



T.C. YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN
TÜRKİYE'DE ÇALIŞMA HAKKI ve SINIRLAMALARI**

OSMAN FARUK KÜDÜR

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. FEVZİ DEMİR

YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SUNUM TARİHİ: 26/08/2020

BORNOVA/İZMİR

09/2020

JÜRİ ONAY SAYFASI

Jüri üyeleri olarak bu tezi okuduğumuzu, kapsam ve kalite bakımından Yüksek Lisans Yeterlilik tezi olarak uygunluğunu onaylıyoruz.

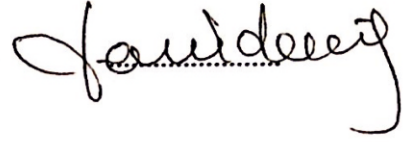
Jüri Üyeleri:

Dr. Öğr. Üyesi./Prof. Dr.Fevzi Demir
Yaşar Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi /Doç. Dr. Oğuz Şimşek
Dokuz Eylül Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi/Dr.Bahar Konuk Sommer
Yaşar Üniversitesi

İmza:



ÖZ

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN TÜRKİYE'DE ÇALIŞMA HAKKI ve SINIRLAMALARI

Osman Faruk Küdür

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Danışman: Prof. Dr. Fevzi Demir

2020

Türk devletinin ilk anayasası olan 1921 Teşkilat-ı Esasiye’de temel hak ve hürriyetler yer almazken, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin ilk anayasası olan 1924 Anayasası’nda sözleşme yapma ve çalışma hakkından bahsedilmiştir. Türkiye’de, anayasal olarak çalışma hakkı ile ilgili ayrıntılı düzenleme 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almıştır. Bu tezde 1982 Anayasası’nda yer alan çalışma hakkı ve ödevini açıklamaya çalıştım. Çalışma hakkını, unsurlarına ayırarak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla örneklendirerek açıkladım. Çalışma hakkının sınırlamalarından ve özel olarak korunması gereken kişilerden bahsettim. Çalışma hakkının sonucu olarak ortaya çıkan diğer birçok hakkı belirttim. Çalışma hakkı ile çalışma özgürlüğü arasındaki ilişkiyi ve farklılıkları açıkladım. Çalışma hakkının ihlali konusunda ülkemiz Anayasa Mahkemesi’nin tutumunu anlattım. Sonrasında Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ve iç mevzuat uyarınca çocuk ve genç çalışanlara yönelik sınırlamaları, yabancılara yönelik sınırlamaları açıkladım. Çalışanlara ilişkin olarak gece çalıştırma yasağını, yer ve su altında çalıştırma yasağını, analık halinde çalışma ve süt iznini açıkladım. Yabancıların çalışma hakkına ilişkin olarak 111 Sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi (İLO), Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme ‘de yer alan bazı hükümleri belirttim. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu uyarınca yabancıların çalışma izni sürecini ve türlerini açıkladım. Ülkemizde Türk soylu yabancıların çalışma hakkını ve Türk vatandaşlarına hasredilen işlerde çalışmalarını için gereken şartları belirttim. Göçmen ve mülteci kavramı arasındaki farkı belirttim. Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca kimlerin mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü ve geçici koruma statüsü sahibi olabileceğini açıkladım. Ülkemizde, Suriye’den gelip koruma talebinde bulunan kişiler gibi, kendilerine Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca geçici koruma sağlanan kişilerin çalışma hakkını ve çalışma yaşamına girmelerine yönelik sınırlamayı belirttim. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda yer alan, ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağını Danıştay içtihatlarıyla beraber açıkladım. Sonuç olarak bu tez; ülkemizde çalışma hakkının daha çok sağlanmasına ve geliştirilmesine hizmet edecektir.

ABSTRACT

RIGHT TO WORK and ITS LIMITATIONS IN TURKEY IN TERMS OF INTERNATIONAL AGREEMENTS

Osman Faruk Kdr

Msc, Public Law MA with Thesis Program

Advisor: Prof. Dr. Fevzi Demir

2020

Although the Constitution of 1921, which was the first constitution of the Turkish State (namely, Teşkilat-ı Esasiye), did not include any provisions on fundamental rights and freedoms, the Constitution of 1924, which was the first constitution of the Republic of Turkey, covered the freedom of contract and the right to work. Later on, detailed provisions on the right to work came in with the Constitutions of 1961 and 1982. In the present dissertation, I aimed at unraveling the relevant provisions of the Constitution of 1982 on the right to work and the obligations brought about by the use of this right. I explored the right to work by dividing it into certain components and giving examples from among the verdicts of the European Court of Human Rights. I then went onto mentioning the limitations of the right to work as well as the people to be specially protected. I also elaborated on many other rights occurring as a result of the right to work. I explained the relation and differences between the right to work and the freedom of work. Furthermore, I dwelled upon the attitude of the Constitutional Court of Turkey against the cases of violation of the said right. I further covered the limitations imposed on child and young workers and foreigners in accordance with the Conventions to which Turkey is a party as well as the domestic legislation. Then, I explained the prohibition of night work and underground and underwater work for workers as well as maternal benefits, including breastfeeding leave. As to the right to work for foreigners, I singled out some provisions from the ILO Convention no.111 Concerning Discrimination, European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, and 1951 Convention Relating to the Status of Refugees. I also provided explanation on the procedures and types of work permits for foreigners in accordance with the Law no. 6735 on International Labor Force. I further dwelled upon the right to work for foreigners of Turkic origin in Turkey as well as the requirements they need to meet in order to work in jobs allocated for Turkish citizens. I provided an explanation on the differences between the concepts of ‘migrant’ and ‘refugee’. I also covered who could be considered refugees or conditional refugees and who could hold secondary protection or temporary protection status in accordance with the Law no. 6458 on Foreigners and International Protection as well as the Conventions to which Turkey is a party.

Moreover, I elaborated on the right to work and limitations to move into work life for people who hold temporary protection status in accordance with the Turkish Temporary Protection Regulation, including Syrians who have been seeking shelter in Turkey. Lastly, I covered the prohibition of getting engaged in commercial and other income generating activities governed in Law no. 657 on Civil Servants by giving examples from the case law of the Council of State. In conclusion, this dissertation will ultimately serve the purpose of ensuring and enhancing the right to work in Turkey.



TEŐEKKÖR

Tez alıőmasının planlanmasında, yazılmasında, yűrűtűlmesinde ve tamamlanmasında ilgi ve desteęini esirgemeyen, engin bilgi birikimi ve tecrűbelerinden yararlandıęım, alıőmamı bilimsel temeller ışıkında űkillendiren, sayın hocam Prof. Dr. Fevzi Demir'e teőekkűrlerimi sunarım.

Osman Faruk Kűdűr
İzmir, 2020



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunmuş olduğum “Uluslararası Sözleşmeler Bakımından Türkiye’de Çalışma Hakkı ve Sınırlamaları” adlı çalışmanın, araştırma aşamasından tamamlanmasına kadar olan tüm süreçte, tarafımdan bilimsel ahlak, gelenek ve temellere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla doğrularım.

Osman Faruk Küdür

.../09/2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
TEŞEKKÜR	v
YEMİN METNİ	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTIMA LİSTESİ	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM ÇALIŞMA HAKKI

ŞI.KAVRAM	5
II.TANIMI	15
III.UNSURLARI	18
A.KULLANIMININ KİŞİNİN İSTEĞİNE BAĞLI OLMASI	18
B.HERKESE TANINMIŞ BİR HAK OLMASI	20
1)İşçi	22
2)Çıracak	23
3)Memur ve Sözleşmeli Personel	24
4) Örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	25
C.ASGARİ ŞARTLARININ DEVLET TARAFINDAN BELİRLENMESİ	29
1)İş Kanunu Bakımından	30
2)Borçlar Kanunu Bakımından	32
3) Örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	33
D.İNSAN ONURUNA UYGUN GELİR KARŞILIĞI OLMASI	37
IV.KAPSAMI	39
A.İŞ SÖZLEŞMESİ'NDE İŞÇİ ve İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	40
B.İŞ GÜVENCESİ HAKKI	41
C.ARA DİNLENMESİ HAKKI	46
D.ÜCRET ALMA HAKKI	47
E.YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI	47

F.ÇALIŞMA HAKKININ İHLALİ KONUSUNDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TUTUMU	49
V.ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ İLE ÇALIŞMA HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ	57
A.ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NİTELİĞİ	58
B.ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI	59
C.ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ ve ÇALIŞMA HAKKI İLİŞKİSİ	60
1)İş İlişkisinin Temeli: Sözleşme Özgürlüğü	60
2)Özgürlüğün Çalışma Hakkına Dönüşmesi	62

İKİNCİ BÖLÜM

ÇALIŞMA HAKKINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

ŞI.ÇOCUK ve GENÇLERİN ÇALIŞMA HAKKINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR	66
A. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN SINIRLAMALAR	67
1)Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Yer Alan Sınırlama	67
2)59 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'nde Yer Alan Sınırlama(ILO)	68
3)138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'nde Yer Alan Sınırlama(ILO)	68
4)Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi'nde Yer Alan Sınırlama	71
B.UMUMUİ HIFZISSIHHA KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMALAR	72
C.İLKÖĞRETİM ve EĞİTİM KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMA	73
D.İŞ KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMALAR	74
E.ÇOCUK ve GENÇ İŞÇİLERİN ÇALIŞTIRILMA USUL ve ESASLARI HAKKINDA YÖNETMELİK'DE YER ALAN SINIRLAMALAR	76
F.POLİS VAZİFE ve SELAHİYET KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMALAR	78
II.ÇALIŞANLARA İLİŞKİN SINIRLAMALAR	79
A.TARAFI OLDUĞUMUZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN SINIRLAMALAR	79
1)İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde Yer Alan Sınırlama	79
2)Avrupa Sosyal Şartı'nda Yer Alan Sınırlamalar	80

3)Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de	
Yer Alan Sınırlama	80
B.GECE ÇALIŞTIRMA YASAĞI	81
C.YER ve SU ALTINDA ÇALIŞTIRMA YASAĞI	83
D.ANALIK HALİNDE ÇALIŞMA ve SÜT İZİNİ	84
E.İŞÇİNİN ÇALIŞMA SÜRESİ	86
III.YABANCILARIN ÇALIŞMA HAKKINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR	88
A.TARAFI OLDUĞUMUZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE GÖRE	
YABANCILARIN ÇALIŞMA HAKKI	92
1)İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	92
2)111 Sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi (İLO)	92
3)Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi	92
4)Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının	
Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme	93
5)Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme	94
B.ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU’NDA YER ALAN	
SINIRLAMALAR	95
1)Sürelili Çalışma İzni	97
2)Süresiz Çalışma İzni	99
3)Bağımsız Çalışma İzni	101
4)Çalışma İzni Verilecek İstisnai Olarak Sayılan Kişiler	102
5)Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Çalışma İzni	103
6)Uluslararası Koruma Sahibi ve Geçici Korunan Kişilerin Çalışma İzni	104
7)Ön İzin Alınması Gereken Haller	104
8)Çalışma İzni Almasına Gerek Olmayan Yabancılar	105
a)6735 sayılı UİK Kapsamı Dışında Kalan Yabancılar	105
b)UİK ve İlgili Yönetmelik’de Çalışma İzninden Muaf Tutulduğu	
Belirtilen Yabancılar	106
9)Çalışma İzni Başvurusu ve Çalışma İzni Süresinin Uzatılması Talebinin	
Değerlendirilmesi	108
10)Çalışma İzninin Mahiyeti	108
11)Çalışma İzni Başvurusunun Reddi	109
C.ÖZEL KANUNLARDA YABANCILAR İÇİN YER ALAN	
SINIRLAMALAR	110

1)Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da Yer Alan Sınırlamalar	112
2)Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'da Yer Alan Sınırlama	113
3)Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odaların Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'da Yer Alan Sınırlama	114
4)Hususi Hastaneler Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	114
5)Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun'da Yer Alan Sınırlama	115
6)Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	115
7)Avukatlık Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	116
8)Noterlik Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	116
9)Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	116
10)Gümrük Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	117
11)Devlet Memurları Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	117
12)Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcraı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun'da Yer Alan Sınırlama	117
13)Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	118
14)Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	119
15)Maden Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	119
16)Gözlükçülük Hakkında Kanun'da Yer Alan Sınırlama	120
17)Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'de Yer Alan Sınırlama	120
18)Turizmi Teşvik Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama	121
19)Mühendis ve Mimarlar İlişkin Düzenleme	121
D.TÜRK SOYLU YABANCILARIN ÇALIŞMA HAKKI	122
E.GEÇİCİ KORUMA KAPSAMINDA TÜRKİYE'DE BULUNANLARIN ÇALIŞMA HAKKI	126
1)Göçmen, Mülteci ve Geçici Koruma Kavramı	126
2)Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler	127

a)Türkiye’de Kabul Edilen Mülteci, Şartlı Mülteci, İkincil Koruma, Geçici Korunan Statüsü	127
b)Suriye’den Gelenlerin Durumu ve Uygulamada Şartlı Mülteci Statüsü Verilmemesi	129
3)Geçici Koruma Yönetmeliği’nde Yer Alan Düzenlemeler	131
4)Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik’de Yer Alan Düzenlemeler	133
IV.MEMURLAR ve DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR	134
A.DEVLET MEMURLARI KANUNU’NDA YER ALAN SINIRLAMALAR	136
B.657 sayılı DMK’NA TABİ OLARAK ÇALIŞAN DOKTORLARA İLİŞKİN SINIRLAMALAR	139
C.VETERİNERLERE İLİŞKİN SINIRLAMALAR	140
D.KİMYAGER ve KİMYA MÜHENDİSLERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR	140
E.MEMUR STATÜSÜNDEKİ ÖĞRETMENLERİN ÖZEL KURSLARDA ÇALIŞMASINA İLİŞKİN SINIRLAMA	140
F.MÜHENDİS ve MİMARLARIN ÖZEL OLARAK ÇALIŞMASINA İLİŞKİN SINIRLAMA	141
SONUÇ	141
KAYNAKÇA	160

KISALTMA LİSTESİ

AIHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM: Anayasa Mahkemesi

ÇGİÇY: Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

GKSYÇİDY: Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik

KİGPÇKY: Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik

KKTC: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

m: madde

ör.: örneğin

TBK: Türk Borçlar Kanunu

T.C: Türkiye Cumhuriyeti

ÜİK: 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu

YÇİZHK: 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun

YUKK: 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

138 numaralı Sözleşme: 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi

182 numaralı Sözleşme: 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi

1219 sayılı Kanun: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

1951 tarihli Sözleşme: Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme

1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi: Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme

1967 tarihli Protokol: Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol

2527 sayılı Kanun: Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun

3308 sayılı Kanun: Mesleki Eğitim Kanunu

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN TÜRKİYE’DE ÇALIŞMA HAKKI ve SINIRLAMALARI

GİRİŞ

Tarih içinde çalışma süreci, ilkel insan topluluklarında görülen toplayıcılıktan, üretmeyi öğrenen ayrıca pazar için mal ve hizmet üreten kapitalist anlayışa varan bir değişim göstermiştir. Bu süreçte kölelik dönemi, feodal dönem ve kendi içinde zamanla farklılaşma gösterse de halen var olan kapitalist dönem yaşanmıştır. İlk önce satın alınıp köle olarak çalıştırılan insanlar olmuştur. Sonrasında feodal sistemde köylerde toprağı belli bir ücret karşılığında işleyen kişiler bulunmaktayken, bu çalışan sınıf kapitalizmle gelen sanayileşmeyle birlikte çalışmak için kentlere göç etmiştir. Kapitalist sistem, ücretle çalışacak insanların varlığına bağlıdır. Bu bağlılık üretim araçların mülkiyetini elinde bulunduran kesim karşısında işçi sınıfının oluşmasına sebep olmuştur. İş ve çalışma kavramları ise, Avrupa’da sanayi ve ticaretin gelişmesiyle birlikte bu faaliyetlerin istikrarlı şekilde sürdürülebilmesi amacıyla yönelik olarak ortaya çıkmıştır.¹

Çalışma hakkının, pozitif hukuka ilk kez 1789 Fransız Devrimi’ni izleyen yıllarda kabul edilen 1791 Fransız Anayasası ile girdiğini söylemek mümkündür. Sosyal ve ekonomik hakların ilk defa düzenlendiğı 1791 Fransız Anayasası’nda “yardım hakkı” adıyla şu şekilde düzenleme yapılmıştır; “Terkedilmiş çocukları yetiştirmek, yoksul hastalara bakmak ve çalışacak güçte olduğu halde iş bulamayan yoksullara iş sağlamak için genel kamu yardımları kurumu kurulacak ve örgütlenecektir.” Bu hükümde çalışma hakkı devletin yardım elini uzatması olarak kabul edilmiş ve çalışma gücü olmasına rağmen iş bulamayan yoksullar ile sınırlı olarak kabul edilmiştir. 1793 Fransız Anayasası benzer bir hükümlerle; “Kamu yardımları kutsal bir borçtur. Toplum, çalışma durumunda bulunmayan mutsuz yurttaşlara iş vermekle ve yaşamlarını sürdüreceği araçları sağlamakla yükümlüdür.” diyerek çalışma hakkını düzenlemiştir. Bu hükümle çalışabilecek durumda olup da iş bulamayan kişilere iş sağlanması yönünde kamu yardımı yapılması öngörülmüştür. Fransa’da 1830’lu yıllarda sanayi ve ticaretin burjuva sınıfının tekelinde olması sonucunda işçi sınıfı adeta sömürülmeye ve ezilmeye başlamıştır. O dönemde işçi sınıfı, yüksek vergi ödemesine ve günlük 15 saate varan çalışmasına rağmen sosyal ve ekonomik hakların çoğundan mahrumdu.

¹ ÖZTÜRK, Mehmet Onat, Türk Ceza Kanunu’nda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.20.

