkeleri ile genç nüfusa sahip Türkiye arasında işgücü anlaşmaları imzalanmıştır⁵⁴⁵. Yapılan bu işgücü anlaşmaları sonucu Avrupa ülkelerine misafir işçi olarak giden Türklerin bazıları bir süre sonra ülkelerine geri dönerken büyük bir kısmı ise Türkiye’de bulunan ailelerini de yanına alarak bulundukları ülkede yeni bir hayat kurmuşlardır. Çalışmak için gittiği ülkede kalıcı olarak ikamet eden ve bir süre sonra vatandaşlık hakkı elde eden bu işçiler başta Almanya olmak üzere Avrupa ülkelerinin çifte vatandaşlığı kabul etmemesi nedeniyle Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda kalmıştır⁵⁴⁶. Ancak Türk vatandaşlığının kendisine tanıdığı hakları da kaybetmek istemeyen bu kişiler yabancı devlet vatandaşlığını kazandıktan sonra gizlice çoklu vatandaşlığı kabul eden Türk vatandaşlığına geçmiştir⁵⁴⁷. Oluşan fiili durumu hukuki bir koruma altına almak isteyen kanun koyucu tarafından ise 1995 yılında 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu⁵⁴⁸,’nun (TVK) 29. maddesinde yapılan değişiklik ile Türk vatandaşı olmasına karşın çıkma izni ile vatandaşlığını kaybeden yabancılara bir takım ayrıcalıklı haklar tanınarak yeni bir “imtiyazlı yabancı” sınıfı yaratılmıştır⁵⁴⁹.

Yürürlükte bulunan 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁵⁵⁰,’nun 28. maddesinde de 403 sayılı Kanun m. 29 hükmü ile benzer bir düzenleme yer almaktadır. Anılan hüküm kapsamında, doğum yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmakla birlikte çıkma izni olarak Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altoyları; seçme ve seçilme, gümrük vergisi ödemeksizin araç veya ev eşyası ithal etme ile bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevinde bulunabilme hakları ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü

⁵⁴⁵ 30.10.1961 Tarihli Türkiye-Almanya işgücü anlaşması, 15.05.1964 Tarihli Türkiye-Avusturya işgücü anlaşması, 16.07.1964 Tarihli Türkiye-Belçika işgücü anlaşması, 19.08.1964 Tarihli Türkiye-Hollanda işgücü anlaşması ve 08.04.1965 Tarihli Türkiye-Fransa işgücü anlaşması bu anlaşmalara örnek olarak gösterilebilir.

⁵⁴⁶ Uğur Tütüncübaşı, “Türk Vatandaşlığından Çıkma Ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S. 2, 2011, s. 154; Bahadır Erdem, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Beta, s. 239 ; Talat Kaya, “Yabancıların Çalışma İzni Muafiyetlerine Dair Bir Değerlendirme”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.12, S. 47, 2021, s. 225-226.

⁵⁴⁷ Çelikel / Gelgel, s. 30; Erdem, s. 239.

⁵⁴⁸ 22.02.1964 Tarih ve 11638 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁴⁹ Çelikel / Gelgel, s. 30-31 ; Tütüncübaşı, s. 170.

⁵⁵⁰ 12.06.2009 Tarih ve 27256 Sayılı Resmi Gazete.

dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan vatandaşmışçasına yararlanmaya devam ederler.

Doğum yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmakla birlikte çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenler ile üçüncü dereceye kadar olan altsoylarına talepleri halinde kendilerine tanınan haklardan faydalanabileceklerini gösteren ve “Mavi Kart” adı verilen kimlik belgesi düzenlenir. Mavi Kartın üzerinde yabancının ad, soyad vb. kimlik bilgilerinin yanı sıra İçişleri Bakanlığı’nın tespit edeceği esaslar çerçevesinde verilen kimlik numarası da bulunur. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aranan yerlerde bu kimlik numarası kullanılır. 5901 sayılı Kanun m. 29 çerçevesinde sağlanan haklardan yararlanabilmek için ise Mavi Kartın ibraz edilmesi yeterlidir. Dolayısıyla mavi kartlı yabancıların Türkiye’de çalışabilmek için ayrıca çalışma izni almasına gerek yoktur.

D. Türk Soylu Yabancılar

Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulduğu 1923 yılından 1980’li yıllara kadar devam eden süreçte Türkiye coğrafyası başta Balkanlar olmak üzere Orta Doğu ve Kafkasya bölgelerinden gelen yoğun göç dalgasına maruz kalmıştır⁵⁵¹. Bireysel yahut toplu bir şekilde Türkiye Cumhuriyeti’ne gelen neredeyse tamamı Türkçe konuşan ve çoğunlukla müslüman olan bu kişiler Osmanlı İmparatorluğu’ndan bağımsız olan diğer devletler tarafından göçe zorlanmış veya mübadeleye tabi tutulmuştur. Terk etmek zorunda kaldıkları ülkelerde çeşitli meslek ve sanatlar bakımından eğitim gören veya uzun süre bu meslek ve sanatı icra etmeleri nedeniyle tecrübe kazanan Türk soylu yabancılar, kendi meslek ve sanatlarının başta 1932 tarih ve Türkiye’de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında 2007 sayılı Kanun⁵⁵² olmak üzere çeşitli kanun hükümleri ile yalnızca Türk vatandaşları tarafından yapılabilecek meslek ve sanatlar arasında yer alması nedeniyle büyük ekonomik sıkıntı içerisine düşmüşlerdir⁵⁵³. Hem çeşitli nedenlerle Türk vatandaşı olamayan veya

⁵⁵¹ Onur Can Saatcıoğlu, “Türk Soylu Yabancıların Çalışma Haklarına İlişkin Ayrıcalıklı Sisteme Yeniden Bakış: Amaç ve Konu Yönünden Değişim Sorunu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.70, S. 4, 2021, s. 1084.

⁵⁵² 16. 06. 1932 Tarih ve 2126 Sayılı Resmi Gazete. 2007 Sayılı Kanun, 2003 yılında Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (06.03.2003 Tarih ve 25040 Sayılı Resmi Gazete.) m. 35 hükmü uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁵³ Saatcıoğlu, s. 1085 ; Mustafa Cin, “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Özgürlüğü”, **Mevzuat Dergisi**, C.8, S. 88, 2005, s. 3-4. (Türk Soylu)

vatandaş olmak istemeyen⁵⁵⁴ bu kişilerin korunması hem de özellikle nitelikli iş gücü eksikliğinin giderilebilmesi amacıyla 1980 Askeri Darbesinden sonra yönetimi ele geçiren Milli Güvenlik Konseyi tarafından Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair 2527 sayılı Kanun⁵⁵⁵ (2527 Sayılı Kanun) yürürlüğe konulmuştur⁵⁵⁶.

2527 Sayılı Kanun kapsamında Türk soylu yabancılara, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kanunlarda yalnızca Türk vatandaşları tarafından yapılabileceği belirtilen meslek, sanat ve işlerde dahi çalışabilme imkanı tanınmıştır⁵⁵⁷. Türk soylu yabancılara getirilen Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) ve Güvenlik Teşkilatında çalışma yasağının kapsamı ise öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bazı yazarlarca hükmün lafzından hareketle Türk soylu yabancıların hiçbir şekilde TSK ve Güvenlik Teşkilatında çalışamayacağı savunulmaktadır⁵⁵⁸. Buna karşılık Cin, Türk soylu yabancıların asker, polis yahut istihbarat görevlisi olamayacağını ancak güvenlik açısından bir sakınca meydana getirmedeği sürece ilgili kuruluşlarda sivil

⁵⁵⁴ Akrobalarının ve/veya malvarlıklarının büyük bir kısmının bulunduğu ülkeden Türkiye'ye göç etmek zorunda kalmakla birlikte ayrıldığı ülkedeki haklarından da mahrum kalmak istemeyen bazı Türk soylu yabancılar, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.7/c kapsamında Türk vatandaşlığına kabul edilmeleri kolaylaştırılmış olmasına karşın Türk vatandaşı olmaya yanaşmamıştır. Cin, 2005.

⁵⁵⁵ 29.09.1981 Tarih ve 17473 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁵⁶ “Yabancıların Türk vatandaşlığına alınmalarında aranılan nitelikler 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 6 ncı ve 7 nci maddelerinde gösterilmiştir. Bu nitelikleri taşıyanları Bakanlar Kurulu vatandaşlığımıza alıp almamada serbesttir. Başka bir ifade ile Kanunda yazılı şartları taşımış olmak yabancıların Türk vatandaşlığına geçmeleri konusunda onlar için bir bak teşkil etmez. Bir hükümet tasarrufu olarak vatandaşlığa kabul, bir çok hususların göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Ancak türlü nedenlerle hem Türkiye'de yerleşen, hayatını devam ettirmek zorunda bulunan ve vatandaşlığımıza alınmadığı için de çok müşkül duruma düşmekte olan soydaşlarımızı korumak ve hem de memleket yararına bu soydaşlarımızın meslek ve sanatlarından faydalanmak amacıyla vatandaşlığımıza alınmalar bile kendilerine, Türk vatandaşları gibi meslek ve sanatlarını serbestçe yapma olanaklarının tanınmasının bir çok faydalar sağlayacağı ve keza Türkiye'de milyonlarca lira sarf edilerek yetiştirilen soydaşlarımızın yabancı ülkelere göçünü de önleyeceği kuşkusuzdur.” Milli Güvenlik Konseyi 267 No'lu Komisyon raporunda yer alan gerekçe. Saatcioğlu, s. 1100-1011, dn. 66.

⁵⁵⁷ Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek Ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu Veya Özel Kurum, Kuruluş Veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmelik (14.03.1983 Tarih ve 17928 Sayılı Resmi Gazete) m. 11: “Bu Yönetmelik esaslarına göre, kendilerine çalışma veya çalıştırılabilme izni verilenler, bu izin süresince, sadece Türk vatandaşlarına hasredilen işleri de yapabilirler. Bunlar Doktorluk, Hemşirelik, Avukatlık, Mühendislik gibi meslekleri serbestçe veya kamu veya özel kurum, kuruluş veya işyerlerinde yapabilmek veya memur olabilmek için genel veya özel kanunların aradığı Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler. Ancak bunlar Türk Silahlı Kuvvetlerinde veya Güvenlik Teşkilatlarında çalıştırılmazlar.”

⁵⁵⁸ Saatcioğlu, s. 1093 ; Özge Yıldız, **Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Yabancı İşçi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 139 ; Elçin Savur, **Türk Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 189.

memur veya işçi olarak çalışabileceği görüşündedir⁵⁵⁹. Kanaatimizce yasağın amacının kamu güvenliğinin korunması olduğu göz önünde bulundurulduğunda Türk soylu yabancıların sivil personel olsalar dahi TSK ve Emniyet Teşkilatında çalışamayacakları kabul edilmelidir.

Çalışma hakkı bakımından mavi kartlılardan, uluslararası koruma statüsü sahiplerinden, geçici koruma altında bulunanlardan yahut vatansızlardan daha ayrıcalıklı bir konuma sahip olmasına karşın Türk soylu yabancıların kimler olduğu yahut bu kişilerin nasıl tespit edileceğine ilişkin mevzuatımızda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide, mevzuatımızda yeknesaklığın sağlanabilmesi amacıyla Türk soyluluğun tespiti için 5543 sayılı ve 2006 tarihli İskân Kanunu⁵⁶⁰ m. 7 hükmüne göre hareket edilmesi gerektiği ağırlıklı olarak savunulmaktadır⁵⁶¹. 5543 sayılı Kanun'un "Türk soyundan olmanın ve Türk kültürüne bağlılığın tayin ve tespiti" başlıklı yedinci maddesi uyarınca göçmen⁵⁶² olarak kabul edilecek kişinin Türk soyundan olduğu Cumhurbaşkanlığı kararı ile tayin edilmektedir. Uygulamada ise kişinin Türk soylu olup olmadığı tayin ve tespit edilirken Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın görüşleri esas alınmaktadır⁵⁶³.

Türk soylu yabancıların 2527 Sayılı Kanun kapsamında çalışabilmeleri için çalışma izni almaları zorunludur⁵⁶⁴. Türk soylu yabancılar, UİK m. 16/1/ç bendi uyarınca istisnai çalışma izni alabilecek yabancılar arasında sayılmıştır. Türk soylu yabancıların çalışma izni almak için başvurduğu mesleğin icra edilebilmesi için bir mesleki kuruluşa üye olma zorunluluğunun bulunduğu hallerde ise 2527 Sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 9 hükmü uyarınca çalışma izni alınmadan önce ilgili meslek kuruluşuna üye olunmalıdır. Ancak Türk soylu yabancıların üye oldukları meslek kuruluşunda; genel kurullarına katılma, seçme ve seçilme hakları bulunmamaktadır⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ Cin, Türk Soylu, s.6. Aynı yönde Salımya Ganiyeva, "Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakkı ve Uygulamada Karşılaştıkları Sorunlar", **TBB Dergisi**, S.139, 2018, s. 273-274.

⁵⁶⁰ 26.09.2006 Tarih ve 26301 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁶¹ Ganiyeva, s. 266; Saatcioğlu, s. 1090 ; Cin, Türk Soylu, s. 3.

⁵⁶² 5543 Sayılı Kanun m. 3 kapsamında göçmen kavramı, "*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanları*" ifade etmektedir.

⁵⁶³ Saatcioğlu, s. 1090 ; Ganiyeva, s. 266.

⁵⁶⁴ Çelikel/Gelgel, s. 213 ; Ganiyeva, s. 272.

⁵⁶⁵ Saatcioğlu, s. 1098 ; Çelikel/Gelgel, s. 216 ; Ganiyeva, s. 275.

Çalışma izni verilen Türk soylu yabancılara yönelik ayırım yapılamayacağı hususu 2527 Sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 10 hükmü kapsamında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre çalışma izni almış Türk soylu yabancılar; *“personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma, ücret, vergi, izin, sosyal haklar, sağlık kuruluşlarında tedavi ve işyeri statülerine ilişkin diğer konularda, aynı işlerde çalışan Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine tabidirler. Bunlar, Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle yukarıda belirtilen konularda farklı bir işleme tabi tutulamazlar.”*

II. Uluslararası Hukukta Yabancıların Çalışma Hakları ve Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

Tarihsel süreçte egemen devletler, çeşitli nedenlerle bağlı bulundukları ülkelerden ayrılarak yabancı statüsü kazanan insanları kendi vatandaşlarından daha farklı bir muameleye tabi tutmuştur. Tarihin ilk dönemlerinde düşman olarak görülmesi nedeniyle can ve mal güvenliği dahi bulunmayan yabancıların, 20. yüzyılın ortalarında insan haklarının gelişmesi ile birlikte bir takım temel hak ve özgürlüklere kavuştuğu görülmektedir⁵⁶⁶.

İkinci Dünya Savaşı'na kadar uluslararası hukukta yabancılara tanınacak hakların kapsamının belirlenmesinde “Yabancı ile Vatandaşın Eşitliği Prensibi” ve “Adaletin Uluslararası Standardı Prensibi” olmak üzere iki temel doktrinin hakim olduğu görülmektedir. Bu doktrinlerden tarihsel olarak ilk ortaya çıkan Yabancı ile Vatandaşın Eşitliği Prensibi, özetle bir devletin kendi vatandaşının tabi olduğu hukuku yabancılara da uygulamasını ifade etmektedir. Bu görüş kapsamında bir devletin ülkesinde bulunan yabancıya kendi vatandaşına tanımış olduğundan daha kısıtlayıcı bir statüyü uygulaması halinde o devletin sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁵⁶⁷. Temel hak ve özgürlüklerin yabancılara tanınması bakımından günümüzde de nispeten uygulanan bu prensip 19. yüzyıldan itibaren başta mülkiyet hakkı olmak üzere bazı

⁵⁶⁶ Çelikel/ Gelgel, s. 45.

⁵⁶⁷ Çelikel/ Gelgel, s. 38.

özel durumlarda yetersiz kaldığı gerekçesi ile eleştirilmiştir⁵⁶⁸. Bu eleştiriler sonucunda ise “Adaletin Uluslararası Standardı Prensibi” doktrini doğmuştur. Adaletin Uluslararası Standardı Prensibi doktrini uyarınca yabancı, insan olması itibariyle bir takım asgari haklara sahiptir. Bu asgari haklar devletin kendi vatandaşına tanıdığından daha geniş olsa dahi devlet yabancıya bu hakları tanımakla yükümlüdür. Adaletin Uluslararası Standardı Prensibi kapsamında devletin sorumluluğu eşitlik prensibinin aksine iç hukuktan değil milletlerarası hukuktan kaynaklanmaktadır⁵⁶⁹. Milletlerarası Asgari Standart Prensibi olarak da adlandırılan prensip, konu aldığı hakların neler olduğunun tam olarak belirlenememesi nedeniyle eleştirilmiştir⁵⁷⁰.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ise her iki prensip birleştirilerek “vatandaşlık bağı göz önüne alınmaksızın temel hak ve hürriyetlerin evrensel olarak korunması” doktrini ortaya konulmuştur. Böylece uluslararası hukukun genel prensipleri ve sözleşmeler vasıtasıyla çerçevesi çizilen temel hak ve özgürlükler, vatandaş-yabancı ayrımı gözetilmeksizin herkese tanınmıştır.

Çalışmamız kapsamında ise yabancılara tanınan temel hak ve özgürlüklerden çalışma hakkı ve kapsamı; Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri, ILO sözleşmeleri ve Avrupa Birliği mevzuatı çerçevesinde incelenecektir.

B. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri Kapsamında Yabancıların Çalışma Hakkı

1. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin milletlerarası anlaşmalar ile bağlayıcı ve daha detaylı olarak düzenlenmesi sürecinde sosyalist devletlerle liberal devletler arasındaki görüş ayrılıkları sonucu medeni ve siyasal haklar Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile düzenlenirken çalışma hakkının da içinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve kültürel

⁵⁶⁸ Çelikel/ Gelgel, s. 38 vd. Avrupalı ülke vatandaşlarının, gelişmemiş ülkelerle olan ticari ilişkilerinde de kendi hukuklarına tabi olmak istemeleri bu eleştirilerin başlıca nedenidir.

⁵⁶⁹ Çelikel / Gelgel, s. 39.

⁵⁷⁰ Çelikel/ Gelgel, s. 41.

haklar ise ESKHİUS kapsamında düzenlenmiştir⁵⁷¹. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların düzenlendiği ESKHİUS m. 2/2 hükmü uyarınca imzacı devletler, sözleşmede yer verilen hakları ırk, renk, dil, din, cinsiyet, siyasi görüş, ulusal veya toplumsal köken ya da başka bir statü gibi nedenlerle herhangi bir ayırım gözetmeksizin uygulamakla yükümlüdür. Nitekim, ESKHİUS m.6 vd. hükümlerinde yer verilen çalışma hakkı, yabancı-vatandaş ayrımı gözetilmeksizin herkesin sahip olduğu bir haktır⁵⁷². Anılan sözleşme kapsamında yabancılar da tıpkı vatandaşlar gibi i) seçtiği yahut benimsediği işte çalışma, ii) kendileri ve aileleri için insanca bir yaşam düzeyi sağlayacak kadar ücret elde etme, iii) eşdeğer işler için eşit ücret alma, iv) adil, elverişli ve güvenli çalışma koşullarından yararlanma ve v) mesleğinde ilerleme ve yükselme haklarına sahiptir. Ayrıca çalışma hakkının kollektif yönünü oluşturan sendikal örgütler kurma ve/veya bu örgütlere katılma hakkı ile sosyal güvenlik hakkı da ESKHİUS kapsamında yabancılara tanınan haklardandır.

Sözleşme kapsamında yabancıların çalışma hakkı tanınmış olsa da bu hakkın m.2/3 ve m.4 hükümleri kapsamında sınırlandırılabilmesi mümkündür. Sözleşmede yer verilen haklar kural olarak yabancılar ve vatandaşlara eşit olarak uygulanabilir olsa da m. 2/3 hükmü kapsamında gelişmekte olan ülkeler, insan haklarını göz önünde bulundurmak ve ulusal ekonomilerine gerekli özeni göstermek kaydıyla ESKHİUS kapsamında tanınan ekonomik hakları yabancılara ne ölçüde sağlayacağını belirleme hakkına sahiptir⁵⁷³. Madde metninde geçen gelişmekte olan ülkeler kavramı, ESKHİUS'nin Uygulanmasına İlişkin 1986 Tarihli *Limburg İlkeleri*⁵⁷⁴ kapsamında bağımsızlıklarını kazanmış ve BM sınıflamasında bu şekilde nitelendirilen ülkeleri ifade etmektedir. Esasen sömürgecilik döneminde bazı yabancı ekonomik grupların hakimiyetine son vermek için getirilen bu hükümde yer verilen istisnanın oldukça dar

⁵⁷¹ Rabia İlay Akbulut Peerzada, “Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Hakların İkincilleştirilmesinin Bir Nedeni Olarak “Aşamalı Sağlama” Kavramı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S.1,2018, s. 3-4.

⁵⁷² Hasan Alparslan Ayan, *İş Hukukunda Yabancıların Çalıştırılması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 84 ; Tuğçe Kaya, *Çalışma Hakkına Erişimde Yabancı- Vatandaş Temelli Ayrımcılık*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2022, s. 25 ; Mustafa Cin, *Yabancıların Türkiyede Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 44. (Yabancılar)

⁵⁷³ Asar, s. 318 ; Cin, Yabancılar, s. 43.

⁵⁷⁴ Limburg İlkeleri; milletlerarası hukuk alanında tanınmış bir grup akademisyen tarafından, Hollanda Limburg Üniversitesinde yapılan bir toplantı sonucunda belirlenmiş, Hollanda hükümetinin çabaları sonucu, 1987 yılında Birleşmiş Milletler'in resmi bir dokümanı olarak yayınlanmıştır. Adil Şahin, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.59, S.4, 2010, s. 730-731, dn. 72.

yorumlanması gerekmektedir⁵⁷⁵. Bu nedenle anılan hüküm, ESKHIUS m.4 hükmünün aksine günümüzde uygulanabilirliğini büyük ölçüde yitirmiştir. Sözleşmede yer verilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların devletler tarafından ESKHIUS m.4 hükmünde yer verilen koşulları gözetmek kaydıyla sınırlandırılması mümkündür. Buna göre imzacı devletler, genel refahın artırılması amacı⁵⁷⁶ ile demokratik toplumun gereklerine aykırı olmayan⁵⁷⁷ ve hakkın özüne dokunmayacak sınırlamaları yasayla⁵⁷⁸ düzenleyebilmektedir.

Çalışma hakkı bakımından değerlendirilme yapıldığında ise ESKHIUS m.4 kapsamında, çalışma izni getirilmek suretiyle yabancıların seçtiği yahut benimsediği işte çalışma hakkının kısıtlanmasının yasalarla düzenlenmek kaydıyla demokratik toplumun gereklerine aykırı olmayan ve hakkın özüne dokunmayan bir müdahale olarak nitelendirilebileceği görüşündeyiz. Ancak kanaatimizce, yabancıların çalışma hakkı kapsamında yer alan kendileri ve aileleri için insanca bir yaşam düzeyi sağlayacak kadar ücret elde etme, eşdeğer işler için eşit ücret alma, adil, elverişli ve güvenli çalışma koşullarından yararlanma ve mesleğinde ilerleme ve yükselme haklarının kısıtlanması hiçbir şekilde demokratik toplumun gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

2. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Küreselleşmenin getirdiği mevcut ekonomik düzen nedeniyle gelişmiş ülkelerle gelişmemiş veya az gelişmiş ülkeler arasındaki gelir farklılıkları gittikçe artmaktadır. Bu nedenle gelişmemiş veya az gelişmiş ülkelere bulunan binlerce insan daha yüksek gelir ve buna bağlı olarak daha iyi yaşam koşullarına ulaşmak amacıyla yasal yahut yasa dışı yollarla gelişmiş ve ekonomik olarak refah içerisinde bulunan ülkelere göç

⁵⁷⁵ 43 No’lu Limburg İlkeleri.

⁵⁷⁶ Genel refahın artırılması kavramı 52 No’lu Limburg İlkeleri çerçevesinde “tüm insanların refahını arttırmak” olarak anlaşılmaktadır.

⁵⁷⁷ BM Kurucu Antlaşması ve İHEB ile öngörülen insan haklarını tanıyan ve bunlara saygı gösteren bir toplum demokratik toplum olarak isimlendirilmektedir. (55 No’lu Limburg İlkeleri).

⁵⁷⁸ Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasına sınır getiren yasalar açık ve herkes tarafından erişilebilir olmalı ve keyfi, makul olmayan nitelikte veya ayrımcı hükümler içermemelidir. Ayrıca bu yasalar sınırlamaların hukuka aykırı veya kötü niyetle uygulanmasını engellemek üzere uygun güvenceler ve etkili hak arama yollarını da içinde barındırmalıdır (48 ila 51 No’lu Limburg İlkeleri).

etmektedir⁵⁷⁹. Ancak göçmenler, göç ettikleri ülkelerde ekonomik, sosyal veya kültürel pek çok sorunla karşılaşmakta ve çoğunlukla yerli işgücüne göre daha ağır işlerde daha düşük ücretle çalışmak zorunda kalmaktadır. Göçmen işçilerin göç ettikleri ülkelerde yaşadıkları sorunları göz önünde bulunduran BM tarafından göçmen işçilerin ve aile bireylerinin korunmasına yönelik olarak evrensel kabul gören birtakım asgari standartların getirilmesi amacıyla kapsamlı bir anlaşma metni hazırlanmıştır⁵⁸⁰. Daha önce İHEB, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme ve Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmeler kapsamında da göçmen işçilere yönelik çeşitli düzenlemelere yer verilmişse de Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme⁵⁸¹ (Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi), doğrudan göçmen işçilerin haklarını düzenleyen tek BM sözleşmesi olması nedeniyle özel bir öneme sahiptir⁵⁸².

Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi m.2/1 hükmü uyarınca göçmen işçi kavramı, vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir ülkede ücret ödenen bir faaliyette çalıştırılacak, çalıştırılmakta olan veya çalıştırılmış olan kişiyi ifade etmektedir. Yapılan bu tanım kayıtlı ve kurallara bağlı durumda bulunan yabancı işçileri kapsamına aldığı gibi kayıtlı olmayan veya düzensiz bir durumda bulunan yabancı işçileri de kapsamaktadır. Görüldüğü üzere Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi kapsamında verilen göçmen tanımı, hukukumuzda İskan Kanunu uyarınca yapılan göçmen tanımına göre oldukça geniştir⁵⁸³.

⁵⁷⁹ Kıvanç Demirci, “Tüm Göçmen İşçilerin Ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme Ve Türkiye’nin Mevzuat Bakımından Sözleşmeye Uyumu”, **Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü E-Dergi**, C.2, S.2, 2019, s. 8 ; Orhan Ersun Civan / Arzu Gökcalp, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, s. 235 ; Nuray Gökçek Karaca, “Göçmen İşçilerin Haklarının Korunması”, **Çimento İşveren**, C.19, S.1, 2005, s. 17.

⁵⁸⁰ Ziya Kürşat Babayigit, **İşgücü Göçü Yönetimi: Türkiye’de Ve Avrupa Birliği’nde Göçmen İşgücü Politikaları**, Uzmanlık Tezi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Ankara, 2014, s. 31 ; Çiçekli, s. 53. Ayrıca bkz. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme Başlangıç Metni.

⁵⁸¹ 08.07.2004 Tarih ve 25516 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁸² Civan/ Gökcalp, s. 238 ; Gökçek Karaca, s. 19 ; Çiçekli, s. 53.

⁵⁸³ Civan/Gökcalp, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme kapsamında yapılan göçmen işçi tanımının hukukumuz açısından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Civan/Gökcalp, s. 246.

Sözleşme kapsamında göçmen işçi kavramı oldukça geniş olarak tanımlanmış olsa da m.3 kapsamında yer alan kişiler⁵⁸⁴ vatandaşı olmadıkları bir devlette ücret karşılığı çalışıyor olsalar dahi sözleşmenin uygulanma alanı dışında bırakılmışlardır. Vatandaşı bulunduğu devlet tarafından başka bir ülkeye belirli bir işi yapmak üzere gönderilen işçiler, öğrenciler ve stajyerler gibi sözleşmenin uygulama alanına girmeyen bu gruplar diğer milletlerarası düzenlemelerde de göçmen işçi tanımına dahil edilmemektedir⁵⁸⁵.

Doksan üç maddeden oluşan bu sözleşmenin üçüncü bölümünde yasal bir şekilde veya kaçak olarak çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın tüm göçmen işçilere tanınan haklar yer almaktayken sözleşmenin dördüncü bölümünde yer alan haklar ise yalnızca kayıtlı ve kurallara bağlı durumda bulunan göçmen işçiler ve aile fertlerine tanınmıştır. Usulüne uygun çalışma izni almakla birlikte sınır işçileri, gezici işçiler, mevsimlik işçiler, proje işçileri, belirli bir iş için istihdam edilen işçiler ve serbest çalışan işçiler gibi özel göçmen işçi kategorilerinin ise dördüncü bölümde yer verilen haklardan hangi koşullarda ne ölçüde yararlanabileceği ise sözleşmenin beşinci bölümünde düzenlenmiştir.

Sözleşme kapsamında göçmen işçilerin çalışma hakkı bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise yasal bir şekilde veya kaçak olarak çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın tüm göçmen işçiler; fazla mesai, çalışma saatleri, hafta sonu tatili, tatil ücreti, güvenlik, sağlık, iş ilişkisinin sona erdirilmesi, asgari çalışma yaşı gibi ulusal yasa ve uygulamalarda yer alan diğer çalışma şartları ve istihdam konuları bakımından vatandaş ile eşit muamele görme (m. 25), sendikal kuruluşlara üye olma ve faaliyette bulunma (m. 26), sosyal güvenlik (m. 27) ve ilgili devletin kanunları uyarınca istihdam devletindeki ikametleri sona erdiğinde kazanç ve

⁵⁸⁴ Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi m.3: “Bu Sözleşme aşağıda belirtilen kişilere uygulanmayacaktır: (a) Kabulleri ve statüleri genel uluslararası hukuk veya uluslararası özel anlaşmalar veya sözleşmeler ile düzenlenen uluslararası kuruluşlar ve temsilcilikler tarafından gönderilen veya istihdam edilen kişiler veya resmî görevleri ifa etmek üzere bir Devlet tarafından ve ülke dışına gönderilen veya istihdam edilen kişiler; (b) Bir Devlet tarafından veya onun adına kalkınma programlarına ve diğer işbirliği programlarına katılmak üzere, ülke dışına gönderilen veya ülke dışında istihdam edilen, kabulü ve statüsü istihdam eden Devlet ile akdedilmiş anlaşma ile düzenlenen ve bu anlaşma uyarınca göçmen işçi sayılmayan kişiler; (c) Kendi Devletinden başka bir Devlette yatırımcı olarak ikametgâh edinen kişiler; (d) İlgili Taraf Devletin ulusal mevzuatında veya o Taraf Devleti bağlayan uluslararası anlaşmalarda öngörülmemişse, mülteciler ve vatansızlar; (e) Öğrenciler ve stajyerler; (f) İstihdam sağlayan Devlette ikamet etmelerine ve kazanç getirici bir faaliyette bulunmalarına müsaade edilmeyen gemi adamları ve sahil açığında kurulmuş bir tesiste çalışan işçiler.”