Özellikle 1830'lu yıllarda işçilerin öncülüğünde başlayıp 1848 Fransız Devrimi'ne kadar işçiler ve öğrenciler tarafından yapılan eylemler, çalışma hakkının ve diğer sosyal ve ekonomik hakların elde edilmesi için yapılmıştır. Bu 1848 devrimi sonucunda kurulan hükümet bildiri yayınlayarak, işçilerin devamlılığını garanti etmiş ve işçilere gerekli iş imkanları sunarak çalışma şartlarını düzeltereği taahhüdünde bulunmuştur. Bu bildiri sonucunda, Fransa ve İrlanda'da çalışma hakkının sağlanması için ulusal atölyeler kurulmuştur. Bu olaylar sonucunda çalışma hakkı, kişinin topluma karşı talep edebileceği bir hak olarak kabul edilmiş ve sosyal devlet anlayışının temelleri atılmıştır.²

Türk devleti öncesi anayasası olan 1876 Kanun-i Esasi; temel hak ve özgürlükleri klasik esaslara uygun şekilde düzenlemiştir. Din ve ikamet özgürlüğü gibi temel özgürlükler dışında, hak olarak dilekçe hakkı, eğitim hakkı ve mülk edinme hakkından bahsetmiştir. Kanun-i Esasi'de çalışma hakkı yer almamıştır fakat devlet hizmetine alınmada eşitlik ve angaryanın yasak olması yer almıştır. Bununla beraber Kanun-i Esasi döneminde; sanayi devrimi sonrasında görülen işçi göçleri ve sendikalar kurulması neticesinde çalışma hayatına ilişkin ilk yasal düzenlemeler yapılmıştır. Çalışma hayatına ilişkin olarak Kanuni Esasi döneminde 1867 tarihli Dilaver Paşa Nizamnamesi, ilk bölümü 1869 yılında yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkamı Adliye, ve 1869 Maadin Nizamnamesi düzenlemeleri yapılmıştır.³

Kanun-i Esasi döneminde, 1867 yılında yürürlüğe konulan Dilaver Paşa Nizamnamesi ile; çalışma ve dinlenme süreleri belirlenmiş, Zonguldak Taşkömürü Havzası'nda 10 saat çalışma sınırı, işçilerin hafif hastalıklarının tedavi edilmesi gerekliliği, işçilerin ağır hastalıklara yakalanması durumunda evlerine gönderilmesi, kadın ve çocukların zor şartlarda çalıştırılmamasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır, ancak padişah tarafından onaylanmamıştır. Kanuni Esasi Döneminde, 1869 yılında Maadin Nizamnamesi çıkarılmıştır. 1869 tarihli Maadin Nizamnamesi ile işçilerin ücretleri, çalışma şartları, iş kazasına uğrayan işçilere verilecek tazminatlar belirtilmiş, maden mühendislerinin tehlikelere karşı gerekli önlemleri almaları ve tehlike saptamaları durumunda maden sahibini uyarmaları gerektiği, madenlerde diplomalı hekim bulunması zorunluluğu getirilmiş, zorunlu çalışma kaldırılmıştır. Fakat Maadin

² DEMİR, Fevzi , İş Hukuku'nda Çalışma Hakkı İlkesi (Gerçekleştirilmesi ve Korunması), (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi) İzmir, 1981, (Çalışma Hakkı İlkesi), s.37-38.

³ ERKEN, Baki, "Anayasal Çerçevde Türkiye'de Çalışma Hakkı", Çalışma Dünyası Dergisi, C.I, S.2, 2013,(Türkiye'de Çalışma Hakkı), s.69-70.

Nizamnamesi o dönemde işverenler tarafından uygulanmamıştır. 1869 yılında yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkamı Adliye'nin 482'inci maddesinde; terzi, boyacı ve çamaşırcı gibi işi bir eser meydana getirmek olan işçinin (veresiye olarak anlaşılmamışsa) ücreti ödeninceye kadar elindeki malı hapsedme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Ayrıca hapsedtiği malın elinde telef olması halinde tazminatla sorumlu olmayacağı ancak ücret de talep edemeyeceği belirtilmiştir. Kanunu Esasi Dönemi'nde, 1910 yılında alınan idari kararlarla; çalışma saatleri gün doğumu ve gün batımı ile sınırlandırılmış, 12 yaşından küçük çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır.⁴

1921 Anayasası olan Teşkilat-ı Esasiye'de bir geçiş döneminde bulunduğu için temel hak ve hürriyetler yer almazken, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası olan 1924 Anayasası'nda temel haklar "Türklerin Kamu Hakları" başlığı altında düzenlenmiştir. Temel haklar dışında 1924 Anayasası'nda ayrı bir başlık olarak düzenlenmesi de sözleşme yapma ve çalışma hakkından bahsedilmiş ve bu hakların kullanımının sınırlarının kanunla belirleneceği belirtilmiştir, çalışma ödevi kavramı da ilk defa bu anayasada yer almıştır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk İş Kanunu olan 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Temel hak ve hürriyetleri ayrı bir bölümde düzenleyen 1961 Anayasası, çalışma hakkı bakımından son anayasa olan 1982 Anayasası'na önemli ölçüde temel teşkil etmiştir. Çalışma hakkı 1961 Anayasası'nda "Sosyal İktisadi Haklar ve Ödevler" başlığı altında 42 - 47. maddelerde düzenlenmiştir. T.C.1961 Anayasası'nın 42.maddesine göre; "Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirlerle çalışanları korur ve çalışmayı destekler; işsizliği önleyici tedbirleri alır. Angarya yasaktır. Memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliği alan beden veya fikir çalışmalarının şekil ve şartları, demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir." Ayrıca çalışma ve sözleşme hürriyeti düzenlenmiştir. 1961 Anayasası devlete çalışma hayatının gelişimi, çalışanların korunması, işsizliğin önlenmesi ve adil ücretin sağlanması konusunda ödev yüklemiş (Madde 42-45), önceki anayasa düzenlemelerinde olduğu gibi zorla çalıştırmayı yasaklamış ve çalışma hayatında özel şekilde korunması gereken kişileri (çocuklar, gençler ve kadınlar) hüküm altına almıştır. Ayrıca çalışma haklarından dinlenme hakkı, sendika kurma hakkı, toplu iş sözleşmesi yapma hakkı, grev hakkı ve sosyal güvenlik hakkını düzenlenmiştir. Bu

⁴ ÜÇAROL, F.Bengü, "Anayasal Gelişimler Işığında Çalışma Hakkı", 13.02.2017, http://benguucarol.com/post/anayasal-gelisimler-isi-ginda-calisma-hakki_10, (e.t.:10.01.2019), s.3.

yönüyle 1961 Anayasası çalışma ile ilgili hakları geniş bir şekilde düzenleyerek 1982 Anayasası'nın şimdiki mevcut hükümlerine temel oluşturmuştur. 1961 Anayasasının çalışma hakkındaki düzenlemeleri büyük ölçüde 1982 Anayasası'nda da korunmuştur. 1982 Anayasası, önceki Anayasa'dan farklı olarak lokavtı düzenlemiş ve memurlara sendikal haklar tanımıştır. Bu kapsamda günümüz Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, devletler arasında sosyal ve ekonomik haklara en geniş şekilde yer veren anayasalardan birisidir.⁵

Bu gelişmeler ışığında ekleyelim ki; insanların geçimlerini sağlamak, kendilerini geliştirmek ve içinde bulunduğu topluma fayda sağlamak için çalışmaya ihtiyaçları vardır. Bu nedenle çalışma hakkı, tüm bireylere tanınması gereken temel bir insan hakkıdır. Devletlerin çoğu, güçlü konumda olan işveren karşısında çalışan kişilerin haklarının korunması ve çalışmanın eziyete dönüşmemesi için çalışma hakkını düzenleyici kurallar koyarlar. Aksi durum, emeğiyle çalışan kesimin mutsuz olmasına, çalışmasının karşılığını tam olarak alamamasına, çalışmanın ekonomik sömürüye dönüşmesine yol açacaktır. Bu durum da çalışma barışının bozulmasına ve toplum içindeki huzurun bozulmasına sebep olabilecektir. Bu tezde, öncelikle sizlere insan hakkı olarak çalışma hakkını ve çalışma hakkının çalışma özgürlüğünden farkını açıklayacağım. Çalışma hakkını tanımlayacağım ve bu tanımdaki unsurları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla ele alarak açıklayacağım. T.C.1982 Anayasası'nda yer alan çalışma hakkına ilişkin sınırlama sebeplerini belirteceğim. Ardından çocuk ve genç işçilerin çalışma hakkına yönelik sınırlamaları, yabancıların çalışma hakkına yönelik sınırlamaları, memurların serbest çalışmasına yönelik sınırlamaları ele alacağım. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan ve Türk Hukuku'nda yer alan çalışma hakkına ilişkin sınırlamaları anlatacağım. Türkiye'ye gelen yabancıların çalışma usul ve esaslarını düzenleyen 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na değineceğim. Türkiye'nin kabul ettiği mülteci, şartlı mülteci ve geçici korunan kavramlarını açıklayacağım. Son dönemde ülkemize gelen Suriyelilerin durumuna ve onlara tanınan statüye değineceğim . Ülkemizde özel kanunlarda sadece Türk vatandaşlarına hasredilen meslekleri belirteceğim. Tüm bunları anlatırken çalışma hakkı ile ilgili Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bazı içtihatlarına değineceğim. Bu tez sonuç olarak çalışma

⁵ Erken, Türkiye'de Çalışma Hakkı, s.70.

hakkının yaşama geçirilmesine ve ülkemizde çalışma hakkının gelişmesine hizmet edecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇALIŞMA HAKKI

I.KAVRAM

İnsana özgü olan ve çeşitli kategorilere ayrıldığı gözlemlenen temel haklar ve özgürlükler; ülkelerde kişisel, siyasi, kültürel, ekonomik haklar şeklinde değişik tasniflere tabi tutulabilmektedir. 1982 Anayasası temel hakları; kişi hakları ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar, siyasi haklar ve ödevler başlıkları altında düzenlemiştir. Temel hak ve özgürlükler; negatif statü hakları, pozitif statü hakları, aktif statü hakları şeklindeki ayırım da bulunmaktadır. Koruyucu nitelikte olan negatif statü hakları; (ör; kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği) kişinin devlet tarafından dokunulmayacak ve aşılamayacak çerçevenin sınırlarını çizer. Pozitif statü hakları ise; bireylere (ör; çalışma hakkı, ailenin korunması, ücrette adalet sağlanması) devletten olumlu bir fiil, bir edim, bir yardım isteme imkânı tanımaktadır. Aktif statü hakları ise; (örneğin, Türk vatandaşlığı, mal bildirim, vatan hizmeti, vergi ödevi) vatandaşlık ödevi olarak bireylere yüklenen ödevler ve siyasi haklardan oluşmaktadır. Çalışma hakkı, 1982 Anayasası'nın sosyal ve ekonomik haklar kısmında düzenlenmiştir, ayrıca pozitif statü haklarından⁶.

1982 Anayasası'nda 41.maddeden itibaren “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” düzenlenmiştir. Sosyal ve ekonomik haklar; genel olarak Jellinek'in haklar ayırımında pozitif statü haklarına karşılık gelmektedir. Bu haklar sosyal devlet anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Pozitif statü hakları; bireylere devletten olumlu bir fiil, bir edim, bir yardım istemeyi tanıyan haklardır. Bu tür haklar, devlete sosyal konularda birtakım ödevler yükler. Sosyal ve ekonomik haklara, kişiye devletten bir şey istemesi hakkını tanıdığından dolayı “isteme hakları” da denilebilmektedir. Sosyal devlet düşüncesinin sonucu olduğundan dolayı bu haklara kısaca “sosyal haklar” da denilmektedir. Ancak istisnai olarak 1982 Anayasası'nın sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer alan haklardan bazıları pozitif statü hakkı değil negatif statü hakkı veya aktif statü hakkı niteliğindedir. Örneğin, m.48'deki çalışma ve sözleşme hürriyeti,

⁶ ŞEN, Murat, “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı”, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.2, 2013, s.16.

m.51'deki sendika kurma hakkı, grev hakkı negatif statü hakkı niteliğindedir. Bu hakların gerçekleşmesi için devletin olumlu bir şeyler yapmasına gerek yoktur. Bu hakları kullanan bireylere, devletin müdahale etmemesi gerekli ve yeterlidir. Devletin bu hakları tanıması ve bu hakları kullanan bireylere devletin müdahalede bulunmaması halinde bu hak ve özgürlükler gerçekleşir.⁷

Sosyal haklar, sosyal barışı ve sosyal adaleti gerçekleştirmenin aracıdır. Sosyal haklar, toplumun özellikle sosyal eşitsizliklerden ve yoksunluklardan bunalan insanlarını ilgilendirmektedir. Sosyal ve ekonomik hakların ayırt edici özelliği, sosyal eşitsizlikleri gidermeye hizmet etmeleridir. Sosyal ve ekonomik hakların çoğunluğu pozitif statü haklarıdır. Sosyal hakların çoğu devlete olumlu edimde bulunma borcu yükler. Devletin bu hakların kullanılabilmesi için harekete geçip gerekli imkanları sağlaması ve gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.⁸

Hukuk devleti; devletin faaliyetlerinde hukuk kurallarıyla bağlı olduğu, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulunduğu, temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınmış olduğu, idarenin mali sorumluluğunun bulunduğu ve idarenin işlemlerinden dolayı yargısal denetiminin bulunduğu, bağımsız yargı organlarının bulunduğu devlettir. Anayasa'da teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerin bireylere sağlanıp sağlanmadığının yargısal denetiminin yapıldığı devlettir. Her hukuk devletinde bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunması için bireylere temel hak ve hürriyetler tanınmıştır. Hukuk devletini, tam zıttı olan polis devleti kavramıyla anlatmak daha iyi olacaktır. Polis devleti kavramı; 17'inci ve 18'inci yüzyıllarda toplum için her türlü tedbiri almak, bireylerin bütün işlerine karışmak ve haklarını kısıtlamak yetkisine sahip olan mutlakiyetçi hükümdarlar için kullanılmaktadır. Buradaki polis kelimesi kolluk kuvveti anlamında değil, eski Yunanca dilindeki karşılığına uygun olarak devlet düzeni veya devlet düzeni içindeki kamu gücü ya da devletin yüksek menfaati anlamında kullanılmıştır. Burada polis devleti; devlet düzeni için bireylerin hak ve özgürlüklerine olabildiğince müdahale edebilen, bunları yaparken kendisi hukukla bağlı olmayan ve yargının denetimine tabi olmayan devleti ifade etmektedir. Aslında polis devleti de mevzuatı olan fakat hukukla bağlı olmayan bir devlettir. Her kanuni düzenlemeleri olan sistem, mutlaka hukukun üstünlüğüne ve

⁷ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 24.Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2019, s.113-114.

⁸ TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 17.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2018, s.197.

hukuki ilkelere dayanmayabilir. Yapılan kanuni düzenlemeler adaletsiz ve hakka dayanmayacak şekilde olabilir. Bazı monarşilerde ve diktatörlüklerde kanun bulunmaktadır fakat bunlara hukuk devleti denemez. Hitler Almanya'sında sendikaların kapatılması ve Yahudilerin toplama kamplarına sürülmesi kanuna dayanmaktaydı fakat hukuka uygun değildi. Bu sebeplerle her kanun devleti hukuk devleti demek değildir. Hukuk devleti vatandaşlarına hukuksal güvence sağlamalıdır. Hukuk devleti; bireylerin haklarına saygı gösteren, bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendiren, adaletli bir hukuk düzeni sağlayan, temel hukuk ilkelerini benimseyen devlettir. Hukuk devletinde, devlet de hukuk kurallarıyla bağlıdır. En üst makamlarda bulunanlarda dahil olmak üzere hiçbir resmi kurum ve kişi hukuk kuralları dışında hareket edemez ve işlem yapamaz. Hukuk devletinde, idari makamların da işlem ve eylemlerinden dolayı hukuki sorumluluğu bulunmaktadır.⁹

Polis devleti kavramının zıttı olan hukuk devleti kavramı, bireylerin ve toplumların siyasi yönetim karşısında güven içinde buldukları bir devlet sistemini ifade eder. Bu hukuki güvenin sağlanması ise devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması, yani hukukun devletin üstünde denetleyici durumda olmasına dayanmaktadır. Polis devletinde bireylere uygulanmakta olan bir hukuk vardır, fakat devlet, hukuk devletinden farklı olarak hukukla bağlı değildir. Dolayısıyla polis devleti, hukuku olan fakat kendisi hukukla bağlı olmayan devlettir. Bu devlet sınırsız bir yetkiye sahiptir, bireyler üstünde her türlü şekilde tasarrufta bulunabilmektedir. Tabi bu durumda olan devletin keyfi hareket etmesi ve bireylerin hukuki güvenliğinin zedelenmesi kaçınılmaz olmaktadır. Hukuk devleti için; bireylerin güvenliğinin sağlanması, devlet karşısında kişi haklarının ve özgürlüklerinin korunması gerekmektedir. Burada en önemli şart; devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuki denetime tabi olmasıdır. Devletin işlemleri hukuk normlarına uygun olmalıdır. Bunu sağlamanın yolu ise yargı denetiminden geçmektir. Hukuk devletinin tam anlamıyla sağlanabilmesi için idarenin yargısal denetimi yeterli olmamaktadır, ayrıca anayasal denetimin olması da çoğu ülkede gerekli görülmektedir.¹⁰

Anayasa'nın 2'inci maddesinde Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, tüm demokratik yönetimlerin temel özellikleri arasında yer

⁹ DEMİR, Fevzi, Anayasa Hukuku, 6771 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenmiş 10.Baskı, Albi Yayıncılık, İzmir, 2017, (Anayasa Hukuku), s.398-399.

¹⁰ AKAD, Mehmet/ VURAL DİNÇKOL, Bihterin/ BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 12.Basım, Yılmaz Basım Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 369-370.

almaktadır. Anayasa Mahkemesi 25.05.1996 tarihli, 1976/1 esas numaralı kararında hukuk devletini; “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” olarak tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi 23.11.2013 tarihli kararında ise hukuk devletini; “eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetiminde olan devlettir.” şeklinde tanımlamıştır. Ayrıca yine bu kararda; devletin kanun koyarken ve hukuki düzenlemeler yaparken takdir yetkisini anayasal sınırlar içerisinde adalet, hakkaniyet ve kamu düzenini göz önünde bulundurarak kullanması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla hukuk devleti; vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulunduğu, devletin işlem ve eylemlerinin yargı denetimi altında bulunduğu, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, bağımsız yargı mercilerinin olduğu devlettir.¹¹

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir; "sosyal devlet" niteliği, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında belirtilmiştir. Anayasa'nın 2.maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere; sosyal devlet çalışan ancak çalışması sonucunda elde ettiği ürün karşılığında mutlu olabilmek için tasarladığı maddi ve manevi değerlere ulaşamayan kişilere yardımcı olmayı ilke edinen devlettir. Sosyal devlet ilkesi; sosyal barışı ve sosyal adaleti gerçekleştirmek için, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesini gerekli kılan ilkedir. Sosyal devlet, vatandaşlarına insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlamayı amaç edinen ve vatandaşının refahını düşünen devlettir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nda, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, sosyal ve ekonomik haklar arasında bireylere çalışma hakkı ayrıca çalışma ve sözleşme özgürlüğü tanımlanmıştır.

Türkiye’de sosyal devlet ilkesi ilk kez 1961 Anayasası ile gelmiştir. Sonrasında 1982 Anayasası’nda da sosyal devlet, devletin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

¹¹ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19.Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.124-125.