⁵⁸⁵ Ayan, s. 87 ; Demirci, s. 9.

birikimlerini transfer etme (m. 32) haklarına sahiptir. Tüm göçmen işçi kategorilerine tanınan bu haklardan yalnızca sendikal kuruluşlara üye olma ve faaliyette bulunma hakkının kamu düzeni, kamu güvenliği veya demokratik bir toplum için gerekli olan durumlar gerekçe gösterilerek sınırlandırılmasına izin verilmiştir.

Kayıtlı ve kurallara bağlı durumda bulunan göçmen işçiler ise yukarıda yer verilen hakların yanı sıra; sendika kurma (m. 40), mesleki eğitim, rehberlik ve işe yerleştirme hizmetlerinden yararlanma (m. 43), istihdam devletindeki ikametinin sona ermesini beklemeksizin kazanç ve birikimlerini transfer etme (m. 47), sınırlama ve şartlara bağlı olmak kaydıyla seçtiği veya benimsediği işte çalışma (m. 52) ile feshe karşı korunma, işsizlik parası alma, işsizlikle mücadele için getirilen kamu çalışma programlarına katılma ve m. 52 hükmü saklı kalmak kaydıyla başka bir işe girme (m. 54) haklarına sahiptir. Bu haklardan yalnızca sendika kurma ve seçtiği veya benimsediği işte çalışma haklarının sözleşme çerçevesinde sınırlandırılması mümkündür.

Kayıtlı ve kurallara bağlı durumda bulunan göçmen işçilerin sendika kurma hakkının bir toplumda milli güvenlik, kamu düzeni veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik olan ve kanunla düzenlenen kısıtlamalar dışında sınırlandırılması mümkün değildir (m. 40/2). Buna karşılık, seçilen veya benimsenen işte çalışma hakkı ise pek çok sınırlama ve şarta tabi kılınmıştır⁵⁸⁶. Nitekim, istihdam devleti, i) devletin menfaati ve ulusal yasalarca öngörüldüğü ölçüde göçmen işçilerin belirli iş, görev, hizmet ya da faaliyet kategorilerinde çalışmalarını, ii) mesleki niteliklerin tanınması ile ilgili mevzuatı uyarınca, mesleki yeterlilik gerektiren işlerde

⁵⁸⁶ Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi m. 52: “Aşağıda belirtilen sınırlamalara veya şartlara bağlı olmak kaydıyla, istihdam Devletindeki göçmen işçiler geçimlerini sağlamaya yönelik faaliyetleri özgürce seçme hakkına sahip olurlar. 2. İstihdam Devleti herhangi bir göçmen işçi için; a) Devletin çıkarları için gerekli olduğunda ve ulusal yasalarca öngörüldüğünde belirli iş, görev, hizmet ya da faaliyet kategorilerinde çalışmaları kısıtlayabilir; b) Ülkesi sınırları dışında kazanılmış mesleki niteliklerin tanınması ile ilgili mevzuatı çerçevesinde, gelir getirici faaliyetlerin serbestçe seçilmesini kısıtlayabilir. Ancak, ilgili Taraf Devletler bu mesleki yeterliliklerin tanınması hususunda gerekli çabayı gösterirler. 3. Çalışma izinleri zamanla sınırlı olan göçmen işçiler için İstihdam Devleti; ayrıca: a) Gelir getirici faaliyetlerini serbestçe seçme hakkını, göçmen işçinin kendi ülkesinin yasasında öngörülen ve iki yılı geçmeyecek bir süre içinde o Devlette yasal biçimde ikamet etmiş olması şartına bağlayabilir. b) Kendi mevzuatı veya iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalara dayanarak kendi vatandaşlarına veya onlarla aynı haklara sahip kişilere öncelik tanıyan bir politika çerçevesinde, göçmen işçilerin gelir getirici faaliyetlerden yararlanmalarını sınırlandırabilir. Böyle bir sınırlandırma, ulusal mevzuatında beş yılı geçmeyecek şekilde öngörülen bir süre boyunca yasal olarak o ülkede ikamet etmiş bir işçiye uygulanamaz. 4. İstihdam Devleti işe alınan göçmen işçinin kendi hesabına iş yapabileceği koşulları belirler. Bu hususta, işçinin o Devlette yasalara uygun olarak ikamet ettiği süre dikkate alınır.”

serbestçe çalışılmasını ve/veya iii) beş yıldır istihdam ülkesinde yasal olarak ikamet edenler hariç olmak üzere, sınırlı çalışma izni bulunan göçmen işçilerin gelir getirici faaliyetlerden yararlanmalarını kısıtlayabilmektedir. Tüm bunların yanı sıra, sınırlı çalışma izni bulunan göçmen işçilerin çalışma hakkının en fazla iki yıl istihdam devletinde yasal olarak ikamet etme şartına tabi tutularak kısıtlanabileceği de hüküm altına alınmıştır. Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesine taraf olan ülkemizde de m. 52 hükmünde öngörülen imkanlar doğrultusunda yabancı işçilerin seçtiği işte çalışma hakkı kısıtlanmış olup bu kısıtlamaların kapsamı çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

C. ILO Sözleşmelerinde Yabancıların Çalışma Hakkı

1. İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 97 Sayılı ILO Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesinde de açıkça belirtildiği üzere göçmen işçiler gibi özel sosyal gereksinimi bulunan işçi gruplarının menfaatlerinin korunması ILO'nun temel amaçları arasında yer almaktadır⁵⁸⁷. Bu doğrultuda, göçmen işçilere fırsat ve muamele eşitliği sağlamak amacıyla 1 Temmuz 1949 tarihinde 97 No'lu ILO Sözleşmesi⁵⁸⁸ ve bu sözleşmeye ilişkin 86 No'lu Tavsiye Kararı kabul edilmiştir. Anılan sözleşme Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

Göçmen işçilerin istihdam amacıyla göç ettiği ülkedeki haklarına ilişkin uluslararası standartlar getirmeyi amaçlayan sözleşme on bir tanesi esasa yönelik olmak üzere toplam yirmi üç maddeden ve üç ekten oluşmaktadır⁵⁸⁹. İlk iki ek, göçmen işçilerin işe alınması, işe yerleştirilmesi ve çalışma koşulları hakkında istihdam devletleri tarafından alınması gereken diğer önlemleri konu almasına karşın üçüncü ek göçmen işçilerin eşya, araç ve ekipmanlarının ithalatı hakkında hükümler içermektedir⁵⁹⁰. İmzacı devlet tarafından sözleşmenin onaylanması sırasında bu eklerde yer verilen hükümlerin sözleşmenin 16. maddesi çerçevesinde kapsam dışı bırakılması mümkündür.

⁵⁸⁷ Ayan, s. 90-91 ; Gökçek Karaca, s. 18-19.

⁵⁸⁸ *Migration for Employment Convention (Revised)*, 1949 (No. 97).

⁵⁸⁹ Bülent Alpar, "Göçmen İşçilere İlişkin 97 Sayılı ve 143 Sayılı ILO Sözleşmeleri ile İlgili Çalışma Mevzuatı", **Kamu İş Dergisi**, C.6, S.1, 2000, s. 125 ; Babayiğit, s. 15.

⁵⁹⁰ Alpar, s. 125 ; Babayiğit, s. 15.

97 No’lu ILO Sözleşmesi m. 11 hükmünde göçmen işçi kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, bir başkası tarafından çalıştırılmak amacıyla yasal yollarla bir ülkeden diğerine göç eden işçiler sözleşme kapsamında göçmen işçi olarak kabul edilmektedir⁵⁹¹. Madde metninin devamında ise sınır işçileri, ülkeye kısa süreli giriş yapan serbest meslek sahipleri ve sanatçılar ile denizciler sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. 97 No’lu ILO Sözleşmesi sözleşmenin uygulanacağı işçi grupları göz önüne alındığında Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi’ne göre daha dar kapsamlıdır⁵⁹².

97 No’lu ILO Sözleşmesi imzacı devletler, ILO ve diğer üye devletleri genel olarak göç ve istihdam için göç hakkındaki ulusal politikaları, mevzuat hükümleri ve dahil oldukları uluslararası anlaşmalar bakımından bilgilendirmeyi (m.1), istihdam amacıyla gelen göçmenlere doğru bilgiyi sağlamak için yeterli ve ücretsiz bir hizmet sunmayı (m. 2), göç ve göçle ilgili yanıltıcı propagandalara karşı önlem almayı (m.3) ve göçmenlerin istihdam için ayrılışlarını, yolculuklarını ve kabul prosedürlerini kolaylaştırmayı (m. 4) taahhüt etmektedir.

97 No’lu ILO Sözleşmesi uyarınca göçmen işçilere ve aile fertlerine ise yolculuk sırasında ve varış bölgesinde uygun tıbbi hizmetlerden yararlanma (m. 5), çalışma koşulları, sendikaya üyelik ve maddede belirtilen istisnalar dışında sosyal güvenlik bakımından vatandaş ile eşit muameleye tabi tutulma (m. 6), kamu istihdam servisi tarafından istihdam için göçmenlere sunulan hizmetlerden ücretsiz olarak yararlanma (m. 7), ilgili kişi istemedikçe veya sözleşmede öngörülmedikçe hastalık veya yaralanma gibi nedenlerle çalışmadığı hallerde geri gönderilmeme (m. 8) ve istihdam devletinin döviz ithal ve ihracatıyla ilgili mevzuatlarının getirdiği sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla kazanç ve birikimlerini istediği şekilde başka bir yere transfer edebilme (m. 9) hakları tanınmıştır. Görüldüğü üzere, 97 No’lu ILO Sözleşmesi kapsamında göçmen işçilere tanınan haklar ile Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi kapsamında göçmen işçilere tanınan haklar birbirlerine paralellik göstermektedir.

⁵⁹¹ Civan/Gökalp, s. 237 ; Gökçek Karaca, s. 20.

⁵⁹² Gökçek Karaca, s. 21 ; Civan/Gökalp, s. 238.

2. İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 143 Sayılı ILO Sözleşmesi

143 No'lu ILO Sözleşmesi⁵⁹³, 97 No'lu ILO Sözleşmesi'nin korumasız bıraktığı alanlarda göçmen işçilerin çalışma koşullarını güvence altına almak amacıyla 24 Haziran 1975 tarihinde kabul edilmiştir. 143 No'lu ILO Sözleşmesi kapsamında göçmen işçilere fırsat ve muamele eşitliği tanıyan hükümlerin yanında göçlerin kötü koşullarını kaldırmayı ve yasadışı göçü önlemeyi amaçlayan hükümlere de yer verilmiştir⁵⁹⁴. Anılan sözleşme Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

143 No'lu ILO Sözleşmesi m. 11 kapsamında göçmen işçi kavramı, 97 No'lu ILO Sözleşmesi ile birebir aynı şekilde tanımlanmıştır⁵⁹⁵. Ancak, 143 No'lu ILO Sözleşmesinde sözleşmenin kapsam dışı bıraktığı işçi grupları genişletilmiştir. 97 No'lu ILO Sözleşmesi'nin kapsam dışı bıraktığı sınır işçileri, ülkeye kısa süreli giriş yapan serbest meslek sahipleri ve sanatçılar ile denizcilerin yanı sıra eğitim ve öğretim amacıyla gelenler ile bir ülke sınırları içinde faaliyet gösteren kuruluş veya teşebbüslerin, işverenlerinin belirli görev veya görevleri üstlenmeleri talebi üzerine, sınırlı ve belirli bir süre için geçici olarak o ülkeye kabul edilmiş ve görevlerini tamamladıklarında o ülkeyi terk etmeleri gereken işçileri de 143 No'lu ILO Sözleşmesi'nin kapsamı dışında bırakılmıştır.

143 No'lu ILO Sözleşmesi kapsamında göçlerin kötü koşullarının ve yasa dışı göçün ortadan kaldırılabilmesi amacıyla imzacı devletler, kendi topraklarında yasadışı olarak çalıştırılan göçmen işçilerin bulunup bulunmadığını ve bu işçilerin milletlerarası anlaşmalar ile ulusal mevzuatlarına uygun bir şekilde çalıştırılıp çalıştırılmadığını, gerektiğinde işçi ve işveren kuruluşlarıyla da istişare ederek düzenli bir şekilde araştırmakla yükümlü kılınmıştır. Yine sözleşmenin üçüncü, dördüncü ve beşinci maddeleri çerçevesinde imzacı ülkeler; i) işgücü kaçakçılığının önlenmesi, ii) kötü koşullar altındaki göçün ortadan kaldırılması ve ii) işgücü kaçakçılığı yapanların hangi ülkede faaliyet gösterirse göstere sin yakalanabilmeleri için gerektiği hallerde diğer üye ülkelerle ya da işçi-işveren kuruluşlarıyla ulusal yahut uluslararası düzeyde işbirliği yapmalıdır. Tüm bu önlemler göçmen işçilerin çalışma hakkının etkili bir şekilde korunması amacına hizmet etmektedir.

⁵⁹³ *Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143).*

⁵⁹⁴ Alpar, s. 126-127 ; Gökçek Karaca, s. 20-21.

⁵⁹⁵ Gökçek Karaca, s. 20 ; Civan/Gökalp, s. 237.

143 No’lu ILO Sözleşmesi ile 97 No’lu ILO Sözleşmesi kapsamında göçmen işçilere tanınan hakların yanında ilave bir takım haklar daha tanınmıştır. Nitekim 97 No’lu ILO Sözleşmesi m. 8 kapsamında öngörülen hastalık veya yaralanma gibi nedenlerle çalışmadığı hallerde geri gönderilmeme hakkı, 143 No’lu ILO sözleşmesi m. 8 hükmünde genişletilerek işini kaybeden işçinin çalışma izninin iptal edilemeyeceği ve bu işçiye alternatif istihdam olanaklarının sağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında 143 No’lu ILO Sözleşmesi ile 97 No’lu ILO Sözleşmesinden farklı olarak göçmen işçilere; kültürel bağlarını koruma (m.12) , aile birleşimi (m. 13) ve ilgili maddedeki sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla iki yıllık yasal ikametinin ardından serbestçe iş seçme (m. 14) hakları tanınmıştır⁵⁹⁶. Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi m. 31 kapsamında tanınan kültürel bağlarını koruma hakkı yasal yahut yasadışı bir şekilde çalıştığına bakılmaksızın tüm göçmen işçilere tanınmış olması nedeniyle 143 No’lu ILO Sözleşmesi uyarınca tanınan kültürel bağlarını koruma hakkından daha geniş kapsamlıdır. Buna karşılık, 143 No’lu ILO Sözleşmesi aile birleşimi hakkına eş ve bakmakla yükümlü olunan çocukların yanı sıra göçmen işçinin anne ve babasını da dahil ettiğinden Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi m. 44 hükmüne göre daha kapsayıcı niteliktedir. 143 No’lu ILO Sözleşmesi kapsamında tanınan son hak olan serbestçe iş seçme hakkı ise Göçmen İşçilere İlişkin BM Sözleşmesi m.52 kapsamında tanınan seçtiği ve benimsediği işte çalışma hakkı ile benzer şekilde sınırlandırılmıştır.

Ç. Avrupa Birliği Mevzuatında Yabancıların Çalışma Hakkı

1. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 19. maddesi göçmen işçilerin ve aile fertlerinin korunmasına yöneliktir⁵⁹⁷. Sözleşme kapsamında göçmen işçi kavramı açıkça tanımlanmamış olsa da hükmün lafzından çalışma izni bulunmayan kaçak göçmen işçilerin kapsam dışı bırakıldığı görülmektedir⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Alpar, s. 129 ; Babayiğit, s. 21.

⁵⁹⁷ Canan Öykü Dönmez Kara, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı: Suriyelilerin İşgücü Piyasasındaki Durumu”, *Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 2, S.2, 2016, s. 156 ; Babayiğit, s. 42.

⁵⁹⁸ Civan/ Gökalp, s. 237 ; Babayiğit, s. 43.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m.19 kapsamında çeşitli hususlarda vatandaş ile yabancıların eşitliği prensibi kabul edilmiştir. Buna göre göçmen işçiler; ücret ve diğer çalışma koşulları, sendika üyeliği ve toplu iş sözleşmesinin sağladığı haklardan yararlanma, barınma koşulları, istihdama yönelik yargısal işlemler ile çalıştırılan kişiler için ödenmesi gereken istihdam vergileri, harç ve primler bakımından göç alan ülke vatandaşından daha aşağı bir muameleye tabi tutulamayacaktır.

Göçmen işçilere vatandaş ile eşitlik prensibinin uygulandığı konular dışında bu işçilere göçmen olmaları nedeniyle bir takım hakların tanındığı görülmektedir. Buna göre göçmen işçiler diğer uluslararası sözleşmelerle benzer şekilde kamu güvenliği dışında sınır dışı edilmeme, kazanç ve tasarruflarını bir başka yere transfer etme ve aile birleşimi haklarına sahiptir. Ayrıca imzacı devletler, göçmen işçinin kültürel bağlarını koruma hakkı kapsamında bu kişinin çocuklarına ana dilinin öğretilmesini kolaylaştırma ve teşvik etme yükümlülüğü altındadır. Göç alan devletler ise anılan sözleşme uyarınca göç edilen ülkedeki istihdam konusunda göçmen işçilerin doğru bilgilendirilmesi amacıyla yeterli ve ücretsiz hizmet sağlama, bu işçilerin ve aile fertlerinin göç yolculuğunu kolaylaştırma ve uygun olduğu ölçüde göç veren ülke ile işbirliği içerisinde olma yükümlülüğü altındadır⁵⁹⁹.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m.19/10 hükmü çerçevesinde göçmen işçilere tanınan hak ve yardımlardan bağımsız çalışan göçmenlerde bu hükümlerin onlara uygulanabildiği ölçüde yararlanma hakkına sahiptir.

Çalışma hakkı bakımından Avrupa Birliği üye ülkeleri arasında yabancı ile vatandaşın eşitliği prensibinin kabul edilmiş olması nedeniyle GGASŞ m. 19 hükmü yalnızca AB üyesi ülkelerin dışından AB üyesi ülkelere çalışmaya gelmiş göçmenler için önem taşımaktadır. Nitekim, Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması'nın (AET) 48-51 maddeleri kapsamında bir AB üyesi ülke vatandaşının diğer tüm üye devlet topraklarında serbestçe çalışması esası kabul edilmiştir⁶⁰⁰. Bu kapsamda üye devlet vatandaşları kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedeniyle getirilebilecek sınırlamalar saklı kalmak ve kamu hizmetlerinde istihdam edilmemek kaydıyla i)

⁵⁹⁹ Asar, s. 321 ; Ayan, s. 89.

⁶⁰⁰ Çelikel/ Gelgel, s. 290 ; Asar, s. 322.

kendisine yapılmış iş tekliflerini kabul etme, ii) istihdam amacıyla üye devlet topraklarında serbestçe dolaşma, iii) üye devletin istihdama ilişkin mevzuat hükümlerine uygun olarak çalışmak amacıyla o ülkede kalma ve iv) çalıştıktan sonra da Komisyon tarafından düzenlenen uygulama tüzükleri çerçevesinde üye devlette ikamet etmeye devam etme haklarına sahiptir (AET m. 48).

2. Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi

Türkiye tarafından da onaylanmış bulunan Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi⁶⁰¹ (GİHSHAS) kapsamında göçmen işçi, imzacı devletlerden biri tarafında ülkesinde ücretli bir iş yapmak üzere oturmasına ve çalışmasına izin verilmiş olan diğer bir akit devlet vatandaşı olarak tanımlanmıştır. Hem sadece sözleşme tarafı devletlerin vatandaşları açısından konuyu ele alması hem de bir kişinin göçmen işçi olarak kabul edilebilmesi için göç edilen ülkeden izin alması şartının getirilmesi sözleşme kapsamının diğer uluslararası sözleşmelere göre oldukça daralmasına neden olmuştur⁶⁰². Yine sözleşme kapsamı dışında bırakılan işçi grupları da geniş tutulmuştur. Buna göre sözleşme hükümleri; sınır işçileri, mevsimlik işçiler, sanatçılar, sporcular, serbest meslek sahipleri, kısa bir süre için tutulmuş gösteri elemanları, stajyerler, gemi adamları ve sözleşme taraflarından birinin vatandaşı olup bir diğer sözleşme tarafı ülke toprağı üzerinde, merkezi bu ülke toprakları dışında kayıtlı işyeri adına belirli bir iş yapan işçilere uygulanmayacaktır.

Sözleşmenin başlangıç bölümünde de belirtildiği üzere, “*Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin uyruğı olan göçmen işçilerin hukuki statülerinin tüm yaşama ve çalışma koşulları ile ilgili her hususta göç alan ülkelerin vatandaşlarının tabi oldukları statü düzeyinden daha düşük düzeyde olmayacak şekilde düzenlenmesinin sağlanması*” sözleşmenin temel amaçları arasında yer almaktadır⁶⁰³. Bu nedenle sözleşme kapsamında göçmen işçilerin barınma, çalışma koşulları, mesleki eğitim, feshe ilişkin haklar, örgütlenme hakkı ve sosyal güvenlik hakları bakımından vatandaş ile eşit muamele göreceği hüküm altına alınmıştır⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ 27.01.1981 Tarih ve 17233 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁰² Civan/Gökalp, s. 237.

⁶⁰³ Babayiğit, s. 43.

⁶⁰⁴ Baki Erken, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 75 (Yabancılar) ; Alpar, s. 132.

Göçmen işçinin GİHSHAS kapsamında kendisine sağlanan haklardan yararlanabilmesi için çalışma izni alması zorunludur. Çalışma izninin ilk kez verilmesi halinde GİHSHAS m. 8 uyarınca bu izin en fazla bir yıl için verilebilecektir⁶⁰⁵. Göçmen işçinin çalışma izninin uzatılması halinde ise o günkü istihdam koşullarının elverdiği ölçüde bu uzatmanın en az bir yıllık bir süre için yapılması gerekmektedir.

Çalışma izni alan göçmen işçiye, GİHSHAS m.9 hükmü uyarınca çalışma izni ile eşit sürede oturma izni de verilmelidir. Çalışma izninin süreye bağlı olmadığı hallerde ise gerektiğinde yenilenmek üzere en az bir yıllık süre için oturma izni verilmelidir. Göçmen işçilere GİHSHAS m. 12 çerçevesinde aile birleşimi hakkı da tanınmış olup işçinin eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da GİHSHAS m. 9/3 uyarınca göçmen işçi ile aynı sürede oturma izni verilmelidir. Göçmen işçi ve aile fertlerine verilen bu izin ancak ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak, kamu sağlığı ve iznin geçerli olması için gerekli koşullarının yerine getirilmemesi gerekçeleriyle geri alınabilir.

Kural olarak çalışma izni ve oturma izni sona eren göçmen işçinin ülkeyi terk etmesi gerekmektedir. Ancak GİHSHAS m.9/4 göçmen işçinin kaza veya hastalık nedeniyle geçici olarak iş göremez hale geldiği veya iradesi dışında işini kaybettiği hallerde de en az beş ay süre ile bulunduğu ülke topraklarında kalmasına izin verilir. Bu süre içerisinde göçmen işçi mesleki rehabilitasyon ve işsizlik parası gibi imkanlardan yararlanma hakkına da sahiptir.

III. Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakları ve Sınırlandırılması

A. Anayasal Çerçeve ve Yabancıların Çalışma Haklarının Sınırlandırılması

Çalışmamız kapsamında da ifade ettiğimiz üzere Anayasa'nın 48 ila 50inci maddelerinde çalışma hak ve özgürlüğü düzenlenmiştir⁶⁰⁶. Madde metinlerine bakıldığında çalışma hak ve özgürlüğünün vatandaş yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese tanındığı görülmektedir⁶⁰⁷. Her ne kadar ilgili maddelerde çalışma hak ve

⁶⁰⁵ Ayan, s. 80-81.

⁶⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I.

⁶⁰⁷ Selami Er, "Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ön İzin Müessesesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.4, 2014, s. 181-182 ; Kaya Talat, s. 219 ; Gümüşlü Tunçağıl, s. 73 ; Ayselin Yıldız / Ayça İzmirlioglu, "Türkiye'de Yaşayan Uluslararası Koruma Ve Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların

özgürlüğünün sınırlandırılma sebepleri belirtilmemişse de öğretide yaygın görüş çalışma hakkının AY m. 13 ve sosyal bir hak olması sebebiyle AY m. 65 uyarınca sınırlandırılabilir⁶⁰⁸.

Yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından ise AY m. 16 hükmü de uygulama alanı bulmaktadır. Anılan hükme göre, yabancıların temel hak ve özgürlükleri milletlerarası hukuka uygun bir şekilde kanunla sınırlandırılabilir. Herhangi bir temel hak kapsam dışı bırakılmadığından AY m. 16 hükmü uyarınca tüm temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için sınırlandırılabilir düşünebilirse de bu madde kapsamında yalnızca çalışma hakkı gibi doğası gereği sınırlama getirilmesi uygun olan haklar yabancılar için de sınırlandırılabilir⁶⁰⁹.

Yabancıların çalışma hakkının sınırlandırılması bakımından AY m. 16 hükmü iki önemli güvence getirmiştir⁶¹⁰. Bu güvencelerden ilki sınırlamaların milletlerarası hukuka uygun olmasıdır. Adalet Divanı Statüsü m. 38 hükmü çerçevesinde milletlerarası hukuk; Devletlerin taraf olduğu iki veya çok taraflı sözleşmeler, milletlerarası örf ve adetler, medeni milletlerce kabul edilen hukuk prensipleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazai içtihatlardan oluşmaktadır⁶¹¹. Dolayısıyla anayasal çerçevede yabancıların çalışma hakkına getirilen sınırlamalar ancak iki taraflı⁶¹² veya çok taraflı uluslararası sözleşmelere⁶¹³, devletler arasındaki genel ve ortak uygulamaları ifade eden örf ve adet kurallarına ve iyi niyet, ahde vefa, hakkın kötüye kullanılmaması, kazanılmış haklara saygı, ayrımcılık yasağı gibi milletlerarası hukukun genel prensiplerine dikkat edildiği ölçüde geçerlidir.

Çalışma İzni, İş Sözleşmeleri, Diploma Denklik ve Meslek İcrasına İlişkin Durumlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.71, S.1, 2022, s. 32.

⁶⁰⁸ Karagözler, s. 273 ; Er, s. 181.

⁶⁰⁹ Er, s. 181 ; Bilgin Tiryakioğlu, “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.46, S. 1, 1997, s. 81.

⁶¹⁰ Kaya Talat, s. 219 ; Arslantürk/ Tunç, s. 153.

⁶¹¹ Çelikel / Gelgel, s. 58 ; Gümüşlü Tunçağıl, s. 75 ; Elçin, s. 14-15.

⁶¹² Türkiye; Almanya, Belçika, Hollanda, Fransa, İsviçre gibi ülkelerle ikili işgücü sevki anlaşmaları imzalamıştır. Ancak bu anlaşmalar yalnızca Türk vatandaşı işçilerin ilgili ülkedeki çalışma şartlarını düzenlemektedir. Bkz. Ayan, s. 80.

⁶¹³ Bkz. B. Uluslararası Hukukta Yabancıların Çalışma Hakları ve Sınırlandırılması

Yabancıların çalışma hakkının sınırlandırılması bakımından getirilen ikinci güvence ise sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Burada kanun ifadesi şekli ve dar anlamda kullanılmaktadır⁶¹⁴. Dolayısıyla yürütme organı tarafından yapılan düzenleyici işlemler ile yabancıların çalışma hakkının sınırlandırılması mümkün değildir⁶¹⁵.

Yabancıların çalışma hakkı sınırlandırılırken AY m. 16 hükmünün yanı sıra AY m. 13 hükmünün de göz önüne alınıp alınmayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre yasama organı yabancıların temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırırken AY m. 13 hükmündeki kısıtlamalarla bağlı değildir⁶¹⁶. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise yabancıların temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılırken AY m. 16 hükmünün yanı sıra AY m. 13 hükmünde yer verilen genel sınırlandırma ölçütlerine de dikkat edilmelidir⁶¹⁷. Anayasa Mahkemesi de bu görüşte olup yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandıracak hükümlerin milletlerarası hukukun yanı sıra anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olmaması ve sınırlamaların kanunla yapılması aranmaktadır⁶¹⁸.

B. Çalışma İzni Alma Zorunluluğu

1. Çalışma İzni Muafiyetinin Tanınmamış Olması

Çalışma hakkı herkese tanınmış bir hak olmasına karşın uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi mevzuatımızda da vatandaş ile yabancıların mutlak eşitliği prensibi kabul edilmemiştir. Bu kapsamda kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi

⁶¹⁴ Gümüşlü Tunçağıl, s. 75-76 ; Erten, s. 6.

⁶¹⁵ Gümüşlü Tunçağıl, s. 76 ; Erten, s. 6.

⁶¹⁶ Er, s. 181 ; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 121.

⁶¹⁷ Fügen Sargın, "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme Ve Çalışma Hakları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.17, S.1-2, 2011, s. 334-336 ; Gümüşlü Tunçağıl, s. 74.

⁶¹⁸ "Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkündür. Nitekim Anayasa'nın 16. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, hak ve özgürlüklerin özlerine dokunamayacağı gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz." AYM, E.2016/37, K.2016/135, 14/07/2016.

gerekçelerle bazı iş ve mesleklerde yabancıların çalışması yasaklanmıştır⁶¹⁹. Yabancıların çalışmasının yasaklanmadığı işler bakımından ise UİK m. 6/2 hükmü uyarınca çalışma izni alma zorunluluğu getirilmiştir. Nitekim, kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabilmesine izin verilen yabancılar dışındaki yabancıların çalışma izni almadan çalışması yasaktır.

Kural olarak Türkiye'de çalışmak isteyen yabancıların çalışma izni alması gerekmektedir birlikte istisnaen bazı yabancılar çalışma izni almaktan muaf tutulmuştur. Daha önce de belirttiğimiz üzere mülteciler, ikincil koruma statüsü sahipleri ve mavi kartlılar yetkili kurum tarafından kendilerine verilmiş olan kimlik belgeleri ile çalışma izni almaksızın çalışma imkanına sahiptir⁶²⁰. Bunun yanı sıra ilgili mevzuat hükmü çerçevesinde belirlenen bazı yabancılar da çalışma izni yerine çalışma izni muafiyet belgesi olarak çalışma imkanına sahiptir. Nitekim, UİK m. 13/7 ve m. 14 hükümleri uyarınca; TTK'ya göre kurulmuş anonim şirketlerin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyeleri ile TTK'ya göre kurulmuş limited, kollektif, komandit ve kooperatif şirketlerin yönetici sıfatı bulunmayan ortakları, 180 gün içinde faaliyeti 90 günü geçmeyen sınır ötesi hizmet sunucuları, 1961⁶²¹ ve 1963⁶²² Tarihli Viyana Sözleşmeleri kapsamında okul, kültür ve dini kurum görevlileri ile bunların eş ve çocukları ve özel hizmetlerde çalışan yabancılar çalışma izni muafiyet belgesi alabilecek yabancılar arasında sayılmıştır. Ancak çalışma izninden muaf tutulan yabancılar UİK m. 13/7 ve m. 14 hükümlerinde sayılanlarla sınırlı olmayıp Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği⁶²³ (UİKY) m. 48 hükmü kapsamındaki yabancılar da ilgili hükümde belirtilen süreyle sınırlı olmak kaydıyla çalışma izninden muaf tutulmuştur.

Yine GKÇİY m.5/4 uyarınca mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma statüsü sahipleri de geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra geçici koruma sağlanan il valiliğine çalışma izni

⁶¹⁹ Kaya Talat, s. 216 ; Şahin Emir, Geçici Koruma, s. 31-32 ; Urhanoğlu Cengiz, Yabancılar, s. 192.

⁶²⁰ Kaya Talat, s. 224-225 ; Yener Keskin, s. 423.

⁶²¹ Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi. 12.09.1984 Tarih ve 18513 Sayılı Resmi Gazete.

⁶²² Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi. 29.05.1975 Tarih ve 15249 Sayılı Resmi Gazete.

⁶²³ 02.02.2022 Tarih ve 31738 Sayılı Resmi Gazete.

muafiyet başvurusu yapabilecektir⁶²⁴. Mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma statüsü sahiplerine çalışma izni muafiyeti verilirken il ve kota sınırlaması getirilebilmesi mümkündür (GKÇİY m.5/5)⁶²⁵. Ayrıca UİK m. 17/2 kapsamında bu kişilere çalışma izni muafiyeti tanınmasında İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşü de aranmaktadır.

Çalışma izni almadan çalışabilecek yabancıların Türkiye'de çalışmaya başlamadan en geç bir gün önce ve çalışmalarının sona erdiği tarihten itibaren en geç on beş gün içinde Bakanlığa bildirilmesi gerekmektedir (UİKY m. 12/2). Çalışma izninin aksine çalışma izni muafiyet belgesine istinaden çalışan tüm bu yabancıların çalıştığı süreler ise kanuni çalışma izni veya ikamet izni sürelerinin hesabında dikkate alınmayacaktır (UİK m. 13/6)⁶²⁶. Yine çalışma izninin aksine çalışma izni muafiyet süresinin uzatılabilmesi de mümkün değildir (UİKY m. 51/3).

2. Çalışma İzninin Değerlendirilmesi ve Ön İzin

Türkiye'de çalışmak isteyen ve çalışma izninden muaf olmayan bir yabancı, çalışmaya başlamadan önce eğer ülke içerisindeyse Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na (ÇSGB), eğer yurt dışında ise ÇSGB'ye iletmek üzere vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvurusu yapmalıdır (UİK m. 7/1). Eğer yabancı, Serbest Bölgeler Kanunu⁶²⁷ kapsamında istihdam edilecek ise başvuru Ticaret Bakanlığı'na yapılacaktır. Ticaret Bakanlığı'nın bu kişilerin çalışma izni almasını uygun görmesi halinde çalışma izni ÇSGB tarafından düzenlenecektir. Yabancıya verilecek çalışma izninin süresi başvurduğu çalışma iznine göre değişiklik göstermekle birlikte izin süresi her halükarda yabancının pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerinin geçerlilik süresinden altmış gün daha kısa süreli olarak verilecektir (UİK m. 24/1).

⁶²⁴ Kavas/ Develi, s. 9 ; Kaya Ceren, s. 39.

⁶²⁵ Elçin, s. 58 ; Kaya Ceren, s. 39.

⁶²⁶ Çelikel/Gelgel, s. 202 ; Kaya Talat, s. 240.

⁶²⁷ 15.06.1985 Tarih ve 18785 Sayılı Resmi Gazete.

Yabancıların sağlık hizmetleri, eğitim hizmetleri, öğretim elemanı veya AR-GE personeli olarak çalışmak istemesi halinde ise çalışma izni başvurusu yapmadan önce ilgili kurumdan ön izin alması gerekmektedir (UİK m.8) . Bu düzenleme ile çalışma izni verilmesi için UİK m. 9/1 hükmünde aranan “*yabancının çalışacağı iş için gerekli niteliğe sahip olması*” şartının ÇSGB tarafından değil o meslekle doğrudan ilgili kamu otoriteleri tarafından daha sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesi amaçlanmıştır⁶²⁸. Bu kapsamda sağlık hizmetleri için Sağlık Bakanlığı’ndan eğitim hizmetleri için Milli Eğitim Bakanlığı’ndan, öğretim elemanı olarak çalışmak için Yükseköğretim Kurumu’ndan ve Araştırma Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun⁶²⁹ kapsamında AR-GE personeli olarak çalışacak yabancılar için Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’ndan ön izin alınması gerekmektedir. Ön izin alınan yabancıların çalışma izinleri değerlendirilirken ÇSGB tarafından yabancının çalışacağı iş için gerekli nitelik ve becerilere sahip olup olmadığı yeniden araştırılmayacaktır⁶³⁰.

Yabancıların çalışma izni başvuruları, Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü (UİGM) tarafından belirlenen uluslararası işgücü politikasına ve çalışma izni değerlendirme kriterlerine göre değerlendirilerek sonuca bağlanmaktadır (UİK m. 7/4, UİKY m.21/1). Uluslararası işgücü politikası, yerli ve yabancı işgücü dengesinin kurularak nitelikli yabancı işgücü ve yatırımcıların ülkemize kazandırılması esasına dayalı olarak UİK m. 4/2 hükmünde sayılan “*uluslararası işgücü hareketliliği, bölgesel gelişmeler, Göç Politikaları Kurulu kararları, istihdam ve çalışma yaşamına yönelik gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler, kalkınmaya ilişkin plan ve programlar, yabancının vatandaşı olduğu ülkeyle ilişkiler, Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmalar, kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu güvenliği*” kriterleri göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Çalışma izni değerlendirme kriterleri belirlenirken ise; yabancının eğitimi, mesleki bilgi ve tecrübesi, ortağı olduğu veya istihdam edileceği tüzel kişiliğin faaliyet alanı ile içerisindeki Türk ve yabancı çalışanların oranı, kamu düzeni ve milli güvenlik, karşılıklılık ilkesi, Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmeler ile çalışmak için başvuru alan iş ve meslek için ülke içerisinde aynı işi yapacak kişinin bulunup bulunmadığına ilişkin Türkiye İş Kurumu kayıtları vb. hususlar dikkate alınmaktadır (UİKY m. 22/1) . Uluslararası işgücü politikasına uygun

⁶²⁸ Çelikel / Gelgel, s. 191 ; Arslantürk/Tunç, s. 157.

⁶²⁹ 12.03.2008 Tarih ve 26814 Sayılı Resmi Gazete.

⁶³⁰ Çelikel / Gelgel, s. 192 ; Asar, s. 331 ; Yıldız/İzmirlioglu, s. 51.

olmayan ve/veya çalışma izni değerlendirme kriterleri ile UİK m. 9 hükmünde sayılan diğer kriterleri⁶³¹ karşılamayan çalışma izni başvuruları ÇSGB tarafından reddedilecektir.

3. Çalışma İzni Türleri

Yabancıların başvurabileceği beş tür çalışma izni bulunmaktadır⁶³². Bağımsız çalışma izni yalnızca UİGM tarafından belirlenen profesyonel meslek mensuplarına, UİK m. 48/1 hükmü kapsamında öngörülen süreleri aşacak şekilde çalışacak bağımsız veya yurt dışında bir işveren bağlı olarak çalışan sınır ötesi hizmet sunucularına⁶³³, Türk Ticaret Kanunu⁶³⁴’na göre kurulmuş olan; anonim şirketlerin şirket ortağı olan yönetim kurulu üyesi, limited şirketlerin şirket ortağı olan müdürü, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin yönetici olan komandite ortağı ile diğer şirketlerin şirket ortağı ve yöneticisi olan yabancılara verilmektedir (UİKY m. 29/1). Bağımsız çalışma izni süreli olarak verilecek olmasına karşın bu izin türü için Kanunda veya uygulama yönetmeliğinde bir alt yahut üst sınır öngörülmemiştir⁶³⁵.

Bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan yabancılara verilen süreli çalışma izni ise, UİK m.7 hükmündeki usule uygun başvuru yapan ve diğer çalışma izni türlerine başvuramayan yabancılara verilmektedir⁶³⁶. Süreli çalışma izni, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak kaydıyla ilk başvuruda en çok bir yıl için geçerlidir⁶³⁷. Süreli çalışma izni sahibi yabancının, bir yılın sonunda aynı işveren yanında çalışmak için başvuru yapması halinde ise ilk uzatma başvurusunda en çok iki

⁶³¹ UİK m. 9: “a) Uluslararası işgücü politikasına uygun olmayan, b) Sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan, c) Yabancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yeterli görülmemeyen, ç) Diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan, d) Gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancılara ilişkin olan, e) Bakanlıkça belirlenen değerlendirme kriterlerini karşılamayan, f) 6458 sayılı Kanunun 7 nci, 15 inci ve 54 üncü maddeleri kapsamında olduğu İçişleri Bakanlığınca bildirilen yabancılara ilişkin olan, g) Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ilişkin olan, ğ) Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olması durumu hariç, Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılan, h) Kanuni süresi içinde yapılmayan veya eksiklikleri tamamlanmayan, başvurular reddedilir.”

⁶³² Çelikel/Gelgel, s. 195 ; Kaya Ceren, s. 40.

⁶³³ UİK m. 3/1/f uyarınca sınır ötesi hizmet sunucusu, “ Türkiye’de geçici nitelikte olmak üzere ve herhangi bir hizmet sunumu amacıyla bulunan ve ücretini Türkiye’deki ya da Türkiye dışındaki bir kaynaktan alan yabancıyı” ifade eder.

⁶³⁴ 14.02.2011 Tarih ve 27846 Sayılı Resmi Gazete.

⁶³⁵ Arslantürk/ Tunç, s. 154 ; Kaya Talat, s. 221 ; Kaya Ceren, s. 40.

⁶³⁶ Kaya Talat, s. 221.

⁶³⁷ Gümüşlü Tunçağıl, s. 83 ; Arslantürk/Tunç, s. 153-154.

yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıl olmak üzere çalışma izninin uzatılması mümkündür. Uzatma başvurusu, çalışma izni süresinin dolmasına altmış gün kalmasından itibaren ve her halükarda izin süresi dolmadan yapılmalıdır (UİK m. 7/3).

Kural olarak süreli çalışma izni başvurusu yapacak yabancılar için bir bekleme süresi öngörülmemekle birlikte istisnaen Türkiye’de bir yükseköğretim kurumundaki örgün öğretim programlarına kayıtlı ön lisans ve lisans öğrencilerinin süreli çalışma iznine başvurabilmesi için öğrenimlerinin ilk yılını tamamlamış olmaları şartı aranmaktadır. Ayrıca yabancı ön lisans ve lisans öğrencileri yalnızca İş K. m. 13 kapsamında kısmi süreli olarak çalışmak için başvuru yapabilmektedir.

Süreli çalışma izni dışındaki diğer çalışma izni türleri, yabancıların Türkiye’de yasal olarak ikamet ettikleri veya çalıştıkları sürelerle, niteliklerine, statüsüne veya çalışılmak istenilen işin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Bu kapsamda, süreli çalışma izni ile sekiz yıl boyunca çalışan veya YUKK m. 42 uyarınca ülkede yasal bir şekilde sekiz yıl boyunca ikamet eden yabancılar, süresiz çalışma izni türüne başvurabilecektir⁶³⁸. Bu çalışma izni sahibi yabancıya ilgili mevzuat hükümlerine uyulması ve yeni bir işyerinde çalışmaya başlamadan en geç on gün önce ÇSGB’ye bildirim yapılması şartıyla bağımsız olarak ya da bir veya birden fazla işverene bağlı olarak çalışma hakkı verilmektedir (UİKY m. 28/2). Ayrıca UİK m. 10/4 hükmü kapsamında süresiz çalışma izni sahipleri, kamu görevlerine girme ve seçme seçilme hakkı ile askerlik yapma yükümlülüğü haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan özel kanunlardaki düzenlemeler ve sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış haklar saklı kalmak kaydıyla yararlandırılacaktır. Süresiz çalışma izni sahiplerine süresiz olarak çalışma hakkı tanınmakla birlikte süresiz çalışma izin belgeleri, çalışma izni başlangıç tarihi itibarıyla her beş yılın sonunda yenilenmelidir (UİKY m. 28/4). Belge yenileme başvurusu beş yıllık sürenin dolmasından önceki altı ay içerisinde ve her durumda süre dolmadan yapılmalıdır. Süresiz çalışma izni belgesinin süresi içerisinde yenilenmemesi halinde UİKY m. 30/4 hükmü uyarınca yabancıların çalışma izni belgenin yenilenmesine kadar askıda kalacaktır.

⁶³⁸ Asar, s. 326 ; Ayan, s. 119 ; Çelikel/Gelgel, s. 185-186.

Yalnızca UİK m. 11/5 hükmü ile Turkuaz Kart Yönetmeliği⁶³⁹ m. 5 hükmü kapsamında belirtilen “ i) *Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen, ii) Yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı ve benzeri özellikleri itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen, iii) Bilimsel ve teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı, iv) Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan veya v) Türkiye’nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye’nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan*” nitelikli yabancılara verilen Turkuaz Kart⁶⁴⁰ ise, özel bir çalışma izni türü olup izin sahiplerine ilk üç yıllık geçiş süreci sonrasında süresiz çalışma izni kapsamında sağlanan haklardan yararlanma imkanı tanımaktadır (UİK m. 11). Ayrıca, kart sahibinin eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına da Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen bir belge verilmektedir⁶⁴¹. Turkuaz Kart sahipleri süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanabilmek için geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmasından itibaren süre dolana kadar süresiz Turkuaz Kart verilmesi için başvuru yapmalıdır. Kural olarak Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 5 hükmünde yer verilen niteliklere haiz tüm yabancılara Turkuaz Kart başvurusu yapma imkanı verilmesine karşın UİK m. 11/6 hükmü uyarınca geçici koruma altına alınanlar bu statüleri devam ettiği sürece Turkuaz Kart başvurusu yapamayacaktır⁶⁴².

Yabancıнын statüsüne yahut belirli bir niteliğe sahip olmasına göre verilen bir diğer çalışma izni türü ise istisnai çalışma iznidir. Bu çalışma izni yalnızca UİK m. 16/1 hükmünde belirtilen i) nitelikli işgücü veya nitelikli yatırımcılara, ii) yalnızca belirli bir proje için istihdam edilenlere, iii) Türk soylulara, iv) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarına, v) AB üyesi ülke vatandaşlarına, vi) uluslararası koruma statüsü başvuru sahibine, vii) şartlı mültecilere, viii) geçici koruma statüsü sahibine,

⁶³⁹ 14.03.2017 Tarih ve 30007 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁴⁰ Turkuaz Kart ile Avrupa Birliği’nde uygulanan Mavi Kart sisteminin karşılaştırılması için bkz. Kavlak, s. 356-358.

⁶⁴¹ Kaya Talat, s. 222 ; Kavlak, s. 347. Kaya Cansu, s. 72.

⁶⁴² Hükmün eleştirisi için bkz. Arslantürk/Tunç, s. 154. Yazarlar, bu hüküm nedeniyle nitelikli geçici koruma statüsü sahiplerinin istihdam edilmesinin önünde zorlayıcı bir etki yaratıldığı görüşündedirler.

ix) vatansızlara, x) insan ticareti mağdurlarına, xi) Türkiye’de yaşayan ve Türk vatandaşı ile evli olanlara , xii) diplomatik dokunulmazlığı bulunmayan yabancı devlet temsilcilik veya uluslararası kuruluş çalışanlarına, xiii) bilimsel, sanatsal, kültürel veya sportif alanlarda uluslararası düzeyde başarılı olanlara ve xiv) sınır ötesi hizmet sunucusu yabancılara verilmektedir. Bu izne başvurma niteliğine haiz yabancılara başvuru usulleri, değerlendirme şartları ve değerlendirme sürelerine ilişkin UİK m. 7, m.9 ve m. 19 hükümlerinin uygulanması sırasında bir takım istisnalar tanınmaktadır⁶⁴³.

İstisnai çalışma izni alabilecek diğer yabancılar için herhangi bir bekleme süresi öngörülmemesine karşın uluslararası koruma statüsü başvuru sahipleri ile şartlı mülteciler için uluslararası koruma başvuru tarihinden geçici koruma statüsü sahipleri için ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren en erken altı ay sonra çalışma izni başvurusu yapabilecektir (UİK m. 17/1). Ayrıca UİK m. 17/2 hükmü uyarınca bu kişilere çalışma izni verilmesi için İçişleri Bakanlığı’nın olumlu görüşü aranmaktadır⁶⁴⁴.

Çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancıların sayıldığı UİK m. 16 hükmünde yer almamakla birlikte serbest bölgelerde çalışmak isteyen yabancılara da çalışma iznin değerlendirilmesi sırasında bir takım istisnalar tanınmaktadır. Nitekim, yabancının serbest bölgelerde çalışma başvurusunun Ticaret Bakanlığı tarafından olumlu bulunarak ÇSGB’ye bildirilmesi halinde ÇSGB tarafından diğer şartlar göz önünde bulundurulmaksızın yalnızca yabancının i) Türkiye’ye girişine izin verilmeyen, vize verilmeyecek veya hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılardan olup olmadığı (UİK m.9/1/f) ii) Türkiye’de çalışmasının kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından sakıncalı olup olmadığı (UİK m.9/1/g) ve/veya iii) Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olduğu haller hariç olmak üzere yabancının Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşı olup olmadığı (UİK m. 9/1/ğ) hususları değerlendirilebilecektir (UİK m. 18).

⁶⁴³ Çelikel/ Gelgel, s. 198 ; Arslantürk/Tunç, s. 154.

⁶⁴⁴ Ayan, s. 139 ; Çelikel/Gelgel, s. 206.

Yine Türkiye’de bir yükseköğretim kurumundaki örgün öğretim programlarına kayıtlı yabancı öğrencilerin mezuniyetlerinden itibaren bir yıl içerisinde çalışma iznine başvurmaları halinde de bu kişilerin çalışma izni başvuruları, genel prosedürün dışında Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu tarafından belirlenen ve yabancı için bir takım avantajları bulunan esaslar çerçevesinde değerlendirilecektir⁶⁴⁵.

4. Çalışma İzninin Sınırlandırılması

Yabancılar verilen tüm bu çalışma izin türlerinin UİK m. 12/3 hükmünde öngörülen koşullar altında sınırlandırılması mümkündür. Bu kapsamda, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde öngörülen haklar saklı kalmak kaydıyla yabancıların çalışma izinleri; karşılıklılık ilkesi uyarınca veya iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama yönelik sektörel ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı durumların gerekli kıldığı hâllerde belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, işkolu veya mülki ve coğrafi alan itibariyle sınırlandırılabilir.

Çalışma izinlerinin sınırlandırılmasına ilişkin genel hüküm olan UİK m. 12/3 hükmünün yanı sıra özel hükümler çerçevesinde de yabancıların çalışma izinlerinin sınırlandırılması mümkündür. Bu kapsamda geçici koruma statüsü sahiplerinin çalışma izni coğrafi alan itibariyle sınırlandırılarak yalnızca geçici koruma kaydına göre kalmasına izin verilen il için çalışma iznine başvuru hakkı verilmektedir⁶⁴⁶ (GKÇİY m. 7/1).

Geçici koruma statüsü sahiplerinin çalışma izinlerine yönelik bir diğer sınırlandırma ise GKÇİY m.8 hükmü uyarınca istihdam kotası uygulanmasıdır⁶⁴⁷. Buna göre, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısı üzerinden sektör ve illere göre açık pozisyonlar dikkate alınarak ÇSGB tarafından değişen oranlarda istihdam kotası uygulanabilmektedir. Ancak on veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde çalışacak geçici koruma statüsü sahibi yabancı sayısı, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde onunu geçemeyecektir. İşyerinde çalışan işçinin ondan daha az olduğu işyerlerinde ise en fazla bir geçici koruma statüsü sahibinin çalışmasına izin

⁶⁴⁵ Asar, s. 341.

⁶⁴⁶ Şahin Emir, Geçici Koruma, s. 31 ; Kavas/ Develi, s. 8 ; Kaya Ceren, s. 46.

⁶⁴⁷ Şahin Emir, Geçici Koruma, s. 33 ; İzmirlilioğlu, s. 32.

verilmektedir. Bunun yanı sıra işyerinin kayıtlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünden, başvuru tarihinden önceki dört haftalık süre içerisinde yabancının çalıştırılacağı işi yapacak aynı nitelikteki Türk vatandaşı bulunamadığının belgelendirildiği durumlarda ise istihdam kotası aşılsa dahi çalışma izni başvurusunun kabul edilmesi mümkündür⁶⁴⁸. Yine Türkiye İş Kurumu tarafından aktif işgücü hizmetleri kapsamında düzenlenen kurs ve programlar vasıtasıyla bir işyerinde mesleki eğitim ve işbaşı eğitimi görecekle ile bu kişilerin eğitim süresinin sonunda aynı işyerinde çalıştırılması için başvuruda bulunulan işyerleri bakımından da farklı istihdam kotaları uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır (GKÇİY m. 12/2) .

Son olarak uluslararası koruma başvuru sahibi, uluslararası koruma ve geçici koruma statüsü sahibi yabancıların çalışma, çalışma izni ya da çalışma izni muafiyeti başvuruları; Göç Politikaları Kurulu kararları , uluslararası işgücü politikası ve İçişleri Bakanlığı'nın görüşü dikkate alınarak il, süre, sektör, işkolu, iş ve meslek bakımından sınırlandırılabilir (UİK m. 17/6)⁶⁴⁹.

C. Yabancıların Çalışmasının Yasak Olduğu Faaliyetler

Geçmişten günümüze yabancılara tanınan hak ve özgürlükler sürekli olarak genişlese dahi bulundukları ülkenin vatandaşlarına nazaran daha dar kapsamlıdır. Nitekim günümüzde yabancı cenneti olarak isimlendirilen ve yabancıların haklarına dair en geniş ve liberal düzenlemeleri içeren ülkelerde dahi yabancı-vatandaş eşitliğinin mutlak bir şekilde sağlanmadığı görülmektedir⁶⁵⁰. Hukukumuzda da AY m. 16 hükmü çerçevesinde bazı iş ve mesleklerin yabancılara yasaklandığı görülmektedir.

Yabancılara çalışma yasakları getiren mevzuat hükümlerinin başında Osmanlı İmparatorluğu'nun son zamanlarında ortaya çıkan istihdam dengesizliğini yerli işçiler lehine ortadan kaldırma amacı güden Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun⁶⁵¹ (2007 Sayılı Kanun) gelmekteydi⁶⁵². Anılan kanun m.1 çerçevesinde "*pazarlamacılık, çalgıcılık, fotoğrafçılık, berberlik, dizgicilik, simsarlık, elbise, şapka ve ayakkabı imalatçılığı, borsalarda satın alma memurluğu,*

⁶⁴⁸ Kavas/ Develi, s. 9 ; Kaya Ceren, s. 47.

⁶⁴⁹ Gümüşlü Tunçağıl, s. 88 ; Yıldız/ İzmirlioğlu, s.36.

⁶⁵⁰ Erten, s. 5.

⁶⁵¹ 16.06.1932 Tarih ve 2126 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁵² Er, s. 186 ; Alp, YÇİHK, s. 34 ; Urhanoğlu Cengiz, Yabancılar, s. 193.

devletin tekeline tabi maddelerin satıcılığı, gezginlere tercümanlık ve rehberlik, inşaat, demir ve ahşap sanayii işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su ve tenvir, teshin ve muhabere işlerinde daimi ve muvakkat işçilik, yükleme ve boşaltma işleri, şoförlük ve muavinlik, amelelik, her türlü müesseselerde bekçilik, kapıcılık; odabaşılık, garsonluk, bar oyunculuğu ve şarkıcılığı ile baytarlık ve kimyagerlik” meslekleri yabancılara yasaklanmıştı. Ancak, 2007 sayılı Kanun, 2003 yılında yürürlükten kaldırılmış ve bu kanunda belirtilen mesleklerden özel kanun hükümleri çerçevesinde yasaklanmamış olanlarda yabancıların istihdam edilebilmesinin önü açılmıştır. Nitekim, 2007 Sayılı Kanun’un yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte pek çok iş ve mesleği yabancıların yapabilmesine imkan verilmişse de kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı nedeniyle özel kanun hükümleri ile getirilen çalışma yasaklarının bir kısmı halen yürürlüktedir⁶⁵³.

1. Kamu Güvenliği Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar

Türkiye Cumhuriyeti’nin ve Türk vatandaşlarının güvenliğinden sorumlu olan Silahlı Kuvvetler ve Emniyet Teşkilatları bünyesindeki iş ve mesleklerde yalnızca Türk vatandaşları çalışabilecektir (2527 Sayılı Kanun m.1). Nitekim, çalışma izni almak kaydıyla Türk vatandaşlarına hasredilen işlerde çalışabilen Türk soylu yabancıların dahi bu kurumlar bünyesinde çalışabilmesi mümkün değildir. Yine benzer şekilde Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu⁶⁵⁴ m. 9/c hükmü uyarınca yabancılara getirilen, ikinci derece kara askeri yasak bölgeye geçici dahi olsa girme, oturma, çalışma ve taşınmaz mal kiralama yasaklarının Türk soylular için de geçerli olduğu görüşündeyiz.

Özel kuruluş veya kamu kuruluşlarında verilen güvenlik hizmetleri kapsamında yabancıların çalışması da kamu güvenliği gerekçesiyle yasaklanmıştır. Bu kapsamda Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun⁶⁵⁵ m.10/a çerçevesinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Yine Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu⁶⁵⁶ m. 3 hükmü uyarınca yabancıların çarşı ve mahalle bekçisi olarak çalışması yasaktır. Öğretide 2527 Sayılı Kanun m.1 kapsamında Türk

⁶⁵³ Er, s. 182 ; Erken, Yabancılar, s. 88-89 ; Mustafa Alp, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 2, 2004, s. 37.

⁶⁵⁴ 22.12.1981 Tarih ve 17552 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁵⁵ 26.06.2004 Tarih ve 25504 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁵⁶ 18.06.2020 Tarih ve 31159 Sayılı Resmi Gazete.

soyluların çalışmasının yasaklandığı “Güvenlik Teşkilatı’nın” emniyet teşkilatı olarak anlaşılması gerektiği gerekçesiyle Türk soylu yabancıların özel güvenlik görevlisi olarak çalışabilecekleri savunulmaktadır⁶⁵⁷. Kanaatimizce de, Türk soylu yabancıların Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesindeki iş ve mesleklerin aksine özel güvenlisi ile çarşı ve mahalle bekçisi olarak çalışması mümkündür.

Türk karasuları ile Türk hava sahasındaki bazı iş ve meslekler de kamu güvenliği gerekçesiyle yabancılara yasaklanmıştır. Nitekim, Kabotaj Kanunu⁶⁵⁸ m. 2 hükmü uyarınca Türk karasuları ile karasularına dahil bulunan liman, koy, körfezlerde her türlü deniz aracını bulundurmak ve bu araçlarla taşımacılık ve ticaret yapma hakkı yalnızca Türk vatandaşlarına aittir. Yine Kabotaj Kanunu’nun 3. maddesi ile Türk karasularında avcılık, dalgıçlık, enkaz kaldırma, kılavuzluk, deniz bakkallığı, kaptanlık, çarkçılık katiplik, tayfalık, iskele ve rıhtım hamallığı ile bilumum deniz esnaflığının da yabancılar tarafından yapılması yasaklanmıştır. Buna karşılık Kabotaj Kanunu m.4 hükmü ile m.3 hükmüne istisna getirilerek geçici olmak ve hiçbir talep hakkı bulunmamak kaydıyla Türk kurtarma gemilerinde, yabancı uzman, kaptan ve tayfa çalıştırılmasına Cumhurbaşkanı tarafından izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır⁶⁵⁹.

Türk hava sahasında faaliyet gösteren havacılık işletmeleri ise kural olarak yabancı uçuş ekibi ve teknik personel istihdam edebilmektedir. Ancak kamu güvenliği nedeniyle havacılık işletmelerinde yabancıların istihdam edilmesi bazı kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Nitekim, Ticari Hava Taşıma İşletmeleri Yönetmeliği (THİY) m.22/2 hükmü uyarınca yirmi ve daha fazla koltuklu hava araçlarıyla ticari hava taşımacılığı yapacak işletmelerde istihdam kotası getirilerek işletme ruhsatı tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde bünyesinde görev yapan pilotların, uçuş harekât uzmanlarının, kabin memurlarının ve teknisyenlerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması ve işletmecinin faaliyetleri devam ettiği sürece bu koşulun muhafaza edilmesi aranmıştır. Yine THİY m. 22/5 kapsamında dış hat seferleri hariç olmak üzere kabin ekibinin tamamının Türk vatandaşı olması aranmaktadır.

⁶⁵⁷ Cin, Türk Soylu, s. 6 ; Ganiyeva, s. 274 ; Saatcioğlu, s. 1094.

⁶⁵⁸ 29.04.1926 Tarih ve 359 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁵⁹ Çelikel/ Gelgel, s. 231.

Askeri alanlar, Türk hava sahası ve Türk karasularında yabancılara getirilen çalışma yasaklarının yanı sıra Türkiye'nin yer altı kaynakları bakımından da kamu güvenliğinin gözetildiği görülmektedir. Nitekim, Maden Kanunu⁶⁶⁰ m.6 hükmü uyarınca Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde maden arama ve işletme hakkının verileceği gerçek kişilerin 2527 Sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşı olması zorunludur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin yargı yetkisi altında yapılan radyo, televizyon ve diğer yayın hizmetlerini düzenleyen Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un⁶⁶¹ m. 19/1/f hükmü ile yayın hizmeti veren kuruluşların yönetim kurulu başkanının, başkan vekilinin ve genel müdürünün Türk vatandaşı olması kamu güvenliği gerekçesi ile zorunlu kılınmıştır. Ayrıca anılan kanun hükmü ile yayın kuruluşlarının yönetim kurulu ile genel kurullarında oy çoğunluğunun Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetini haiz gerçek veya tüzel kişilerde bulunması da aranmaktadır.

2. Kamu Sağlığı Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar

Cumhuriyetin ilanından sonra başta Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁶⁶² (1219 Sayılı Kanun) olmak üzere çeşitli kanun hükümleri ile sağlık alanına yönelik iş ve mesleklerin pek çoğunda yabancılara çalışması yasaklanmıştır⁶⁶³. Ancak zaman içerisinde mevzuatımızda yapılan değişiklikler ile sağlık hizmetlerinde yabancılara yönelik çalışma yasaklarının kapsamının oldukça daraltılmış olduğu görülmektedir.

1219 Sayılı Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde doktorluk mesleği sadece Türk vatandaşlarının yapabileceği meslekler arasında yer almaktaydı. Ancak Türk doktorların yurt dışında çalışmaya başlaması, tıp eğitiminin pahalı olması ve ülke genelinde başta doktor olmak üzere sağlık personeli açığının bulunması gibi nedenlerle bu yasağın kaldırılması gündeme gelmiştir⁶⁶⁴. Bu kapsamda önce 1987 tarihinde yürürlüğe giren Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu⁶⁶⁵ mülga m.7 hükmü ile

⁶⁶⁰ 15.06.1985 Tarih ve 18785 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁶¹ 03.03.2011 Tarih ve 27863 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁶² 14.04.1928 Tarih ve 863 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁶³ Çelikel/ Gelgel, s. 217 ; Urhanoglu Cengiz, Yabancılar, s. 200.

⁶⁶⁴ Çelikel/ Gelgel, s. 218.

⁶⁶⁵ 15.05.1987 Tarih ve 19461 Sayılı Resmi Gazete.

yabancı doktorların sözleşmeli olarak çalıştırılmasının önü açılmış, 2011 yılında ise 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁶⁶⁶ (KHK) ile 1219 Sayılı Kanun m.1 hükmü değiştirilerek doktorların Türk vatandaşı olması şartı tamamen ortadan kaldırılmıştır⁶⁶⁷. Yine 6514 Sayılı Kanun m.22 kapsamında yalnızca Türk vatandaşlarının ebelik yapabileceğine ilişkin 1219 sayılı Kanun m. 47 hükmü değiştirilerek gerekli koşulları taşıyan yabancıların da ebelik yapabilmesine imkan verilmiştir.