Anayasa Mahkemesi'nin **17.10.1972** tarih ve **E.1972/16, K.1972/49** sayılı kararına göre; *Anayasanın 2. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlülere karşı koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Bu maddede belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde koruyan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri gözetken, kişi ile toplum menfaati arasında dengeyi sağlayan, toplumsal birlikteliği en üst düzeyde sağlamaya çalışan, güçsüz olanları güçlülere karşı koruyarak sosyal dengeyi sağlamaya çalışan, çalışma yaşamının geliştirilmesi için tedbirler alarak çalışanları korumaya çalışan, sosyal güvenliği sağlayan, ülkenin gelişmesiyle birlikte ulusal gelirin vatandaşlar arasında adil şekilde dağılmasını amaç edinen devlettir. Toplum yararının birey yararına üstün tutulması, sosyal hukuk devletinin temelini oluşturur. Ancak burada güdülen amaç sonuçta yine bireylerin mutluluğunun sağlanmasıdır. Çağdaş uygar görüşü ve Anayasa'nın temel yapı ve felsefesine göre hukuk devleti ancak toplumsal devlet anlayışı ile bir anlam kazanır. Hukuk devleti; vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulunduğu, temel hakların teminat altına alındığı, idarenin fiil ve eylemlerinden dolayı hukuki sorumluluğunun bulunduğu, bağımsız yargı mekanizmasının bulunduğu devlettir. Hukuk devletinin amaç edindiği insan onurunun korunması, toplumda sosyal adaletin ve sosyal güvenliğin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.* Dolayısıyla sosyal devlet, çalışma koşulları bakımından çalışan işçileri koruyucu düzenlemelerle işçi ile işveren arasındaki dengeyi sağlamaya ve çalışma hayatında barışı sağlamaya çalışacaktır. Milli gelirin vatandaşlar arasında adil bir şekilde dağılmasını ve herkesin insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyine erişimini sağlamaya çalışacaktır. Sosyal devlet işsizliği önlemeye ve istihdamı artırmaya çalışacaktır. Bunları sağlamak için ülkemizde Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu gibi kurumlarla faaliyette bulunmaktadır ¹²

Sosyal devlet; devletin sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamak amacıyla devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif şekilde müdahale etmesini meşru kılan anlayışı ifade etmektedir. Bu yüzden sosyal devlet vatandaşlarının sosyal durumlarıyla ve refahlarıyla ilgilenir, bireylere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak için gerekli sosyal yardım tedbirlerini alır ve bunları geliştirmeye devam

¹² Anayasa Mahkemesi, T.17.10.1972, E.1972/16, K.1972/49, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm?utm_campaign=DonanimHaber&utm_medium=referral&utm_source=DonanimHaber, (e.t.:17.01.2019).

eder. Ayrıca sosyal devlet, milli gelirin bireyler arasında dengeli ve adaletli şekilde dağılması için gerekli çalışmaları yapar, tedbirleri alır. Sosyal devletin en önemli unsuru; bireylere sosyal ve ekonomik hakların tanınması ve gerçekleştirilebilmesidir. Sosyal devlet, sosyalist devlet demek değildir. Sosyalist devlette, kural olarak üretim araçları üstündeki mülkiyetin devlete ait olduğu kabul edilmektedir ve ekonomi yapılan merkezi planlamaya dayanır. Sosyal devlet ise üretim araçları üzerinde özel mülkiyet hakkını tanır ve serbest piyasa ekonomisi vardır. Fakat sosyal devlette mülkiyet, liberalizmde olduğu gibi dokunulmaz ve sınırsız değildir. Bu nedenle Anayasa mülkiyet hakkını düzenlemiş olduğu 35'inci maddede; mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını belirtmiştir. Yine 1982 Anayasası devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak yürümesini sağlamak için gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir. Sosyal devlet, bireyin ancak önündeki sosyal ve ekonomik engellerin kaldırılmasıyla özgür olabileceği anlayışıyla bireylere klasik haklara ilaveten sosyal hakları da tanımaktadır. Bireylerin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için onlara sosyal ve ekonomik hakları tanımaya çalışmaktadır.¹³

Sosyal devlet, liberal devlet anlayışından farklı olduğu kadar, sosyalist devlet anlayışından da farklıdır. Liberal devlette bireyci anlayış vardır, bütün bireyler özgürdürler ve bireysel özgürlük vardır. Bireyi her türlü otoritenin müdahalesinden koruyarak, bireyin kendi yaşamını kendisinin kurmasına dayanmaktadır. Bu anlayışta birey; toplum, sınıf, grup, parti gibi herhangi bir bütünün amaçlarını gerçekleştirmek için bir araç değildir. Liberal devlet; bireyi temel değer olarak kabul edip devletin ekonomik hayata müdahale etmemesine dayanır, bütün bireyler fırsat eşitliğine sahiptir. Liberal devlette serbest girişimcilik vardır, devlet özel teşebbüslere müdahale etmez. Bu anlayışta bireylerin iktisadi özgürlüklerinin en geniş ölçüde tanınması söz konusudur. Bireylerin özgürce özel teşebbüsler kurabilmesi ve özgür bir şekilde faaliyette bulunabilmesi söz konusudur. Devlet mümkün olduğunca sosyal ve ekonomik yaşama müdahale etmemektedir. Sosyalist devlet anlayışında ise mutlak güç belirli bir sınıfın elinde (mesela işçi sınıfı) kabul edilmektedir. Burada siyasal düzen tek yapıdadır, bir kesimin elindedir. Sosyalist devlette üretim araçlarının mülkiyetinin devletin veya toplumun elinde olduğu kabul edilir. Sosyal devlette ise; iktidarda veya yönetimde kim olursa olsun egemenlik millete aittir. Üretim araçlarında

¹³ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.117-118.

özel mülkiyet söz konusudur. Ekonomi sosyalist yapıda değildir, ekonomi özel teşebbüslere ve rekabete açıktır. Devletin sınıfsız toplum unsurlarını dayatması söz konusu değildir. Herkes haklarını savunmak için bir araya gelebilir, sendikalar kurulabilir. Sosyal devlet; bireylerin sadece klasik haklarını sağlamakla yetinmeyip, bireylerin insan onuruna uygun şekilde yaşamaları için gerekli olan imkanları ve hakları sağlamaya çalışan devlettir. Çalışma hayatında işçileri koruyarak işveren ile işçiler arasında dengeyi sağlamaya ve çalışma hayatında barış ortamını sağlamaya çalışan devlettir.¹⁴

Anayasa Mahkemesi'nin 17.10.1972 tarih ve E.1972/16, K.1972/49 sayılı kararında; sosyal hukuk devletinin, *“güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet”* olduğu belirtilmiştir. Bu kararlar ışığında sosyal devlet; sosyal adaleti ve sosyal güvenliği sağlamak için herkese insan onuruna uygun asgari yaşam düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü olan, işsizliği önlemeye çalışan, çalışanları koruyan ve ulusal gelirin adil bir şekilde dağılmasını sağlayan, ayrımcılığı önlemeye çalışan devlet olarak tanımlanabilir. Sosyal devlet, vatandaşların refahını ve insanlık onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi içinde yaşamalarını sağlamaya çalışacaktır. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek için herkesi; bu bakımdan çalışanları, emeklileri, küçükleri, kadınları durumlarına uygun düzenlemelerle mutlu ve güven içinde yaşamalarını sağlamaya çalışacaktır. Sözü edilen amacın gerçekleştirilebilmesi için devletin sosyal ve ekonomik hayata belli ölçüde müdahale etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ülkemizde sosyal devlet ilkesi gereğince; sosyal ve ekonomik haklardan olan çalışma hakkının yanında bireylere adaletli ücret hakkı, dinlenme hakkı, iş güvencesi, sosyal güvenlik hakkı, ücretli hafta ve bayram tatili hakkı, ücretli yıllık izin hakkı, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkı gibi haklar tanınmıştır.¹⁵

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23.maddesinde çalışma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “1.Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. 2.Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. 3.Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli

¹⁴ Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.111.

¹⁵ Özbudun, s.141.

bir ücrete hakkı vardır. 4.Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.” Görüldüğü üzere beyannamede “herkes” denilmek üzere, çalışma hakkı siyasi ve ekonomik statü ayrılığı söz konusu olmaksızın bütün devletler ve insanlar için bir hak olarak kabul edilmiştir. Yine İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.4’de zorla çalıştırılma yasağı düzenlenmiştir. Buna göre; “Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz, kölelik ve köle ticareti her türlü biçimde yasaktır.” Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu sözleşmeye taraftır. Ancak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde tanınmış olan bir hakkın ihlal edilip edilmediği hususunda Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamamaktadır. Bu Sözleşme bir denetim mekanizması öngörmemiştir.¹⁶

Türkiye tarafından 18 Ekim 1961 tarihinde imzalanan Avrupa Sosyal Şartı, 16 Haziran 1989 tarih ve 3581 sayılı uygun bulma kanunuyla onaylanması uygun bulunmuştur. Şart, Türkiye’de 24 Aralık 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Sosyal Şartı’nın 1.maddesine göre; “Akit Taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; (1) Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı, (2) Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı, (3) Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi, (4) Uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi; taahhüt ederler.” Bu şekilde çalışma hakkının etkili bir şekilde kullanılmasının sağlanması amaçlanmıştır.¹⁷

T.C. Anayasası m.90/5’e göre; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, bu konuda çıkacak olan uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Bireysel çalışma ilişkilerini düzenleyen kuralların başında, “çalışma hakkı ve ödevi” gelmektedir. Çalışma hakkı, temel bir insan hakkıdır. Özellikle emeğiyle çalışarak

¹⁶ Şen, s.28-29.

¹⁷ KILIÇKAYA, Zeynep, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.2, 2016, s.130-131.

geçinen kişilerin yaşama hakkını da ilgilendirir. Çalışma hakkı, sadece bir işe sahip olmakla sınırlı değildir. Bu hak, çalışma ile ilgili bütün hakların kökünü oluşturmaktadır. Çünkü bu hak gerçekleşmeden adil ücret talep etme hakkı, dinlenme hakkı, ücretli tatil hakkı, sosyal güvenlik hakkı, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi yapma haklarından yararlanma imkânı bulunmamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.49/1'e göre; "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." Çalışma hakkının muhatabı devlet, çalışma ödevinin muhatabı da bireydir. Devlet, her şeyden önce çalışmayı desteklemeli ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almalıdır. Devlet, çalışma hayatına ilişkin gerekli düzenlemeleri yaparak bireylere fırsat eşitliği sunmak, ayrımcılığı önlemek, çalışma yaşamına girme konusunda kısıtlamaları en aza indirmek, çalışanların haksız yere işten çıkarılmalarını önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır. Birey de çalışmayı içinde bulunduğu topluma karşı ahlaki bir ödev olarak kabul edecek, çalışmasıyla kendisine ve topluma karşı olan saygısını koruyacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.1989 tarihli, 1989/6 esas ve 1989/42 karar numaralı kararında da belirtildiği üzere; devletin bu sorumluluğu herkesi işe yerleştirme zorunluluğunu kapsamamakta ve iş bulamayan bireylerin de bu hakkı devlete karşı ileri sürebilecekleri bir hak olarak öngörülmemektedir. T.C. Anayasası m.49/2'ye göre; "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır" Yani devletin herkese iş bulmak gibi bir sorumluluğu yoktur. Ancak devletin, çalışma hakkını desteklemek ve korumak için Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu gibi bazı kurumlarıyla destekleyici faaliyetlerde bulunması gerekmektedir.¹⁸

İşsiz ve geliri olmayan bireylerin maddi varlıklarının sürdürebilmeleri için gerekli olan temel ihtiyaçlarını karşılamaları pek mümkün değildir. Bu sebeple insan onuruna yaraşır asgari bir hayat düzeyi sağlamak için herkese çalışma imkanının sağlanmaya çalışılması gerekmektedir. T.C. Anayasası sosyal devlet ilkesine uygun olarak, sosyal ve ekonomik haklar arasında bireylere çalışma hakkını tanımıştır. Anayasa m.49/2'de yer alan "işsizleri korumak" ibaresi devletin işsizleri korumak için gerekli tedbirleri almasını sağlamak için 2001'de yapılan Anayasa değişikliğiyle bu maddeye

¹⁸ Demir, Anayasa Hukuku, s.459.

eklenmiştir. Sosyal devletin amacını gerçekleştirmek için bu değişiklik yerinde olmuştur. Ayrıca Anayasa m.65 gereğince; devlet sosyal ve ekonomik alanlarda kendisine yüklenen görevlerini; mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde ve görevlerin amacına uygun nitelikleri gözeterek yerine getirmesi gerekmektedir.¹⁹

Sosyal ve ekonomik hakların bazı muhatapları; çalışanlar, işçiler, işsizler, yetimler, sakatlığı olanlar, yaşlılar, korunmaya muhtaç çocuklar şeklinde örneklenebilir. Bazı sosyal haklar ise herkes için düzenlenmiştir: sosyal güvenlik, sağlık gibi. Sosyal ve ekonomik haklar bölümü dışında Anayasa'daki bazı hükümler, belli kesimlerin korunması görevini devlete yüklemektedir: Orman köylüsünün korunması, tüketicinin korunması, esnaf ve sanatkarların korunması gibi.²⁰

Anayasa m.49'da düzenlenen çalışma hakkının iki boyutu bulunmaktadır. Bunlardan birinci boyutu, çalışma hakkının devlete bakan niteliği olmasıdır. Bu kapsamda çalışma hakkı, devlete istihdam yaratmak için gerekli önlemleri alma ve çalışma hayatını geliştirme yükümlülüğü yüklemektedir. Çalışma hakkının söz konusu bu hüküm norm niteliği, bir yandan devletin sosyal politikasını ve ekonomi politikasını oluştururken çalışma hakkını sağlamaya yönelik hususları göz önünde bulundurmasını gerektirmekte, diğer yandan da bu yükümlülüğünü gerekli niteliklere uygun olarak mali imkanları ölçüsünde yerine getirmeyi ifade etmektedir. Devletin kalkınma planını oluştururken istihdama ihtiyaç duyulan sektörleri belirlemesi ve gerekli olan iş gücü ihtiyacını saptaması gerekmektedir. Böylece işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratılması gerekmektedir. Çalışma hakkının ikinci boyutu ise şahıslara bakan boyutudur. Bu kapsamda; devletin, çalışma hakkı konusunda gereken kuralları koyarak bireylere fırsat eşitliği sunması, ayrımcılığı önleyici tedbirleri alması, bireylerin özgürce seçtiği işte çalışmasına yönelik sınırlamaları en aza indirmesi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşullarının sağlanması, bireylerin adaletli ücret almalarının sağlanması, bireylerin haksız yere işten çıkarılmasını engelleyici tedbirleri alması gerekmektedir. Bu sayede bireylerin insan onurunun uygun şekilde sağlıklı ve güvenli koşullar içinde çalışmaları, çalışmalarının karşılığını almaları sağlanacaktır.²¹

Ülkemizde istihdamın korunması ve geliştirilmesi, işsizliği önlemeye yönelik faaliyetlere yardımcı olunması, işsizlik sigortası hizmetlerini yürütmek üzere Sosyal

¹⁹ Atar, s.120.

²⁰ Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.198.

²¹ Kılıçkaya, s.133-134.

Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu kurulmuştur. Her iki kurum; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın ilgili kuruluşudur. Türkiye İş Kurumu ülke genelinde özel istihdam büroları kurarak iş bulamayan kişilere iş bulunmasını sağlamaya çalışmaktadır. Bu şekilde Türkiye Cumhuriyeti Devleti, çalışma hakkının gerçekleşmesi için çalışmayı desteklemekte ve işsizliği önlemeye çalışmaktadır.

II.TANIMI

Çalışma hakkı kavramı, “çalışma” ve “hak” kavramlarının birleşmesinden meydana gelen bir ifadedir. Çalışma kavramı yaşamın sürekliliğini sağlayan sosyal bir faaliyet, insanın verdiği emek olarak nitelendirilmektedir. Bu faaliyetin insanın bulunduğu her yerde söz konusu olduğu kabul edilse de asıl olarak sanayileşme ile toplumsal hayatta bir anlam kazandığı kabul edilmektedir. Zira sanayileşmeyle birlikte çeşitli iş alanları ve uyumsuzlukları ortaya çıkmış, bunun sonucunda da çalışma alanında hukuki düzenlemeler yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Zamanla çalışma hakkı ve sözleşme yapma hürriyetine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.²²

Çalışma kelimesi, günümüzde değişik anlamlara gelecek şekilde kullanılabilir. Çalışma, en geniş anlamıyla boş durmanın, hiçbir şey yapmamanın tersini ifade eder. Bu nedenle bir hareket, bir faaliyet içermektedir. Ancak çalışma kavramı, hareket kavramından farklı olarak özellikle bir kazanıma yöneliktir. Çalışma kavramında amaç belirleyicidir. Bir beden öğretmenin iş saatleri dışında basketbol oynaması eğlenceyken, mesleği gereği mesai saatleri içinde öğrencilerine öğretmek için basketbol oynaması çalışma olarak sayılacaktır. Benzer faaliyetler, amaç başka olduğu için başka anlam ifade edecektir.²³

Hakkın hukukçuların tamamı tarafından kabul gören bir tanımı olmasa da hakkın en çok kabul gören tanımı şudur: hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan yetki ve onların korunan menfaatidir. Devletin çalışma hakkını ülkesindeki insanlara tanınması ve bu hakkın yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Çalışma hakkı da ülkemizde vatandaşlara ve yabancılara tanınan sosyal ve ekonomik haklardandır.²⁴

²² http://www.tkmm.net/dosya/SA_brosur/07-calisma.pdf, Çalışma ve İş Yaşamı, Sendikalar, Grev-Lokavt, Toplu İş Sözleşmesi, Türkiye Küçük Millet Meclisleri, s.3, (e.t: 03.01.2019).

²³ Öztürk, s.19.

²⁴ ÖZEKES, Muhammet, Temel Hukuk Bilgisi, 9.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.11.

Değişik anlayışlardan ve disiplinlerden etkilenen çalışma hakkının tam ve net bir tanımını vermek oldukça zordur. Bu zorluk çalışma hakkının bir hukuki kurum değil de birçok kurumu (ücret talep etme hakkı, dinlenme hakkı, iş güvencesi, iş güvenliği, fazla mesai) bünyesinde barındıran bir hukuki ilke olmasından kaynaklanmaktadır. Bu ilkenin hem kamu hukukunu hem de özel hukuku ilgilendiren bir ilke olması tam ve net bir tanım vermeyi daha da güçleştirmektedir. Başlangıçtan günümüze kadar çalışma hakkının düzenlenmesinde özellikle devletin önemli rolünü vurgulayan tanımlama Schaller'den gelmiştir. Schaller'e göre çalışma hakkı; kişiye bağlı olarak herkese tanınan ve asgari koşulları devlet tarafından belirlenen bir işi yapma hakkıdır. Günümüzde kabul edilen tanımlamaya en yakın tanımlama budur.²⁵

Çalışma hakkını Marksist bir yaklaşımla tanımlayan yazarlar, onun birlikte ifade ettiği iş ve gelir güvencesini ön planda tutmaktadırlar. Buna göre çalışma hakkı; “Sarf edilen emeğin nicelik ve niteliğine göre ücretlendirilen sürekli iş sahibi olma hakkıdır.” Sovyetler Birliği Anayasası'nda da yer alan bu tanımlamada iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, sarf edilen emeğin nitelik ve niceliğine göre ücretlendirilmedi. Ancak buradaki gelir güvencesi, hiçbir zaman emeğin niteliğine göre elde edilen işin (üretimin) değerine eşit bir ücret saptaması değildir. Çünkü hiçbir yerde olmadığı gibi, Sovyetler Birliği'nde de bir işçinin ücreti, aynı işçinin ürettiği mal ve hizmeti satın alma gücüne eşit değildir. Buradaki diğer unsur, çalışmanın sürekli olması unsurudur. Ancak buradaki süreklilik, aynı işi yıllarca muhafaza etmek anlamına gelmemektedir. Aksi halde, teknolojik gelişmelerin oluşturduğu yeni iş çeşitleri ve değişik ekonomik sektörlerin ihtiyaç duyduğu yeni iş gücü reddedilmiş olur. Sonradan meydana gelen değişikliklerle bazı iş kollarında insana duyulan ihtiyaç ortadan kalkabileceği gibi yeni iş alanları da ortaya çıkabilir.²⁶

Buradaki süreklilik; iklimsel değişimler olsa bile veya iş gücü piyasasında sosyal değişimler olsa bile çalışma hakkının her zaman varlığını sürdüreceğini ifade eder. Çalışma hakkı, mevsimlik iş olması durumunda da sürekli iş olması durumunda da korunması gereken bir hak olarak varlığı devam edecektir. Çalışma hakkı yazın veya kışın, ilkbaharda veya sonbaharda, kuru veya yağmurlu havalarda geçerliliğini her zaman koruyan bir haktır. Günümüz toplumlarında zaman zaman karşılaşılan

²⁵ DEMİR, Fevzi, “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, Sosyal İnsan Hakları ve Ulusal Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi İİBF-ÇEEİ Bölümü, Eskişehir, 131-154, 2014, (Çalışma Hakkı Sempozyumu), s.147-148.