Doktorluk mesleğine ilişkin yasağın zaman içerisinde ortadan kaldırılmış olmasına karşın halen yürürlükte olan 1219 Sayılı Kanun m. 30 uyarınca Türk soylu yabancılar dışındaki yabancıların dış hekimi olarak çalışabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte uzmanlık eğitimi bir çalışma değil eğitim olarak görüldüğünden Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Yönetmeliği⁶⁶⁸ m.14 kapsamında yabancı dış hekimleri Türkiye'deki hastane ve diğer sağlık kuruluşlarında uzmanlık eğitimi görebileceklerdir⁶⁶⁹.

1219 Sayılı Kanun m. 63 hükmü kapsamında hastabakıcılık yalnızca Türk vatandaşlarının yapabileceği meslekler arasında yer almasına karşın uygulamada yabancılara evde hastabakıcı olmak için çalışma izni verildiği görülmektedir⁶⁷⁰. Uygulamadaki fiili durum da göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce, hastabakıcılık mesleğinin yabancılara yasaklanması için günümüzde kamu sağlığı bakımından herhangi bir menfaat bulunmadığı düşünülebilecektir.

1219 Sayılı Kanun dışındaki kanun hükümleri ile getirilen çalışma yasaklarının bir kısmının da zaman içerisinde kaldırıldığı görülmektedir. Nitekim Hemşirelik Kanunu m.3 ilk yürürlüğe girdiğinde yalnızca Türk vatandaşı kadınlar hemşirelik yapabilirken zaman içerisinde yapılan değişiklikler ile önce cinsiyet sonra da vatandaşlığa ilişkin kısıtlamalar kaldırılmıştır⁶⁷¹. Yine mülga Gözlükçülük Hakkında

⁶⁶⁶ 02.11.2011 Tarih ve 28103 (Mükerrer) Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁶⁷ Çelikel/Gelgel, s. 218.

⁶⁶⁸ 26.04.2014 Tarih ve 28983 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁶⁹ Çelikel/Gelgel, s. 220.

⁶⁷⁰ Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan tip sözleşme kapsamında yabancılar kapsamında yabancılar çocuk bakıcısı, yaşlı bakımı veya hasta bakıcısı olarak çalışabilmektedir. Bkz. <https://www.csgb.gov.tr/uigm/belgeler/is-sozlesmesi/> (Son erişim tarihi, 16.02.2023).

⁶⁷¹ Çelikel/Gelgel, s. 222.

Kanun⁶⁷² m.1 hükmü kapsamında optisyenlik yabancılara yasaklanmış iken anılan kanunu yürürlükten kaldıran Optisyenlik Hakkında Kanun⁶⁷³,un m.4 hükmü ile yabancılara da optisyenlik yapabilmesinin önü açılmıştır. Buna karşılık sağlık hizmetleri alanında çeşitli mevzuat hükümleri çerçevesinde veteriner hekimlik(6343 sayılı Kanun⁶⁷⁴ m.2), eczacılık (6197 sayılı Kanun⁶⁷⁵ m.2) ve özel hastane müdürlüğü (Hususi Hastaneler Kanunu⁶⁷⁶ m.9) meslekleri ise halen Türk soylular dışındaki yabancılara yasaklanmış meslekler arasında yer almaktadır.

3. Kamu Düzeni Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar

Kamu düzeni gerekçesiyle yabancılara getirilen çalışma yasaklarının başında Devlet Memurları Kanunu⁶⁷⁷ (DMK) m. 48 hükmü yer almaktadır⁶⁷⁸. Anılan hüküm kapsamında devlet memuru olarak istihdam edilebilmek için Türk vatandaşı olunması koşulu getirilmiştir. Dolayısıyla Türk soylu yabancılar dışındaki yabancılara asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmek ile görevlendirilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte DTK m. 4 uyarınca kamu hizmetleri memurların yanı sıra sözleşmeli personel ve işçiler eliyle de yerine getirilmektedir. Memurlar dışındaki çalışanlar bakımından Türk vatandaşı olma şartının aranmadığı göz önünde bulundurulduğunda yabancılara devlet ve diğer kamu tüzel kişilikleri bünyesinde sözleşmeli personel veya işçi olarak çalışması mümkündür.

Kamu düzeni gerekçesiyle getirilen bir diğer yasak ise Hakimler ve Savcılar Kanunu m.8 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, hakim ve savcı olarak atanmanın ön koşulu olan hakim ve savcı yardımcılığına kabul edilebilmek için gerekli diğer şartların yanı sıra Türk vatandaşı olunması aranmaktadır.

⁶⁷² 04.01.1941 Tarih ve 4703 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁷³ 26.06.2004 Tarih ve 25504 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁷⁴ Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tazına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun (18.03.1954 Tarih ve 8661 Sayılı Resmi Gazete).

⁶⁷⁵ Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun (24.12.1953 Tarih ve 8591 Sayılı Resmi Gazete).

⁶⁷⁶ 05.06.1933 Tarih ve 2419 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁷⁷ 23.07.1965 Tarih ve 12056 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁷⁸ Çiçekli, s. 136.

Yargının karar ve iddia makamı olan hakim ve savcılık mesleğinin yanı sıra savunma makamı olan avukatlık mesleği de Avukatlık Kanunu⁶⁷⁹ m.3 uyarınca yabancılara yasaklanmış meslekler arasındadır. Ancak istisnai olarak doğrudan yabancı yatırımlar mevzuatı çerçevesinde yabancılara avukatlık ortaklığı kurabilmesi ve bu kapsamda yabancı avukat çalıştırabilmesi mümkündür⁶⁸⁰. Nitekim, Avukatlık Kanunu m. 44/B kapsamında mütakabiliyet esasını gözetmek ve yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti vermek koşuluyla yabancılara birlikte avukatlık ortaklığı kurabilmesine ve bu ortaklık bünyesinde Türk ve/veya yabancı avukat çalıştırabilmesine izin verilmiştir. Yabancı Avukatlık Ortaklıklarının yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk hakkında danışmanlık hizmeti vermek dışında mesleki faaliyette bulunması mümkün değildir. Bu sınırlama, avukatlık ortaklığı bünyesinde çalışan yabancı avukatların yanı sıra Türk vatandaşı avukatlar için de geçerlidir.

Son olarak bir kamu hizmeti olan ve hukuki güvenliği sağlama amacı güden noterlik mesleği de kamu düzeni gerekçesiyle yabancılara yasaklanmış meslekler arasındadır. Nitekim, Noterlik Kanunu⁶⁸¹ m.7 hükmü ile noter olabilmek için ön koşul olan noterlik stajına yabancılara kabul edilmesi yasaklanmıştır.

4. Kamu Yararı Gerekçesiyle Getirilen Yasaklar

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Organlarına İlişkin Yönetmelik⁶⁸² m. 16/2 uyarınca borsa denetçiliği, kamu yararı gözetilerek yabancılara yasaklanmış meslekler arasındadır. Borsa denetçiliğinin yanı sıra İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Üyeliğine ve Üyelik Esaslarına İlişkin Yönetmelik⁶⁸³ m. 12 kapsamında borsa üye temsilciliği ve temsilci yardımcılığı da yabancılara yasaklanan meslekler arasında yer almaktayken anılan yönetmeliğin 2021 yılında yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte bu mesleklerin yabancılara tarafından yürütülmesine izin verilmiş görünmektedir.

⁶⁷⁹ 07.04.1969 Tarih ve 13168 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸⁰ Çelikel/Gelgel, s. 224.

⁶⁸¹ 05.02.1972 Tarih ve 14090 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸² 26.04.2012 Tarih ve 28275 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸³ 08.12.2012 Tarih ve 28491 Sayılı Resmi Gazete.

Kamu yararı gerekçesiyle getirilen bir diğer yasak ise Ticaret ve Sanayi Odaları mevzuatında yer almaktadır. Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları, Türkiye Ticaret Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Personel Yönetmeliği⁶⁸⁴ m.9 uyarınca 2527 Sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla oda, borsa ve birliklerde istihdam edilecek bütün personellerin Türk vatandaşı olması zorunludur. Yine Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu⁶⁸⁵ m. 74 kapsamında Türk soylular dışındaki yabancılar oda ve borsa genel sekreteri olarak çalışamayacaktır.

Oda ve borsalarda yürütülen iş ve mesleklerin dışında kamu yararı gerekçesiyle gümrük müşavir yardımcılığı (Gümrük Kanunu m. 227/1/a) , kooperatif yönetim kuruluğu üyeliği (Kooperatif Kanunu m. 56) ve turist rehberliği (Turist Rehberliği Meslek Kanunu⁶⁸⁶ m.3) 2527 Sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla yabancılara yasaklanmıştır.

⁶⁸⁴ 05.08.1983 Tarih ve 18126 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸⁵ 01.06.2004 Tarih ve 25479 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸⁶ 22.06.2012 Tarih ve 28331 Sayılı Resmi Gazete.

BÖLÜM V: ÇALIŞMA YASAKLARINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

I. Hukuki Yaptırımlar

A. Çalışma Yasaklarına Aykırı İş Sözleşmelerinin Geçersizliği

1. Sözleşmelerin Geçersizliği Kavramı

İş sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak iş görme, buna karşılık işverenin ise gördüğü iş karşılığında işçiye ücret ödeme yönündeki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş olur. Borçlar Hukukundaki sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bunun sınırları özel hukuk sözleşmeleri arasında yer alan iş sözleşmeleri bakımından da geçerlidir⁶⁸⁷. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırı bir şekilde kurulan iş sözleşmeleri de diğer Borçlar Hukuku sözleşmeleri gibi geçersizlik (hükümsüzlük) yaptırımına tabi tutulacaktır.

Tarafların sözleşmenin kurulmasına ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmasına karşın sözleşmenin geçerlilik koşullarından bir veya bir kaçının eksik olması nedeniyle hukuk düzeninin tarafların arzu ettiği hukuki sonucun gerçekleşmesini engellediği haller geçersizlik olarak nitelendirilmektedir⁶⁸⁸. Geçersizlik, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmesi nedeniyle yokluk kavramından ayrılmaktadır⁶⁸⁹. Nitekim, yokluk söz konusu olduğunda sözleşmenin kurucu unsuru olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı söz konusu olmadığından bu sözleşme hiçbir zaman meydana gelmemiştir. Dolayısıyla hukuk düzleminde var olmamış bir sözleşmenin geçerliliği yahut geçersizliğinden de söz edilemeyecektir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları için bkz. Bölüm I, II,B.

⁶⁸⁸ Eren, s. 376 ; Şaban Kayıhan/ Mustafa Ünlütepe, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,6. Baskı, Seçkin Yayıncılık,2018, s. 160.

⁶⁸⁹ Eren, s. 375 ; Süzek, s. 346 ; Antalya, C.I, s. 183.

⁶⁹⁰ Eren, s. 375 ; Oğuzman/Öz,C.I, s. 175.

Klasik teori uyarınca özel hukukta kabul edilen başlıca geçersizlik halleri; kesin hükümsüzlük (butlan), iptal edilebilirlik ve askıda hükümsüzlük olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁶⁹¹.

Hukukumuzda; kamu düzenine, emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler ile muvazaalı ya da taraflardan en az birinin fiil ehliyetinin bulunmadığı sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. Kesin hükümsüz bir sözleşme, kurulduğu andan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz⁶⁹². Sözleşme kapsamında taraflar sözleşmenin geçerli olduğu hususunda anlaşarak bu doğrultuda edimlerini ifa etmiş olsalar dahi sözleşme geçerlilik kazanmayacaktır⁶⁹³. Hatta sözleşmenin kurulduğu sırada var olan butlan sebebi daha sonra ortadan kalksa bile sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi mümkün değildir. Butlan sebebinin ortadan kalktığı bu halde tarafların yeni bir sözleşme yapması mümkündür. Ancak yapılan bu yeni sözleşme hiçbir şekilde eski sözleşmenin onanmış yahut sağlık kazanmış bir şekli olarak nitelendirilemeyecektir⁶⁹⁴.

Bir sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmaktadır. Bunun yanı sıra kesin hükümsüzlük yalnızca taraflar tarafından değil menfaati bulunan herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Bu şekilde kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi ise def'i değil itiraz niteliğindedir⁶⁹⁵. Kesin hükümsüz bir sözleşmeye dayanarak edimini ifa eden borçlu, sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle edimini konusuna göre istihkak yahut sebepsiz zenginleşme davası ile geri isteyebilecektir.

Kesin hükümsüzlük, tam kesin hükümsüzlük ve kısmi kesin hükümsüzlük olmak üzere iki kategoride incelenmektedir. Kısmi kesin hükümsüzlük, sözleşmenin yalnızca bir bölümünün kamu düzenine, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik

⁶⁹¹ İsviçre-Türk Doktrinde kabul gören modern geçersizlik teorisinde ise, bu üç geçersizlik hallerinin yanı sıra kanun koyucunun amacına göre tercih edilebilen *esnek geçersizlik* gibi ara kategoriler de bulunmaktadır. Bkz. Antalya, C.I, s. 182 vd. Öğretide iş sözleşmelerinin geçerliliği bakımından klasik teoriye göre değerlendirme yapıldığından çalışmamız kapsamında da yalnızca klasik teorideki geçersizlik halleri esas alınacaktır.

⁶⁹² Eren, s. 379 ; Süzek, s. 346.

⁶⁹³ Eren, s. 378 ; Kayıhan/Ünlütepe, s. 166 ; Antalya, C.I, s. 187.

⁶⁹⁴ Eren, s. 378 ; Kayıhan/Ünlütepe, s. 166.

⁶⁹⁵ Kayıhan/Ünlütepe, s. 167 ; Antalya, C.I, s. 188.

haklarına aykırı olmasına veya kısmen imkansız olmasına karşın sözleşmenin diğer bölümlerinin hukuka uygun bir şekilde kurulduğu hallerde sözleşme lehine yorum (*favor contractus*) ilkesi gereğince sözleşmenin hukuka uygun bölümünün geçerli olmasını ifade etmektedir⁶⁹⁶. Hukukumuzda kısmi kesin hükümsüzlük TBK m. 27/2 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağının açıkça anlaşılmadığı durumlarda sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması, diğer hükümlerin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Bir sözleşmeye kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için edimin yahut sözleşmenin objektif olarak bölünebilir olması gerekmektedir. Sözleşmenin bölünebilir olması ise kesin hükümsüz kısım dışında kalan kısımların bu halleriyle de bağımsız bir hukuki işlem niteliği gösterebilmelerini ifade etmektedir⁶⁹⁷. Kısmi kesin hükümsüzlüğün subjektif şartı ise kesin hükümsüz kısım olmasa dahi sözleşmenin yapılacağına ilişkin gerçek ya da farazi taraf iradesidir. Taraf iradeleri güven teorisi çerçevesinde makul ve dürüst bir kişinin sözleşmenin kurulması esnasında kısmi kesin hükümsüzlüğü bilmesi halinde nasıl karar vereceği göz önüne alınarak belirlenmelidir⁶⁹⁸. Ancak yasa hükmünün amacı ve dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde taraflardan birinin o hükmün geçersiz olacağını bilseydi sözleşmeyi akdetmeyeceği yönündeki iddiası dinlenmeyecektir⁶⁹⁹. Nitekim, iş sözleşmeleri gibi bir tarafın diğer tarafa göre daha zayıf olduğu sözleşmelerde yalnızca hukuka aykırı hükmü geçersiz sayarak iş ilişkisini devam ettirmek iş hukukunun temel amaç ve ilkeleri açısından daha uygundur⁷⁰⁰.

Sözleşmelerde kısmi hükümsüzlük; basit kısmi hükümsüzlük, geçerliliğini koruyan indirgeme ve değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olmak üzere üç farklı şekilde ortaya çıkabilir. Basit kısmi hükümsüzlük söz konusu olduğunda geçersiz hükmün yerini başka bir hüküm almaksızın yalnızca geçersiz hükmün uygulanmaması ile yetinilecektir⁷⁰¹. Örneğin işçinin sendika üyesi olması halinde sözleşmesinin geçerli olarak feshedilebileceğine ilişkin bir hükmün bulunduğu iş sözleşmesinde yalnızca bu

⁶⁹⁶ Eren, s. 381 ; Oğuzman/Öz, C.I, 180-181.

⁶⁹⁷ Eren, s. 382.

⁶⁹⁸ Eren, s. 387 ; Süzek, s. 351.

⁶⁹⁹ Süzek, s. 351.

⁷⁰⁰ Süzek, s. 351.

⁷⁰¹ Orhan Ersun Civan, “Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Kısmi Geçersizlik”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, Ankara, 2017, s. 223. (Kısmi Geçersizlik)

hüküm geçersiz kabul edilerek sözleşme devam ettirilecektir. Hukukumuzda kısmi kesin hükümsüzlüğü düzenleyen TBK m. 27/2 hükmü yalnızca basit geçersizliğin sonuçlarını içermektedir⁷⁰².

Geçerliliğini koruyan indirgeme yaptırımında basit kısmi hükümsüzlükten farklı olarak geçersiz sözleşme hükmünün yerine alt ve üst sınırların tespit edildiği veya hakime alt ve üst sınırlar konusunda takdir yetkisinin verildiği emredici hüküm uygulanmaktadır⁷⁰³. Bu kapsamda örneğin asgari ücretin altında bir ücrete anlaşılan iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin yerine asgari ücret uygulanacak yahut hakim tarafından aşırı görülen ceza koşulu makul sınırlara indirilebilecektir⁷⁰⁴.

Değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kavramı ise daha çok geçersiz hüküm yerine uygulanacak bir kanun hükmünün bulunmadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Nitekim bu yaptırımın uygulandığı durumlarda öncelikle geçersiz hükmün yerine geçecek emredici yahut tamamlayıcı bir yasa hükmünün bulunup bulunmadığı araştırılmalı, uygulanacak hükmün bulunmaması halinde ise hakim, oluşan boşluğu tarafların farazi iradesi ve işin niteliğini de göz önünde bulundurarak TMK m. 1/2 hükmü uyarınca doldurmalıdır⁷⁰⁵.

İptal edilebilirlik(kısmi butlan) halinde kesin hükümsüzlük yaptırımından farklı olarak sözleşme baştan itibaren geçerli olarak kurulmuştur. Ancak kanunda öngörülen iptal sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde iptal hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasıyla sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Nitekim, yanıltma, aldatma veya korkutma gibi iradeyi sakatlayan nedenler ile TBK m. 28 uyarınca aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda iradesi sakatlanan yahut zarar gören taraf sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilmektedir⁷⁰⁶.

Kesin hükümsüzlük yaptırımının aksine iptal hakkı sadece hak sahibi tarafından kullanılmakta olup menfaatleri olsa dahi üçüncü kişiler tarafından sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülemeyecektir. İptal hakkı sahibi bu hakkını tek taraflı irade açıklaması yahut dava yoluyla kullanabilmektedir. İptalin öne sürülmesi hak düşürücü

⁷⁰² Civan, Kısmi Geçersizlik, s. 223.

⁷⁰³ Süzek, s. 351; Civan, Kısmi Geçersizlik, s. 224.

⁷⁰⁴ Süzek, s. 351.

⁷⁰⁵ Süzek, s. 351 ; Civan, Kısmi Geçersizlik, s. 223.

⁷⁰⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 571 ; Süzek, s. 352.

süreye tabi olup bu süre içerisinde sözleşme askıda geçerlilik halindedir. İptal hakkının süresi içerisinde kullanılmaması halinde ise askı durumu sona ermekte olup sözleşmenin daha sonra iptal sebebi öne sürülerek geçersiz hale getirilebilmesi mümkün değildir⁷⁰⁷. Bu itibarla iptali öne sürme hakkı kesin hükümsüzlükten farklı olarak itiraz değil def'i niteliğindedir⁷⁰⁸.

Aldatma, bir iptal nedeni olmasının yanı sıra İş Hukuku kapsamında haklı fesih nedeni olarak da düzenlenmiştir⁷⁰⁹. Nitekim, İş K. m. 24/II/a ve m. 25/II/a hükümleri kapsamında taraflardan birinin *“iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle”* diğer tarafı yanıltması halinde aldatılan taraf sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilmektedir. Öğretide bir görüş bu durumda hakların yarışmasının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş ise böyle bir durumda İş K. yer verilen özel hükümler karşısında TBK m. 27 vd. hükmünde öngörülen genel hükümlerin uygulanamayacağı yönündedir⁷¹⁰. Esasen İş K. m. 24/II/a ve m. 25/II/a hükümleri TBK m. 36 hükmüne kıyasla aldatılan tarafı çok daha fazla koruyucu hükümler içermesi nedeniyle bu tartışmanın uygulama bakımından pratik bir önemi bulunmamaktadır⁷¹¹.

Askıda hükümsüzlük halinde ise sözleşmenin kurucu ve geçerlilik unsurları tam olmakla birlikte tamamlayıcı unsurlarında eksiklik söz konusudur⁷¹². Tamamlayıcı unsurun gerekliliği geciktirici şartta olduğu gibi tarafların iradesinden yahut kanundan doğabilmektedir⁷¹³. Tamamlayıcı unsurda eksikliğin söz konusu olduğu bu halde sözleşmenin akıbeti belirsizdir (askıda hükümsüzdür). Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesi halinde sözleşme geçerli hale gelecektir. Buna karşılık, tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceğinin belli olduğu durumda ise sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır.

⁷⁰⁷ Eren, s. 389 ; Oğuzman/Öz, C.I, s. 124.

⁷⁰⁸ Eren, s. 389 ; Oğuzman/Öz, C.I, s. 126.

⁷⁰⁹ Süzek, s. 352.

⁷¹⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 572 ; Süzek, s. 352.

⁷¹¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 572.

⁷¹² Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016, s. 44.

⁷¹³ Akbulut, s. 45 ; Antalya, C.I, s. 213.

Sözleşmenin askıda hükümsüz olduğu dönem iptal edilebilirlikten farklı olarak hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. Yine menfaati bulunan üçüncü kişilerin de sözleşmenin askıda hükümsüz olduğunu ileri sürebilmesi mümkündür. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesi halinde sözleşmenin baştan itibaren mi yoksa ileriye etkili olarak mı geçerli olacağı tamamlayıcı unsurun niteliğine göre değişiklik göstermektedir⁷¹⁴. Örneğin TMK m. 16 kapsamında sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin sınırlı ehliyetsizi borçlandırıci işleme onay vermesiyle sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelmekteyken eksikliğin geciktirici şartın gerçekleşmesiyle tamamlandığı halde sözleşme ancak bu şartın gerçekleştiği an itibariyle hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacaktır⁷¹⁵.

2. Yaş ve Cinsiyet Nedeniyle Getirilen Yasaklara Aykırı İş Sözleşmeleri

Yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasakları emredici hüküm niteliğindedir⁷¹⁶. Diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi iş sözleşmeleri bakımından da emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını TBK m. 27/1 hükmü uyarınca kesin hükümsüzlüktür⁷¹⁷.

Yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırı bir iş sözleşmesi yapılmış olmasına karşın henüz ifaya başlanmamışsa bu halde de genel kural çerçevesinde sözleşme baştan itibaren geçersiz sayılacaktır⁷¹⁸. Ancak sözleşmenin ifasına başlanmış olması halinde geçmişe etkili olarak öngörülen kesin hükümsüzlük yaptırımını İş Hukuku'nun temel ilkelerinden olan işçinin korunması amacı ile bağdaşmamaktadır⁷¹⁹. Bu halde, iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak geçersiz olması işçinin çalıştığı süre boyunca elde etmiş olduğu işçilik haklarını işverenden talep edemez hale getirerek mağduriyetine sebep olmaktadır⁷²⁰. Nitekim, yaş nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırılık halinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz

⁷¹⁴ Akbulut, s. 46 ; Antalya, C.I, s. 213.

⁷¹⁵ Akbulut, s. 46.

⁷¹⁶ Aykaç, s. 377. Öğretide bazı yazarlar yaş nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının ehliyetle ilişkin bir sınırlama olduğu görüşündedir. Bozkurt Gümrükçioğlu, s. 507 ; Urhanoğlu Cengiz, Çocuklar, s. 211.

⁷¹⁷ Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.20, S.1, 2014, s. 131 (Geçersizlik) ; Aykaç, s. 377 ; Seçer, s. 1440. TBK m. 27 hükmünün doğrudan ya da kıyas yoluyla uygulanabilir olmadığını, iş sözleşmelerindeki geçersizliğin ilgili yasaklayıcı hükmün kendisine dayandığı yönünde bkz. Özkaraca/Ünal, s. 383.

⁷¹⁸ Urhanoğlu Cengiz, Çocuklar, s. 221 ; Özkaraca/Ünal, s. 384 ; Seçer, s. 1441.

⁷¹⁹ Süzek, Geçersizlik, s. 136 ; Seçer, s. 1440.

⁷²⁰ Aykaç, s. 377.

kabul edilmesi yasakların getirilme nedeni olan küçüğün emeğinin korunması amacına tamamen aykırı bir sonuç doğuracaktır⁷²¹. Yine işe alımda, iş ilişkisinin devamında ve/veya sona ermesinde cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa uğrayan kadınların çalışma yasaklarına aykırılık hallerinde işverene karşı korumasız bırakılması da yasakların getirilme amacıyla örtüşmemektedir.

Çalışma yasaklarına aykırı olarak akdedilen iş sözleşmelerinde kesin hükümsüzlük yaptırımının geçmişe etkili olarak uygulanması iş sözleşmelerinin sürekli borç doğurucu ve kişisel ilişkiler kuran niteliğiyle de bağdaşmamaktadır⁷²². Kesin hükümsüzlük yaptırımının geçmişe etkili olarak uygulanması halinde işçinin iş görme, özen ve sadakat borçlarının işverenin ise işçiye koruma ve gözetme borcunun sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde iadesi mümkün değildir⁷²³. Bunun yanı sıra iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olması halinde ödenmiş sigorta primlerinin de iade edilmesi gerekeceğinden işçinin sosyal güvenlik hakkı da büyük zarar görecektir.

Tüm bu nedenlerle öğretide ağırlıklı olarak iş sözleşmelerinde kesin hükümsüzlüğün geçmişe etkili olarak değil taraflardan biri tarafından ileri sürüldüğü andan itibaren uygulanacağı kabul edilmektedir⁷²⁴. Yine bu görüş çerçevesinde öğretide -asgari çalışma yaşından küçük çocuğun asgari çalışma yaşını doldurduğu hallerde olduğu gibi- butlan sebebinin sonradan ortadan kalktığı hallerde de artık sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu ileri sürülemeyeceği de savunulmaktadır⁷²⁵.

Kesin hükümsüzlüğün ileriye etkili olarak uygulanmasını butlan teorisine aykırı gören bazı yazarlar ise aynı sonuca iş ilişkisi kavramı çerçevesinde ulaşmaktadırlar⁷²⁶. Buna göre, çalışma yasaklarına aykırı olmasına karşın işçi çalışmaya başlamışsa burada geçerli bir iş sözleşmesinin değil geçerli bir iş ilişkisinin doğduğu

⁷²¹ Özkaraca/Ünal, s. 383-384 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 568.

⁷²² Süzek, Geçersizlik, s. 136 ; Özkaraca/Ünal, s. 385 ; Seçer, s. 1440.

⁷²³ Seçer, s. 1441-1442 ; Başak Güneş/ Faruk Barış Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C.3, S.30, 2011, s. 238 ; Özkaraca/Ünal, s. 385.

⁷²⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 567 ; Süzek, s. 346 ; Özkaraca/Ünal, s. 383 ; Urhanoğlu, Çocuk ve Gençler, s. 220 ; Akyiğit, s. 2039 ; Bakırcı, Çocukların Korunması, s. 423.

⁷²⁵ Urhanoğlu Cengiz, Çocuklar, s. 233 ; Aykaç, s. 379.

⁷²⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s. 183; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 282.

söylenilebilecektir⁷²⁷. Bu halde işçi, hukuka aykırı bir şekilde çalıştırılmış olmasına karşın geçerli bir iş ilişkisinin kurulmuş olması nedeniyle işçi sayılacak ve çalışması devam ettiği sürece işçilere tanınmış olan haklardan faydalanabilecektir. Kanaatimizce, sözleşmenin ileriye etkili olarak geçersiz kabul edilmesi sözleşmenin geçersizliği bakımından değil geçersizliğin etkisi yönünden sonuç doğurduğu⁷²⁸ ve çoğu halde kesin hükümsüzlüğün işveren tarafından öne sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağını da ihlal ettiğinden butlan teorisine büyük bir aykırılığın bulunmadığı söylenilebilecektir.

818 sayılı TBK'nin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay da öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüş doğrultusunda hareket etmiştir. Nitekim, 18.06.1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme HGK kararında, yaşı veya cinsiyeti nedeniyle herhangi bir işte çalışması yasak olan işçilerin durumu ele alınmış ve bu kişilerin getirilen yasağa rağmen çalışmış olması halinde işçi sayılacağı ve işçilik hakları ile sosyal güvenlik haklarından yararlanabileceği karara bağlanmıştır⁷²⁹. Ancak daha sonra Yargıtay bağlayıcı nitelikte olan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da dahil olmak üzere mahkemelerin uymakla yükümlü olduğu bu içtihadı birleştirme kararına aykırı kararlar vermeye başlamıştır. 03.04.1991 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yaş küçüklüğü nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının küçüğü korumayı amaçladığından kamu düzeni ile ilgili olduğunu ve bu nedenle işçinin on üç yaşını doldurduğu yıla kadar olan çalışmasının kıdem tazminatının hesabında dikkate alınamayacağı ifade edilmiştir⁷³⁰. Yine Yargıtay 22. HD tarafından 21.05.2013 tarihinde asgari çalışma yaşına aykırı olan iş sözleşmesinin emredici hükümlere aykırılık nedeniyle baştan itibaren geçersiz olacağını ve işçinin asgari çalışma yaşının altında iken yaptığı çalışmaların hizmet süresi olarak belirlenemeyeceğine karar verilmiştir⁷³¹.

⁷²⁷ Urhanoglu Cengiz, s. 221 ; Oğuzman/Öz, C.I, s. 183, dn. 506 ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 282.

⁷²⁸ Urhanoglu Cengiz, s. 220-221; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 568.

⁷²⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1957/20 K. 1958/9 T. 18.06.1958 (30.09.1958 Tarih ve 10020 Sayılı Resmi Gazete).

⁷³⁰ Yargıtay HGK E. 1991/9-107 K. 1991/168 T. 03.04.1991. www.legalbank.net (Son erişim tarihi 27.03.2023).

⁷³¹ Yargıtay 22. HD, E. 2012/16405 K. 2013/11851 T. 21.05.2013. www.legalbank.net (Son erişim tarihi 27.03.2023).

18.06.1958 tarihli İctihadı Birleştirme Kararına aykırı olarak verilen ve işçinin korunması amacına ters düşen bu Yargıtay kararları öğreti tarafından eleştirilmiştir⁷³². Kanaatimizce, İctihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen bir çalışma yasağına rağmen işçi çalışmaya başlamışsa bu sürenin de işçilik hakları bakımından göz önünde bulundurulmasının işçinin korunması amacına en uygun çözüm olduğu söylenebilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle hukuka aykırı olarak akdedilen hizmet sözleşmelerinin geçerliliğinin ne olacağı hususu yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. TBK m. 394/3 hükmü uyarınca *“geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.”* TBK m. 394/3 hükmünün lafzından hareketle yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarından işçinin haberdar olduğu hallerde işçinin sözleşmesi baştan itibaren geçersiz sayılacak ve işçi çalışmasının karşılığında elde etmiş olduğu hakları işverenden talep edemeyecektir⁷³³. Her ne kadar maddenin gerekçesinde madde metninin öğreti ve uygulamaya uygun olduğu ifade edilmişse de öğretide yahut 818 sayılı TBK'nin uygulanması sırasında *“geçersizliğin sonradan anlaşılması”* koşuluna yer verilmemiştir⁷³⁴. Dolayısıyla kanun metnindeki *“geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi”* ifadesi öğretide eleştirilmiş ve bu ifadelerin kanun metninden çıkartılması gerektiği ifade edilmiştir⁷³⁵.

Bunun yanı sıra öğretideki bazı yazarlar ilgili ifadeler çıkartılsın yahut çıkartılmasın işçi lehine yorum ilkesi gereğince bu koşulun aranmaması gerektiğini kaldı ki çalışma yasaklarını bilen yahut bilebilecek durumda olan işverenin kötü niyetli bir şekilde sözleşmenin geçersiz olduğunu öne süremeyeceğini savunmaktadır⁷³⁶.

⁷³² Seçer, s. 1442 ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 283.

⁷³³ Süzek, Geçersizlik, s. 136 ; Özkaraca/Ünal, s. 387; Urhanoglu Cengiz, Çocuklar, s. 223.

⁷³⁴ Özkaraca/Ünal, s. 387; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 569 ; Oğuzman/Öz, C.I, s. 183 dn. 506.

⁷³⁵ Arzu Arslan Ertürk *“Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011, s. 539 ; Nurşen Caniklioğlu, *“Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi”*, **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2011, s. 82 ; Polat Soyer, *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel Hizmet Sözleşmesi'ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”*, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, 2008, s. 152- 153.

⁷³⁶ Güneş/Mutlay, s. 237 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 570-571.

Süzek ise, hükmün açıklığı karşısında TBK'ye tabi hizmet sözleşmeleri bakımından geçersizliğin sonradan aranması koşulunun aranması gerektiğini ancak genel hükümlerin ancak iş hukukunun özel niteliğine uygun düştüğü hallerde uygulanabileceği göz önünde bulundurularak İş K. tabi iş sözleşmeleri bakımından işçiyi koruma amacına aykırı bu hükmün yerine 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki ilkelerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁷³⁷. Kanaatimizce, İş K. tabi iş sözleşmelerinde geçersizliğin sonradan aranması koşulunun aranmaması isabetli olmakla birlikte TBK'ye tabi kadın ve çocukların haklı bir neden olmaksızın bu korumadan yoksun bırakılması Türkiye'nin imzalamış olduğu kadın ve çocukların korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerin amacına aykırılık teşkil ettiği söylenebilecektir.

Öğretideki yazarların bir kısmı ise TBK m. 394/3 hükmünün mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/3 hükmüne göre yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir⁷³⁸. Bu görüşü savunan yazarlardan *Özkaraca* ve *Ünal*, mehz kanun hükmünde “geçersizliğin sonradan anlaşılması” gibi bir koşulun bulunmadığını, işçinin sözleşmenin geçersiz olduğunu bilip bilmemesine ve bu durumun geçersizliğin hangi andan itibaren etki doğuracağına ilişkin tartışmaların da TBK m. 394/3 hükmünde yer verilmemekle birlikte mehz kanun hükmünde bulunan “iyiniyetle işgörme” koşulunun aranması nedeniyle yapıldığını ifade etmektedir⁷³⁹. İsviçre öğretisi ve Federal Mahkeme, iyiniyetle işgörme koşulu kapsamında işçinin sözleşmenin geçersizliğini bilmesi nedeniyle geçersizliğin geçmişe etkili olarak sonuç doğurmasını oldukça sınırlı durumlarda kabul etmektedir⁷⁴⁰. Buna karşılık, TBK m. 394/3 hükmünün gerekçesinde “*işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek iyiniyetle işgörme koşuluna yer verilmediği*” açıkça ifade edilmiştir⁷⁴¹. Hal böyleyken öğretilde de isabetle belirtildiği üzere iyi niyetle iş görme koşulunun arandığı mehz kanunda dahi geçersizliğin işçi tarafından bilinmesinin tek başına sözleşmenin

⁷³⁷ Süzek, Geçersizlik, 138-139.

⁷³⁸ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s. 569 ; Özkaraca/Ünal, s. 389 ; Urhanoğlu Cengiz, Çocuklar, s. 224.

⁷³⁹ Özkaraca/Ünal, s. 392-394.

⁷⁴⁰ Özkaraca/Ünal, s. 397-398.

⁷⁴¹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 23 Y. 3, S. 321, 170. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca/Ünal, s. 390 vd. ; Maddenin gerekçesinde iyiniyetle işgörme koşuluna yer verilmemiş olduğunun açıkça belirtilmesine karşın gerekçede yer alan “işçinin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bildiği hallerde iyiniyetli sayılmayacağına” ilişkin ifadenin önemli bir çelişki oluşturduğu yönünde bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 569, dn. 1678.

geçmişe etkili olarak geçersizlik yaptırımına tabi tutulmasına neden olmadığı göz önünde bulundurularak hukukumuzda da benzer bir yaklaşımın dikkate alınması gerektiği kabul edilmelidir⁷⁴².

İş sözleşmesinin konusunun suç teşkil ettiği yahut En Kötü Biçimdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması Sözleşmesinde sayılan hallerin söz konusu olduğu durumlarda ise geçersizliğin ileri etkili olarak uygulanması öğretide kabul edilmemektedir⁷⁴³. Bu kapsamda, konusu fuhuş, kaçakçılık, uyuşturucu üretimi, kalpazanlık vb. olan iş sözleşmeleri baştan itibaren geçersizdir⁷⁴⁴. Ancak bu durumda hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla işçiye ödenen ücretlerin TBK m. 81 hükmü uyarınca işveren tarafından geri istenebilmesi mümkün değildir⁷⁴⁵.

Yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırılıkta kısmi hükümsüzlük yaptırımının da uygulanabilmesi mümkündür. İşçinin korunması ilkesinin tarafların farazi iradesine karşı üstün tutulması sonucunda işveren, çalışma yasaklarına aykırı hükmün geçersiz sayılacağını bilseydi sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecektir. Kısmi hükümsüzlük kapsamında geçersiz sayılan hükmün oluşturduğu boşluğun doldurulmasında uygulanabilecek bir yasa veya toplu iş sözleşmesi hükmünün bulunmadığı hallerde ise değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük uyarınca boşluk işverenin işçiyi gözetme borcu ile doldurulacaktır⁷⁴⁶.

Asgari çalışma yaşını doldurduğunu sanarak asgari çalışma yaşının altında bir çocukla iş sözleşmesinin yapılmasında olduğu gibi nadiren de olsa hata, hile yahut korkutma nedeniyle çalışma yasaklarına aykırı olarak bir iş sözleşmesinin akdedilmesi mümkündür. İş sözleşmesinin iptal edilebildiği bu hallerde de sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilecektir⁷⁴⁷. Ancak aynı zamanda fesih nedeni olan iptal edilebilirlik

⁷⁴² Özkaraca/Ünal, s. 405.

⁷⁴³ Süzek, Geçersizlik, s. 140 ; Aykaç, s. 379 ; Urhanoğlu Cengiz, Çocuklar, s. 226 ; Seçer, s. 1443.

⁷⁴⁴ Seçer, s. 1443 ; Aykaç, s. 379 ; Süzek, s. 350.

⁷⁴⁵ Seçer, s. 1443.

⁷⁴⁶ Süzek, Geçersizlik, s. 141 ; Aykaç, s. 379.

⁷⁴⁷ Süzek, sözleşmenin ölü doğduğu hallerde dahi sözleşmenin ileriye etkili olarak geçersiz kabul edildiği göz önüne alındığında daha hafif nedenlerin bulunduğu iptal edilebilirlik hallerinde de sözleşmenin baştan itibaren değil ileriye etkili olarak geçersiz kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Süzek, s. 352 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 572 ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 284.

hallerinde hak sahipleri büyük çoğunlukla sözleşmenin feshedilmesini tercih ettiklerinden hak talepleri herhangi bir problem doğurmamaktadır⁷⁴⁸.

3. Yabancılarla Akdedilen İş Sözleşmelerinin Geçerliliği

Yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasakları yasağın muhatabını koruma amacı güderken yabancılara getirilen çalışma yasakları devletin egemenlik hakkı kapsamında kamu düzeninin, kamu güvenliğinin kamu sağlığının yahut ulusal işgücünün korunması amacı gütmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, yabancılara getirilen çalışma yasaklarının geçerliliği yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarından ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir.

Çalışmamız kapsamında da belirtildiği üzere özel kanun hükümleri ile bazı iş ve mesleklerin yabancılar tarafından yapılması yasaklanmıştır. Öğretide bu yasakların hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre yabancılara getirilen çalışma yasakları ehliyet kapsamında değerlendirilmeli ve iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmayan yabancıların iş sözleşmeleri geçersiz kabul edilmelidir⁷⁴⁹. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise bu yasaklar yabancıların iş sözleşmesi yapma ehliyetini değil iş sözleşmesi yapma serbestisini sınırlar niteliktedir⁷⁵⁰. Bu kapsamda, yabancıların iş sözleşmesi yapma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı genel hükümlere göre değerlendirilecek olup yabancıların kendisine yasaklanmış bir işte çalışması kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle yaptırıma tabi tutulacaktır⁷⁵¹.

Yabancıların belirli işlerde çalışmasını yasaklayan hükümlerin emredici hüküm olduğunun kabul edildiği hallerde ise bu hükümlerin kamu düzenine ilişkin mi yoksa bir düzen hükmü olup olmadığına göre uygulanacak yaptırımlar değişiklik gösterecektir. Nitekim, düzen hükümleri emredici nitelik taşımalarına karşın bunlara aykırı işlem veya sözleşmeler geçerliliğini koruyabilecek ve bu hükümleri ihlal

⁷⁴⁸ Seçer, s. 1444 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 572.

⁷⁴⁹ Saymen, s. 460 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 502 vd; Urhanoglu Cengiz, Yabancılar, s. 188 vd ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 270.

⁷⁵⁰ Cin, Yabancılar, s. 162 ; Süzek, s. 327.

⁷⁵¹ Cin, Yabancılar, s. 162 ; Derya Geçim, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkı**, Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2021, s. 108 ; Ayan, s. 185-186.

edenler hakkında yalnızca ilgili hükmün öngördüğü idari veya cezai yaptırımlar uygulanacaktır⁷⁵².

Öğretide ağırlıklı olarak yabancıların belirli işlerde çalışmasını yasaklayan hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu savunulmaktadır⁷⁵³. Nitekim yabancıların çalışmasını yasaklayan bazı kanun hükümlerinde bu hükümlere aykırı davranılması halinde idari veya cezai yaptırımlar da öngörülmüşse de bu hükümlerin basit bir düzen hükmü olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁵⁴. Dolayısıyla yabancıların kendilerine yasaklanmış iş ve mesleklerde çalışmaları halinde sözleşme kamu düzenine, kamu güvenliğine yahut kamu sağlığını koruyan emredici hükümlere aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır. Korunan hukuki değer ve ihlalin boyutu göz önüne alındığında yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen yasaklardan farklı olarak yabancıların kendilerine yasaklanmış iş ve mesleklerde çalışmaları halinde iş sözleşmesi en baştan itibaren geçersiz kabul edilecektir⁷⁵⁵. Bu halde taraflar birbirlerinden ancak haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında talepte bulunabilecektir. Yine yabancıların kendilerine yasaklanmış bir işte çalışmaları nedeniyle sigortalılık haklarından yararlanamayacakları kabul edilmektedir.

Nitekim Yargıtay da 2007 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verdiği kararlarda kendisine yasaklanmış bir işte çalışan yabancıнын iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olması nedeniyle yabancıнын kıdem tazminatı istemini reddetmiştir⁷⁵⁶. Yine Yargıtay 10. HD tarafından 16.01.2014 tarihinde verilen bir kararda yabancıların bazı iş ve mesleklerde çalışmalarını yasaklayan hükümlerin kamu düzeni hükmü niteliğini taşıdığını, bu hükümlere aykırı olarak çalışan yabancıların işçi sayılamayacağını ve dolayısıyla işçilikle ilgili hiçbir haktan yararlanamayacağını tespit etmiştir⁷⁵⁷.

⁷⁵² Cin, Yabancılar, s. 163-164 ; Süzek, Geçersizlik, s. 132

⁷⁵³ Urhanoğlu Cengiz, Yabancılar, s. 207 ; Cin, Yabancılar, s. 164 ; Ayan, s. 186; Şahin Emir, Geçici Koruma, s. 35.

⁷⁵⁴ Cin, Yabancılar, s. 169.

⁷⁵⁵ Cin, Yabancılar, s. 167 ; Canan Bayram Türk, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri ve Uygulama Sorunları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 75 ; Ayan, s. 186-187.

⁷⁵⁶ Yargıtay 4. HD, E. 1957/8477 K. 1957/5478 T. 02.09.1957 ; Yargıtay 4. HD, E. 1958/7366 K. 1958/5560 T. 11.09.1958 (Baki Orhaner, **Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları**, Ankara, 1966, s.364-365.) Cin, Yabancılar, s. 169; Urhanoğlu Cengiz, Yabancılar, s. 206 ; Şahin Emir, Geçici Koruma, s. 35.

⁷⁵⁷ Yargıtay 10. HD, E. 2013/14038 K. 2014/327 T. 16.01.2014 www. legalbank.net (Son erişim tarihi 29.03.2023)

Yabancıya yasak olmayan bir işin sonradan yasaklanması halinde ise öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş uyarınca bu halde de sözleşme kesin hükümsüzdür⁷⁵⁸. Yargıtay ise bu halde sözleşmenin kendiliğinden son bulacağı ve yabancıнын kıdem tazminatına hak kazanamayacağı yönünde karar vermiştir⁷⁵⁹. Bizim de katıldığımız görüş kapsamında ise bu halde sözleşme kesin hükümsüzlük nedeniyle değil TBK m. 136 hükmü uyarınca sonraki imkansızlık nedeniyle kendiliğinden sona ermektedir⁷⁶⁰.

Yabancıların kendilerine yasaklanmış işlerde çalışmaları halinde iş sözleşmesinin geçerliliği bakımından teori ve uygulamada ağırlıklı olarak sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu savunulmakla birlikte yabancıнын kendisine yasaklanmamış bir işte çalışma izni olmaksızın çalışması halinde iş sözleşmesinin akıbeti hususunda öğretide farklı görüşler öne sürülmektedir.

Bir görüşe göre çalışma iznine ilişkin emredici hüküm düzen hükmü niteliğinde olup çalışma iznin bulunmaması iş sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir⁷⁶¹. Bu durumda çalışma izni almaksızın çalışan yabancılara ve onları çalıştıran işverenlerine idari yahut cezai yaptırım uygulanmasıyla yetinilecek, yabancı işçi iş sözleşmesinden kaynaklanan haklarından yararlanabilecektir⁷⁶². Nitekim Yargıtay 9. HD, 07.06.2005 tarihli kararında çalışma iznin alınmadığı hallerde de iş sözleşmesinin geçerli olduğunu kabul etmiştir⁷⁶³.

Çalışma izni alınmasını kamu düzenine ilişkin gören bir diğer görüş ise tıpkı yabancıların kendilerine yasaklanmış işlerde çalışmalarında olduğu gibi iş sözleşmelerinin baştan itibaren geçersiz sayılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁶⁴. Bu görüş doğrultusunda Yargıtay 10. HD, yakın tarihli kararlarında yabancıların

⁷⁵⁸ Cin, Yabancılar, s. 169.

⁷⁵⁹ Yargıtay 4. HD, E. 1958/7366 K. 1958/5560 T. 11.09.1958 (Orhaner, s.364-365.) ; Yargıtay 9. HD E. 1965/2940 K. 1965/ 3326 T. 09.04.1965 (Orhaner, s. 363-364). Cin, s. 169 ; Ergin, s. 1382 dn. 101.

⁷⁶⁰ Cin, Yabancılar, s. 169-170 dn. 198.

⁷⁶¹ Urhanoğlu Cengiz, Yabancılar, s. 208 ; Cin, Yabancılar, s. 170-171 ; Türk, s. 84.

⁷⁶² Cin, Yabancılar, s. 171.

⁷⁶³ Yargıtay 9. HD, E. 2004/24583 K. 2005/20488 T. 07.06.2005. Urhanoğlu Cengiz, Yabancılar, s. 207 ; Aynı yönde Yargıtay 10. HD, E. 2021/12685 K. 2022/4337 T. 24.03.2022 www.karararama.yargitay.gov.tr (Son erişim tarihi 29.03.2023)

⁷⁶⁴ Geçim, s. 109.

sigortalılık hakkından yararlanabilmesi için çalışma izinlerinin bulunmasını aramaktadır⁷⁶⁵.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca ise hükmün getiriliş amacı ve istihdam gerekleri göz önünde bulundurulduğunda çalışma izni alınmaksızın kurulan iş sözleşmeleri uygulanacak idari ve cezai yaptırımların yanı sıra ileriye etkili olarak geçersiz kabul edilmelidir⁷⁶⁶. Nitekim çalışma izninin niteliği göz önünde bulundurulduğunda bu hükümlerin basit bir düzen hükmü olduğu söylenemeyecektir. Ancak burada kamu düzeninin ağır bir şekilde ihlali de söz konusu olmadığından tıpkı yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırılıkta olduğu gibi çalışma izni alınmaması halinde de sözleşmenin ileriye etkili bir şekilde geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Buna karşılık, çalışma izni alınarak geçerli bir şekilde kurulmuş iş sözleşmesinde daha sonra çalışma izninin süresinin dolması iş sözleşmesini kesin hükümsüz hale getirmemelidir. Bu halde, iş sözleşmesinin çalışma izninin uzatılıp uzatılmayacağı belli olana kadar askıda kalması ve ancak çalışma izninin yenilenmeyeceğinin kesinleştiği durumda iş sözleşmesinin somut olayın özelliklerine göre geçerli yahut haklı nedenle feshedebileceğinin kabul edilmesi kanaatimizce işçinin korunması amacına daha uygun düşmektedir⁷⁶⁷.

B. Çalışma Yasaklarının İş Sözleşmelerinin Sona Ermesine Etkisi

1. Çalışma Yasaklarının Fesih Dışında Sözleşmenin Sona Ermesine Etkisi

İş sözleşmesi tarafların anlaşması (ikale), belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, ölüm veya fesih nedeniyle sona erebilmektedir. Kanunlarda öngörülen sınırlar saklı kalmak kaydıyla iş sözleşmesi yapma özgürlüğü bulunan tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla iş sözleşmesini sona erdirebilecekleri

⁷⁶⁵ Yargıtay 10 HD, E. 2018/3650 K. 2019/5943 T. 10.07.2019; E. 2020/2822 K. 2020/5422 T. 05.10.2020 ; E. 2020/5149 K. 2021/7102 T. 27.05.2021; E. 2022/5942 K. 7922 T. 26.05.2022. www.karararama.yargitay.gov.tr (Son erişim tarihi 29.03.2023)

⁷⁶⁶ Süzek, Geçersizlik, s. 133; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 568.

⁷⁶⁷ Çalışma izninin süresinin dolmasının fesih nedeni olarak görüldüğü kararlar için bkz. Yargıtay 9. HD., E. 2001/15931 K. 2002/348 T. 17.01.2002 ; E. 2006/20061 K. 2006/24888 T. 26.09.2006. www.legalbank.net (Son erişim tarihi 03.04.2023)

kabul edilmektedir. Tıpkı iş sözleşmesinde olduğu gibi ikale sözleşmesinde de şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak, öğreti ve yargı kararlarında da belirtildiği üzere iş sözleşmesi sonlandırılırken işçinin korunması ilkesi gözetilmeli ve iş sözleşmesini sona erdiren işçinin makul bir yarar elde etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁶⁸.

Genç işçinin kendisine yasaklanmış bir işte çalıştırılmak istenmesi, gece vardiyasında çalışan bir kadının hamile kalması yahut yabancı bir işçinin halihazırda çalışmakta olduğu işin kanuni bir düzenleme ile yabancılara yasaklanması vb. hallerde tarafların bu konuda anlaşması kaydıyla iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi mümkündür. İş sözleşmesi ikale yolu ile sona eren işçinin herhangi bir talep yahut dava hakkı bulunmamaktadır. Ancak bu işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle makul bir yarar elde etmediği veya işçinin yaşı, cinsiyeti yahut uyruğu nedeniyle ayrımcılığa uğradığı hallerde iş sözleşmesinden kaynaklanan talep ve dava haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir⁷⁶⁹.

Taraflarca sözleşmenin sona ermesi için fesih bildiriminde bulunulması gerektiğinin kararlaştırılmadığı hallerde belirli süreli iş sözleşmesi, sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi halinde kendiliğinden sona ermektedir (TBK m. 430/1). Belirli süreli iş sözleşmesi sona erdikten sonra esaslı bir neden bulunmaksızın işçinin çalışmaya devam etmesi halinde ise sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir (TBK m. 430/2). Nitekim TBK kapsamında ise belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenebilmesi İş K. kapsamında ise hem belirli süreli iş

⁷⁶⁸ “...İşçi ve işveren iradelerinin iş sözleşmesinin feshi konusunda birleşmesi, bir tarafın feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu sona erme türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren açıklamasının ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla sona erme gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır...” Yargıtay 9. HD, E. 2011/30733 K. 2013/24513 T. 30.09.2013. www.legalbank.net (Son erişim tarihi 01.04.2023)

⁷⁶⁹ Yargıtay 22. HD, E. 2018/11682 K. 2018/21214 T. 08.10.2018 ; Yargıtay 9. HD, E. 2017/22500 K. 2018/7220 T. 02.04.2018 ; E. 2007/31287 K. 2008/9600 T. 21.04.2008. www.kazanci.com

sözleşmelerinin akdedilebilmesi hem de zincirleme belirli süreli iş sözleşmeleri kurulabilmesi için esaslı bir nedenin varlığı aranmaktadır.

Öğretide yabancılara süreli çalışma izni verilmesinin belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması ve yenilenmesi kapsamında esaslı bir neden olarak kabul edilip edilemeyeceği ve süreli çalışma izni ile çalışan yabancılardan iş sözleşmelerinin kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, süreli çalışma izni verilmesini belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması ve yenilenmesi için esaslı bir neden olarak kabul etmektedir⁷⁷⁰. Nitekim, Yargıtay'ın da süreli çalışma izni verilmesini esaslı bir neden olarak kabul ettiği kararları bulunmaktadır⁷⁷¹. Bu görüş kapsamında bir yıllık süreli çalışma izni bulunan işçi ile bir yıl süreli iş sözleşmesi kurulacak ve bir yılın sonunda sözleşme kendiliğinden sona erecektir. İşçinin yeniden süreli çalışma izni alması halinde ise önceki iş sözleşmesi sona erdiğinden kendisi ile yeniden çalışma izni süresi ile sınırlı bir belirli süreli iş sözleşmesi kurulacaktır. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilmesi halinde yabancı işçinin süresiz çalışma izni alana kadar en az sekiz yıl belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmak zorunda kalması ve uzunca bir süre çalışmış olmasına karşın belirsiz süreli iş sözleşmesinin sağladığı haklardan mahrum bırakılması iş hukukunun genel esaslarından olan işçinin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bizim de katıldığımız görüş kapsamında ise, yabancıya süreli çalışma izni verilmesi iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilebilmesi için tek başına esaslı bir neden olarak kabul edilemez⁷⁷². Nitekim, çalışma iznine ilişkin mevzuat hükümleri de süreli çalışma izni bulunan yabancı ile belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmasını açıkça yasaklamamıştır⁷⁷³. İşçinin korunması ilkesine daha uygun olan bu görüş kapsamında kendisi ile geçerli bir şekilde belirsiz süreli iş sözleşmesi akdedilen yabancı işçinin iş sözleşmesi ancak ikale yahut fesih yoluyla sona erdirilebilecek ve yabancı işçi belirsiz süreli iş sözleşmesinin kendisine sağladığı haklardan yararlanabilecektir.

⁷⁷⁰ Süleyman Başterzi, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi “İşçinin Haklı Menfaati””, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, 2013, s. 428.

⁷⁷¹ Yargıtay 9. HD, E. 2004/24583 K. 2005/20488 T. 07.06.2005 Kararın tam metni ve eleştirisi için bkz. Hediye Laçiner, “Yabancı Öğretim Elemanının Çalışma İzninin İş Sözleşmesinin Belirli Süreli Yapılmasına Etkisi”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.20, S.6, 2006, s. 32-47.

⁷⁷² Laçiner, s. 47 ; Ayan, s. 180.

⁷⁷³ Ayan, s. 180.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde çalışma yasakları nedeniyle işçinin çalışmadığı süreler de sözleşme süresinin işlemesine engel değildir. Örneğin hamile işçinin analık izni nedeniyle çalışmadığı süreçte de belirli süreli iş sözleşmesinin süresi işlemeye devam edecek ve süresi dolan iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir⁷⁷⁴. Bu halde sözleşmenin yenilenip yenilenmemesinde işverenin takdir hakkı bulunmaktadır. Ancak kimi durumlarda haklı bir neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmemesinin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir. Nitekim, Avrupa Adalet Divanı'nın 04.10.2001 tarihli kararında kadın işçinin hamile olması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmemesinin 76/207 sayılı AB Direktifinin m.2/1 ve m.3/1 hükümleri kapsamında cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmiştir⁷⁷⁵.

İş sözleşmelerinin işçinin yahut işverenin ölümü nedeniyle de sona ermesi mümkündür. İşçinin kural olarak işi bizzat görmesi gerektiği için işçinin ölümü halinde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir (TBK m.440). İşçinin ölümü halinde iş görme borcu mirasçılara geçmezken işçinin sağ iken hak kazanmış olduğu işçilik alacaklarını talep hakkı mirasçılara geçecektir. İşçinin ölümünün kendisine yasaklanmış bir işte çalışması sırasında gerçekleşmesi halinde ise işverenin ağır kusuru sonucu hukuki⁷⁷⁶ ve cezai⁷⁷⁷ sorumluluğu gündeme gelecektir. İşverenin ölümü

⁷⁷⁴ Şahin Emir, Analık, s. 303 ; Çalışkan, s. 149.

⁷⁷⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 04.10.2001 tarih ve C-438/99 sayılı karar, p. 51.

⁷⁷⁶ “Olay tarihinde davacı 18 yaşından küçüktür. Çalıştırıldığı iş ağır ve tehlikeli işlerdendir. 18 yaşından küçük bir kimsenin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasak olmakla birlikte bu yön kusurun doğrudan doğruya işverene yükletilmesini icap ettirmez ise de iş kazasının meydana gelmesinde büyük etken olduğunun da kabulünü gerektirir. Bundan başka olayın oluş tarzı ve dosyada bulunan diğer deliller hep birlikte incelenip değerlendirildiğinde kusurun % 85'inin davacı işçiye, % 15'nin de davalı işverene verilmesi isabetli sayılamaz.” Yargıtay 9. HD., E. 1982/5026 K. 1982/5724 T. 15.06.1982. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 31.03.2023).

⁷⁷⁷ “... Saniğin anılan şirketin sahibi olup, %75 hisse ile şirket ile fiilen ilgilenen, işe alımlara ve sona vermeye karar veren yetkili kişi konumunda bulunması nedeni ile olayın meydana geldiği işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili denetim ve tedbirlerin alınması, gerekli iş güvenliği eğitimlerinin verilmesi, ağır ve tehlikeli işlerde kadın, çocuk ve genç işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı hususlarında mevzuat ve ilgili yönetmeliğe uyma yükümlülüğünün bulunması hususları dikkate alındığında; 16.06.2004 tarih ve 225494 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin 4. maddesinin ikinci fıkrasında “EK-1'deki çizelgede, karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadınlar ve (Gİ) harfleri bulunmayan işlerde de 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler çalıştırılmaz” amir hükmü gereği, EK-1'deki çizelgenin 1 nolu “arama ve sondaj işleri” ile 10 nolu “taş, toprak sanayi işleri” bölümünde 18 yaşından küçük işçilerin her türlü yer altı ve yer üstü inşaatında, arama ve sondaj işlerinde çalıştırılmasının yasak olduğu, meydana gelen olayda, 16 yaş 6 aylık olan ölen işçinin babasının sondaj çalışmasında yardımcı eleman olarak çalıştırıldığı; işveren sanık ... tarafından bu durumun bilindiği ve çalışmasına göz yuman ve yeterli denetim ve kontrol mekanizması oluşturmayan sanık ...'ün eyleminde bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu ve tayin olunan cezanın TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca, arttırılması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı olup, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı

ise işçinin ölümünün aksine kural olarak iş sözleşmesinin sona ermesine neden olmaz. Ancak iş sözleşmesi işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmışsa, iş sözleşmesini işverenin ölümü ile kendiliğinden sona erecektir. Örneğin yaşlı bir kişinin kendisine yardımcı olması için yabancı bir işçi çalıştırması halinde işverenin ölümü, yabancının geçerli bir çalışma izni bulunmasına karşın iş sözleşmesini sona erdirecektir.

2. Çalışma Yasaklarının İş Sözleşmesinin Feshedilmesine Etkisi

İş Hukuku kapsamında fesih bildirimi, karşı tarafa ulaşma anından itibaren hüküm doğuran ve iş akdini belirli bir sürenin geçmesiyle (sürelî fesih) yahut derhal sona erdiren (süresiz fesih) tek taraflı irade beyanıdır. Fesih bildirimi, geçerliliğinin karşı tarafın kabulüne bağlı olmaması ve tarafların arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirmesi nedeniyle hukuken bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmektedir⁷⁷⁸. Bozucu yenilik doğuran hak olması nedeniyle kural olarak fesih hakkının belirli ve açık bir şekilde kullanılması gerektiği söylenebilirse de somut olayın değerlendirilmesi sonucu taraflardan birinin davranışı ile sözleşmeye son verildiğinin anlaşıldığı hallerde sözleşmenin eylemli olarak feshedildiği kabul edilmektedir⁷⁷⁹.

a. Çalışma Yasaklarının İş Sözleşmesinin Sürelî Feshine Etkisi

İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçilerde belirsiz sürelî iş sözleşmelerinde tarafların fesih bildirimi İş K. m. 17 hükmünde işçinin kıdemine göre belirlenmiş olan sürelerin geçmesiyle birlikte iş sözleşmesini sona erdirmektedir. İş Kanunu kapsamında olmayan işçilerin belirsiz sürelî iş sözleşmelerinin feshedilmesi ise kendi kanunlarında öngörülen fesih bildirim sürelerine tabidir (TBK m. 432, Deniz İş K. m. 16, Basın İş K. m.6 ve m.7). Bildirim süresine uymayan işçi veya işveren karşı tarafa ihbar tazminatı adı verilen bildirim süresine ilişkin ücret tutarında götürü olarak belirlenen bir tazminat ödemek zorundadır.

CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak, CMK'nın 326/son maddesi gereğince sanığın kazanılmış hakkı saklı tutulmak koşuluyla BOZULMASINA, 01.03.2022 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 12. CD, E. 2020/3703 K. 2022/1481 T. 01.03.2022. Benzer yönde; Yargıtay 12. CD, E. 2017/9849 K. 2019/6500 T. 21.05.2019; E. 2017/4101 K. 2020/3972 T. 24.06.2020; E. 2016/8029 K. 2018/4178 T. 10.04.2018. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 31.03.2023).

⁷⁷⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 456 ; Süzek, s. 540.