²⁶ Demir, Çalışma Hakkı Sempozyum, s.146.

ekonomik, teknolojik, konjoktürel v.b. nedenlerden dolayı karşılaşılan işsizlik hallerinde bile çalışma hakkı sürekliliğini korur. Zaten çalışan ve daha sonra haklı bir neden olmaksızın işten çıkarılan veya herhangi bir şekilde mağdur edilen çalışanın sahip olduğu hakları talep edebilmesi bakımından çalışma hakkı burada önem taşımaktadır. Dolayısıyla çalışma hakkı iş ilişkisinin olduğu her yerde ideal bir hak olarak görülüp her zaman varlığını sürdürür. Devletin zaman içinde meydana gelen iş hacmindeki değişikliklere karşı iş gücü piyasasının ve çalışma hayatının korunması için gerekli önlemleri alması gerekmektedir.²⁷

Çalışma hakkını liberal bir anlayışla tanımlayan yazarlar, onu yaşama hakkı ile yakından ilgili görmektedir. Colliard'a göre çalışma hakkı; "Herkesin çalışarak yaşamını sürdürebileceği gerekli kaynaklara sahip olma hakkıdır." Gerçekten çağımızda işsiz kalma, doğum yapma, sakatlık, hastalık gibi işçinin çalışmadığı hallerde de varlığını ilke olarak sürdüren çalışma hakkı; yaşama hakkına yaklaşmaktadır. Kişinin yaşamını sürdürebilmesi ve geçimini sağlayabilmesi için çalışması gerekmektedir. Zaten çalışma hakkının korunması için sadece İş Hukuku ilkelerinden değil, sosyal sigorta tekniklerinden de yararlanılmaktadır. Buradaki tanımlamada çalışma hakkının muhatabı işverenlerden çok devlet olmaktadır. Ancak bu tanımlamada çalışma hakkının özel hukuku ilgilendiren yönünün ihmal edilmiş olması sebebiyle, bu tanımlama çok eleştirilmektedir.²⁸

Bu açıklamalardan sonra çalışma hakkı günümüzde; "asgari şartları devlet tarafından oluşturularak isteğe bağlı olarak herkese tanınan ve insan onuruna yaraşır bir gelir sağlamaya dayanan herhangi bir faaliyette bulunma hakkı" olarak tanımlanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası çalışmayı, hak ve ödev olarak tanımıştır. Bu sebeple kişi çalışmayı içinde bulunduğu topluma karşı ahlaki bir ödev olarak kabul edecek, çalışmasıyla kendisinin ve ailesinin geçimini sağlayacaktır.²⁹

Çalışmak kişinin içinde bulunduğu topluma karşı sosyal bir sorumluluktur. Ancak tabi ki birey; güvenli çalışma ortamı ve sağlıklı çalışma koşulları olan, yeteneğine uygun olan ve karşılığını aldığı bir işte isterse çalışma hakkını kullanacaktır. Birey bu haktan yeteneğine uygun iş ve güvenli çalışma ortamı varsa yararlanabilecektir. Bu sebeplerle ve zorla çalıştırma yasağı gereğince kimse bir işte çalışmaya

²⁷ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s.75-76.

²⁸ Demir, Çalışma Hakkı Sempozyum, s.146-147.

²⁹ Şen, s.19.

zorlanamayacaktır. T.C. Anayasası m.18'e göre; hiç kimse zorla çalıştırılmaz, angarya yasaktır. İlerde belirteceğim üzere çalışma hakkını, kural olarak kişi isterse kullanacaktır. Kimse zorla bir işte çalıştırılmaz.

III.UNSURLARI

T.C. Anayasası'nın 18. ve 49. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde çalışma hakkının bazı unsurlarının bulunmaktadır. Buna göre çalışma hakkı; isteğe bağlı olarak ve ayırım yapılmaksızın herkese tanınan, asgari şartları devlet tarafından belirlenen, insanlık onuruna uygun gelir sağlamaya dayanan faaliyette bulunma hakkıdır. Ayrıca bu hakkın karşılığında çeşitli çalışma yükümlülükleri öngörülebilmektedir. Şimdi bu unsurları ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.³⁰

A.KULLANIMININ KİŞİNİN İSTEĞİNE BAĞLI OLMASI

Çalışma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Çalışma hakkını kullanıp kullanmamak kişinin isteğine bağlıdır, kişi çalışıp çalışmamakta serbesttir. Çünkü bir hakkın kullanımı kural olarak isteğe bağlıdır. Bir hakkı kullanıp kullanmamak konusundaki serbestiyet ortadan kalktığı andan itibaren bu bir hak olmaktan çıkıp mecburiyet haline gelir. Zaten T.C. Anayasası'nın 18.maddesine göre; hiç kimse zorla çalıştırılmaz, angarya yasaktır. Bu sebeplerle çalışma hakkı, kişinin belli bir faaliyette bulunma zorunluluğunu ifade etmediği gibi kişinin belli bir işi yapmaya zorlanması anlamına da gelmez. Bunun sonucunda da kişinin, bir işe başladıktan sonra o işi yapmaya devam zorunluluğu da bulunmamaktadır.³¹

Anayasa'nın 18.maddesinde yer alan "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz, angarya yasaktır." şeklindeki düzenleme; çalışma hakkının kişinin kendi isteğine bağlı bir hak olduğunu, hiç kimsenin zorla bir işte çalıştırılmayacağını ifade etmektedir. Kişi eğer bir işte çalışmak istemiyorsa çalışmama tercihini kullanabilir. Hiç kimse zorla çalıştırılmayacağı için bu yasak, çalışma özgürlüğünün göz ardı edilemez bir unsurudur.³² Aksi takdirde çalıştırmak için zorla dayatmalar ve kölelik ortaya çıkacaktır. Bu durum zorla çalışan kişiler için çalışmadan ziyade işkenceye, eziyete dönüşecektir. Çalışma bir ödev olsa da zorunluluk değildir.

Tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4.maddesine göre; Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu

³⁰ Şen, s.20.

³¹ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s.73.

³² Şen, s.20.

çalışmaya tabi tutulamaz. AİHS m.4/3'e göre şu haller zorla çalıştırma sayılmaz; tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi boyunca olağan olarak yerine getirmesi istenen çalışma, askeri nitelikte bir hizmet veya inançları sebebiyle askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet, toplumun hayatını ve sağlığını tehdit eden kriz veya afet hallerinde istenecek her hizmet, normal vatandaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya yapılması istenilen iş. Bu sayılan durumlarda yapılacak çalışmalar ülkenin geleceği için bir bakıma zorunlu olduğundan zorunlu çalıştırılmanın kapsamına girmemektedir.

Anayasa'nın 49.maddesinde çalışma aynı zamanda kişilere ödev olarak yüklenmiştir. Ödev; kişinin nasıl davranması gerektiğini belirtir, bir şeyi yapmak yahut bir şeyden kaçınmak yükümlülüğüne genel anlamda ödev denir. Hukuki ödev olumlu nitelik taşıyabileceği gibi (örneğin, bir malı teslim etmek, bir borcu ödemek), olumsuz nitelik (örneğin, gürültü yapmamak, bir müdahaleden kaçınmak gibi) de taşıyabilir. Bazen gerçek bir hak olmadan sadece ödevden de söz edilebilir. İşte bu gibi bazı durumlarda ödev haktan bağımsız olarak da var olabilmektedir. Bu sebeple hukukun ödevle ilgilenmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur.³³

Anayasa'nın 49.maddesinin 1.fikrasında;" Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." denilmek suretiyle çalışma kişiler için bir hak olmasının yanında aynı zamanda bir ödev olarak yüklenmiştir. Tabi burada aslolan emredici değil, ahlaki bir ödev olmasıdır. Birey, içinde bulunduğu topluma fayda sağlamak ve geçimini devam ettirmek için çalışabilir. Bazı durumlarda ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü durum veya ülkenin ihtiyaçlarının zorunlu kılması sebebiyle kişilere çalışma yükümlülüğü ödev olarak yüklenmiştir. Anayasa 18.maddesinin 2.fikrasına göre; şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar, olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık hizmeti niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları zorunlu çalıştırmadan sayılmaz.

Çalışma kural olarak kişinin isteğine bağlı olsa da Anayasa'nın 18.maddesinde, AİHS m.4/3'e paralel bir düzenleme yapılarak yukarıda açıkladığım üzere bazı durumlarda bireylere çalışma yükümlülüğü ödev olarak yüklenmiştir. Çünkü ülkenin

³³ Özokes, s.14.

içinde bulunduğu olağanüstü durum veya ülkenin ihtiyaçlarının zorunlu kılması sebebiyle bazı durumlarda çalışmak ülkenin geleceği bakımından çok gerekli hale gelmektedir. Böyle durumlarda kişilere ödev olarak çalışma yükümlülüğü yüklenmektedir. Örneğin; 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu'nun 9'uncu maddesinde vatandaşlara ücretli olarak çalışma mükellefiyeti kabul edilmiştir. Buna göre; "Hükümet, sanayi ve maadin müesseselerinin istihallerini ve diğer iş yerlerindeki mesaiyi, bu kanunun derpiş ettiği ihtiyacı karşılayabilecek hadde çıkarmak için lüzumlu olan işçi kadrosunu ve ihtisas elemanlarını temin eder. Bu maksatla vatandaşlara ücretli iş mükellefiyeti tahmil edilebilir." Burada devlet, sanayi ve maden müesseselerinin üretimini kanunun belirlediği seviyeye çıkarmak için vatandaşlara ücretli iş yükümlülüğü yükleyebilmektedir.

Çalışma hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olmasının diğer sonucu da çalışmanın bizzat hakkın sahibi tarafından yerine getirilmesinin gerekmesidir. Gerçekten şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklar başkalarına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklardır. Bu haklar şahsın kişiliğini ilgilendirmelerinden dolayı kural olarak temsil yoluyla kullanılamazlar. Bu sebeple çalışma hakkını kullanarak işe başlayan bir birey, kural olarak işi bizzat kendisi yerine getirmekle yükümlüdür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 395'inci maddesine göre; sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi üstendiği işi bizzat kendisi yerine getirmekle yükümlüdür. Kişinin çalışmayı bizzat kendisinin yerine getirmesi gerektiği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 395'inci maddesiyle hüküm altına alınmıştır.³⁴

İşveren, çalışacak olan işçiyi işe alırken yetenekleri, tecrübesi, sahip olduğu donanımı göz önünde bulundurarak işe almıştır. Bu yüzden işçi, işi bizzat kendisi yerine getirmelidir. İşçinin ölümü halinde kanuni mirasçıları, onun yerine geçerek söz konusu işi yapamazlar. Alacak-borç ilişkilerinde borçlunun borcunu bizzat yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat çalışma faaliyetinin söz konusu olduğu durumlarda kural olarak işçi üstlendiği işi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür.

B.HERKESE TANINMIŞ BİR HAK OLMASI

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.23/1'e göre; "Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır." İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.23/2'ye göre; "Herkesin, hiçbir

³⁴ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s.74.

fark gözetilmeksizin, eşit iş karşılığında eşit ücrete hakkı vardır.” Buna göre; çalışma hakkı ve işini serbestçe seçebilme imkânı, herhangi bir ayırım gözetmeksizin herkese tanınmıştır.

T.C. Anayasası m.49/1’e göre; “Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir.” Anayasa’nın 49. maddesi, çalışma hakkını ayırım gözetmeksizin herkese tanımıştır. Çalışma hakkı, kural olarak ırk, din cinsiyet, vatandaşlık ayırımı gözetmeksizin herkese tanınmıştır. Ayrıca, bu hakkın şahsi olduğunu yani çalışma hakkının kişiliğe bağlı bir hak olduğunu ve bizzat kişinin kendisi tarafından yerine getirilmesi gerektiği ortaya konulmaktadır. Sözleşmeden ve halin gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi üstlendiği işi bizzat yerine getirmelidir. Anayasa’nın 12. maddesinde; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” denilerek teyit edilmiştir. Dolayısıyla bu hak, sahibinin kişisel ve sosyal durumunu korumasını sağlayan şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmektedir. Çalışma hakkı bir başkasına devredilemez, miras yoluyla geçmez, rehnedilemez.³⁵

Her şeyden önce çalışma hakkı, kişinin konuştuğu dilin farklı olması sebebiyle engellenemez. Dolayısıyla yabancı bir işçinin, bulunduğu ülkedeki dili bilmemesi veya yabancı dil bilgisinin yetersiz olması yüzünden çalışma hakkı engellenemez. Ancak işçinin yabancı dil bilgisinin yeterliliği, iş görme borcunun yerine getirilmesi için gerekliyse ve söz konusu işin yerine getirilmesi için gerekli olan bir özellikse, işçinin söz konusu dili yeterince bilmemesi durumunda çalışma hakkı sınırlandırılabilir. Bir kimsenin sahip olduğu siyasi düşünce veya felsefi inancı sebebiyle çalışma hakkı engellenemez. Ayrıca kişilerin çalışma özgürlüğünden yararlanmasında, din ve mezhep ayırımı da yapılamaz. AİHS’ne göre herkesin din ve inanç özgürlüğü ve bu inancını açıklama özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak cami, kilise, sinagog, patrikhane gibi dini yerlerde çalışanlar arasında ayırım yapılması; örneğin başka dine mensup olanların işe alınmaması, işin gereğinden dolayı çalışma hakkına haklı bir istisna teşkil etmektedir. Memur ve diğer kamu görevlilerinin bu din ve inanç özgürlüğüne yasal sınırlamalar getirilmesi mümkündür.³⁶

Çalışma hakkı kural olarak yaş, cinsiyet, vatandaşlık, din ayırımı gözetmeksizin herkese tanınan bir haktır. Anayasa’nın 49.maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir. Ancak çalışma hayatını geliştirmek ve çalışanların hayat seviyesini yükseltmek için

³⁵ Şen, s.21.

³⁶ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s.28-29.

Anayasa'nın 50.maddesinde; kimsenin yaşına, cinsiyetine, gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 2.fıkrasında; küçükler, kadınlar, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı belirtilmiştir. Bu sebeplerle çalışma hakkı kural olarak herkese tanınmış bir hak olsa da ilerleyen sayfalarda belirteceğim üzere çalışanların hayat seviyesinin yükselmesi ve çalışma hayatının korunması için küçüklerin, kadınların, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışmaları bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Ayrıca yabancıların da çalışmalarına yönelik bazı sınırlamalar getirilmiş ve yabancıların ülkemizde çalışma hakkını kullanması 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu gereğince izne tabi tutulmuştur.

Çalışma hakkını kullanan kişi, bir işte yasal olarak çalışan herkeştir. Bu kişi işçi, işletme sahibi tacir, memur, sözleşmeli personel, hizmet sözleşmesiyle çalışan bir kişi olabileceği gibi vekalet sözleşmesiyle çalışan bir kişi de olabilir. Şimdi bunlardan bazılarını sizlere anlatacağım.

1)İşçi

Çalışma hakkını kullanan kişilerden en çok karşımıza çıkacak olanı işçi sıfatına sahip kişilerdir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4.maddesinde sayılan istisnalar³⁷ dışında "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi" denir. Bir kişinin işçi sıfatını taşıyabilmesi için onun mutlaka özel işyerinde çalışması gerekmez. İşveren bir kamu kuruluşu olsa dahi çalışan kişiyle yapılan sözleşme iş sözleşmesi ise çalışan kişi işçi sıfatına sahiptir. Aynı şekilde işçi sayılmak bakımından çalışan kişinin bedenen veya fikren çalışması, yaptığı işin niteliği ve mesleği, işyerinde çalıştırılan işçi sayısı önem taşımamaktadır. Aradaki ilişki iş sözleşmesine dayanmak koşuluyla herhangi bir vasıfsız kişi veya vasıflı bir hukukçu, doktor, mühendis, bilim adamı gibi kişiler de işçi sıfatını taşıyabilir. İşçiler çalışma hakkının sağladığı korumadan yararlanırlar. İşçi olunması, taraflar arasında bir iş sözleşmesinin yapılmasını gerektirdiğinden diğer hizmet sözleşmelerine göre çalışanlar işçi sayılmazlar. Bu sebeple, örneğin eser ya da vekalet sözleşmelerine göre çalışanlar işçi sıfatını sahip değildirler.³⁸

³⁷ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4.maddesinde belirtilen iş ve iş ilişkilerinde İş Kanunu hükümleri uygulanmamaktadır.

³⁸ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilemiş 11.Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2015, s 138.