⁷⁷⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 456 ; Süzek, s. 543.

Fesih bildiriminin diğer tarafa yapılmasından itibaren başlayan ihbar süresi içerisinde tarafların iş sözleşmesinden kaynaklanan bütün borçları devam etmektedir. Ancak İş K. tabi çalışanlar bakımından işverene bildirim süresine ait ücreti peşin olarak vermek suretiyle ihbar süresinin dolmasını beklemeksizin işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebilme hakkı tanınmıştır (İş K. m.17/6). İş Kanunu kapsamında sadece işverene tanınmış olan bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi derhal sona erdirmeye hakkı Basın İş K. m. 5 hükmü kapsamında hem işveren hem de gazeteci işçi tarafından kullanılabilir. Yine bekleme süresi içerisindeyken sözleşmenin feshedilmesi için haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde de taraflar, bildirim süresini beklemek zorunda kalmaksızın iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir⁷⁸⁰.

İş sözleşmesinin askı halinde olduğu durumlarda da fesih bildiriminin yapılması mümkündür. Ancak bu durumda askı hali sona erene değin fesih bildirim süreleri işlemeyecektir (TBK m. 432/son). Benzer şekilde, askı nedeninin ortaya çıkmasından önce iş sözleşmesinin feshedildiği hallerde de askı halinin ortadan kalkmasıyla birlikte süreler işlemeye devam edecektir⁷⁸¹. Örneğin, analık izni kullanan kadın işçinin iş sözleşmesinin bildirimli fesih yoluyla sona erdirilebilmesi İş K. m. 74 hükmünde öngörülen izinlerin bitiminden sonra başlayacak olan ihbar süresinin geçmesi gerekmektedir⁷⁸².

Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise tarafların kural olarak yalnızca derhal fesih hakkı bulunmakla birlikte istisnaen taraflardan her birinin on sene geçtikten sonra altı aylık fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi sona erdirebilecekleri hüküm altına alınmıştır (TBK m.430/3). Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenleme niteliğine uygun düştüğü ölçüde İş K. kapsamında çalışan işçiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 464 ; Süzek, s. 549.

⁷⁸¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 784.

⁷⁸² Şahin Emir, Analık, s. 313 ; Çalışkan, s. 150.

⁷⁸³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 463.

(1) İş Güvencesine Tabi Olmayan İşçiler Bakımından

İş güvencesine tabi olmayan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi işçinin tabi olduğu kanunda yer alan bildirim sürelerine uymak kaydıyla herhangi bir sebep göstermeksizin feshedilebilmektedir. İşverenin sebep gösterme zorunluluğu bulunmasa dahi fesih hakkını kötüye kullanamayacağı kabul edilmektedir. Nitekim, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği hallerde işveren, işçiye fesih bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür (İş K. m.17/6, TBK m. 434, Deniz İş K. m.16/4). Yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçiler tarafından talep edilebilen ve öğretide kötü niyet tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat türü zarar kavramından bağımsız olarak götürü bir şekilde hesaplanmaktadır⁷⁸⁴. İşveren tarafından yapılan feshin kötü niyetli bir fesih olup olmadığı ise somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir.

İşçinin yaşı, cinsiyeti yahut yabancı olması nedeniyle getirilmekle birlikte iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasını da engellemeyen bazı çalışma yasaklarının söz konusu olduğu hallerde işverenler çoğunlukla istediği şekilde çalıştıramadığı işçisinin iş sözleşmesini feshederek bu yasaklara tabi olmayan yeni bir işçi ile iş sözleşmesi yapmayı tercih etmektedir. İş güvencesine tabi olmayan işçiler için herhangi bir sebep belirtme zorunluluğu da olmayan işverenlerin bu hallerde yaptığı feshin somut olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmesi mümkündür. Örneğin kadın işçinin yalnızca İş K. m. 74 hükmünde yer alan izinleri kullanmak istemesi nedeniyle iş akdine son verilmesi fesih hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olduğu söylenebilecektir⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 979 ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 482.

⁷⁸⁵ Çalışkan, s. 150 ; Şahin Emir, Analık, s. 319. “1475 sayılı Kanunun 13/C-3 maddesinde kötü niyet tazminatını düzenlemiştir. Medeni Kanunun ikinci maddesinin İş Kanunun aktarımıdır. Buna göre hukuken tanınmış bir hakkın varlığı, hakkın objektif iyi niyet kurullarına aykırı kullanılması ve hakkın kötüye kullanılmasından karşı tarafın zarar görmesi ya da bir zarar tehlikesinin yaratılması durumunda fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılır. Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesinin hamileliği nedeniyle fesih edildiği davacı tanıkları ve olayların gelişim seyrinden anlaşılmaktadır. Fesih kötü niyetlidir. Mahkemece kötü niyet tazminat isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD., E. 2004/25538 K. 2005/14932 T. 28.04.2005. Benzer yönde Yargıtay 9. HD., E. 2007/29103 K. 2007/26743 T. 17.09.2007 www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 02.04.2023).

Cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarında olduğu gibi bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan feshin aynı zamanda ayrımcılık yasağını da ihlal etmesi mümkündür. Nitekim, İş K. m. 5 hükmü uyarınca iş sözleşmesinin cinsiyet veya gebelik nedeniyle feshedilmesi halinde işveren işçinin dört aylık ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı ödemekle yükümlüdür. Bu halde iş sözleşmesi cinsiyet veya gebelik nedeniyle feshedilen ve iş güvencesine tabi olmayan işçinin kötü niyet ve ayrımcılık tazminatını aynı anda talep edip edemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır.

Yargıtay ve işverenin tek bir eylemi nedeniyle iki farklı tazminata hükmedilemeyeceğini savunan bazı yazarlar, işçinin seçimine bağlı olarak kötü niyet ya da ayrımcılık tazminatlarından yalnızca birine hükmedilebileceği görüşündedir⁷⁸⁶. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca ise, işverenin tek bir eylemi nedeniyle iki farklı tazminata hükmedilemeyeceğini kabul etmekle birlikte bu tazminatlardan birini seçme olanağı sağlayan yasal bir düzenleme olmadığından işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği hallerde de işçinin yalnızca özel düzenleme niteliğindeki kötüniyet tazminatını talep etme hakkı olduğu görüşündedir⁷⁸⁷. Yine öğretide bazı yazarlar, ayrımcılığın kötü niyetin özel bir hali olduğunu ifade ederek her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini savunmaktadır⁷⁸⁸.

Bizim de katıldığımız görüş kapsamında ise, hukuki dayanağı birbirinden farklı olan her iki tazminat da birlikte istenebilmelidir⁷⁸⁹. Nitekim, ayrımcılık yasağının yaptırımı olan ayrımcılık tazminatının dayanağı eşitlik ilkesi olup bu nedenle ayrımcılığın kötü niyetin özel bir hali olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir⁷⁹⁰. Bunun yanında, İş K. m.5/6 hükmü ile işçinin ayrımcılık tazminatının yanı sıra yoksun bırakıldığı hakları isteyebileceği de açıkça hüküm altına alınmıştır⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ Yargıtay 22. HD., E. 2014/31113 K. 2015/12206 T. 31.03.2015; Yargıtay 9. HD., E. 2012/39721 K. 2014/32640 T. 05.11.2014. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 02.04.2023)

⁷⁸⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 484. Kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada talep edilemeyeceği yönündeki görüşler için bkz. Serkan Odaman, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 25, 2010, s.36.

⁷⁸⁸ Demir, Eşit İşlem, s. 20-21 ; Ertürk/ Gürsel, s. 450 ; Tuncay, s. 768.

⁷⁸⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 750 ; Urhanoğlu Cengiz, Analık, s. 44 ; Ali Cengiz Köseoğlu/ Ayça Kaya, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması” **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 29, 2011, s. 73 ; Kandemir/Yardımcıoğlu, s. 38.

⁷⁹⁰ Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 454.

⁷⁹¹ Süzek, s. 491.

Türk Borçlar Kanunu m. 438/3 hükmünde öngörülen haksız fesih tazminatı ise yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler tarafından talep edilebilen kötü niyet tazminatının aksine iş sözleşmesinin türünün belirli yahut belirsiz süreli olup olmadığı fark etmeksizin iş güvencesine tabi olmayan işçilerin sözleşmelerinin haksız bir şekilde feshedilmesi halinde uygulama alanı bulabilecektir⁷⁹². Nitekim, TBK m. 438/3 hükmü uyarınca hakim, iş sözleşmesi haklı bir neden bulunmaksızın derhal feshedilen işçiye bütün durum ve koşulları göz önünde bulundurarak işçinin altı aylık ücreti tutarından fazla olmamak kaydıyla miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilecektir⁷⁹³. Öğretide, haksız fesih tazminatının miktarı belirlenirken TBK m. 438 hükmünün gerekçesinden hareketle tarafların sosyoekonomik durumları, sözleşmenin süresi, fesih sebebi, işçinin kusuru ve işçinin kişilik haklarının ne derece zedelendiğinin hakim tarafından dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹⁴.

Tıpkı kötü niyet tazminatında olduğu gibi haksız fesih tazminatının da ayrımcılık tazminatıyla birlikte istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Öğretide ağırlıklı görüş, haksız fesih tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada talep edilemeyeceği yönündedir⁷⁹⁵. Azınlık görüşü savunan yazarlardan *Tolu* ise, haksız fesih tazminatının belirlenmesinde ayrımcılık yasaklarının bir kriter olarak ele alınmasının, İş K. m. 5 hükmünün önemini azaltacak olması nedeniyle ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlardan ayrı olarak düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁹⁶. Kanaatimizce de, ayrımcılık yasaklarının çalışma hakkı bakımından önemi düşünüldüğünde iş sözleşmesinin haksız bir şekilde feshedilmesinin aynı zamanda ayrımcılık yasaklarını ihlal ettiği hallerde işçi, fesihten kaynaklanan diğer tazminatların yanında ayrımcılık tazminatını da ayrıca talep edebilmelidir.

⁷⁹² Süzek, s. 731; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 904. Haksız fesih tazminatının iş güvencesine tabi olup olmadığı yönünde bir ayırım yapılmaksızın İş K. kapsamında kalan işçilere uygulanması gerektiğine yönelik görüş için bkz. Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 480-481.

⁷⁹³ Öğretide TBK m. 438/3 hükmünün nispi emredici olmasından hareketle hakimin durum ve koşulları göz önünde bulundurarak işçinin altı aylık ücretinden daha fazla haksız fesih tazminatına hükmedebileceği savunulmaktadır. Süzek, s. 732; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 907; Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 481 ; İhtar Urhanoğlu, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih İle Sona Ermesi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2022, s.96.

⁷⁹⁴ Süzek, s. 731 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 906 ; Urhanoğlu, s. 95-96.

⁷⁹⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 752 ; Urhanoğlu, s. 97 ; Manav Özdemir, s. 165-166.

⁷⁹⁶ Hazal Tolu, **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, Beta, İstanbul, 2017, s. 156.

(2) İş Güvencesine Tabi İşçiler Bakımından

İş güvencesine tabi olan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshedilebilmesi için işçinin yeterliliğinden, davranışlarından yahut işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanılmalıdır (İş K. m.18, Basın İş K. m6/son⁷⁹⁷). Örneğin işveren, çalışma izninin uzatılması ve iş ilişkisinin sürmesi için yeterli çabayı göstermeyen yabancı işçinin iş sözleşmesini İş K. m.19/2 hükmü uyarınca savunmasını aldıktan sonra işçinin davranışlarından kaynaklı olarak geçerli nedenle feshedebilecektir⁷⁹⁸.

Buna karşılık işveren, iş sözleşmesinin geçerliliğini ve iş ilişkisinin devamını etkilemeyen ve çoğunlukla bedenen zayıf olan işçiyi korumak amacıyla getirilmiş olan çalışma yasaklarını gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshedemeyecektir. Nitekim İş K. m.18/3 hükmünde açıkça işverenin iş sözleşmesini cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum ile İş K. m. 74 hükmünde öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelinmemesi nedeniyle feshetmesinin geçerli neden oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kadın işçinin muayene iznini, doğum iznini, süt iznini, altı aylık ücretsiz iznini yahut yarım çalışma iznini kullandığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi geçersiz bir feshtir. İşveren gebelik ve analık nedeniyle öngörülen izinleri kullanması nedeniyle kadın işçinin fiziken yahut mesleki açıdan yetersiz olduğunu ileri süremeyecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere kadın işçinin iş akdinin hamilelik ve analık nedeniyle feshedilmesi aynı zamanda cinsiyet nedeniyle yapılan ayrımcılığın bir örneğini oluşturmaktadır. İş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli bir nedene dayanmaksızın feshedildiği hallerde, açtığı işe iade davası sonucu feshin geçersiz olduğu tespit edilen ve süresi içerisinde işe başlamak için başvuran işçinin işveren tarafından bir ay içerisinde işe başlatılmaması sonucu hak kazandığı iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği de

⁷⁹⁷ Basın İş K. m. 6/son tarafından yapılan yollama gereğince bu kanuna tabi işçiler de iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir.

⁷⁹⁸ Almanya Federal İş Mahkemesinin bu yöndeki içtihatları için bkz. Hediye Ergin, “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.4, S.16,2007, s. 1389.

öğretide tartışmalıdır. Yargıtay⁷⁹⁹ ve öğretideki bir kısım yazarlar kötü niyet tazminatına ilişkin görüşlerle paralel şekilde aynı davranışın birden fazla hukuki yaptırıma bağlanamayacağı görüşündedir⁸⁰⁰. Bizim de katıldığımız görüş kapsamında ise amaçları ve hukuki nitelikleri farklı olan bu tazminatların da birlikte istenebilmesi mümkündür⁸⁰¹.

b. Çalışma Yasaklarının Haklı Nedenle Derhal Feshe Etkisi

İş sözleşmesinin devam etmesinin dürüstlük kuralları gereğince taraflardan biri için çekilmez hâle geldiği durumlarda fesih hakkı bulunan taraf İş K. m.17 hükmünde öngörülen bildirim sürelerini beklemeksizin İş K. m. 26 hükmündeki hak düşürücü süreye uymak kaydıyla iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir. İş K. kapsamında işçi ve işveren için haklı fesih nedenleri m.24 ve m.25 hükümlerinde sayılmıştır. Süreli feshin aksine belirli süreli iş sözleşmelerinin de haklı nedenle derhal feshedilebilmesi mümkündür.

İşçiyi korumak için getirilmiş olan çalışma yasaklarının işveren tarafından uygulanmaması işçi için başlı başına bir haklı nedenle fesih sebebidir. Bu kapsamda örneğin gece çalışması istenen çocuk veya hamile işçi, çalışma şartlarının uygulanmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Uygulamada en çok kadın işçilerin İş K. m. 74 hükmü kapsamında kendilerine tanınmış olan doğum sonrası izin haklarının işveren tarafından kullanılmak istememesi nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği görülmektedir⁸⁰².

İşverenin ise kural olarak işçiyi korumak için getirilen çalışma yasaklarını gerekçe göstererek iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı bulunmamaktadır. Ancak Türk hukukunda bu alandaki uluslararası düzenlemelerden farklı olarak İş K. m. 74 hükmünde öngörülen izinlerin bitiminden itibaren işçinin gebelik veya doğum nedeniyle devamsızlığının m. 17 hükmünde işçinin kıdemine göre belirlenen bildirim

⁷⁹⁹ Yargıtay 9. HD. , E. 2015/29051 K. 2016/9441 T. 14.04.2016 ; E. 2015/18355 K. 2015/26031 T. 17.09.2015 ; E. 2015/18686 K. 2015/26045 T. 17.09.2015. www. kazanci.com (Son erişim tarihi, 03.04.2023).

⁸⁰⁰ Tuncay, s. 768 ; Taşkent/Kurt, s. 40.

⁸⁰¹ Süzek, s. 491-492 ; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 749 ; Ünal, Yaş Ayrımcılığı, s. 452 ; Kandemir/Yardımcıoğlu, s. 39 ; Odaman, s. 38.

⁸⁰² Yargıtay 22. HD., E. 2015/14643 K. 2017/125 T. 16.01.2017 ; Yargıtay 9. HD., E.2007/27521 K. 2008/25157 T. 26.09.2008. www.legalbank.net (Son erişim tarihi, 03.04.2023).

sürelerini altı hafta aşması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilme hakkı tanınmıştır. Kadın işçinin devamsızlığı hesaplanırken sadece analık izni süresinin değil İş K. m. 74 hükmünde hamilelik ve analık nedeniyle verilen ve işçi tarafından kullanılan tüm izinler dikkate alınmalıdır⁸⁰³.

Kadın işçinin İş K. m. 74 hükmünde öngörülen doğum sonrası analık izninin doktor raporu ile arttırılması halinde arttırılmış sürenin bitiş tarihi göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁰⁴. Yine İş K. m. 17 hükmünde öngörülen bildirim sürelerinin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükümleriyle arttırılması halinde de arttırılan bildirim süreleri esas alınacaktır⁸⁰⁵. İşverenin İş K. m. 25/I/b hükmüne dayanarak yaptığı bu fesihte işçiye kıdem tazminatını ödemesi gerekmektedir.

Yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarının aksine yabancılara getirilen çalışma yasakları bakımından somut olayın özelliklerine göre işverenin haklı fesih hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda, Yargıtay 2002 yılında verdiği bir kararda, geçerli bir çalışma iznine istinaden üç yıl boyunca aynı şirkette çalışan yabancı işçinin dördüncü yıl çalışma iznini yenilemek için yaptığı başvuruda kamu otoriteleri tarafından kendisinden istenen diploma denklik belgesini ibraz edemeyerek çalışma iznini alamaması sonucunda işveren işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir⁸⁰⁶. Yargıtay işverenin bu feshini, *“başlangıçta aranmayan denklik belgesinin sonradan istenmesi karşısında davacının müşkül durumda kalarak bunu sağlayamadığı ve bu durumun 1475 sayılı İş Kanununun 17/III. Maddesi kapsamında zorlayıcı sebep olarak değerlendirilmesi gerektiği”* gerekçesiyle zorlayıcı nedenle yapılan haklı fesih olarak kabul etmiştir. Yargıtay’ın bu kararı öğretide eleştirilmiştir. Nitekim, karşı oyda da belirtildiği üzere olayda işçinin arzu ve iradesi dışında doğan ve gelişen bir durum söz konusu olmadığından işçiden istenen belgenin teslim edilmemesinin zorlayıcı bir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce somut olayın özellikleri göz önüne alındığında işçinin iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklı olarak geçerli nedenle feshedildiği söylenebilecektir.

⁸⁰³ Şahin Emir, Analık, s. 325.

⁸⁰⁴ Şahin Emir, Analık, s. 325; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 857.

⁸⁰⁵ Şahin Emir, Analık, s. 325-326 ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 619.

⁸⁰⁶ Yargıtay 9. HD., E. 2001/15931 K. 2002/348 T. 17.01.2002. www. legalbank.net (Son erişim tarihi, 03.04.2023).

II. İdari ve Cezai Yaptırımlar

A. İdari Yaptırımlar

Çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz üzere çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırsız bir şekilde uygulanmasının işçiler üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesi amacıyla devlet, işçi ile işveren arasındaki ilişkileri düzenleme gereği duymuştur. Devlet, belirlediği asgari normlara uyulmasını temin etmek amacıyla bu normlara aykırı davranışları çoğunlukla hukuki, idari veya cezai nitelikteki yaptırımlara bağlamıştır⁸⁰⁷. İdarenin, bir yargı kararına gerek bulunmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü usullerle ve doğrudan doğruya bir işlemi ile verdiği cezalar idari yaptırım olarak nitelendirilmektedir⁸⁰⁸. İdari yaptırımların uygulanabilmesi için herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaması bu yaptırımları hukuki veya cezai yaptırımlardan açıkça ayırmaktadır⁸⁰⁹.

Uygulanabilmesi için herhangi bir yargı kararına gerek olmaması nedeniyle idari yaptırımlar kamu düzenine aykırı davranışa derhal müdahale edilebilmesi için süratli ve etkin bir yoldur⁸¹⁰. Ancak herhangi bir yargı kararı olmaksızın kişilere ceza uygulanması aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin yürütme organı ve onun uzantısı olan idarelere karşı korunmasına yönelik anayasal düzene aykırılık teşkil etmektedir⁸¹¹. Bu aykırılığın ortadan kaldırılabilmesi için kişilerin şahsına yahut mallarına yönelik olarak uygulanacak yaptırımların önceden kanunla öngörülmüş olması ve kişilere idari yaptırımlara karşı yargı yoluna başvurulabilme imkanının tanınması gerekmektedir⁸¹².

⁸⁰⁷ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, **Kamu-İş Dergisi**, C. 7, S. 3, 2004, s. 1.

⁸⁰⁸ M. Refik Korkusuz/Tuba Nur Korkusuz, “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Almayan İşverenlerin İdari Sorumluluğu”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2016, s. 204 ; Süzek, s. 130.

⁸⁰⁹ Fevzi Şahlanan, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C.1, S. 1, 2006, s. 5 ; Süzek, s. 130.

⁸¹⁰ Şahlanan, s. 5 ; Korkusuz/Korkusuz, s. 205.

⁸¹¹ Şahlanan, s. 5 ; Süzek, s. 131.

⁸¹² Süzek, s. 131 ; Şahlanan, s. 5.

İş Hukuku kapsamında idari yaptırımlar genellikle işverenin şahsına, işyerine veya işverenin malına yönelik olarak uygulanabilmektedir⁸¹³. Ancak işçinin çalışmaktan alıkonulması ve UİK m. 23 hükmü kapsamında öngörülen yaptırımlarda olduğu gibi nadiren de olsa işçinin şahsına yönelik olarak da yaptırım uygulandığı da görülmektedir. İş Hukukunda idari yaptırımların uygulanmasında güdülen amaç işvereni cezalandırılmasından daha çok, işverenin işçi lehine getirilmiş olan hükümlere uymasını ve işçinin zarar görmesini önlemektir⁸¹⁴. Bu nedenle idari yaptırımın uygulanabilmesi için mutlaka bir zararın ortaya çıkması aranmayacak olup idare tarafından zararın doğmasını önlemek amacıyla da idari yaptırım uygulanabilmesi mümkündür. İş hukukunda yer alan diğer emredici düzenlemelere aykırılık halinde olduğu gibi çalışma yasaklarına aykırılık halinde de hukuki yaptırımların yanı sıra çeşitli kanun hükümlerinde öngörülen idari para cezaları ile işin durdurulması ve işçinin çalışmaktan alıkonulması gibi idari yaptırımların da uygulandığı görülmektedir.

1. İdari Para Cezaları

a. Genel Olarak

Para cezaları, idari para cezaları ve adli para cezaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Adli para cezaları, failin işlediği suçun karşılığı olarak kusuru ve ekonomik durumuyla orantılı olarak belirlenen ve yargı kararı ile devlet hazinesine ödemesi gereken bir miktar paradır⁸¹⁵. Kanunda açıkça ceza uygulama yetkisinin idareye tanındığı para cezaları ise idari para cezası olarak nitelendirilmektedir⁸¹⁶. Adli para cezalarının aksine idari para cezalarının verilmesi için herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duyulmamaktadır. Yine idari para cezaları adli para cezalarından farklı olarak adli sicile de işlenmeyecektir⁸¹⁷.

⁸¹³ Korkusuz/Korkusuz, s. 204.

⁸¹⁴ Korkusuz/Korkusuz, s. 205.

⁸¹⁵ Haluk Çolak/ Uğurtan Altun, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, **TBB Dergisi**, S. 69, 2007, s. 266-267.

⁸¹⁶ Çolak/Altun, s. 271.

⁸¹⁷ Çolak/Altun, s. 272.

Kabahatler Kanunu⁸¹⁸ m. 17 hükmü uyarınca idari para cezaları, maktu idari para cezaları, nispi idari para cezaları ile alt ve üst sınırları belirlenmiş idari para cezaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Buna göre, fail tarafından elde edilen yarar yahut verilen zarara göre değişmeyen para cezaları maktu para cezası olarak nitelendirilirken verilen zararlar yahut elde edilen yarara göre değişen para cezalarına ise nispi para cezası denilmektedir⁸¹⁹. 4857 sayılı İş K. çerçevesinde hem maktu hem de nispi para cezaları öngörülmüşse de anılan kanunda öngörülen cezalar çoğunlukla nispi para cezası niteliğindedir. Maktu ve nispi para cezalarının aksine yasalarda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlenmiş olan idari para cezalarında ise fiilin haksızlık içeriğinin yanı sıra failin kusuru ve ekonomik durumu göz önünde bulundurularak ceza belirlenmektedir (Kabahatler Kanunu m.17/2). Bu kapsamda TİEK m. 25 ile UHK m. 282 hükümlerinde öngörülen idari para cezaları ise alt ve üst sınırı belirlenmiş idari para cezası niteliğindedir.

Zaman içerisinde paranın değerini yitirmesi sonucunda cezaların caydırıcılığını yitirmesini engellemek amacıyla Kabahatler Kanunu m. 17/7 hükmü ile yalnızca maktu para cezalarının her takvim yılı başında Vergi Usul Kanunu⁸²⁰ hükümleri çerçevesinde tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılacağı hüküm altına alınmıştır. Nitekim İş Hukuku mevzuatı kapsamında öngörülen idari para cezalarının arttırılmış tutarı her sene ÇSGB'nin internet sitesinde yayınlanmaktadır.

b. İş Kanunu Kapsamında Öngörülen İdari Para Cezaları

İş Kanunu kapsamında öngörülen çalışma yasaklarına aykırılık halinde uygulanacak idari para cezaları İş K. m. 104 hükmünde düzenlenmiştir. Bu kapsamda (i) İş K. m. 71 hükmü ile ÇGİY hükümlerinde öngörülen asgari çalışma yaşı ve çocukları çalıştırma yasaklarına aykırı hareket eden, (ii) İş K. m. 72 hükmüne aykırı bir şekilde maden ocakları ile kanalizasyon, kablo döşemesi ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ile her yaştaki kadınları çalıştıran, (iii) İş K. m. 73 ile GPÇY hükümlerine aykırı bir şekilde gece çalışması yaptıran ve (iv) İş K. m. 74 hükmüne aykırı bir şekilde kadın işçiye analık izni ve ücretsiz izin hakkını kullandırmayan işveren veya işveren vekiline

⁸¹⁸ 31.03.2005 Tarih ve 25772(Mükerrer) Sayılı Resmi Gazete.

⁸¹⁹ Caniklioğlu/Canbolat, s. 5 ; Çolak/Altun, s. 251.

⁸²⁰ 10.01.1961 Tarih ve 10703 Sayılı Resmi Gazete.

bin iki yüz Türk Lirası idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak İş K. kapsamında çalışma yasaklarına aykırılık halinde verilen idari para cezaları maktu nitelikte olup bu cezalar yeniden değerlendirme oranı çerçevesinde 2023 yılı için dokuz bin üç yüz iki Türk Lirası olarak uygulanmaktadır. Yine işverenin İş K. m. 5 hükmünde öngörülen yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde İş K. m.99 hükmü kapsamında her bir işçi için yüz elli Türk Lirası idari para cezası ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. 2023 yılı için bu tutar sekiz yüz seksen beş Türk Lirasına yükseltilmiştir.

Görüldüğü üzere İş Kanunu kapsamında yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırı davranışların büyük çoğunluğu idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır. Ancak İş K. m.104 hükmünün lafzından gebelik ve analık nedeniyle kullandırılması gereken izinlerden muayene izni ile süt izninin kullandırılmamasının herhangi bir idari yaptırıma bağlanmadığı görülmektedir⁸²¹. Buna karşılık Yargıtay, çeşitli kararlarında süt izni kullanılmamasının İş K. m.104 kapsamında idari para cezası yaptırımına bağlandığı görüşündedir⁸²². Kanaatimizce tıpkı ücretsiz izinde olduğu gibi süt izninin ve muayene izninin kullandırılmaması halinde de işverenin idari para cezası ödemek zorunda olduğu açıkça hüküm altına alınmalıdır.

Her ne kadar İş K. m. 108 hükmünde, İş K. m. 101 ve m.106 da öngörülen idari para cezaları hariç olmak üzere İş K. kapsamında öngörülen idari para cezalarının ÇSGB Bölge Müdürünce, İş K. m. 101 ve m.106 hükümlerinde öngörülen para cezalarının ise doğrudan Türkiye İş Kurumu il müdürü tarafından verileceği ifade edilmişse de artık idari para cezaları adı geçen kurumların birleşmeleri sonucu kurulan Çalışma ve İş Kurumu il müdürlükleri tarafından verilmektedir⁸²³. Kurum tarafından verilen idari para cezaları Kabahatler Kanunu m. 17 hükmündeki genel esaslara göre tahsil edilecektir (İş K. m. 108).

Çalışma yasaklarına aykırılık halinde Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri tarafından verilen idari para cezalarının gerekçeli olması gerekmektedir (İş K. m. 108). Bu durum hem doktrin hem de yargı kararlarınca benimsenen idari işlemlerin gerekçeli

⁸²¹ Özel, s. 328 ; Şahin Emir, Analık, s. 68-69.

⁸²² Yargıtay 9. HD., E. 2020/4320 K. 2021/1447 T. 19.01.2021 ; E. 2010/33459 K. 2012/2569 T. 01.02.2012; E. 2007/4839 K. 2007/13796 T. 01.05.2007; Yargıtay 22. HD., E.2017/19628 K. 2019/2718 T. 07.02.2019. www. legalbank.net (Son erişim tarihi, 10.04.2023)

⁸²³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 134.

olması ilkesinin bir gereğidir⁸²⁴. İdarenin her türlü fiil ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu öngören AY m. 125 hükmü uyarınca İş K. kapsamında verilen idari para cezalarına karşı da yargı yoluna başvurmak mümkündür. İş Kanunu kapsamında idari para cezalarına karşı itiraz merciine ilişkin özel bir hüküm yer almadığından çalışma yasaklarına aykırı davranış nedeniyle verilen idari para cezalarına itiraz merci Kabahatler Kanunu m. 27 çerçevesinde belirlenmektedir. Buna göre, idari para cezasına ilişkin kararın tebliği veya tefhiminden itibaren en geç on beş gün içinde, bizzat, kanunî temsilci veya avukat tarafından verilecek dilekçe ile sulh ceza mahkemesine başvurulabilecektir. Bu süre içerisinde başvuru yapılmaması halinde idari para cezası yaptırımı kesinleşecektir.

Öğretide İş K. kapsamında verilen idari para cezalarına itiraz merciinin sulh ceza mahkemeleri olarak belirlenmesi eleştirilmektedir⁸²⁵. Nitekim öğretide de isabetli bir şekilde İş K. kapsamında öngörülen idari para cezalarına esas fiil bakımından maddi unsurun oluşup oluşmadığının iş uyuşmazlıkları konusunda uzmanlaşmış İş Mahkemeleri tarafından incelenerek karara bağlanmasının daha isabetli olduğu savunulmaktadır⁸²⁶. Kanaatimizce de iş ilişkisinin devamı süresince ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği veya analık izinlerinin usulüne uygun olarak kullandırılıp kullandırılmadığı gibi İş Hukuku bakımından uzmanlık gerektiren konularda sulh ceza mahkemeleri tarafından yapılacak değerlendirmelerin yetersiz kalma ihtimali yüksektir.

c. Diğer Kanunlarda Öngörülen İdari Para Cezaları

İş Kanunu dışında çeşitli mevzuat hükümleriyle de çalışma yasaklarına aykırı davranışlar idari para cezası yaptırımına tabi kılınmıştır. İş Kanunu kapsamında çalışmayan kadın ve çocuk işçiler için çalışma yasakları içeren UHK m. 282 hükmü uyarınca bu yasaklara aykırı hareket edenler eylemlerinin ayrıca suç oluşturmadığı durumlarda mülki amir tarafından 2023 yılı için iki bin altı yüz on Türk lirasından on bin beş yüz otuz bir Türk lirasına kadar idari para cezası verilecektir. Kanaatimizce fiilin ağırlığı ve faile verilen zarar göz önünde bulundurulduğunda asgari çalışma yaşına aykırılık halinde verilecek idari para cezasının en üst sınırdan belirlenmesi

⁸²⁴ Sibel Can, “İdari Para Cezası”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 7, S. 29, 2017, s. 415.

⁸²⁵ Caniklioğlu/Canbolat, s. 54-56.

⁸²⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 135.

gerekmektedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında öngörülen idari para cezalarına karşı itiraz merciine ilişkin özel bir hüküm yer almadığından UHK m. 282 kapsamında öngörülen cezalara karşı itiraz merci Kabahatler Kanunu m. 27 çerçevesinde belirlenmektedir.

Yabancılar getirilen çalışma yasaklarının ihlali halinde uygulanacak idari yaptırımlar ise UİK m. 23 hükmünde yer almaktadır. Kanunda öngörülen idari para cezaları hem işveren hem de emredici hükümlere aykırı hareket eden yabancı işçi için uygulanmaktadır. Buna göre, çalışma izni olmaksızın yabancı işçi çalıştıran işverene çalıştırdığı her bir yabancı işçi için 2023 yılında otuz beş bin sekiz yüz on beş Türk lirası idari para cezası verilir. Çalışma izni olmaksızın bir işverene bağımlı olarak çalışan yabancı işçiye ise 2023 yılı için on dört bin üç yüz on sekiz Türk lirası idari para cezası uygulanacak ve sınır dışı edilmek üzere İçişleri Bakanlığı'na bildirilecektir. Çalışma izni bulunmaması nedeniyle sınır dışı edilecek yabancının ve varsa eş ile çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamaları işveren veya işveren vekili tarafından karşılanacaktır (UİK m. 23/9). Çalışma izni bulunmaksızın çalışmanın tekrarlanması halinde ise UİK m. 23 kapsamında öngörülen idari para cezaları hem işveren hem de yabancı işçi için bir kat arttırılarak uygulanacaktır (UİK m. 23/6).

Uluslararası İşgücü Kanunu'na göre bir idari yaptırım uygulanabilmesi için ÇSGB iş müfettişleri ile SGK müfettişleri ve sosyal güvenlik denetmenleri tarafından denetleme yapılması veya diğer kamu idareleri ya da kolluk kuvvetlerinin kendi mevzuatları uyarınca yaptıkları inceleme ve denetleme faaliyetleri sonucunda UİK hükümlerine aykırı davranışı ÇSGB'ye bildirmeleri gerekmektedir (UİK m. 23/1,2). Yabancılar getirilen çalışma yasaklarına aykırılık halinde idari para cezası Çalışma ve İş Kurumu il müdürünce uygulanacaktır (UİK m.23/3).

Son olarak yaş, cinsiyet yahut vatandaşlık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırı davranışın aynı zamanda ayrımcılık teşkil etmesi halinde TİEK m. 25 hükmünde öngörülen idari para cezası yaptırımının uygulanması mümkündür. Buna göre, ayrımcı davranışın mağdur üzerindeki etkisi ve sonuçlarının ağırlığı, failin maddi durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi göz önünde bulundurularak ihlalden sorumlu olan tüm gerçek ve tüzel kişiler hakkında Kurul kararı ile 2023 yılı

için beş bin dokuz yüz elli sekiz Türk lirasından seksen dokuz bin beş yüz yetmiş bir Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Diğer idari para cezalarından farklı olarak TİEK m. 25 kapsamında verilen idari para cezalarının bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürülebilmesi mümkündür. Uyarı cezası verilen gerçek veya tüzel kişinin ayrımcı fiilini tekrar etmesi halinde verilecek ceza yüzde elli oranında arttırılarak uygulanacaktır (TİEK m. 25/4). Ancak TİEK m. 17/5 hükmü uyarınca İş K. m. 5 hükmü kapsamına giren başvuruların yapılabilmesi için öncelikle İş K. m. 91 vd. öngörülen şikâyet usulleri izlenerek herhangi bir yaptırım kararının alınmamış olması gerektiğinden İş Hukuku kapsamında TİEK m. 25 hükmünün uygulamasının oldukça sınırlı olduğu söylenebilecektir⁸²⁷.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Kapsamında Öngörülen Yaptırımlar

Yaş, cinsiyet ve vatandaşlık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırılık halinde uygulanan idari yaptırımlar idari para cezasından ibaret değildir. Çocuklar, kadınlar ve yabancıların aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektiren gruplar arasında yer alması nedeniyle bu gruplar lehine getirilen hükümlere aykırılık halinde iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamında öngörülen çeşitli yaptırımların uygulanabilmesi mümkündür⁸²⁸.

Çalışma yasaklarına aykırı davranışın çalışan için hayati tehlike oluşturan bir duruma sebebiyet verdiği hallerde İSGK m. 25 hükmü kapsamında işin durdurulması yaptırımı uygulanabilecektir. Hayati tehlike, işyerinin bulunduğu bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinden yahut iş ekipmanlarından kaynaklanabilmektedir⁸²⁹. Çok tehlikeli sınıfta işler veya tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı yahut büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde ise hayati tehlikenin bulunması şartı aranmaksızın risk değerlendirmesinin yapılmamış olması işin durdurulması yaptırımının uygulanması için yeterlidir (İSGK m. 25/1). Dolayısıyla çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde risk değerlendirmesi kapsamında genç, gebe veya emziren

⁸²⁷ Süzek, s. 497-498. Ancak Kurul'un özellikle işe girişlerde ayrımcılık iddialarına ilişkin iddiaları kabul edilebilir bularak inceleme yaptığı görülmektedir. Bkz.14.01.2020 Tarih ve 2020/8 K. sayılı Kurul Kararı ; 11.08.2020 Tarih ve 2020/176 K. sayılı Kurul Kararı ; 07.10.2022 Tarih ve 2022/655 K. sayılı Kurul Kararı ; 05.08.2022 Tarih ve 2022/436 sayılı Kurul Kararı.

⁸²⁸ Muhammed Enes Yıldız, "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısında Kadınlar ve Gençler", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.10, S.2, 2022, s. 642 ;

⁸²⁹ Korkusuz/Korkusuz, s. 206.

Çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunun dikkate alınmamış olması halinde özel politika gerektiren grupların hayati tehlikelerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın işin durdurulması yaptırımı uygulanabilecektir.

Tehlikenin ciddi ve yakın olduğu hallerde ise işçi, İSGK m. 13 hükmü uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Ancak daha önce İSGK m. 25 hükmü uyarınca işin durdurulması kararı verilmişse işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacaktır. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlar dışında işçi bu hakkını kullanmadan önce İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu'nun bulunduğu yerlerde Kurula, bulunmadığı yerlerde ise bizzat işverene başvurmak zorundadır (İSGK m. 13/2). Tehlikenin önlenemez olduğu hallerde ise İSGK m. 13 hükmünde öngörölen usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebilecektir (İSGK m. 13/3). Hem İSGK m. 25 hükmü uyarınca işin durdurulması hem de İSGK m. 13 hükmü uyarınca işçinin çalışmaktan kaçındığı hallerde işçinin çalışmadığı sürelerdeki ücreti herhangi bir kesintiye uğratılmaksızın kendisine tam olarak ödenecektir.

Yukarıda kısaca yer verildiğı üzere işin durdurulması yaptırımının uygulanması veya işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için belli başlı prosedürlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, özel politika gerektiren risk gruplarının kanunda öngörölen prosedürler nedeniyle mağdur olmasını önlemek amacıyla çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğı⁸³⁰ m. 11/1/g ile İş Teftişı Hakkında Yönetmelik⁸³¹ m.6/1/ğ hükümleri çerçevesinde işçinin çalışmaktan alıkonulması yaptırımına yer vermiştir⁸³². Kanaatimizce işçi lehine olsa dahi işçinin çalışma hakkını kısıtlar nitelikte olan bu yaptırımın kanun ile düzenlenmesi anayasanın özüne ve ruhuna daha uygundur.

İş müfettişlerinin teftiş sırasında işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına yönelik mevzuat hükümlerine aykırı durumların bulunduğunu tespit etmesi halinde ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını talep etmek zorundadır. Örneğın asgari çalışma yaşının altında veya çalışmasının

⁸³⁰ 31.10.2012 Tarih ve 28453 Sayılı Resmi Gazete.

⁸³¹ 19.04.2022 Tarih ve 31814 Sayılı Resmi Gazete.

⁸³² Korkusuz/Korkusuz, s. 222.

yasaklandığı işlerde çocukların ve kadınların çalıştırıldığını tespit eden iş müfettişi bu durumu ilgili mülki amire bildirmekle yükümlüdür. Yönetmelikte aksi bir hüküm yer almadığından çalışmaktan alıkonulan işçinin çalışmadığı sürelerde kendisine ücret ödenmeyecektir. Yaş, cinsiyet ve sağlık durumuna yönelik aykırılık sonradan giderilemeyecek nitelikte ise kanaatimizce, işçinin çalışmaktan alıkonulduğu andan itibaren iş sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erecektir.

Yaş, cinsiyet ve yabancılık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına tabi olan işçinin Deniz İş K. kapsamında ticaret gemisinde gemi adamı olarak çalışması halinde Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun⁸³³ m. 2/a hükmü uyarınca geminin yolculuktan alıkonulması yaptırımı uygulanacaktır. Bu kapsamda emredici hükümlere aykırı bir şekilde gemi adamı çalıştırıldığının herhangi bir şekilde ortaya çıktığı hallerde liman başkanlığı tarafından liman çıkış belgesi verilmeyerek geminin sefer yapması önlenecektir.

Yer altında çalışması yasak olan işçilerin madenlerde çalıştırılması halinde ise İSGK kapsamında öngörülen yaptırımların yanı sıra 151 Sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun m.9 uyarınca yasağa aykırı hareket eden madenci ve işverenlerinin ruhsatname, şartname ve imtiyazları feshedilecektir.

B. Cezai Yaptırımlar

Çalışma koşullarını düzenleyen kurallara aykırı hareket edilmesi halinde uygulanacak ceza yaptırımları sosyal ceza hukuku çerçevesinde incelenmektedir⁸³⁴. Tıpkı idari yaptırımlar gibi sosyal ceza hukuku hükümleri de önleyici ve caydırıcı nitelikleri ile çalışma barışının sağlanması için önemli araçları oluştururlar⁸³⁵. Ancak 1475 sayılı İş K. yer alan ceza yaptırımlarının yeni İş K. kapsamında idari para cezası yaptırımlarına dönüştürülmesi sebebiyle sosyal ceza hukukunun uygulama alanı oldukça daralmıştır⁸³⁶.

⁸³³ 14.06.1946 Tarih ve 6333 Sayılı Resmi Gazete.

⁸³⁴ Süzek, s. 132 ; Caniklioğlu/Canbolat, s. 1.

⁸³⁵ Süzek, s. 132 ; Banu Diliüz, **İş Hukuku Yaptırımları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 88-89 ; Kılıç A., s. 3.

⁸³⁶ Süzek, s. 132.

Buna karşılık, Türk Ceza Kanunu'nda⁸³⁷ (TCK) iş ilişkilerini de ilgilendiren önemli suç tipleri yer almaktadır. Örneğin, taksirle öldürmeye ilişkin TCK m. 85 hükmü ile taksirle yaralamaya ilişkin TCK m. 89 hükmü, işçinin geçirdiği iş kazası nedeniyle hayatını kaybetmesi yahut yaralanması nedeniyle kusurlu işveren veya işveren vekillerine tatbik edilebilecektir⁸³⁸. Yine, TCK m. 117 hükmünde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, TCK m. 118 hükmünde düzenlenen sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu ile TCK m. 122 hükmü yer alan nefret ve ayrımcılık suçu, çalışma ilişkilerindeki hukuka aykırı davranışları suç olarak düzenleyen hükümler arasında yer almaktadır. Bu suç tipleri kapsamında işveren veya işveren vekillerine hapis cezası veya hükümde öngörülmüş olması halinde adli para cezası yaptırımları uygulanabilmektedir.

İşçinin çalışması yasak olan bir işte ve/veya çalışma koşulları altında çalıştırılmasının TCK'da yer alan suç tiplerinin maddi ve manevi unsurlarını karşılaması halinde de çalışma yasaklarına aykırı hareket eden işveren veya işveren vekillerine hapis cezası veya adli para cezası yaptırımlarının uygulanması mümkündür. Nitekim, Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmü uyarınca çalışma yasaklarına aykırı fiilin suç oluşturması halinde bu fiil idari yaptırıma tabi tutulmuş olsa dahi bu yaptırım uygulanmayıp sadece suçtan dolayı mevzuatta öngörülen cezai yaptırım uygulanabilecektir.

Çalışma yasaklarına aykırı bazı davranışların aynı zamanda TCK m. 117 ve TCK m.122 hükmünde öngörülen suç tiplerinin kapsamına girebilme ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile nefret ve ayrımcılık suçları inceleme konusu yapılacaktır.

1. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu TCK m. 117 hükmünde düzenlenmektedir. Anılan madde kapsamında *iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu* (TCK m.117/1), *sömürü suçu* (TCK m. 117/2), *sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçu* (TCK m. 117/3), *anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu* (TCK m. 117/4) ve *işin*

⁸³⁷ 12.10.2004 Tarih ve 25611 Sayılı Resmi Gazete.

⁸³⁸ Süzek, s. 132.

durmasına neden olma suçu (TCK m. 117/4) olmak üzere beş farklı suç tipine yer verilmiştir⁸³⁹.

TCK m. 117/1 hükmü uyarınca “*cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*” Bu kapsamda suçun oluşumu bakımından bir kişinin cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle kayıt dışı veya mevzuata aykırı olarak çalıştırılması halinde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluştuğu söylenebilecektir⁸⁴⁰. Ancak öğretide de ifade edildiği üzere hukuka aykırı başka bir davranış ifadesi nedeniyle iş hukuku kapsamında hukuka aykırı kabul edilen her davranışın TCK m. 117/1 hükmü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁴¹. Nitekim aksinin kabulü AY m. 38/8 hükmünde yer verilen kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir⁸⁴². Bu nedenle kanaatimizce, çalışma yasakları bakımından TCK m. 117/1 hükmünün uygulanması ancak cebir veya tehdit nedeniyle işçinin çalışması yasak olan bir işte veya çalışma koşulları altında çalıştırılması halinde söz konusu olacaktır.

İşçinin çaresizliğinin, kimsesizliğinin ve bağılılığının sömürmek suretiyle çalışması yasak olan bir işte veya çalışma koşulları altında çalıştırılması halinde ise TCK m. 117/2 hükmünde öngörülen sömürü suçunun oluşması mümkündür. Sömürü suçu, mağdurun ücretsiz veya düşük bir ücretle çalıştırılması sonucu oluşabileceği gibi insan onuruna aykırı çalışma veya konaklama koşullarına tabi kılınması yoluyla da oluşabilmektedir. Kanun hükmünde öngörülen seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi halinde faile “*altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası*” verilecektir (TCK m. 117/3). Mağdurun, failin fiiline rıza göstermiş olması ise fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir⁸⁴³.

⁸³⁹ Kılıç A., s. 71.

⁸⁴⁰ Sinan Bayındır, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 176.

⁸⁴¹ Kılıç A., s. 78. Aksi yönde Köksal Bayraktar, “Çalışma Özgürlüğünü Engelleme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, 2014, s. 1033. (TCK m. 117)

⁸⁴² Bayındır, s. 181.

⁸⁴³ Kılıç A., s. 122 ; Bayraktar, TCK m.117, s. 1041.

Sömürü suçu, TCK m. 117/1 hükmünde öngörülen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun aksine şikayete tabi olmayıp re'sen soruşturulan suçlar arasında yer almaktadır. Çocuk ve genç işçiler ile bulunduğu ülkedeki haklarına ilişkin yeterli bilgi sahibi olmayan yabancı işçilerin sömürü suçunun mağduru olma olasılığının daha yüksek olduğu düşünüldüğünde suçun re'sen soruşturulmasının daha isabetli olduğu söylenebilecektir.

Mağdurun çaresizliğini, kimsesizliğini veya bağıllığını sömürmek amacıyla bir yerden başka bir yere tedarik, sevk veya nakil edilmesi halinde de fail tıpkı sömürü suçunu işlemiş gibi altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilecektir. (TCK m. 117/3) . Bu kapsamda, çaresizliğinden ve kimsesizliğinden faydalanarak çocuk işçiyi insan onuruna aykırı çalışma koşulları altında çalıştıran işveren TCK m. 117/2 hükmü kapsamında cezalandırılırken çocuk işçinin işverenle çalışması için aracılık eden üçüncü kişi ise TCK m. 117/3 hükmü kapsamında cezalandırılacaktır. Sömürmek için tedarik, sevk, veya nakil etme suçu TCK m. 80 hükmünde yer verilen tehdit, cebir, şiddet, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak gibi hareketlere yer verilmemesi nedeniyle insan ticareti suçundan ayrılmaktadır⁸⁴⁴.

“Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayarak anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu ile cebir veya tehdit kullanmak suretiyle bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olarak” işin durmasına neden olma suçunu işleyenler ise TCK m. 117/4 hükmü gereği altı aydan üç yıla kadar hapis cezası yaptırımına tabi tutulabilecektir. TCK m. 117 hükmünde düzenlenen suç tiplerinin aksine anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu ile işin durmasına neden olma suçlarında seçenek yaptırım olarak adli para cezası verilmesi düzenlenmemiştir.

TCK m. 117/4 hükmünde öngörülen suçlar bakımından bağımlı veya bağımsız bir şekilde çalışma özgürlüğünün yanı sıra sözleşme özgürlüğü de korunan hukuki değerler arasında yer almaktadır⁸⁴⁵. Dolayısıyla cebir veya tehdit kullanmak suretiyle

⁸⁴⁴ Bayraktar, TCK m. 117, s. 1042.

⁸⁴⁵ Bayraktar, TCK m. 117, s. 1026.

işçi veya işverenin sözleşme özgürlüğü sınırlarının ihlal edilmesi halinde de failin TCK m. 117/4 hükmü kapsamında cezai sorumluluğunun gündeme geleceği söylenebilecektir.

Son olarak, TCK m. 117 hükmünde düzenlenen tüm suç tiplerinin i) *silahla*, ii) *failin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla yahut özel işaretlerle*, iii) *birden fazla kişi tarafından birlikte*, iv) *var olan ya da var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak* veya v) *kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle* gerçekleşmesi halinde verilecek cezalar bir kat arttırılarak uygulanacaktır (TCK m. 119/1).Yine, bu suçların işlenmesi sırasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunun meydana gelmesi halinde özel bir içtima kuralı getirilerek TCK m. 117 hükmünün yanı sıra ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (TCK m. 119/2).

2. Nefret ve Ayrımcılık Suçu

Mağdurun dili, ırkı, milliyeti, rengi, cinsiyeti, engellilik durumu, siyasi görüşü, felsefi düşüncesi, dini veya mezhepsel farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle taşınır veya taşınmaz edinmesinin, kamu hizmetlerinden faydalanmasının, olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi veya işe alınmaması halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşacaktır (TCK m. 122) Kanunda öngörülen seçimlik hareketleri kişiye duyduğu nefret nedeniyle gerçekleştiren gerçek kişi fail⁸⁴⁶ TCK m.122 uyarınca bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında başta insan onuru olmak üzere çalışma özgürlüğü, sözleşme serbestisi ve hizmet edinme hakkı gibi hukuki değerlerin korunması amaçlanmaktadır⁸⁴⁷. Öğretide bazı yazarlar, kanun koyucunun insan onuru, çalışma ve sözleşme özgürlüğü, hizmet hakkı gibi değerlerin yanı sıra kamu barışını

⁸⁴⁶ Bu suç kapsamında özel olarak belirtilmeyen tüzel kişilerin, TCK m.60 hükmünün açık düzenlemesi karşısında fail olması mümkün değildir. Ancak tüzel kişi adına faaliyette bulunan kişi veya kişiler bu suçun faili olarak cezalandırılabilir. Bkz. Pınar Memiş, “Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009/2, s. 74.

⁸⁴⁷ Memiş, s. 73 ; Nurten Öztürk, *Nefret ve Ayrımcılık Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 96-97.

da korumayı da amaçladığını ifade etmektedir⁸⁴⁸. Nitekim, kanun koyucu TCK m. 122 hükmü ile nefret kaynaklı ayrımcı davranışları yasaklayarak toplumun bir kesiminin ötekileştirilmesini engellemeye ve toplumsal yaşamın barış içerisinde devamını sağlamaya çalışmaktadır⁸⁴⁹.

Nefret ve ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK m. 122 hükmünde 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanunla pek çok değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamda değişiklik öncesinde madde metninde bulunan dil, din, ırk, cinsiyet gibi ayrımcılık sebeplerinin ardından gelen “*ve benzeri sebepler*” ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Madde metninin gerekçesinde, yapılan bu değişiklikle ceza hukukunun güvence fonksiyonlarından biri olan kanunilik ilkesi uyarınca ifadenin yarattığı belirsizliğin ortadan kaldırıldığı ve ayrımcılığın dayandığı sebeplerin kanun metninde yer alanlarla sınırlı tutularak hukuk güvenliğinin sağlandığı ifade edilmiştir⁸⁵⁰. Dolayısıyla kanun metninde sayılan ayrımcılık sebepleri arasında yer almadığı için yaş nedeniyle yapılan bir ayrımcılığın nefret saikiyle işlense dahi TCK m. 122 hükmü kapsamında cezalandırılması mümkün değildir. Buna karşılık sırf cinsiyetine ve cinsiyetinden kaynaklanan özelliklerine duyulan nefret nedeniyle hamile bir kadının işe alınmaması halinde nefret ve ayrımcılık suçunun oluştuğu söylenebilecektir.

Yine, madde metninin ilk halinde yer almayan nefret saiki, yapılan değişiklik sonucu ayrımcılık suçunun manevi unsuru olarak kabul edilmiştir⁸⁵¹. Bu kapsamda suçun oluşması için failin, mağdurun dili, ırkı, milliyeti, rengi, cinsiyeti, engellilik durumu, siyasi görüşü, felsefi düşüncesi, dini veya mezhepsel farklılığından kaynaklı nefret duygusu nedeniyle TCK m. 122 hükmünde öngörülen seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi gerekmektedir. Nefret saiki kapsamında değerlendirme yapılırken failin mağdur hakkında olumsuz duygulara sahip olması tek başına yeterli olmayıp bunun yanında mağdurun TCK m. 122 kapsamında korunan özellikleri nedeniyle mutsuz, huzursuz veya kötü olmasını da isteyip istemediğinin ve ayrımcı davranışa

⁸⁴⁸ Recep Kahraman, “Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Ayrımcılık Suçuna Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.27, S. 1, 2021, s. 225 ; Ümit Kocasakal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 10, S. 28, 2015, s. 21.

⁸⁴⁹ Kahraman, s. 225.

⁸⁵⁰ Gökçe Serim Çiçek, **Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2020, s. 78 ; Kocasakal, s. 19 ; Köksal Bayraktar, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1, 2016, s. 60-61. (TCK m. 122)

⁸⁵¹ Kahraman, s. 226.

ilişkin haklı bir sebebinin olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir⁸⁵². Örneğin farklı ırktan yabancı bir işçinin çalışma izni olmadığı gerekçesiyle işe alınmaması durumunda failin nefret saikinın bulunmaması nedeniyle nefret ve ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. Nitekim, burada failin öncelikli amacı mağdur nezdinde farklı ırktan olan insanları toplumdan dışlamak değil mevzuat hükümlerinden kaynaklanan kanuni yükümlülüklerine uygun hareket etmektir.

6529 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden bir diğeri ise kişinin dili, ırkı, milliyeti, rengi, cinsiyeti, engellilik durumu, siyasi görüşü, felsefi düşüncesi, dini veya mezhebi nedeniyle işe alınmasının suç olmaktan çıkarılmasıdır. Suçun manevi unsuru olarak nefret saikinın aranması sonucunda bir kişinin kendisine duyulan nefret nedeniyle işe alınması mümkün olmayacağından anılan kısmın madde metninden çıkarılması isabetlidir. Bununla birlikte öğretide, kişinin ayrımcılık nedeniyle işe alınmamasının suç olarak düzenlenmesine karşın işten çıkarılmasının kabahat olarak düzenlenmiş olması eleştirilmektedir⁸⁵³. *Çiçek* ise işçinin dili, ırkı, milliyeti, rengi, cinsiyeti, engellilik durumu, siyasi görüşü, felsefi düşüncesi, dini veya mezhepsel farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle işten çıkarılması halinde işverenin “ekonomik etkinlikte bulunmanın engellenmesi” bendi kapsamında cezalandırılması gerektiği görüşündedir⁸⁵⁴. Kanaatimizce, madde metninde açıkça belirtilmemiş olması nedeniyle işten çıkarma eyleminin TCK m. 122 hükmü kapsamında yaptırıma tabi tutulması mümkün değildir.

⁸⁵² Ön yargı ve nefret saiki arasındaki farklar için bkz. Kahraman, s. 217.

⁸⁵³ *Çiçek*, s. 114-115 ; Uğur Ersoy, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.12, S. 34, 2017, s. 41 ; Kocasakal, s. 29 ; Öztürk, s. 127.

⁸⁵⁴ *Çiçek*, s. 117.

SONUÇ

Hem uluslararası mevzuat hükümlerinde hem de 1982 Anayasası'nın 49. maddesinde çalışma hakkı herkese tanınan bir hak olarak düzenlenmiştir. Çalışma hakkı aynı zamanda; bir işe sahip olma, zorla çalıştırılmama, istediği meslekte çalışma, seçtiği meslekte ilerleme imkanına sahip olma, insan onuruna yaraşır çalışma koşullarından yararlanma, yaptığı işle orantılı ve işçinin kendisi ile ailesini geçindirebileceği bir ücret elde etme ve çalışmasına uygun bir dinlenme süresine sahip olma gibi hakları da içine almaktadır.

Çalışma hakkı kapsamındaki eşit muamele görme hakkı ise özel bir öneme sahiptir. Nitekim, çalışma hakkı kapsamında korunan insan onuruna yaraşır bir işe sahip olma hakkı, adil ve eşit ücret hakkı, iş güvencesine sahip olma gibi hakların gereği gibi yerine getirilebilmesi için ayrımcılık yasağı ve eşit davranma borcunun sıkı bir şekilde gözetilmesi gerekmektedir. Eşit muamele görme hakkı, mutlak bir eşitliği değil objektif bir neden bulunmaksızın ayırım yapılmasının yasaklandığı nispi bir eşitliği öngörmektedir. Eşit muamele görme hakkının ayrımcılık yasağından bağımsız düşünülebilmesi de mümkün değildir. Zira meşru bir amacı olmayan ve/veya bu amacın gerçekleşmesi için ölçülü olmaması nedeniyle ayrımcılık yasağını ihlal eden bir müdahale aynı zamanda kişinin eşit muamele görme hakkını da ihlal etmektedir.

Çalışma hakkı, kural olarak yaş, cinsiyet, vatandaşlık, engellilik, din ve mezhep fark etmeksizin herkese tanınmış bir hak olmakla birlikte uluslararası sözleşmeler, anayasanın çeşitli maddeleri ve kanunlar vasıtası ile hakkın kullanımı bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Çalışma hakkının sınırı niteliğinde olan çalışma yasakları aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün de sınırlarını oluşturmaktadır. Çalışma yasaklarının hukuki nitelikleri aynı olmasına karşın getirilme amaçları bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Nitekim, yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasakları yasağın muhatabı olan kişi gruplarını koruma amacı güderken yabancılara getirilen çalışma yasakları ise kamu düzenini ve ulusal işgücünü korumak

amacıyla getirilmiştir. Çalışmamız kapsamında yaş, cinsiyet ve yabancılık nedeniyle getirilen çalışma yasakları sistematik bir incelemeye tabi tutularak yasakların günümüzde işlevini yerine getirmeye muktedir olup olmadığı veya yasakların muhatabı bakımından ayrımcı bir uygulama olarak kabul edilip edilemeyeceği inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmamız kapsamında yaş nedeniyle getirilen çalışma yasakları incelenirken İş K. kapsamında kalıp kalmadığı fark etmeksizin on beş yaşın altındaki çalışanlar çocuk işçi, on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çalışanlar ise genç işçi olarak nitelendirilmiştir. Hukukumuzda, çocuk ve genç işçilere getirilen asgari çalışma yaşı bu kişilerin tabi olduğu kanuna göre değişkenlik göstermesi Türkiye'nin imzalamış olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir. Ancak öğretilerde de isabetle belirtildiği üzere AY m. 90/5 hükmü uyarınca 138 No'lu ILO sözleşmesinde yer alan asgari yaş sınırına ilişkin hükmün UHK m. 173/1 hükmüne nazaran çocuk ve gençlerin temel hak ve özgürlükleri bakımından daha koruyucu olması nedeniyle sözleşme hükümlerinin UHK m. 173/1 hükmünü "zımnen ilga" ettiği kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Türkiye'nin de imzacı olduğu "182 Sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi" kapsamında çocuk ve genç işçilerin tüm yasa dışı faaliyetler ile doğası veya gerçekleştiği koşullar itibarıyla çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işlerde çalışması yasaklanmıştır. Hukukumuzda da uluslararası sözleşmelerde öngörülen yasaklarla paralel bir şekilde İş K. m. 72, ÇGİY m.5, UHK m. 176 ve PVSK m. 12 hükümleri kapsamında çocuk ve genç işçilerin bedenlen veya ruhen zarar göreceği iş kollarında çalışmaları yasaklanmıştır.

Yine çocukların korunması amacıyla çocuk ve genç işçilerin çalışmasına izin verilen işlerde yetişkinlere nazaran daha kısa çalışma süreleri ile daha uzun dinlenme süreleri öngörülmüş olup bu süreleri aşan nitelikte çalışma yapmaları yasaklanmıştır. Bununla birlikte çocuk ve genç işçiler için öngörülen çalışma koşulları tabi oldukları kanuna göre değişkenlik göstermekte olup İş K. dışında çalışan genç işçilere daha ağır çalışma koşullarının uygulanmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Çalışma yaşamında kadınlara ilişkin düzenlemelere bakıldığında ise bu hükümlerin bir bölümünün çalışma yaşamında cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırmayı amaçladığını, diğer bir bölümünün ise çalışan işçinin kadın olması nedeniyle bir takım yasaklar getirdiği görülmektedir. Kadınlara özel olarak bir takım hak ve yasakların öngörüldüğü hükümler ise kendi içlerinde işçinin kadın olması dolayısıyla korunması ile gebeliğin ve anneliğin korunması olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kadınların korunması için getirilen yasakların meşru bir amacının olması ve getirilen yasağın bu amacın gerçekleşmesi için elverişli, gerekli ve orantılı olduğu hallerde kadınlara cinsiyeti nedeniyle yapılan bu farklı muamele ayrımcılık teşkil etmeyecektir. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği alanında meydana gelen gelişmeler sonucunda günümüzde kadın işçilerin yer altında ve su altında çalışmasının yasaklanmasının kadınların korunması için gerekli ve orantılı bir müdahale olduğu söylenemeyecektir. Yine, gebelik ve analık nedeniyle getirilen izinlerin meşru bir amaca dayanan ölçülü bir müdahale teşkil ettiği söylenebilirse de bu izinlerin sadece kadın işçilere tanınması, işverenler tarafından kadın işçilerin daha az tercih edilmesine sebebiyet vererek dolaylı yönden ayrımcılık teşkil edebilecektir.