Yalnız iş sözleşmesinin sadece özel hukuk kişileriyle işçiler arasında yapıldığı zannedilmemelidir. Kamu tüzel kişileriyle diğer çalışanlar arasında iş sözleşmesi yapılabilmektedir. Kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunlara bağlı müessese, ortaklık ile iştiraklerde iş sözleşmesiyle çalışıp da maaş alan işçiler vardır. Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı olarak çalışıp karşılığında ücret alan işçiler de vardır. Ayrıca memurların haricinde kamu görevlisi statüsünde çalışan sözleşmeli personel bulunmaktadır. Memurlar ve sözleşmeli personelin durumuyla kural olarak idare hukuku ilgilendir. Tabii oldukları kendi mevzuatları vardır.³⁹

Sonuç olarak, işçinin yaptığı işin iş sözleşmesine dayanması, her şeyden önce ortada serbest irade ile kararlaştırılmış karşılıklı bir borç ilişkisinin varlığını gösterir. Bu nedenle, “iş görme” ve “ücret ödeme” unsurlarını taşımadan yapılan hayır işleri ve yardım işleri nezaketen yapılan davranışlar olup ücretsiz vekalet olur. Bunun gibi, cezaevlerinde bulunan tutuklu ve hükümlülere yaptırılan işler; serbest iradeye dayanmadığı için bu durumda çalışan kişiler işçi sayılmazlar.⁴⁰

2)Çırak

Çalışma hakkını kullanan diğer bir sınıf ise çırak statüsüne sahip kişilerdir. 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na göre çırak; çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlarını iş içerisinde geliştiren kişiyi ifade eder. Mesleki Eğitim Kanunu m.10'a göre çırak olabilmek için şu şartlar aranır;14 yaşını doldurmuş ve 19 yaşından gün almamış olmak, en az ilköğretim okulu mezunu olmak, yapısı ve sağlık durumu icra edeceği mesleğin gerektirdiği işleri yapmaya uygun olması gerekmektedir. Bu durumda çırak, öğrenimin uygulamalı olması sebebiyle işyerinde işçi gibi çalışması, onu pratik bakımdan işçi gibi değerlendirmeye elverse dahi hukuki olarak işçi kabul edilmez. Çünkü işyerindeki varlığının sebebi bir sanat veya mesleğin kendisine öğretilmesi olup herhangi bir işin ifası değildir. Çırak, mesleki eğitimi bakımından gerekli olup da ustası tarafından kendisinden istenen işleri yerine getirmek zorunda olup, bu onun çıraklık sözleşmesinden doğan öğrenme yükümlülüğü içinde yer alan bir husustur. İş Kanunu, istisnalara ilişkin m.4/1'in (f) bendinde iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak

³⁹ DEMİR, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 6552,6645 ve 6663 sayılı Kanun Hükümleri ile 4734 ve 4735 sayılı Kamu İhale Kanunlarına Göre Yapılan Toplu İş Sözleşmelerini Düzenleyen Yönetmelik Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 10.Baskı, Albi Yayıncılık, İzmir, 2017, (İş Hukuku), s.44.

⁴⁰ Demir, İş Hukuku, s.45.

üzere İş Kanunu'nun çıraklar hakkında uygulanmayacağını belirterek çırakları işçi olarak kabul etmemiştir. Çıraklar 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na tabidir. 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu çırağı, öğrenci statüsünde görmekte ve çırakların işyerinde çalışan personel sayısına dahil edilemeyeceğini kabul etmektedir. Çıraklar hakkında 3308 sayılı Kanun'da hüküm bulunmaması durumunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.393/f.3 uyarınca; bu kanunun genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacaktır.⁴¹

3)Memur ve Sözleşmeli Personel

Çalışma hakkını kullanan ve kamu hizmetini yerine getiren memur ve sözleşmeli personel statüsü bulunmaktadır. Memur ve sözleşmeli personel işçilikten farklı bir statüyü ifade etmektedir. Bunlar kamu hizmetini yerine getirmektedirler. Anayasa m.128 gereğince memur ve diğer kamu görevlileri; devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kişilerdir. Memurlar, kamu tüzel kişilerinde bir sözleşme yapmadan memur statüsünde bulunarak çalışan kişilerdir. Diğer kamu görevlileri ise; sözleşmeli personel ve işçi olarak çalışan kişilerdir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda bu üç istihdam şekli bulunmaktadır. Geçici personel, 696 sayılı KHK'nin 17'inci maddesiyle kaldırılmıştır. Ayrıca kendi özel kanunları bulunan hakimler, savcılar, üniversite öğretim üyeleri, Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları kamu görevlisi olan kişilerdendir, ancak 657 sayılı DMK'na tabi değildirler. DMK'na göre sözleşmeli personel; özel bir meslek bilgisine ve uzmanlığa ihtiyaç olan geçici işlerde, mali yılla sınırlı olmak üzere sözleşmeyle çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu görevlileridir. Memurluğa alınma, memurların ödev ve sorumlulukları, hakları, tabi oldukları yasaklar, sınıf ve dereceleri, ilerleme ve yükselmeleri, mali ve sosyal hakları, memurluğun sona ermesi ve diğer çalışma koşulları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Diğer kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülükleri kendi kanunlarında düzenlenmiştir.⁴²

Memur ve sözleşmeli personelin tabi olduğu kendi mevzuatı olduğundan dolayı işçilere tanınan sendika, toplu sözleşme, grev hakkı memur ve diğer kamu

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, 1.Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017, s.57.

⁴² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.59.

görevlilerine tanınmamıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.27 gereğince; devlet memurlarının “greve karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları” yasaktır. Yine aynı 27’inci maddenin ikinci fıkrasında; devlet memurlarının herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılmayacakları, grevi destekleyemeyecekleri veya grevi teşvik edemeyecekleri belirtilmiştir. Memur ve diğer kamu görevlilerininin DMK m.26 gereğince; kamu hizmetlerini aksatmak üzere memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelip de Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır. Yani işçilerin aksine toplu eylemde bulunmaları, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmaları yasaktır.

4) Örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM, 2.12.2014 tarihli *Emel Boyraz/Türkiye* kararında; *başvuran 19 Ekim 1999 tarihinde devlet memuru olmak için sınava girmiştir. Kendisi, TEDAŞ’ın Batman şubesinde güvenlik görevliliği görevine atandığı konusunda bilgilendirilmiştir. 05.07.2000 tarihinde, TEDAŞ Batman Şubesi insan kaynakları birimi, başvurana “erkek olma” ve “askerlik görevini tamamlamış olma” şartlarını tamamlamadığı için atanmadığını bildirmiştir. Başvuran, ayrıca, söz konusu göreve atanmasının reddedilmesi sonucunda tercih etmiş olduğu diğer dört görevden birine atanma fırsatından mahrum kaldığını ve 1999 yılında başarılı olduğu için 2000 yılında tekrar sınava giremeyeceğini ifade etmiştir. Ankara İdare Mahkemesi, 27 Şubat 2001 tarihinde, TEDAŞ Batman şubesinin kararını iptal etmiştir. Mahkeme, “askerlik görevini tamamlamış olma” şartının yalnızca erkek adaylar için geçerli olduğunun düşünülmesi gerektiğine ve TEDAŞ’da kadınların güvenlik görevlisi olarak çalışmalarına daha önce bir sınır konmadığına karar vermiştir. Bunun üzerine başvuran 11.07.2001 tarihinde göreve başlatılmıştır. TEDAŞ, Gaziantep Şubesi’nin alım ilanında “erkek adaylar için, askerlik görevini tamamlamış olma” şartının bulunduğunu fakat Batman’daki ilanda “askerlik görevini tamamlamış olma” şartının bulunduğunu belirterek Danıştay’a itirazda bulunmuştur. Söz konusu görevin sadece erkek adaylara ayrıldığını belirtmiştir. Danıştay 12.Dairesi, itirazı kabul etmiş, söz konusu ilanın erkek adaylara yönelik olduğuna ve bu şartların kamu çıkarları doğrultusunda meşru olduğuna hükmetmiştir. Bu karara dayanılarak başvuran, 17.03.2004 tarihinde TEDAŞ Elazığ şubesindeki görevinden çıkarılmıştır. Başvuran 24.04.2006 tarihinde temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz talebinde aynı şekilde*

bayanların açmış olduğu 3 dava daha olduğunu, bunlardan birinin Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu önünde derdest olduğunu belirtmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu söz konusu kararında; “askerlik görevinin tamamlanmış olması” şartının sadece erkek adaylara yönelik olması gerektiğinin anlaşılması gerektiğine ve bu nedenle kadın başvuranın atamasının reddedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Başvuran adil yargılanma hakkının ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Danıştay 12.Dairesi; Genel Kurul Kararını göz önünde bulundurmayarak ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. AİHM, başvurunun sözleşmenin 8.maddesi ve 14.maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. AİHS m.8/1'e göre; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” AİHS m.14'e göre; Bu Sözleşme' de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, ırk, dil, inanç, siyasi kanaat, ulusal bir topluma mensubiyet, zenginlik, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı olarak ayrımcılık gözetilmeksizin herkese sağlanmalıdır. AİHM kararında; devlet memurluğuna kabul şartlarının ilgili devletin kendisi tarafından belirleneceğini ancak söz konusu uyumsuzluğun çalışma hakkına sahip olup olunmamasıyla ilgili olduğunu ve cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yapıp yapılmamasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir. AİHM, başvuranın işten çıkarılması olayının AİHS'nin 8. ve 14.maddesini ihlal edip etmediğine bakılması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, kararında ilk olarak Danıştay'ın gördüğü benzer davalarda verilen çelişkili kararların, tutarlılık sağlayan bir mekanizma olmadığını, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ve yargıya güvenin zedelendiğini belirtmiştir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, aynı şekilde işten çıkarılan R.B. hakkındaki işten çıkarılma kararını hukuka aykırı bulmuştur. AİHM, sadece Batman'daki güvenlik görevlilerinin belirli koşullar altında ateşli silah ve fiziksel güç kullanmaları gerekebileceği gerekçesiyle kişiler arasında farklı muamele yapılmasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul etmiştir. AİHS'nin 14.maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. AİHM, başvuranın güvenlik görevliliği işinden çıkarılmasının nedeninin, görevin gerektirdiği riskleri ve sorumlulukları yerine getirmemesi olmadığını belirtmiştir. Başvuranın haksız yere işten çıkarıldığını belirtmiştir.⁴³

AİHM, 15.01.2013 tarihli *Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında; başvuran *British Airways Plc* isimli özel bir şirketin bilet kontrol ekibinin bir üyesi

⁴³ AİHM, Emel Boyraz/Türkiye, T.2.12.2014, B.N.:61960/08, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/emelboyraz.pdf>, (e.t.:04.05.2019).

olarak çalışmaktadır. British Airways, müşterilerle irtibat halinde olan tüm çalışanlarının üniforma giymesini zorunlu kılmıştır. 2004 yılına kadar kadınlar için olan üniformada yüksek yaka bluz kullanılmıştır. 2004 yılında British Airways, kadınlar için açık yaka bir bluz içeren yeni bir üniforma uygulamaya koymuştur, bu açık yaka bluzun, içeri sokulabilen ya da gevşekçe boyunda bağlanabilen bir kravat ile giyilmesi gerekmektedir. Üniforma hakkında her açıdan detaylı kurallar belirleyen bir kullanıcı rehberi hazırlanmıştır. 20 Mayıs 2006 tarihine kadar, başvuran kıyafetlerinin altında saklayarak iş yerinde haç takmıştır. 20 Mayıs 2006 tarihinde haçı, inancına olan bağlılığının bir işareti olarak açıkça takmaya karar vermiştir. Sözü geçen gün ise geldiğinde, müdürü başvurandan haçı ve zinciri çıkarmasını ya da kravatının altında saklamasını istemiştir. Başvuran başta reddetmiştir fakat konuyu daha kıdemli bir yönetici ile konuştuktan sonra kendisine verilen talimatlara uymayı kabul etmiştir. 7 Ağustos 2006 tarihinde başvuran işte tekrar gözle görülür şekilde haç takarak gelmiş ve karşı çıkması halinde kendisine ödeme yapılmadan eve gönderileceği uyarısını aldıktan sonra, tekrar gönülsüzce üniforma yönetmeliğine uymayı kabul etmiştir. 20 Eylül 2006 tarihinde, başvuran haçı kıyafetlerinin altında saklamayı ya da çıkarmayı reddetmiştir ve şirket yetkilisi tarafından sözleşmeden doğan yükümlülüğü çerçevesinde üniforma yönetmeliğine uymayı kabul edeceği tarihe kadar, ödeme yapılmadan eve gönderilmiştir. 23 Ekim 2006 tarihinde şirket tarafından başvurana, müşteri ile temas gerektirmeyen, dolayısıyla üniforma giyme zorunluluğu olmayan idari bir iş teklif edilmiştir. Fakat başvuran bu teklifi reddetmiştir. British Airways çalışanlarla ve sendika temsilcileriyle yapılan görüşmeler sonrasında, 19 Ocak 2007 tarihinde yeni bir politika benimsenmesine karar vermiştir. 1 Şubat 2007 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, yetki verilen yerlerde, dini ve hayırseverlik sembollerinin açık şekilde takılmasına izin verilmiştir. Haç ve altı köşeli yıldız gibi belirli semboller için derhal yetki verilmiştir. Başvuran, 3 Şubat 2007 tarihinde, yeni politikaya uygun olarak haç takma izni ile işe geri dönmüştür. Fakat British Airways, başvuranın işe gelmemeyi tercih ettiği süre boyunca kaybettiği kazancına karşılık ödemede bulunmayı reddetmiştir. Başvuran, 15 Aralık 2006 tarihinde İş Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Ayrımcılık yapıldığı için ve dinini açıkça sergileme hakkının ihlal edildiği için tazminat talebinde bulunmuştur. İş Mahkemesi başvuranın iddialarını reddetmiştir ve gözle görülür şekilde haç takmanın Hıristiyanlar için bir zorunluluk olmadığına, bunun başvuranın kişisel tercihi olduğuna karar vermiştir. Yaklaşık 30.000 kişilik üniformalı iş gücü

içinden hiçbir çalışanın böyle bir istek ya da talepte bulunduğu ya da böylesi bir talep reddedildiğinde çalışmayı reddettiğine dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Ayrıca şirketin üniforma politikasının, Hristiyanları dezavantajlı durumda bıraktığını tespit edemediğini belirtmiştir. Başvuran İş Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur. İş Temyiz Mahkemesi ayrımcılık kavramının, belirli bir gruba karşı ayrımcılık anlamına geldiğini ve başvuranın grup dezavantajına yönelik herhangi bir delil sunmadığını belirtmiştir. Olayda kıyafet yönetmeliğine uyulmasının istendiği belirtilmiştir. Başvuran Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur, bu mahkeme 12 Şubat 2010 tarihinde başvuruyu reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, İş Temyiz Mahkemesi'nin yaklaşımını onaylamıştır. Temyiz Mahkemesi, başvuran haricinde kimsenin üniforma kurallarından şikayetçi olmadığını ve British Airways şirketinin başvuranı üniforma zorunluluğu olmayan başka bir bölümde çalışmasını teklif ettiğini fakat bu teklifi reddettiğini belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi, şirketin kıyafet uygulamasının bir dini grubu dezavantajlı hale sokmadığını belirtmiştir. AİHM'ne göre; AİHS'nin 9. maddenin 1. fıkrasında belirtildiği üzere, din özgürlüğü kişinin dinini hem özelinde yalnızken, hem de başkalarıyla birlikte ve halk arasında gösterebilmesini de kapsar. Dini inancın sergilenmesi öğretme şeklinde olabileceği gibi, uygulama ve gözlem şeklinde de olabilir. Sözler ve fiiliyatı birlikte uygulamak dini inancın gereğidir. AİHS m.9/2'ye göre; kişinin din ya da inancını sergileme özgürlüğüne konulacak herhangi bir kısıtlamanın kanunda öngörülmüş olması ve kanunda belirtilen meşru amaçlardan bir ya da daha fazlasını yerine getirme amacıyla olması gerekmektedir. Birleşik Krallık 'da işyerlerinde dini giysileri giyilmesi ve dini semboller takılması konusunu düzenleyen mevzuat mevcut değildir. AİHM, bir kişinin işyerinde din özgürlüğünün kısıtlandığı yolunda bir şikâyette bulunulması halinde, bu hakka yapılan müdahaleyi ispatlamak için iş değiştirmek yerine uygulanan kısıtlamanın dengeli olup olmadığına ve haklı gerekçelerin olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir. AİHM'ne göre British Airways'in Eylül 2006 ile Şubat 2007 arasında, başvuranın haçı gözle görünür şekilde takmak suretiyle görevinde kalmasına izin vermeyi reddetmiş olması başvuranın dinini sergileme hakkına müdahale teşkil etmektedir. AİHM, ulusal hukuk kapsamında bu konuda bir düzenleme olmamasının başvuranın işyerinde dini bir sembol takarak dinini sergileme hakkının yeterince koruma altına alınmamasına yol açtığı kanaatindedir. AİHM, başvuranın dinini sergileme hakkı ile şirketin kurumsal imajını yansıtırma hakkı arasında denge kurulmadığını belirtmiştir. AİHM, başvuranın taktığı haçın mütevazî bir haç olup

profesyonel görüntüsünü bozmadığını belirtmiştir. AİHM, bu durumun British Airways'in markasına ya da imajına zarar vermediğini ve daha önce şirketin baş örtüsü takılmasına izin verdiğini belirtmiştir. Tüm bu sebeplerle AİHM, AİHS'nin 9.maddesinde düzenlenen din ve inancı açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir. AİHS m.9/1'e göre; Herkes düşünce, din ve inanç özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din ya da inancını değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya toplu şekilde, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içermektedir. Çalışma hakkı din, dil, ırk, cinsiyet gözetmeksizin herkese tanınmış bir haktır. İlgili şirket, daha önce başka bir çalışanın baş örtüsü takılmasına izin verdiği gibi söz konusu çalışanın profesyonel görüntüyü bozmayacak şekilde haç takılmasına izin vermelidir. Dolayısıyla AİHM'nin tutumu yerindedir.⁴⁴

C.ASGARİ ŞARTLARIN DEVLET TARAFINDAN BELİRLENMESİ

19.yüzyılda başlayan, günümüze kadar devam eden ve halen devam etmekte olan çalışma hakkını düzenleyici devlet müdahaleleri çoğunlukla işverene karşı güçsüz durumda olan işçiyi koruma amacına dayanmıştır. Bir başka deyişle çalışma özgürlüğünden çalışma hakkına geçişin sebebini teşkil eden, iktisadi ve sosyal bakımdan güçsüz durumda olan işçinin korunması düşüncesi, birçok konuda (çalışma süresi, çalışma yaşı, ücretler, vb.) işverenin sözleşme serbestisini sınırlama şeklinde ortaya çıkmıştır. İş Hukukunun bağımsız bir hukuk disiplini olarak ortaya çıkmasında başlıca sebebi özel hukuk alanındaki "eşitlik" ilkesinin terkedilmesinin neden olduğu da bir gerçektir. Nitekim özel hukuk alanındaki eşitlik ilkesini terk eden İş Hukuku, ancak bu şekilde sözleşmenin güçsüz tarafını koruyabilmekte; böylece taraflar arasında asgari bir dengenin kurulmasına ve toplumun iktisadi ve sosyal çıkarlarına uygun bir ahengin sağlanmasına hizmet etmektedir. Çalışma hakkı kapsamındaki kurallar, bir başka deyişle çalışma hakkının içinde uygulama alanı bulduğu bu kurallar, sadece işçileri değil aynı zamanda toplum yararını koruyan kurallardır. İş Hukuku yalnız işçileri koruyan bir sınıf hukuku değil kamu düzenini koruyan bir hukuk dalıdır.⁴⁵

⁴⁴ AİHM, Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık, T.:15.01.2013, B.N.:48420/10, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22Eweida%20and%20Others%20v.%20the%20United%20Kingdom%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22TUR%22%5D,%22appno%22:%5B%2248420/10%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>, (e.t.:05.05.2019).

⁴⁵ Demir, Çalışma Hakkı Sempozyum, s.150.