Çalışmamız kapsamında bulunduğu ülkenin vatandaşı olmayan kişiler ise yabancı olarak nitelendirilmiştir. Yabancıların çalışma hakkına ilişkin uluslararası belgeler ve ulusal mevzuat hükümleri incelendiğinde yabancılara vatandaşlara nazaran çok daha sınırlı bir çalışma hakkının tanındığı görülmektedir. Nitekim, hukukumuzda kanunlar ya da Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla getirilen istisnalar dışında yabancıların çalışma izni almadan çalışması yasaklanmıştır. Hukukumuzda belirli bazı istisnalar dışında çalışma izinleri süreli olarak verilmektedir. Yargıtay bazı kararlarında çalışma izninin süreli olarak verilmesinin iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilebilmesi için objektif neden olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeysen de kanaatimizce, çalışma iznine ilişkin mevzuat hükümlerini süreli çalışma izni bulunan yabancı ile belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmasını açıkça yasaklamamış olduğu ve işçinin korunması ilkesi göz önüne alındığında süreli çalışma izni verilmesi iş sözleşmesinin belirli süreli olarak akdedilebilmesi için tek başına esaslı bir neden olarak kabul edilemeyecektir.

Çalışma izni alma zorunluluğunun yanı sıra özel kanun hükümlerinde öngörülen bazı iş ve mesleklerin ise hiçbir şekilde yabancılar tarafından yapılabilmesi mümkün değildir. Kamu düzeni, kamu sağlığı veya kamu güvenliği gerekçesiyle yabancılara getirilen bu çalışma yasaklarının geçmişten günümüze giderek azaldığı görülmektedir. Ülkemizde hali hazırda üç milyonu aşkın sayıda geçici koruma statüsü sahibi yabancının bulunması, komşu ülkelerdeki savaş ve çatışmalar nedeniyle ülkeye göç akınının devam etmesi ve küreselleşme olgusu nedeniyle yabancıların çalışmasının yasaklandığı iş ve mesleklerin sayısının gelecekte daha da azalacağı söylenebilecektir.

Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere yaş, cinsiyet ve yabancılık nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırı davranışlar hukuki, idari ve bazı durumlarda cezai yaptırıma bağlanmıştır. Yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasakları ile yabancılara getirilen çalışma yasaklarının amaçlarının birbirinden farklı olması nedeniyle bu yasaklara aykırı davranışların iş sözleşmelerinin geçerliliğini ne yönde etkileyeceği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide ağırlıklı görüş ve Yargıtay içtihatları, yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırılık halinde iş sözleşmesinin ileriye etkili olarak geçersiz olduğu görüşünü savunmaktayken yabancılara getirilen çalışma yasakları bakımından ise konu yabancıların çalışamayacağı iş ve meslekler ile çalışma izni alınmaksızın yapılan iş sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı incelenmektedir.

Kanaatimizce, yabancıların çalışması yasak olan bir iş ve meslekte çalışması halinde kamu düzeni ağır bir şekilde ihlal edildiğinden iş sözleşmesi baştan itibaren geçersiz kabul edilmelidir. Buna karşılık yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasakları ile yabancının çalışma izni olmaksızın çalıştığı hallerde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması İş Hukuku'nun temel amaçlarından olan işçinin korunması ilkesi ile çelişeceğinden bu hallerde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Ancak, kanaatimizce çalışma izni alınarak geçerli bir şekilde kurulmuş iş sözleşmesinde daha sonra çalışma izninin süresinin dolması iş sözleşmesini kesin hükümsüz hale getirmemelidir. Bu halde, iş sözleşmesinin çalışma izninin uzatılıp uzatılmayacağı belli olana kadar askıda kalması ve ancak çalışma izninin yenilenmeyeceğinin kesinleştiği durumda iş sözleşmesinin somut olayın özelliklerine göre geçerli yahut haklı nedenle feshedebileceğinin kabul edilmesinin işçinin korunması amacına daha uygun düşeceği inancındayız.

İşçinin yaşı, cinsiyeti yahut yabancı olması nedeniyle getirilmekle birlikte iş sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasını da engellemeyen bazı çalışma yasaklarının söz konusu olduğu hallerde işverenler çoğunlukla istediği şekilde çalıştıramadığı işçisinin iş sözleşmesini feshederek yeni bir işçi ile iş sözleşmesi yapmayı tercih etmektedir. Uygulamada en çok işçinin hamile kalması, annelik iznini kullanması yahut ücretsiz izne çıkmak istemesi halinde iş sözleşmelerinin feshedildiği görülmektedir. İşçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre kötü niyetli veya haksız fesih olarak nitelendirilecek bu tür fesihlerin aynı zamanda ayrımcılık yasağını da ihlal etmesi nedeniyle, sözleşmenin feshedilmesi halinde işçinin talep edebileceği kötü niyet tazminatı veya iş güvencesi tazminatının yanında İş K. m. 5 kapsamında öngörülen ayrımcılık tazminatını da talep edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, her iki tazminatın hukuki dayanağı birbirinden farklı olup işçinin fesihten kaynaklanan tazminatlarının yanı sıra ayrımcılık tazminatını da talep edebilmesi mümkündür.

Çalışma yasaklarına aykırı davranış nedeniyle getirilen idari yaptırımlar ise çoğunlukla idari para cezası şeklindedir. Öğretide kimi yazarlar yaş ve cinsiyet nedeniyle getirilen çalışma yasaklarına aykırılık halinde uygulanacak idari para cezalarının düzenlendiği İş K. m. 104 hükmünün, süt izninin kullandırılmaması halinde işverene herhangi bir yaptırım öngörmediği görüşündedir. Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunsa da kanaatimizce, tıpkı ücretsiz izinde olduğu gibi süt iznini kullandırmayan işverene idari para cezası verileceğinin yasa hükmünde açıkça yer alması gerekmektedir.

İşçinin çalışması yasak olan bir işte ve/veya çalışma koşulları altında çalıştırılmasının yahut sırf bu yasaklar nedeniyle işe alınmamasının iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m. 117) ya da nefret ve ayrımcılık suçunun (TCK m. 122) maddi ve manevi unsurlarını karşılaması halinde de çalışma yasaklarına aykırı hareket eden işveren veya işveren vekillerine hapis cezası veya adli para cezası yaptırımlarının uygulanması mümkündür. Suç teşkil eden bu davranışın aynı zamanda idari para cezası yaptırımına da tabi tutulması halinde ise Kabahatler Kanunu m. 15/3 hükmü uyarınca yalnızca suça ilişkin hükümler uygulanacak fiil nedeniyle ayrıca idari para cezasına hükmedilemeyecektir.

KAYNAKÇA

Adıyaman Musa, **Türk Hukukunda Çalışma Hakkı ve Korunması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2010.

Akbulut Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.

Akbulut Peerzada Rabia İlay, “Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Hakların İkincilleştirilmesinin Bir Nedeni Olarak “Aşamalı Sağlama” Kavramı”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S.1,2018, ss. 1-40.

Akyiğit Ercan, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, C.I, 3. Baskı, Seçkin, 2008.

Akyüz Emine, **Çocuk Hukuku**, PEGEM Akademi, 7. Baskı, 2020.

Alp Mustafa, “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 2, 2004, ss. 33-59.

Alp Nihat Seyhun / Korkmaz Fahrettin, **Bireysel İş Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin, 2019.

Alpar Bülent, “Göçmen İşçilere İlişkin 97 Sayılı ve 143 Sayılı ILO Sözleşmeleri ile İlgili Çalışma Mevzuatı”, **Kamu İş Dergisi**, C.6, S.1, 2000, ss. 123-141.

Antalya Osman Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1,1, 2. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019.

Arslan Ertürk Arzu “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, İstanbul, 2011, ss. 531-556.

Arslan Ertürk Arzu, “Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, **MÜHF - HAD**, C. 23, S. 1, ss. 345-369.

Arslan Ertürk Arzu, **İş Sözleşmesinde Şekil**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (Şekil)

Arslantürk Oğuzhan / Tunç Yusuf Erdem, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma İzinleri: Suriyeli Örneği”, **Ombudsman Akademik**, C.5, S.9, 2018, ss. 141-180.

Asar Aydoğan, **Yabancılar Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021/9.

Atamer Yeşim, “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan**, C. II, İstanbul, 2002, ss. 913-936. (Kadın-Erkek Eşitliği)

Atamer Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 1. Baskı, Beta, 2001. (Genel İşlem Şartları)

Ateş Derya , **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2006.

Ateş Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **TBB Dergisi**, S.72, 2007, ss.75-93.

Ateş Merve, **Türk Hukukunda Hastalık ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri**, Beta, 2011.

Ayan Hasan Alparslan, **İş Hukukunda Yabancıların Çalıştırılması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Aybay Rona,” Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri” , **TBB Dergisi**, S.70, 2007, s. 207, ss.187-213.

Aydın Ufuk, “İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi” , **Eskişehir Barosu Dergisi**, S.9, 2006, ss. 12-25.

Aykaç Hande Bahar, “Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”, **TBB Dergisi**, S. 116, 2016, ss. 335-386.

Babayiğit Ziya Kürşat, **İşgücü Göçü Yönetimi: Türkiye’de Ve Avrupa Birliği’nde Göçmen İşgücü Politikaları**, Uzmanlık Tezi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Ankara, 2014.

Bağçeci Hamide, “Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.14, S.153, 2019, ss. 965-984.

Bakırcı Kadriye, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 8, 2007, ss. 22-40.

Bakırcı Kadriye, “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yayın No: 595, 2007, ss. 101-134. (Çocuk ve Genç İşçiler)

Bakırcı Kadriye, **Uluslararası Hukuk, AB, ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2012. (Cinsiyet Ayrımcılığı)

Bakırcı Kadriye, **Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocukların Korunması**, Beta, İstanbul, 2004. (Çocukların Korunması)

Balkır Zehra Gönül, “Cinsiyet Ayrımcılığı Temelinde İşyerinde Cinsel Taciz”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1 , S.1 ,2015, ss. 14-36.

Baran Çelik Neşe, “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, Özel Sayı, 2015, ss. 67-148.

Başbuğ Şeyma, “Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Karşılaştıkları Çalışma Sorununa İlişkin Bir İnceleme”, **İş ve Hayat**, C.3, S. 6, 2017, ss. 137-154.

Başkan Esra, “Analık Halinin Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları”, **İKÜHFD**, C.15, S.1,2016, ss. 687-719.

Başterzi Süleyman, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi “İşçinin Haklı Menfaati””, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, 2013, ss. 423-449.

Baştürk Fatih, “Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku”, **Hukuk ve Adalet**, 2004, ss. 236-261.

Battal Ahmet, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu Bildiriler–Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2001, ss. 43-88.

Baycık Gaye, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 1-355.

Bayındır Sinan, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, ss. 157-195.

Bayraktar Köksal, “Çalışma Özgürlüğünü Engelleme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, 2014, ss. 1021-1050. (TCK m. 117)

Bayraktar Köksal, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1, 2016, ss. 55-81.

Bayram Fuat, “AB İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, **Legal İHSGHD**, S.13, 2007, ss. 51-96.

Bilgin Ahmet Burak, “AİHS ve Diğer Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri”, **MÜHF - HAD**, C.22, S.1, 2016, ss. 131-156.

Birtane Şermin, “Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi”, **Anayasa Yargısı**, C. 38, S.2, 2021, ss. 57-97.

Bolcan Aybike Elif, “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/1, ss. 253-276.

Bozkurt Gümrükçüoğlu Yeliz, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 15, Özel S., 2013, ss. 481-545.

Can Sibel, “İdari Para Cezası”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 7, S. 29, 2017, ss. 407-430.

Caniklioğlu Nurşen / Canbolat Talat, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, **Kamu-İş Dergisi**, C. 7, S. 3, 2004, ss. 1-57.

Caniklioğlu Nurşen, “Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği”, **Emeğin Kurultayı 2**, Ankara, 2016, ss. 115-151.

Caniklioğlu Nurşen, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi”, **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, 2011.

Centel Tankut, “182 Sayılı ILO Sözleşmesi’nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi” **TÜHİS**, 2002, ss. 10-17. (ILO Sözleşmesi)

Centel Tankut, “6663 sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler –Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 35, 2016, ss. 9-16. (Analık Hali)

Centel Tankut, ”Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C.4 S.15,İstanbul, 2009, ss.5-10. (Pozitif Ayrımcılık)

Centel Tankut, **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul, 1982. (İş Güvenliği)

Cin Mustafa, “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Özgürlüğü”, **Mevzuat Dergisi**, C.8, S. 88, 2005. (Türk Soylu)

<https://www.mevzuatdergisi.com/2005/04a/06.htm> (Son erişim tarihi, 04.05.2023)

Cin Mustafa, **Yabancıların Türkiyede Çalışma Özgürlüğü ve Sınırı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004. (Yabancılar)

Civan Orhan Ersun / Gökalp Arzu, “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, ss. 233-263. (Göçmen İşçi)

Civan Orhan Ersun, “Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Kısmi Geçersizlik”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, Ankara, 2017, ss. 213-247. (Kısmi Geçersizlik).

Civan Orhan Ersun, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/4, ss. 205-290. (İş Sağlığı ve Güvenliği)

Çalışkan Aslı, **İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Çelik Nuri / Caniklioğlu Nurşen / Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 35. Bası, Beta, İstanbul, 2022.

Çelikel Aysel / Gelgel Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Yenilenmiş 24. Bası, Beta, Aralık, 2018.

Çetin Evra, **İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Çiçek Gökçe Serim, **Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2020.

Çiçekli Bülent, **Yabancılar ve Mülteci Hukuku (6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş)**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016/4.

Çolak Haluk / Altun Uğurtan, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, **TBB Dergisi**, S. 69, 2007, ss. 241-337.

Çopuroğlu Çağlar, “Süt İzni Üzerine Düşünceler”, **Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Ocak, 2016, ss. 97-106.

Demir Fevzi, “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2014, ss. 131-156. (Çalışma Hakkı)

Demir Fevzi, “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, C. 12, Özel Sayı 2010,2012, ss. 547-577.(Çocuklar)

Demir Fevzi, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 41, 2014, ss. 15-25. (Eşit İşlem)

Demir Fevzi, “Tarihsel Süreç İçerisinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.21, S. 4, 2008, ss. 8-24. (Kadınlar)

Demir Kübra, **İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Demirbilek Sevdâ, “Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açıdan İncelenmesi”, **Finans Politik &Ekonomik Yorumlar**, C.44, S. 511, 2007, ss. 12-26.

Demirci Kıvanç, “Tüm Göçmen İşçilerin Ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme Ve Türkiye’nin Mevzuat Bakımından Sözleşmeye Uyumu”, **Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü E-Dergi**, C.2, S.2, 2019, ss.6-16.

Diliüz Banu, **İş Hukuku Yaptırımları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Dinç Meryem, “Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler”, **Kamu-İş**, C.6, S.3, 2002, ss. 89-106.

Doğan Yenisey Kübra, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. 4, S. 11, 2006, ss. 63-81. (Eşitlik İlkesi)

Doğan Yenisey Kübra, “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. I, İstanbul, 2011, ss. 33-82. (Sosyal Kamu Düzeni)

Dönmez Kara Canan Öykü, “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı: Suriyelilerin İşgücü Piyasasındaki Durumu”, **Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 2, S.2, 2016, ss. 151-174.

Ekmekçi Ömer, “4857 Sayılı İş Kanununda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar”, **Çimento İşveren**, C.20, S.1, 2006, ss. 48-55.

Ekonomi Münir, “Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, , S. 47, 2015, ss. 21-48.

Elbir Halid Kemal, **İş Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 65.

Elçin Doğa, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi İle Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik Ve Farklılıklar”, **TBB Dergisi**, S. 124, 2016, ss.9-80.

Engin Enver Murat, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakların Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu” , **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1, ss. 233-249. (Mali Kaynaklar)

Engin Murat, “Gençlerin İş Güvenliği”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.8, S.5, 1994, ss. 3-23. (İş Güvenliği)

Er Selami, “Yabancıların Çalışma İzinleri ve Ön İzin Müessesesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.4, 2014, ss. 176-221.

Erdem Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Beta, 7. Baskı, İstanbul, 2018.

Erdoğan Seval, **Çalışma Kavramının Anlam Oluşumu ve Gelişimi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2013.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Ergin Hediye, “Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C.4, S.16,2007, ss.1357-1402.

Ergül Ergin, “Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukunda Yabancı Kavramı ve Türleri”, **Türk İdare Dergisi**, S. 475, Aralık, 2012, ss. 213-228.

Ergüven Nasih Sarp / Özturanlı Beyza, “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 4, 2013, ss.1007-1061.

Erikli Süheyla, “Çalışma Yaşamında Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığının Görünümü”, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C.2, S.1, 2020, ss. 39-60.

Erken Baki, “Anayasal Çerçeve Türkiye’de Çalışma Hakkı”, **Çalışma Dünyası Dergisi**, C. 1, S.2, 2013, ss. 66-84.

Erken Baki, **Türkiye’de Yabancıların Çalışması**, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, 2018. (Yabancılar)

Ersoy Uğur, “Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.12, S. 34, 2017, ss. 7-56.

Erten Rifat, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19, S. 1, 2015, ss. 3-52.

Erturan Muhammet, **Avrupa Sosyal Şartı Işığında Türkiye’de Çalışma Hakkı ve Sınırları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 178.

Ertürk Şükran / Gürsel İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. I, İstanbul, 2011, ss. 425-459.

Ertürk Şükran, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, İzmir, 2008.

Esen B. N., **İş Hukuku**, Ankara, 1944.

Esener Turhan, **İş Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1978.

Eyrenci Öner/ Taşkent Savaş/ Ulucan Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Ganiyeva Salimya, “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hakkı ve Uygulamada Karşılaştıkları Sorunlar”, **TBB Dergisi**, S.139, 2018, ss. 257-285.

Geçim Derya, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma Hakkı**, Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2021.

Gökçek Karaca Nuray, “Göçmen İşçilerin Haklarının Korunması”, **Çimento İşveren**, C.19, S.1, 2005, ss. 18-27.

Gökçeoğlu Balcı Şebnem, “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2017/3, ss. 1263-1298.

Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 27. Basım, 2023 .

Gülmez Mesut, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na Uyum Sağlayabilecek miyiz?”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2007/1, ss. 27-52.

Gülmez Mesut, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/2, ss. 217-265.

Gümüşlü Tunçağıl Gülce, “Yabancıların Türkiye’de Eğitim Hizmetinde Çalışması”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S. 1, 2019, ss. 68-109.

Güneş Başak / Mutlay Faruk Barış, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C.3, S.30, 2011, ss. 231-288.

Gürcan Nurettin, “Türk İş Yaşamında Kadın Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık Üzerine Kavramsal Bir Tartışma: Dikey Ayrışma”, **Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi**, S. 5(1), 2022, ss.133-158.

Gürsel İlke, “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, ss. 415-464.

Heper Hande, **İş İlişkisinde İşçinin İradesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.

Heper Mehmet Altan, **Avrupa İş Hukuku ve Türkiye**, Beta, 1997.

İnan Ali Naim, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 1968.

İzmirlioğlu Ayça, “Türk Çalışma Mevzuatı Bakımından Uluslararası Koruma ve Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancı Çocuk İşçilerin Durumuna Genel Bir Bakış”, **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2018, s. 29, ss. 15-58.

Kahraman Recep, “Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Ayrımcılık Suçuna Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.27, S. 1, 2021, ss. 216-238.

Kalaycı Ölçüm Merve Buse, **Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Kandemir Murat / Yardımcıoğlu Didem, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 30-31, 2015, ss. 1-44.

Karagözler Meriç, **Bir Temel Hak Olarak Çalışma Hakkı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Karan Ulaş, “ Türk Hukuku’nda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **TBB Dergisi**, S. 73, 2007, ss. 146-173.

Karan Ulaş, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu, 2009.

Kavas Çağlar / Develi Abdulkadir, “Türkiye’de Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların Kayıtdışı İstihdam Üzerindeki Etkisi”, **Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi**, C.4, S.1, 2020, ss. 4-23.

Kavlak Bengül, “Uluslararası İşgücü Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: Turkuaz Kart”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S.2, 2019, ss. 337-362.

Kaya Cansu, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S. 5, 2017, ss. 57-77.

Kaya Ceren, “Geçici Koruma Statüsü Sahibi Yabancıların Çalışma Hakları”, **Middle East Journal of Refugee Studies**, C. 4, S. 2, 2019, ss. 33-55.

Kaya Pir Ali / Ertuğrul Yılmaz İşin Ulaş, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, **Sosyal Siyaset Konferansları**, S.70, 2017, ss. 55-80.

Kaya Talat, “Yabancıların Çalışma İzni Muafiyetlerine Dair Bir Değerlendirme”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.12, S. 47, 2021, ss. 215-246.

Kaya Tuğçe, **Çalışma Hakkına Erişimde Yabancı- Vatandaş Temelli Ayrımcılık**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2022.

Kayıhan Şaban / Ünlütepe Mustafa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Kılıç Aslı, **İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, Legal Yayınları, İstanbul, 2019.

Kılıç Şebnem, **Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

Kılıçkaya Zeynep, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2016, ss. 127-165.

Kılıçoğlu Mustafa, “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/Kilicoglu_CalismHakki.pdf (Son erişim tarihi, 05.09.2022)

Kocasakal Ümit, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK 122)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 10, S. 28, 2015, ss. 7-40.

Korkusuz M. Refik / Korkusuz Tuba Nur, “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Almayan İşverenlerin İdari Sorumluluğu”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2016, ss. 200-225.

Köseoğlu Ali Cengiz / Kaya Ayça, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması” **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 29, 2011, ss. 4-40.

Köseoğlu Ali Cengiz, “Türk İş Hukukunda Analık”, **İş ve Hayat Dergisi**, S.4, 2017, ss. 97-124.

Küçükyalçın Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 4, 2004, ss. 101-124.

Laçiner Hediye, “Yabancı Öğretim Elemanının Çalışma İzninin İş Sözleşmesinin Belirli Süreli Yapılmasına Etkisi”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.20, S.6, 2006, ss. 32-47.

Manav Özdemir Eda, “ İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Beta, İstanbul, 2017, ss. 123-177.

Mavunga Rufaro Audrey , “A Critical Assessment of The Minimum Age Convention 138 of 1973 and The Worst Forms of Child Labour Convention 182 of 1999”, **Potchefstroom Electronic Law Journal**, C: 16, S:5, Aralık, 2013, ss. 122-168.

Memiş Pınar, “Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009/2, ss. 69-82.

Mollamahmutoğlu Hamdi / Astarlı Muhittin / Baysal Ulaş, **İş Hukuku**, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion, Ankara, 2022.

Mülayim Baki Oğuz, “İş Hukukunda Kadın İşçilerin Gece Çalışması”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S. 1, 2017, ss. 103-132.

Narmanlıoğlu Ünal, “İş Hukukunda Çocukların Korunması,” **Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 669-682.

Nazlı Seçkin, **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, 1. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2015.

Ocak Saim, “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 37, Temmuz ,2017, ss. 52-101. (Kısmi Süreli Çalışma)

Ocak Saim, “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, **İş ve Hayat Dergisi**, S. 5, 2017, ss. 174-227. (Ücretsiz İzin)

Odaman Serkan, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 25, 2010, ss.32-40.

Oğuzman M. Kemal /Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Okur Zeki, “İş Hukukunda Gece Çalışması” , **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.1, 2010, ss. 511-569.

Orhaner Baki, **Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları**, Ankara, 1966.

Ören Kenan / Yüksel Hasan, “Geçmişten Günümüze Çalışma Hayatı”, **HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi**, C. 1, Y. 1, S. 1, 2012, ss. 34-59.

Özdemir Burhan, “Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 16, 2009, ss. 100-109.

Özel Kayhan, “Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, ss. 325-330.

Özkaraca Ercüment / Ünal Canan, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C: 20, S:1, Özel Sayı 2014, ss. 355-410.

Öztürk Mehmet Onat, **Türk Ceza Kanunu’nda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu**, Legal Yayınları, 2006.

Öztürk Nurten, **Nefret ve Ayrımcılık Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 96-97.

Parlaktuna İnci, “Türkiye’de Cinsiyete Dayalı Mesleki Ayrımcılığın Analizi”, **Ege Akademik Bakış**, C.10, S. 4, 2010, ss. 1217-1230.

Saatcıoğlu Onur Can, “Türk Soylu Yabancıların Çalışma Haklarına İlişkin Ayrıcalıklı Sisteme Yeniden Bakış: Amaç ve Konu Yönünden Değişim Sorunu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.70, S. 4, 2021, ss. 1083-1130.

Sağlam Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

Samsun Nihal, “Çalışmanın Değişen Anlamı ve Güncel Durumuna İlişkin Tartışmalar”, **Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi**, C.3, S.3, 2017, ss. 160-210.

Saraç Coşkun, “Analık Halinde Çalıştırma Yasağı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta, 2011, ss. 1881-1894.

Sargın Fügen, “Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye’ye Giriş, Türkiye’de İkamet Etme Ve Çalışma Hakları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C.17, S.1-2, 2011, ss. 317-354.

Savur Elçin, **Türk Yabancılar Hukuku Çerçevesinde Yabancıların Çalışma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlamalar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

Saymen F. Hakkı, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, 1954.

Seçer Öz, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, **Legal İHSGHD**, S.28, 2010, ss. 1425-1452.

Senyen Kaplan E. Tuncay, “İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, ss. 709-722.

Sevimli Ahmet, “İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.17, S. 2, 2003, ss. 11-26.

Soyer Polat, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, 2008, ss. 149-167.

Soysal Tamer, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, **Kamu-İş**, C.8, S.4, 2006, ss. 89-138.

Sözer Ali Nazım, “Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları”, **Adalet Dergisi**, C. 73, S.6, 1982, ss. 1049-1072.

Sur Melda, “Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri” , **Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı’ya Armağan**, 2015, ss. 501-524.

Sümer Haluk Hadi, **İş Hukuku Uygulamaları**, Seçkin, 7. Baskı, 2019.

Sümer N. Binnur, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1997.

Süral Nurhan, Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss. 279-310.

Süzek Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.20, S.1, 2014, ss. 123-141 (Geçersizlik).

Süzek Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

Şahin Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.59, S.4, 2010, ss. 711-766.

Şahin Emir Asiye, “Türkiye’de Geçici Koruma Statüsünde Olan Kişilerin Çalışma Hakkı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.23, Özel Sayı, 2021, ss. 23-42. (Geçici Koruma)

Şahin Emir Asiye, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık**, Adalet Yayınları, 2019. (Analık)

Şahlanan Fevzi, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, C.1, S. 1, 2006, ss. 5-15.

Şahlanan Fevzi, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri İçin Düzenlenmesine İlişkin Genel Görüşme, **Yargıtay’ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2016, ss. 93-94.

Şen Murat, “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C.20, S. 1, 2014, ss. 143-162.

Talas Cahit, “Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 46, S. 1, 2015, ss. 407-421.

Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Tanör Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978.

Tanrıbilir Feriha Bilge, **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Taşkent Savaş / Kurt Dilek, “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 40, 2014/1, ss. 29-50.

Tiryakioğlu Bilgin, “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.46, S. 1, 1997, ss. 67-84.

Tolu Hazal, **İş Sözleşmesinin Haksız Feshi**, Beta, İstanbul, 2017.

Tosun Zelal Narçin, “İş Sözleşmelerinde Şekil Şartı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 107, Temmuz, 2015, ss. 14-26.

Tuğ Adnan / Baysal Ulaş, “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. II, 2011, ss. 1869-1880.

Tuncay Aziz Can, “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. I, İstanbul, 2011, ss. 725-770.

Tunçomağ Kenan “1982 Anayasasının İş Hukukuna İlişkin Esaslarına Genel Bakış”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 58, S. 1-3, 1984. (1982 Anayasası)

Tunçomağ Kenan, “Çalışma Hayatında Çocuk ve Gençler”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, Prof. Dr. Orhan Tuna’ya Armağan, S. 31, 1982, ss. 71-83. (Çocuk ve Gençler)

Tunçomağ Kenan, “İş Kanunu ve Buna Dayanılarak Çıkarılmış Tüzüklerin Kadın İşçileri İlgilendiren Hükümleri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.5, S.4, 1970, ss. 772-790. (Kadın İşçiler)

Türk Canan Bayram, **Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri ve Uygulama Sorunları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Tütüncübaşı Uğur, “Türk Vatandaşlığından Çıkma Ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S. 2, 2011, ss. 153-194.

Ulucan Devrim, “Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi”, **Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan Cilt 2**, İÜ Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1982, ss. 183-198. (Çalışma Hakkı)

Ulucan Devrim, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel S., 2013, ss. 369-383. (Eşitlik İlkesi)

Ulusoy Tülay, “Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2017/2, ss. 741-766.

Urhanoglu Cengiz İhtar, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, **TBB Dergisi**, S: 98, 2012, ss. 203-230. (Çocuklar)

Urhanoglu Cengiz İştar, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş**, C. 10, S.4, 2009, ss. 21-53. (Analık)

Urhanoglu Cengiz İştar, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. 4, S.19, 2008, ss. 187-211. (Yabancılar)

Urhanoglu İştar, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih İle Sona Ermesi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2022, ss. 85-121.

Ünal Canan, “Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözömsüzlüğü”, **Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler**, Petrol İş Yayını, 2014, ss. 289-305.

Ünal Canan, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Yalçintaş Didem, Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kùltür Ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Yaşar Mert, “Sanat, Kùltür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı İle İlgili Görüşler”, [http://www.academia.edu/27530917/ Sanat Kùltür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı Hakkında Görüşler](http://www.academia.edu/27530917/Sanat_Kùltür_ve_Reklam_Faaliyetlerinde_Çocukların_Çalıştırılma_Usul_ve_Esasları_Hakkında_Yönetmelik_Taslağı_Hakkında_Görüşler) (son erişim tarihi, 05.09.2022).

Yavuz Kübra, **Gece Çalışmasında İş Sağlığı ve Güvenliği**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 2015.

Yener Keskin Cansu, “Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü ile Çalışma Hakkı Bağlamında Şartlı Mùlteciler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.25, S. 1, 2019, ss. 388-433.

Yıldız Ayselin / İzmirlioğlu Ayça, “Türkiye’de Yaşayan Uluslararası Koruma Ve Geçici Koruma Statüsündeki Yabancıların Çalışma İzni, İş Sözleşmeleri, Diploma Denklik ve Meslek İcrasına İlişkin Durumlarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Dergisi**, C.71, S.1, 2022, ss. 25-63.

Yıldız Gaye Burcu, “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C.2, S. 57, 2018, ss. 733-748.

Yıldız Muhammed Enes, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısında Kadınlar ve Gençler”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Dergisi**, C.10, S.2, 2022, ss. 639-655.

Yıldız Özge, **Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Yabancı İşçi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Yiğit Yusuf / Topkaya Selda, “Türk İş Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler”, **HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi**, C.6, Y.6, S. 14, 2017/1, ss. 47-67.

Yuvalı Ertuğrul, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçilerle İlgili Hükümlerine Genel Bakış”, **TBB Dergisi**, S. 106, 2013, ss. 93-114.

Zevkliler Aydın / Gökyayla K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

www.legalbank.net

www.kazanci.com

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>