Çalışma hakkının ve çalışma hakkı kapsamında talep edilebilen diğer hakların asgari şartları devletler tarafından yasal düzenlemelerle belirlenmiştir. Asgari şartların devlet tarafından belirlenmeyip tam bir sözleşme serbestisi olması durumunda işverenler düşük maaşla ve yüksek çalışma süreleriyle işçileri çalıştıracaklar, bu durum sanayi devrimi sonrasında olduğu gibi çalışanların sefaletinden, eziyete maruz kalmasından ve tek taraflı dayatmadan başka bir sonuç doğurmayacaktır. Bu sebeplerle ülke içinde sosyal adaletin ve çalışma hakkının gerçekleşmesinin sağlanması için çalışmanın asgari şartları devletler tarafından belirlenmektedir. Burada devlet, çalışmanın şartlarını belirleyerek toplumsal dengeyi sağlamaya çalışmakta ve keyfiliği engellemeyi amaçlamaktadır. Böylece devlet, koyduğu kurallarla işsizliği önlemeye çalışmakta ve çalışma hayatında düzeni sağlamaya çalışmaktadır. Bireyin bir işte çalışmaya başlayabilmesi için veya işverenin işçi çalıştırabilmesi için İş Kanunu'nda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da ve diğer özel kanunlarda belirlenmiş olan şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar sağlanmadan söz konusu işleri veya meslekleri icra etmek mümkün değildir.

1) İş Kanunu Bakımından

İş Hukuku'nun asgari çalışma koşullarını belirleyen emredici kuralları daha çok işverene yönelik, işverenin sözleşme serbestisini sınırlayan hukuk kurallarıdır. Bu kurallar çalışma hakkı ve çalışma hakkı kapsamındaki diğer hakların asgari şartlarını belirleyen haklardır. Bu kuralların çalışan işçi lehine genişletilerek uygulanması mümkündür. Çünkü, işçinin çalışmasının sömürülmesini engellemek amacıyla işçinin korunması ilkesi benimsenmiştir. Öyle ise bu hükümler tek taraflı olarak emredicidirler ve sözleşme serbestisini işçi aleyhine değiştirmemek şartıyla etkilemektedir. Bu nedenle işçinin korunması amacıyla getirilen ve asgari çalışma koşullarını belirleyen kurallar “mutlak” değil “nispi” emredici hükümler niteliğindedir. Çalışma hakkına ilişkin asgari koşulların devlet tarafından belirlenmesi, işverene karşı güçsüz konumda olan işçilerin korunması, toplumda ezilen bir sınıfın ortaya çıkmaması, toplum sağlığının korunması ve sosyal adaletin sağlanması için zorunlu olarak devletin müdahalesinin gerekmesinden dolayı ortaya çıkmaktadır.

Anayasa güçsüz durumda olan bazı kişilerin korunması ve çalışma hayatının gelişmesi için bazı kişileri özel olarak korumuştur. T.C. Anayasası'nın 50.maddesinin 1.fikrasına göre; “Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde

çalıştırılmaz.” T.C. Anayasası’nın 50.maddesinin 2.fikrasına göre; “Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” Bu kapsamda mevzuatımızda, özellikle 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 71. maddesine göre, “On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.” denilmek suretiyle aslında küçüklerin çalışmasına ilişkin asgari yaş koşulu belirlenmiştir.

Çalışma hakkının asgari şartlarının belirlendiği bir durum; işverenlere belli oranda özürlü, eski hükümlü, terör olayları sonucunda yaralanan kişileri çalıştırma yükümlülüğü getirilmesi durumudur. 4857 sayılı İş Kanunu m.30/1’e göre; işverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü; elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya askerlik hizmetini yaparken 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 21’inci maddesinde belirtilen terör olaylarının meydana gelmesi sonucu malul sayılmayan şekilde yaralananları durumlarına uygun olan işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Bu düzenlemeyle, elli ya da daha fazla işçi çalıştırılan özel sektördeki işyerlerinde işverenlere %3 özürlü; elli ya da daha fazla işçi çalıştırılan kamu işyerlerinde işverenlere %4 engelli ve %2 eski hükümlü veya terör olayları sebebiyle malul sayılmayacak şekilde yaralanan asker, yedek subay, yedek askeri memur çalıştırma şartı getirilmiştir. Tabi bu oranlar asgari koşullardır, daha fazla oranda özürlü, eski hükümlü, terör olayları sebebiyle malul sayılmayacak şekilde yaralanan kişilerin çalıştırılması mümkündür. Ayrıca, zaten işyerinde çalışan bir işçi iken sonradan engelli hale gelenlere öncelik tanınacağı belirtilmiştir. Buradaki çalıştırılacak olan kişi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçilerin esas alınacağı belirtilmiştir.

İş Kanunu m.30/5’e göre; “Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık

ücret tutarında tazminat öder.” Burada işverene, maluliyet sebebiyle işten ayrılmak zorunda kalan eski işçisini, boş yer varsa derhal yoksa boşalacak ilk işe diğer isteklilere karşı tercih ederek geri işe alma zorunluluğu getirilmiştir.

İş Kanunu m.31/4’e göre; ”Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.”

Ayrıca İş Hukuku’nun önemli kaynaklarından biri olan toplu iş sözleşmeleriyle belirli şartlarda iş sözleşmelerinin yapılması kısıtlanabilir. Örneğin; belli sayının üstünde çırak, yabancı işçi veya kadın işçi çalıştırılmayacağı kararlaştırılabilir. Ancak bu yasaklamaların kanunun emredici hükümlerine, asgari çalışma şartlarına ve hakkaniyete aykırı olmaması gerekir.

2) Borçlar Kanunu Bakımından

Bununla birlikte, İş Hukuku’nun emredici kuralları diğer özel hukuk dallarına, örneğin Borçlar Hukuku’nun emredici kurallarına göre farklı bir özellik taşımaktadır. Bunun sonucu iş sözleşmesiyle kurulan işçi-işveren ilişkilerinde emredici kuralların sözleşme serbestisini sınırlaması, diğer akıtlardan farklı bir etki meydana getirir. Borçlar Kanunu’na göre emredici bir hükme aykırı bir hususu taraflar aralarında kararlaştıramazlar. Bu emredici hükme aykırı olarak konulan sözleşme hükümleri geçersizdir. Oysa, İş Hukuku mevzuatında yer alan ve bu arada iş sözleşmesini düzenleyen emredici kurallardan temelde işçiyi korumaya yönelik olanlar, sadece işçi aleyhine değiştirilemezler. Fakat bunların sözleşmeler ile işçi yararına değiştirilerek aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bu sebeple, İş Hukuku mevzuatında işçi yararına belirlenen çalışma koşulları, bu konuda asgari sınırları koymakta, bu sınırların toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleriyle işçinin yararına olacak şekilde aşılması ve değiştirilmesi tarafların sözleşme serbestisi içinde mümkün olmaktadır.⁴⁶

⁴⁶ Demir, Çalışma Hakkı Sempozyum, s.151.

3) Örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatlarında devlet memurluğuna girme hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından teminat altına alınan bir hak olmadığını, bu hakkın bilinçli olarak AIHS'nin dışında tutulduğunu belirtmektedir. AIHM, Anayasa'ya bağlılıkla meşrulaştırılabilen ve devletin kamu otoritesini kullanmasının bir sonucu olduğu kamu hizmetlerine girmeyi engelleyen düzenlemeleri ihlal olarak değerlendirmemektedir. Sonuçta çalışma hakkını kullanabilmek için gereken asgari şartlar, devlet tarafından belirlenecektir. Ancak AIHM, özel sektörde çalışmayı engelleyen müdahaleleri değerlendirip ihlal kararları verebilmektedir. Bununla birlikte AIHM, devlet memuru olmaya hak kazanmış fakat daha sonra haksız yere işten çıkarılmış olan devlet memurlarının AIHS'in koruması altına girdiğini belirtmektedir. Ayrıca AIHM, devlet memurluğuna giriş için gerekli şartları taşımasına rağmen işe başlatılmayan kişilerin haksız yere işten çıkarıldığını kabul etmektedir.⁴⁷

AIHM, 21.01.2014 tarihli **İhsan Ay/Türkiye** kararında; *başvuran, 10 Aralık 1985 tarihinde, Diyarbakır'da özel bir dershanede biyoloji öğretmeni olarak çalışmaya başlamıştır. Başvuran, söz konusu dershanede, Aralık 1985 ve Temmuz 1999 tarihleri arasında sözleşmeli olarak çalışmıştır. Sözleşmesinin yenilenmesi hususu, Diyarbakır Valiliğine bağlı Milli Eğitim Müdürlüğü'nün onayına sunulmuştur. Milli Eğitim Müdürlüğü, 13 Temmuz 1999 tarihinde, başvuran hakkında yürütülen güvenlik soruşturmasını ileri sürerek, sözleşmesinin yenilenmemesi gerektiğine karar vermiştir. İlgili mevzuat gereğince, bu tarihte özel dershanede çalışan bir öğretmenin sözleşmesinin yenilenmesi idarenin onayına bağlıdır. Dershane müdürü, 21 Temmuz 1999 tarihinde, başvurana sözleşmesinin sonlandırıldığı bilgisini vermiştir. Başvuran, 1 Eylül 1999 tarihinde Diyarbakır İdare Mahkemesine, sözleşmesinin feshinin iptali hakkında dava açmıştır. Başvuran, başvurusu kapsamında ayrıca işten çıkarılmasına yönelik olarak kendisine herhangi bir gerekçe bildirilmediğini ve güvenlik soruşturmalarının içerik bakımından gizli olmaları nedeniyle idari bir kararın dayanağını oluşturamayacağını belirten Danıştay'ın yerleşik içtihadının, idari makamlar tarafından göz önünde bulundurulmadığını belirtmiştir. Başvuran, söz konusu dershanenin kurulduğu 1985 yılından beri orada çalıştığını ve kanuna aykırı olan bu idari karar neticesinde çalışma*

⁴⁷ Kılıçkaya, s.138-139.

hakının ihlal edildiğini ifade etmiştir. Başvuran, başka bir işinin bulunmaması nedeniyle geçim kaynağından yoksun bırakıldığını ve idari makamların kararlarının kendi hayatında geri alınamaz sonuçlar yarattığını ileri sürmüştür. Valilik tarafından mahkemeye gönderilen bir belgede, başvuran aleyhine “Devletin şahsiyetine” karşı bir suç işlediği gerekçesiyle ilgili Emniyet Müdürlüğü tarafından işlem başlatıldığı ve ceza yargılaması sonucunda kendisine on ay hapis cezası verildiği, başvuranın 1991 yılında Eğitim-Sen (işçi sendikası) Diyarbakır şubesi temsilciliğini yaptığı belirtilmiştir. Mahkeme, başvuranın birkaç sene Devlet okullarında görev yaptığını ve dershanede çalışmaya başladığında, idari makamların kendisini tanıyor olduğunu değerlendirmiştir. Bu nedenle Diyarbakır İdare Mahkemesi, başından beri yetkililerin haberdar olduğu istihbarat bilgisine dayanılarak alınan, başvuranın sözleşmesinin sonlandırılması kararının kanuna aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Davayı kabul etmiştir. Diyarbakır Valiliği, 30 Aralık 1999 tarihli kararı temyiz etmiştir. Temyiz dilekçesinde, başvuranın yasadışı faaliyetlere katılmış olduğu ve dolayısıyla bir öğretilimde bulunması gereken nitelikleri taşımadığını belirtmiştir. Ayrıca, idari makamların, ilgili görevin niteliği ve hassasiyetini göz önünde bulundurarak, başvuranın görevine devam etmesinde herhangi bir kamu menfaati bulunmadığını belirtmiştir. Danıştay, 17 Eylül 2001 tarihinde, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Mahkeme, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin başvuran hakkında bir güvenlik soruşturması yürüttüğünü kaydetmiştir. Söz konusu idari soruşturma neticesinde; başvuranın 1980 yılından önce çok sayıda ideolojik faaliyetlere katılmış olduğunu, komünizm propagandası yaptığı gerekçesiyle başvuran aleyhinde cezai işlem başlatıldığını ve kendisine on ay hapis cezası verildiğini ortaya koymuştur. Bunların, başvuranın görevine son verilmesi kararının gerekçelerini oluşturduğunu belirtmiştir. Danıştay, başvuranın güvenlik soruşturmasını takiben işten çıkarılmasına yönelik kararın kanuna uygun olduğuna kanaat getirmiştir. Dolayısıyla Danıştay, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Başvuranın temsilcisi, 17 Eylül 2001 tarihli kararın düzeltilmesi talebiyle Danıştay’a başvuruda bulunmuştur. Başvuranın temsilcisi, ceza yargılamasını yürüten mahkemenin başvuran aleyhindeki cezai hükmün bozulmasına ve başvuranın sabıka kaydının silinmesine karar verildiğini belirtmiştir. Başvuranın silinmiş olan sabıka kaydına ve kamunun erişimine açık olmayan güvenlik soruşturması bulgularına dayanılarak görevden alınmasının, kanuna aykırı olduğunu ve AİHS kapsamında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Danıştay 8 Mayıs 2002 tarihinde, başvuranın temsilcisinin

beyanlarının, kararın düzeltilmesi için bir dayanak oluşturamayacağına karar vererek, söz konusu talebi reddetmiştir. Diyarbakır İdare Mahkemesi, Danıştay'ın kararını dikkate alarak ve kararın gerekçesine atıfta bulunarak, 31 Aralık 2002 tarihinde, başvuranın davasını reddetmiştir. Başvuran AİHM'ne başvurusunda; Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca, eski 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 1991 yılında yürürlükte kaldırılan hükümleri uyarınca, komünist parti propagandası yaptığı gerekçesiyle kendisine verilen cezai hüküm temelinde görevinden alındığından ve bu görevden alınmanın, söz konusu maddelerin yürürlükten kaldırılmasının ardından başvuranın sabıka kaydının silinmesine rağmen gerçekleştirildiğinden şikâyetçidir. Başvuran, ne idari makamların ne de mahkemelerin, sabıka kaydının silindiğini dikkate aldığını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, kendisinin çok nitelikli bir öğretmen olduğunu ve mesleğini 1985 ve 1999 yılları arasında herhangi bir sorun yaşamadan icra edebildiğini belirtmiş ve mevcut durumda mesleğini icra etmesinin engellendiğini ve psikolojik hasara uğradığını ifade etmiştir. AİHS m.8/1;” Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” Hükümet, başvuranın Sözleşme kapsamındaki haklarına herhangi bir müdahalenin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür. Hükümet özellikle, başvuranın sözleşmesinin sonlandırılmasının, özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale teşkil etmediğini belirtmiştir. İdari kararın 657 sayılı Kanun'un 48/A-(5) maddesi uyarınca alındığını belirtmiştir. AİHM, ilk olarak başvuranın, geçmişiyile alakalı olan bir güvenlik soruşturması neticesinde görevinden alındığını gözlemlemektedir. Bunu yanı sıra, başvuranın öğretmenlik sözleşmesinin sonlandırılması, mesleki çevresi dâhil olmak üzere diğer insanlarla olan ilişkilerini ve mesleki niteliklerine sahip olduğu bir mesleği icra edebilmesini etkilemiştir. AİHM, başvuranın işlemiş olduğu suça ilişkin bir sabıka kaydının bulunmadığını belirtmiştir. AİHM, hem 657 sayılı Devlet Memurları Kanun'un 48(A)-(5) maddesi hem de Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 39/1 maddesi ideolojik faaliyetlere katılma nedeniyle veya görev yapılan belirli bir coğrafi bölgenin özellikleri dikkate alınarak, öğretmenlerin görevlerinden alınmalarına imkan vermediğini belirtmiştir. AİHM, başvuranın, eski 765 sayılı Ceza Kanunu'nun m.142 uyarınca mahkûm edildiği ancak bu maddenin 12 Nisan 1991 tarihinde yürürlükten kaldırıldığını ve başvuranın bu maddeler temelindeki cezai hükmünün 22 Ağustos 1991 tarihinde bir mahkeme kararıyla silindiğini belirtmiştir. Danıştay'ın başvuranın bu savunmalarını dikkate almadığını belirtmiştir. Sonuç olarak AİHM, yerel mahkemelerin artık ceza gerektiren bir suç

olarak nitelendirilmeyen ve silinmiş bir sabıka kaydına dayanılarak, başvuranın görevinden alınmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ve sınırlamanın hedeflenen amaçla orantılı olmadığını belirtmiştir. Bu sebeplerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 8.maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ve bunla bağlantılı olarak çalışma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir.⁴⁸

AİHM, Vogt v. Germany kararında; başvuran devlet lisesi öğretmenin disiplin soruşturması neticesinde komünist parti üyesi olması sebebiyle görevine son verilmesinin, AİHS'nin 10.maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlali niteliği taşıdığına karar vermiştir. AİHM, başvuranın bir parti üyesi olması sebebiyle işten çıkarılmasının itibarını zedeleyeceğini, temel geçim kaynağının sona ereceğini ve Almanya'da devlet okulları dışında öğretmenlik yapmanın zor olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak başvuranın bir parti üyesi olması sebebiyle öğretmenlik mesleğine son verilmesinin, başvuranın uzun süre eğitimini aldığı ve ilerlemiş olduğu mesleğini yerine getirmesinin önünde büyük bir engel oluşturduğunu, bu durumun düşünce ve ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu belirtmiştir.⁴⁹

AİHM, 23.06.2015 tarihli **Sidabras ve Džiautas/Litvanya** kararında; üç başvuran Litvanya'da KGB eski çalışanlardır. 1998 yılında yürürlüğe giren KGB Kanununun ardından (bu Kanunla KGB çalışanlarının on yıl süreyle özel sektörde belirli işleri yapmaları yasaklanmıştır), başvuranların görevlerine son verilmiş ve başvuranlar, kamu ve çeşitli özel sektör işlerinde çalışmaları yasaklanmıştır. Litvanya'nın bağımsızlığını kazanmasından dokuz yıl sonra çıkan yasayla, Komünist Rejim esnasında KGB ajanı olarak çalışan başvuruçuların özellikle kamuda ve özel sektörün sınırı açıkça belirlenmemiş büyük bir kısmında çalışmaları yasaklanmıştır. Başvuruçular, daha sonra, ulusal mahkemeler nezdinde dava açmışlar, fakat bu davayı kaybetmişlerdir. AİHM, Sidabras - Dziautas/Litvanya ve Rainys - Gasparavicius/Litvanya davalarında verdiği kararlarında; başvuruçuların çalışma yaşamına erişim haklarına yönelik kısıtlamaların özel sektörün de önemli bir kısmını kapsamaması nedeniyle dış dünyayla ilişki kurmalarına ve kendi hayatlarını

⁴⁸ AİHM, İhsan Ay/Türkiye, T.:21.01.2014, B.N.:34288/04, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20C4%20B0HSAN%20AY%20v.%20TURKEY%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>, (e.t.:19.06.2019).

⁴⁹ Kılıçkaya, s.141.

sürdüremelerine olan olumsuz etkileri sebebiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. AİHM, kişilerin kamu hizmetinde çalışması için Devlet'e belirli bir bağlılığın aranması mümkün olsa da kişilerin özel sektörde çalışması için böyle bir bağlılığın aranmasının meşru olmadığına kanaat getirmiştir. AİHM söz konusu kararlarda, AİHS'nin 8.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararların ardından, başvurular, KGB Kanunu değiştirilmediği için özel sektörde hala iş bulamadıklarını iddia ederek yeniden dava açmışlardır. Ancak bu davada AİHM, KGB Kanunu'ndaki sınırlamalar nedeniyle başvurularını kimin ve ne zaman işe almayı reddettiği konusunda belirli bir bilgi verilmediğini ve bu iddianın ispatlanmadığını belirterek ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. Bu sebeplerle son başvurudaki başvuruların taleplerini reddetmiştir.⁵⁰

Yukarıdaki AİHM kararlarından anlaşılacağı üzere devletlerin belirlediği çalışma hakkı koşulları; ilgili işin ve kamu güvenliğinin gerektirdiği ölçüde olmalı, kişilerin çalışma yaşamına girmesini engelleyici, kişilerin özel hayatına müdahale eder nitelikte, düşünce ve ifade özgürlüğünü ihlal eder nitelikte olmamalıdır. Kişilerin siyasi ve şahsi tercihleri ya da düşünceleri sebebiyle çalışma hakkını kullanması ve çalışma yaşamına girmesi engellenmemelidir.

D.İNSAN ONURUNA UYGUN GELİR KARŞILIĞI OLMASI

1982 Anayasası'nın 18. maddesinde; "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır." denilmiştir. Bilindiği üzere angarya, bir kişinin hizmetinden bedava yararlanılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu hakkın karşılıksız olarak ya da ücretsiz olarak kullanılması Anayasa tarafından yasaklanmıştır. Çalışan kişilere, insan onuruna uygun olarak çalışmasının, yerine getirdiği işin karşılığının adil bir şekilde verilmesi gerekmektedir. Çalışan bireye emeğinin karşılığının verilmesi gerekmektedir. Bu sebeplerle, bu hak ancak insanlık onuruna uygun bir gelir (bir karşılık) elde edilerek kullanılan bir haktır.⁵¹

Zaten Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55.maddesinde; "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz

⁵⁰ AİHM, Sidabras ve Džiautas/Litvanya, T:23.06.2015, B.N.:50421/08 ve 56213/08, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-168531%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-168531%22]}), (e.t.:17.06.2019).

⁵¹ Şen, s.23.

önünde bulundurulur.” denilmek suretiyle çalışanların yaptıkları işe uygun olarak adaletli ücret almaları gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Zaten çalışanların yaptıkları işin karşılığı olarak bir ücret almamaları durumunda angarya ortaya çıkacaktır. Angarya da insanlık onuru ve üst paragrafta belirttiğim üzere Anayasa'nın 18.maddesi gereğince yasaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2006 tarihli, **2006/111** esas numaralı, **2006/112** karar numaralı kararında; *“Sosyal devlet, bireyin huzur ve refahını gerçekleştiren ve güvenceye alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, çalışanların insan onuruna uygun şekilde hayatlarını devam ettirmesi ve çalışma yaşamının kararlılık içinde sürdürülebilmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemleri alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin ülke içinde adil bir şekilde dağılmasını sağlayan, adaletli bir düzen kuran ve bunu sürdürmeye kendini yükümlü gören, hukuka bağlı olan devlettir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin tüm kararlarına egemen olan görüşe göre de, sosyal devletin görevi, kişinin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürmesini, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirmesi için gerekli hak ve imkanları, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamaktır. Devletin "sosyal" niteliği, aktüeryal denge ile sosyal devlet ilkesi arasında uyum sağlanmasını; sosyal güvenlik sisteminden kaynaklanan açıkların, başka bir deyişle sosyal güvenlik yükünün gerektiğinde devletçe karşılanmasını zorunlu kılar. Sosyal devletin amaçları arasında yer alan insan onuruna uygun asgari yaşam düzeyinin sağlanması; ülkede istihdamın artırılması ve işsizliğin önlenmeye çalışılması, çalışanların korunması, çalışanlara yerine getirdiği işin karşılığı olarak adil ücret verilmesi ve çalışmayacak halde olanların sosyal güvenlik önlemleri ile korunması anlamını ifade etmektedir.”*⁵²

Dolayısıyla sosyal devlet ilkesinin gereği olan, insanlık onuruna yaraşır asgari yaşam standardının sağlanması için; çalışan kişilere adaletli ve dengeli ücret verilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak çalışan kişilere yaptıkları işe uygun olarak adaletli ve dengeli ücret verilmesi sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Ülkemizde 2020 yılı için

⁵² Anayasa Mahkemesi, 30.12.2006, E.2006/111, K.2006/112, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm?utm_campaign=DonanimHaber&utm_medium=referral&utm_source=DonanimHaber, (e.t.:17.01.2019).

belirlenen asgari ücret; günlük 98,10 TL, brüt 2.943 TL, net olarak ise 2.324,70 TL'dir.⁵³ Yani çalışan bir kişinin alacağı minimum net ücret 2.324,70 TL'dir.

İşveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesinde, işverenin işçiye karşı olan borçlarından birisi ücret ödeme borcudur. İşçinin korunması ilkesi gereğince Türk İş Hukuku'nda ücret çeşitli şekillerde korunmaktadır. Ücret işçi için gelir unsuru, işveren için ise gider unsuru olduğundan genellikle işçi-işveren uyuşmazlıklarının ana konusu olmaktadır. Ücret her şeyden önce üretim faktörlerinden belki de en önemlisi olan emeğin, yani iş gücünün kullanılmasının karşılığıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32.maddesine göre; "Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır." şeklinde tanımlanmıştır. Asıl ücret veya kök ücret olarak da tanımlanabilen genel anlamda ücret mutlaka bir iş karşılığında ve nakit olarak ödenmelidir. Ücreti işveren veya işveren vekili ödeyebileceği gibi üçüncü şahıslar da ödeme yapabilir. Restoranlarda servis karşılığı olarak müşterilerin ödediği paralar buna örnektir. Ücretin kural olarak Türk parası ile ve en geç ayda bir ödenmesi gerekmektedir. Eğer ücret yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılmışsa; yabancı para olarak aynen veya fiili ödeme günündeki efektif kur üzerinden Türk Lirası karşılığı ile ödeme yapılmalıdır. İş Kanunu m.32/2'ye göre; ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak işverenin işyerinde ya da ayrı olarak açılan bir banka hesabına ödenmelidir. İşçiye ücreti; mal, kıymetli maden, emre yazılı senet ya da kuponla ödenemez. İşçinin onayı alınmak koşulu ve bu hususta teamül olması şartıyla işçiye ücreti posta çeki, banka çeki ya da havale yoluyla ödenebilir. İlgili yönetmelik⁵⁴ m.10 gereğince; işverenlerin Türkiye genelinde çalıştırdıkları işçi sayısının 5 veya daha fazla sayıda olması halinde, çalıştırılan işçiye yapılacak her türlü ödemenin net tutarının bankadan yapılması zorunludur.⁵⁵

IV.KAPSAMI

Çalışma hakkı sadece bir işe sahip olmak değildir, çalışma ortam ve koşulları da bu hakkı tamamlamaktadır. Çalışma hakkı tek bir hakkı ifade ediyor gibi gözükse de

⁵³ Resmi Gazete, T.27.12.2019, S.30991, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191227.pdf>).

⁵⁴ 21.05.2016 tarihli Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik m.10.

⁵⁵ ALTAN, Ömer Zühtü/ GEREK Nüvit/ AYDIN Ufuk/ BAYBORA, Dilek/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ ORAL, Abdurrahman İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3.Baskı, T.C.Anadolu Üniveristesi Yayını, Eskişehir, 2008, s.53.

çalışma hakkına bağlı olarak başka hakları da kapsamaktadır. Çalışma hakkının istikrarlı bir şekilde uygulanması, çalışanların korunması ve çalışmanın eziyete dönüşmemesi için başka hakların da bireylere sağlanması gerekmektedir. Bu sebeplerle çalışma hakkının sonucu olarak çalışan bireylere; iş güvencesi, iş yerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, dinlenme hakkı, adaletli ücret hakkı, ücretli izin hakkı, çalışan çocuk ve kadın ayrıca beden ve ruhi yetersizliği bulunanların korunması hakkı tanınmıştır. T.C. Anayasası'nda çalışanların dinlenme hakkı, ücretli hafta ve bayram tatili hakkı, ücretli yıllık izin hakkı (m.50), adaletli ücret hakkına (m.55) sahip oldukları belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kararlarında işe erişim ve işyerinde güvenlik gibi farklı çalışma haklarından bahsetmiştir.⁵⁶

Kişinin bir iş sahibi olmasıyla çalışma hakkı ve ödevi sadece gerçekleşmektedir, uygulamada çalışma hakkının tam anlamıyla sağlanması ve korunması gerekmektedir. Bu amaçla devlet, çalışma hayatını korumak ve geliştirmek için çalışanları ve işsizleri koruyup gözetmek zorundadır. Özellikle işçilerin haksız ve usulsüz olarak işten çıkarılmalarını önleyici iş güvencesi tedbirleri ile ara dinlenmesi hakkı, adil ücret alma hakkı, işsizlik sigortasının sağlanması bunlar arasındadır. Ayrıca çalışma hayatındaki çalışma barışını sağlamak da devletin görevleri arasındadır. Çalışma hayatında barışı ve düzeni sağlamak için devletin, işçi ve işveren ilişkilerinde dengeleyici olması gerekmektedir. Devletin, çalışma hayatında barışın bozulması durumunda; üretimin düşeceğini ve bunun da milli ekonomide olumsuz sonuçlar ortaya çıkaracağını bilmesi, bu sebeplerle çalışma barışını sağlayan hakları tanıması ve tedbirler alması gerekmektedir.⁵⁷

A.İŞ SÖZLEŞMESİ'NDE İŞÇİ ve İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İşçi ile işveren ilişkilerinde dengeyi sağlamak amacıyla, iş sözleşmesinde işçi ile işverenin birbirlerine karşı borçları vardır. İş sözleşmesinde işçinin işverene karşı; çalışma borcu, sadakat borcu, disiplin borcu bulunmaktadır. İş sözleşmesinde işverenin işçiye karşı; ücret ödeme borcu, iş sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerini alma borcu, işe uygun işçi çalıştırma borcu, iş nedeniyle zarar gören işçiye ait alet ve taşıtları tazmin borcu, eşit davranma borcu, işçinin buluşlarından ötürü ödeme yapma borcu

⁵⁶ KILIÇOĞLU, Mustafa, “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/ym_4/KilicogluCalismaHakki.pdf, s.4.

⁵⁷ Demir, Anayasa Hukuku, s.459-460.

bulunmaktadır. Bunlar çalışma hakkının sonucu olarak tarafların birbirinden talep edebilecekleri hususlardır. Burada işverenin borçlarından birisi iş sağlığı ve iş güvenliği tedbirlerini alma borcudur. Sağlıklı ve güvenli çalışma ortamı oluşturmak işverenin işçiye karşı olan en önemli borçlarından birisidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77.maddesine göre; işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü tedbiri almak, gereken araçları ve aletleri noksatsız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusundaki tedbirlere uymakla yükümlüdürler.⁵⁸

Bir büronun, bir maden işletmesinin, bir traktör fabrikasının, bir demir çelik fabrikasının, bir gıda üretim fabrikasının özellikleri düşünüldüğünde, iş sağlığı ve güvenliği için her iş yerinin kendi özelliğine göre farklı tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu durumda işverenler öncelikle; kendilerine ait iş yerlerindeki sağlık ve iş güvenliği koşullarının neler olması gerektiğini araştıracaklardır. İkinci aşamada; tespit ettikleri risk faktörlerinden kurtulmak için gerekli araç- gereç ve organizasyonu sağlayacaklardır. Üçüncü aşamada; işçilerine eğitim vererek iş sağlığı ve iş güvenliği konusundaki iş yeri kurallarını öğretecekler ve bu konuda çalışanlar üzerinde bilinç uyandıracaklardır. Dördüncü ve son aşamada ise; kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla denetim yapacak ve gerekirse kurallara uymayanlara yaptırım uygulayacaklardır.⁵⁹

B.İŞ GÜVENCESİ HAKKI

7 Aralık 2000 tarihinde, Avrupa Birliği tarafından sosyal ve ekonomik hakları ayrıca diğer birçok hakkı da düzenleyen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı imzalanmış ve ilan edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Bu Şart'ın 30'uncu maddesi gereğince; "Her işçi haksız işten çıkarılmaya karşı, Topluluk hukuku ile ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak korunma hakkına sahiptir." Bu şekilde iş güvencesi sağlanmıştır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.31/1'e göre; "Her işçinin sağlığını, güvenliğini ve saygınlığını gözeterek çalışma koşullarına sahip olma hakkı vardır."

Çalışma hakkının tam anlamıyla gerçekleşmiş olması için yerine getirdiği işe uygun olarak çalışan işçiye, iş güvencesinin sağlanmış olması gerekmektedir. Hukukumuzda yasal iş güvencesi 4857 sayılı İş Kanunu ve 4773 sayılı İş Güvencesi

⁵⁸ Altan, Gerek, Aydın, Baybora, Gökçek Karaca, Oral, s.53-54.

⁵⁹ Altan, Gerek, Aydın, Baybora, Gökçek Karaca, Oral, s.54.

Kanunu ile sağlanmıştır. Bu 4773 sayılı yasa gereğince, işveren ihbar ve kıdem tazminatı verse bile geçerli bir sebep olmadan iş sözleşmesini feshederse ciddi yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır. Daha sonra 4773 sayılı Yasa yürürlükten kalkmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu m.18/1'e göre; "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz."⁶⁰

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1.fikrasındaki hükümde yer alan "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde" kısmının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne iptal isteminde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 19.10.2005 tarih, 66/72 esas numaralı kararında; iş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esas olduğu, işçi ve işveren arasında denge gözetildiği, oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olacağı, işçi ve işveren arasındaki dengenin bozulacağı, 158 sayılı sözleşmede de esaslı sorunlar bulunan durumlardan iş güvencesinin tamamı veya bir kısmına ilişkin hükümlerin kapsam dışında tutulabileceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu sebeplerle başvuruyu reddetmiştir.⁶¹

Anayasa Mahkemesi'nin bu yukarıda belirttiğim gerekçeleri kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü çalışma hakkı sosyal devlet ilkesi gereği benimsenmiştir. Sosyal devlet ise; güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlettir. Çalışma hakkı ve işçinin korunması ilkesi gereğince, işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın her işçiye iş güvencesi sağlanması gerekmektedir. Bu sebeplerle, kanaatimizce İş Kanunu m.18/1'deki "otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyeri" şartı Anayasa'ya ve işçinin korunması ilkesine aykırıdır. Bu düzenlemedeki "otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyeri" kısmı yürürlükten kaldırılmalıdır.

İş güvencesi, işçinin işini korumasını sağlarken diğer yandan da işverenin işletmesinin gereklerinin göz önünde bulundurulmasını sağlar. İş güvencesi işyerinde

⁶⁰ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı ve işyerinin bütününe sevk ve idare eden ayrıca işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmaması gerekmektedir.

⁶¹ Kılıçoğlu, s.5-6.

verimin artmasına çalışma barışının sağlanmasına yardımcı olur. Gerçekten, geçerli bir sebep olmaksızın işten çıkarılmayacağına bilinci içinde çalışan kişi, bu güvence nedeniyle daha huzurlu ve verimli çalışacak, işyerinde verimli bir çalışma ortamı sağlanacaktır.⁶²

İş Kanunu m.18/3’de fesih için haklı sebep oluşturmayacak hususlar tadadi olarak belirtilmiştir. Buna göre; a)Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak; b)İşyeri sendika temsilciliği yapmak; c)Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli mercilere başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak; d)İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri sebepler; e)74’üncü maddelerde öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek; f)Hastalık veya kaza nedeniyle 25’inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde belirtilen bekleme süresi içinde işe geçici devamsızlık yapmak. Tabi burada belirtilmiş olan haklı sebep oluşturmayacak haller bunlarla sınırlı sayıda değildir, tahdidi değildir.

İş güvencesi, Türkiye’nin 6 Ekim 2004 tarihinde bazı maddelerine çekince koyarak kabul ettiği Avrupa Sosyal Şartı’nın II.Bölüm’ünün 24.maddesinde, “İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, “Akit taraflar çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili biçimde kullanılmasının sağlamak amacıyla; a-Tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını; b- İş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı taahhüt eder.” Bu amaçla Avrupa Sosyal Şartı’nın tarafları olan devletler, iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı taahhüt etmektedir. Avrupa Sosyal Şartı’nın tarafı olan devletler bu şekilde iş güvencesini çalışan kişilere tanımayı taahhüt etmişlerdir.⁶³

Aslında 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası’yla yapılan düzenlemelerle Avrupa Sosyal Şartı’na, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün çıkardığı ve Türkiye’nin onaylamış

⁶² Süzek, s.573.

⁶³ Kılıçoğlu, Çalışma Hakkı, s.4.

olduğu 158 sayılı Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Hakkında Sözleşme'ye uyum sağlanmışır. 158 sayılı Sözleşme'nin 4.maddesine göre; "işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça, hizmet ilişkisine son verilemez."

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, aynı adı taşıyan 1475 sayılı İş Kanunu ve 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası'nı yürürlükten kaldırmış; ilkini sadece 14.maddesi dışında açıkça, ikincisini de örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Ancak 15.03.2003-30.06.2003 (bu tarihlerde uygulanmaya devam etmiş) tarihleri arasında sözleşmesi feshedilenler 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası hükümlerine tabi olmaya devam etmektedirler.⁶⁴

Bu uluslararası düzenlemelere paralel olarak 4857 sayılı İş Kanunu ile, işverenin iş sözleşmesini geçerli bir neden olmaksızın feshetmesi engellenmeye çalışılmışır. Bu şekilde çalışma hakkının korunması ve istikrarlı şekilde gerçekleşmesi sağlanmışır.⁶⁵

AİHM, 03.10.2012 tarihli **I.B. v Greece** kararında; *başvuran 3 yakın arkadaşının HIV (insan bağışıklığı yetmezliği) virüsüne yakalanmış olması sebebiyle endişe edip 11.02.2005 tarihinde test yaptırmıştır. Bu test sonucunda kendisinin de HIV virüsüne yakalanmış olduğunu öğrenmiştir. Bu arada, başvuranın bu virüsü taşıdığı haberi, 70 kişinin çalıştığı işyerinin tamamına yayılmışır. İşyeri doktoru, alınacak tedbirleri anlatarak işyerindeki çalışanları rahatlatmaya çalışmışır. Bunun üzerine işveren, başvurucunun şirketten ayrılmasını ister ve ona kendi işini kurması için yardım edeceğini söyler. Ancak, başvuran bu teklifi reddeder. 21 Şubat 2005 tarihinde, otuz üç çalışan (işyerindeki çalışanların hemen hemen yarısı) işverene yazdıkları bir mektupla, onların sağlığını ve çalışma haklarını korumak için başvuranın gönderilmesi gerektiğini, aksi takdirde iş yerinde hakim olan uyumlu çalışma ortamının bozulacağını belirtirler. 23 Şubat 2005 tarihinde, başvuranın izinden dönmesine iki gün kala, işveren Yunan Hukuku'nun öngördüğü tazminatı kendisine ödeyerek başvuranı işten çıkarmıştır. Başvuran, bunun üzerine Atina Asliye Mahkemesi'ne başvurup haksız olarak işten çıkarıldığını ve kendisine yeterli tazminat ödenmediğini belirtir. Başvuran, mahkemeden sözleşmenin feshinin geçersiz*

⁶⁴ NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2012, s.36.

⁶⁵ Şen, s.20.

sayılmasına ve daha fazla tazminat ödenmesine hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, işverenin şirketindeki barışçıl çalışma ortamını koruyabilmek için başvurunu işten çıkardığını ve başvuranın yeni bir iş bulduğu için tekrar işe iadesine gerek kalmadığına karar vermiştir. Yani ilk derece mahkemesi davayı reddetmiştir. İstinaf mahkemesi ise; başvuranın hastalığının öğrenildiği an ile işten çıkarıldığı an arasındaki zaman içerisinde iş yerinden kimsenin ayrılmadığını belirtmiştir. İstinaf mahkemesi, işverenin, çalışanlarının başvuranın işten çıkarılmasına ilişkin taleplerine kulak verip başvurunu işten çıkarmasının iyi niyetli ve meşru olmadığını belirtmiştir. İstinaf mahkemesi tazminata hükmetmiş ancak başvuranın işe iade talebini reddetmiştir. İşveren, 4 Temmuz 2008 tarihinde istinaf mahkemesi kararını temyiz etmiştir. Yargıtay, işten çıkarmanın işverenin kötü niyetinden, intikam alma düşüncesiyle veya çalışanına karşı gösterilen herhangi bir saldırganlık şeklinde olmadığı sebebiyle haksız fesih olmadığına karar vermiştir. İşverenin temyiz gerekçelerini haklı bulmuştur, başvuranın itirazlarını reddetmiştir. AİHM, Yargıtay'ın çalışanların kaygılarını doğrulamak için başvuranın hastalığının bulaşıcı olduğu şeklinde kesinlikle doğru olmayan bir varsayıma dayandırmış olduğunu belirtmiştir. AİHM, şirketinin iyi işleyişinin çalışanların sübjektif algılarıyla bağdaştırıldığını ve bunun yanlış olduğunu belirtmiştir. AİHM, olayda başvuranın hastalığının bulaşıcı olmaması ve üst derece mahkemesinin seropozitifleri iş ortamında koruyucu yerleşik içtihatları olması sebebiyle AİHS'nin 8. ve 14. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. AİHM, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini, yerel mahkemelerin işverenin çıkarlarını başvuranın çıkarlarına üstün tuttuğunu belirtmiştir. Burada yer alan olaydaki gibi işçinin yakalanmış olduğu hastalığın sağlık kuruluşu tarafından işyerinde çalışmasında sakınca oluşturduğu saptanmadığı ve diğer çalışanların sağlığı bakımından risk oluşturmadığı sürece yapılan fesih haksız olacaktır. Bireyin özel hayatına saygı hakkı gereğince hastalığa kendi kastıyla yakalanmadığı ve hastalığının söz konusu işyerinde çalışmasında sakınca oluşturmadığı müddetçe sözleşmesi feshedilmemelidir. Ancak İş Kanunu m.25'de de belirtildiği gibi işçi hastalığa kendi kastıyla yakalanmış ve bu sebeple devamsızlığı belli bir süreyi aşmışsa işveren tarafından sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Bu bakımdan işçinin gerekli özeni göstermesi gerekmektedir.⁶⁶

⁶⁶ AİHM, I.B. v Greece, T.:3.10.2012, B.N.:552/10, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20I.B.%20v.%20GREECE%22%22%2C%22languageisocode%22:%5B%22TUR%22%22%2C%22appno%22:%5B%22552/10%22%22%2C%22docume>

C.ARA DİNLENMESİ HAKKI

Çalışma hakkının sonucu olarak işçinin sahip olduğu diğer haklardan birisi de dinlenme hakkıdır. Günlük çalışma süresinin içinde işçilere dinlenmeleri, yeme, içme gibi ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için ara dinlenmesinin verilmesi zorunludur. Bu durum çalışmanın eziyete dönüşmemesi için gereklidir. İnsanın yerine getirdiği işte veriminin düşmemesi için ara dinlenmesinin tanınması gereklidir. Tarafı olduğumuz Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.31/2'ye göre; “Her işçi, azami çalışma süresinin sınırlandırılması hakkına ve günlük ve haftalık dinlenme izni ile yıllık ücretli izin hakkına sahiptir.” Bu duruma uygun olarak mevzuatımızda ara dinlenmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuyu düzenleyen İş Kanunu'nun ara dinlenmesi başlıklı 68.maddesinde;”Günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle” işçilere ara dinlenmesi verilmesi öngörülmüştür.⁶⁷

Yasada ara dinlenmelerinin süresi günlük çalışma sürelerine göre belirlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu m.68/1'e göre; a)dört saat veya daha kısa süreli işlerde on beş dakika, b)dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar (yedi buçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, c)yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat ara dinlenmesi verilir. Bu süreler minimum olup, taraflar arasındaki iş sözleşmeleriyle uygulanacak olan ara dinlenmesi süresi artırılabilir. İşçilere günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile ara dinlenmesinin yapılacağı saatlerin duyurulması gerekmektedir.⁶⁸

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.6/4'e göre çocuk ve genç işçilerin ara dinlenmesi süresi; a)iki saatten fazla ve dört saatten az olan işlerde otuz dakika, b)dört saatten yedi buçuk saate kadar olan işlerde çalışma süresinin ortasında bir saat olmak üzere verilmesi zorunludur.

Ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılmaz. Ancak sözleşmelerle ara dinlenmelerinin çalışma sürelerinden sayılacağı kararlaştırılabilir. Yargıtay'a göre, toplu iş sözleşmesinde ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunsa dahi, işçi ara dinlenmesinde çalıştırılmamışsa bu süre fazla çalışma

[ntcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-146264%22\]}}](#), (e.t.:05.05.2019).

⁶⁷ Süzek, s.838.

⁶⁸ Süzek, s.838.

olarak sayılmaz ve zamlı ücret istenilemez. Bu durumda işçiye sadece normal ücretinin ödenmesi gerekir.⁶⁹

D.ÜCRET ALMA HAKKI

Çalışma hakkının sonucu olarak işçinin sahip olduğu diğer haklardan birisi de adaletli ücret alma hakkıdır. Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55.maddesinde; "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur." denilmek suretiyle çalışanların yaptıkları işe uygun olarak adaletli ücret almaları gerektiğini açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla asgari ücret belirlenirken çalışanların geçim şartları ve ülkenin ekonomik durumu göz önünde bulundurulmaktadır. Ülkemizde 2020 yılı için belirlenen asgari ücret; günlük 98,10 TL, brüt 2.943 TL, net olarak 2.324.70 TL'dir.⁷⁰ Tabi bu rakam, çalışan işçiye ödenmesi gereken minimum ücrettir. Çalışan kişilerin yaptıkları işin karşılığı olarak bir ücret almamaları durumunda angarya ortaya çıkacaktır. Angarya insanlık onuru ve Anayasa'nın 18'inci maddesi gereğince yasaktır. İşveren işçilere ücretini verirken kural olarak ayırım gözetmemelidir. İşveren, çalışan işçilerine yaptıkları işin niteliği ve çalışma süresine (kıdem, hizmet süresine göre) göre hak ettikleri ücreti vermelidir. İşçi de olsa memur da olsa her çalışan bireye emeğinin karşılığının verilmesi gerekmektedir. Bu husus çalışma hakkının bir gereği ve sonucudur.

E.YILLIK ÜCRETİ İZİN HAKKI

İşçilere periyodik dinlenme imkânı yıllık olarak da düşünülmüş ve diğer birçok ülkede olduğu gibi hukukumuzda da temelini Anayasa'dan almıştır. Anayasa m.50/4'e göre; "Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." Yıllık ücretli izin müessesesi iş sözleşmesiyle çalışan işçiler için de tanınmıştır. Yıllık ücretli izin hakkı İş Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş, bu haktan vazgeçilemeyeceği belirtilmiş, bu hakkın kullanılmasına ilişkin esaslar Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Yıllık ücretli izin hakkının

⁶⁹ Süzek, s.839.

⁷⁰ Resmi Gazete, T.27.12.2009, S.30991, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191227.pdf>).

kullanılmasının vazgeçilemez olduğu İş Kanunu m.53/2’de belirtilmiştir. İşçi yıllık ücretli iznini kullanırken tam ücretini almaya devam eder.⁷¹

4857 sayılı İş Kanunu’nun 53.maddesi; İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilerden asgari bir (1) yıl çalışmış olanlara yıllık ücretli izin verileceğini, niteliklerinden ötürü bir (1) yıldan az süren mevsim veya kampanya işlerinde çalışanlara yıllık izne ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için iki şart bulunmaktadır; asgari bir yıl çalışmış olmak ve niteliği bakımından bir yıldan daha az süren mevsim veya kampanya işi dışında bir işte çalışmak gerekmektedir.⁷²

Yukarıda da belirttiğim üzere, işçinin yıllık ücretli izin hakkına sahip olabilmesi için; işyerinde işe fiilen başladığı günden itibaren deneme süresi de dahil olmak üzere en az 1 yıl çalışılmış olması gerekmektedir. Ancak, Basın İş Kanunu’na göre gazetecinin bu hakka sahip olabilmesi için en az 1 yıl çalışmış olması (m.21), Deniz İş Kanunu’na göre gemi adamının bu hakka sahip olabilmesi için en az 6 ay hizmeti olması gerekmektedir. Ayrıca, kural olarak bir yıldan az süren mevsim ve kampanya işlerinde yıllık ücretli izin hakkı doğmamakla birlikte, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nin 12’inci maddesine göre; “bir yıldan az süren mevsim ve kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde devamlı olarak çalışan işçiler” (bekçiler gibi) yıllık ücretli izin hakkından yararlanabileceklerdir. Ancak bir takvim yılı içinde öngörülen minimum süreleri doldurmayan kısmi çalışmalar için ücretli yıllık izin hakkı doğmayacaktır.⁷³

Küçük yaştaki ve yaşlı işçilerin durumu bir yana bırakılırsa, İş Kanunumuz yıllık ücretli izin sürelerini işçinin hizmet süresini esas alarak belirlemiştir. Hizmet süresi arttıkça işçiye verilmesi gereken yıllık ücretli izin süresi de doğru orantılı olarak artmaktadır. Buna göre; hizmet süresi bir yıldan beş yıla kadar olan işçiler yılda 14 gün, hizmet süresi beş yıldan fazla ve on beş yıldan az olan işçiler 20 gün, hizmet süresi on beş yıl ve daha fazla olan işçiler ise yılda 26 gün izin yapacaklardır. Tam bir yıllık hizmet süresinin bitimini takip eden yıl içinde işveren tarafından kullanılması zorunludur. İşçinin kullanmadığı yıllık izinlerini birleştirip sonraki yıllarda kullanması da mümkün değildir. Tabi kanunda belirtilen yıllık ücretli izin süreleri asgari olup, iş

⁷¹ Narmanlıoğlu, s.697.

⁷² Narmanlıoğlu, s.698.

⁷³ Demir, İş Hukuku, s.276-277.

sözleşmeleriyle taraflarca artırılması mümkündür. İzin süresinin belirlenmesinde temel alınacak hizmet süresinin başlangıcı, işçinin işveren altında çalışmaya başladığı tarih, yani işverene bağlı olarak çalıştığı işe giriş tarihidir.⁷⁴

F.ÇALIŞMA HAKKININ İHLALİ KONUSUNDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TUTUMU

Anayasa Mahkemesi yetki sınırlarını aştığı gerekçesiyle, doğrudan çalışma hakkının ihlal edildiği yönündeki başvuruları büyük çoğunlukla reddetmektedir. Anayasa Mahkemesi, çalışma hakkı Anayasa'da güvence altına alınan hak olmakla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türkiye'nin taraf olduğu diğer ek protokollerde güvence altına alınan haklar arasında olmadığı gerekçesiyle, doğrudan çalışma hakkının ihlal edildiği yönündeki başvuruları reddetmektedir. Çünkü 1982 Anayasası m.148/3 gereğince; herkes, Anayasada güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve tarafı olduğumuz ek protokoller kapsamında güvence altına alınan herhangi birinin devlet tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkanına sahiptir. Ayrıca 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre; "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir." şeklinde düzenleme olduğu için sadece çalışma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruları reddetmektedir. Bu düzenlemeleri doğru bulmuyorum. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da düzenlenmiş fakat AİHS'de ve ek protokollerinde düzenlenmemiş bir hakka ilişkin başvuruya bakmayacaksa, söz konusu hak yeterince teminat altına alınmamış demektir. Bu hak ülkemizde yeterince korunmuyor demektir. Anayasa Mahkemesi'nin, iç hukuktaki uygulamaların Anayasa'da güvence altına alınıp da AİHS'de güvence altına alınmayan hakları da ihlal edip etmediğini incelemesine ilişkin yasal imkânın tanınması, yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 2013/5964 başvuru numaralı Turan Dal başvurusunda; *başvuran, aile hekimliği sözleşmesinin sonlandırılması işleminin iptali istemiyle*

⁷⁴ Narmanlıoğlu, s.705.

açılan davanın reddedilmesi nedeniyle çalışma hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Karşıyaka 23 Numaralı Aile Sağlığı Merkezi'nde aile hekimi olarak görev yapmakta iken aynı birimde görev yapan başka bir aile hekimine hakaret ettiği ve bu durumun meslek ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle İzmir Valiliği'nin 7/10/2008 tarihli olur yazısıyla başvurucu hakkında ihtar işlemi uygulanmıştır. Karşıyaka 23 Numaralı Aile Sağlığı Merkezi yakınındaki iki eczanede 17/10/2008 tarihinde yapılan denetimde başvurucuya ait imzasız reçetelerin bulunduğu tespit edilmesi üzerine bu durumun da meslek ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle İzmir Valiliği'nin 17/12/2008 tarihli olur yazısı ile başvurucuya yeniden ihtar işlemi uygulanmıştır. Aynı yıl içinde iki defa meslek ilkelerine aykırı davranmak eylemini gerçekleştirdiği gerekçesiyle 9/01/2009 tarihli işlemle başvurucunun aile hekimliği sözleşmesi sonlandırılmıştır. Başvurucu tarafından bu işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada İzmir 2. İdare Mahkemesi 11/3/2009 tarihli ve E.2009/88 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesine karar vermiştir. Bu karara karşı başvurucunun yaptığı itiraz üzerine, İzmir Bölge İdare Mahkemesi 8/4/2009 tarihli ve Y.D. İtiraz No: 2009/490 sayılı kararıyla itiraz talebini kabul ederek sözleşmenin sonlandırılmasına ilişkin işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. İzmir BİM itirazın kabulü kararının gerekçesinde; söz konusu imzasız reçetelerin başvuran tarafından eczaneye bizzat verildiğinin veya imzasız reçetelerin bilgisi dahilinde menfaat temini amacıyla verildiğinin tespit edilememiş olması sebebiyle yıl içinde yapılan iki ihtardan bir tanesinin hukuka aykırı olması sebebiyle yürütmenin durdurulması talebinin reddi kararına yapılan itirazı kabul etmiştir. İzmir 2. İdare Mahkemesi 15/7/2009 tarihli ve E.2009/88, K.2009/1133 sayılı kararıyla ve oy çokluğuyla davanın reddine karar vermiştir. İzmir 2. İdare Mahkemesi, kararının gerekçesinde; "Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinin ikinci fıkrasında; "Yıl içinde, aşağıda aynı bentteki fiillerin iki defa, farklı bentlerdeki fiillerin üç defa işlenmesi halinde sözleşme, ilgili vali tarafından sona erdirilir." hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin c) bendinde; meslek ilkelerine aykırı davranmak eylemi düzenlenmiştir. Dava dosyanın incelenmesinden; Karşıyaka 23 Nolu Aile Sağlığı Merkezinde "Doktor" olarak görev yapan davacının, aynı birimde görev yapan başka bir aile hekimi ile karşılıklı olarak birbirlerine hakaret ettiklerinin belirlenmesi üzerine 07.10.2008 tarih ve 6568 sayılı işlem ile yazılı olarak ihtar

edildiği, 23 Nolu Sevim Yıldırım Aile Sağlığı Merkezi yakınındaki ve... Eczanelerinde 17.10.2008 tarihinde yapılan denetimde davacıya ait 4 adet ve diğer görevli doktor N. U. N.'a ait 17 adet imzasız reçetenin var olduğunun saptanması üzerine 17.12.2008 tarih ve 8106 sayılı yazılı ihtar işleminin düzenlenmesi sonunda davaya konu işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır. Davacının, ilgili eczanelerde bulunduğu belirlenen 4 adet reçetenin hemşireler tarafından düzenlenmesine izin vermesi, gerekli denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesi, meslek ilkelerine aykırı tutumdur. Bu duruma göre, anılan mevzuat hükümleri uyarınca, bir yıl içerisinde iki kez meslek ilkelerine aykırı davrandığı için yazılı olarak ihtar olunan davacı hakkında aile hekimliği sözleşmesinin feshedilmesine yönelik olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı hükmüne varılmıştır.” demiştir. Başvurucu, anılan kararı temyiz etmiş; Danıştay Beşinci Dairesi 30/12/2011 tarihli ve E.2009/6951, K.2011/8437 sayılı kararıyla ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı dairenin 24/4/2013 tarihli ve E.2012/3220, K.2013/3463 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Başvurucu AYM'ye yaptığı başvuruda; iki ayrı ihtar işlemine konu eylemlerin ayrı ayrı tartışılmadığı, ikinci eylemine konu olayın Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelik m.16/2-E kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, buna ilişkin itirazların yerel mahkemeler tarafından dinlenmediğini ve sözleşmesinin sonlandırılması sebebiyle çalışma hakkının ayrıca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi; yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına girmesi gerektiğini belirtmiştir. Yani diğer bir ifadeyle Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasına ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında; bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS'de ya da ek protokollerinde teminat altına alınan haklardan olmadığı için konu bakımından yetkisizlik sebebiyle başvurunun bu yönden kabul edilebilir olmadığına

*karar vermiştir. AYM, adil yargılanma hakkının ihlali yönündeki başvuruyu da açıkça dayanaktan yoksun olduğu sebebiyle reddetmiştir.*⁷⁵

Anayasa Mahkemesi'nin çalışma hakkına ilişkin kararları incelendiğinde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile benzer şekilde, çalışma hakkının ihlali iddialarını ve başvurularını Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde teminat altına alınan başka bir hakkı ilgilendirmesi durumunda yetkisi kapsamında görerek incelemeye başladığı anlaşılmaktadır. Salt çalışma hakkı ihlali iddialarını, bazı istisnalar dışında konu bakımından yetkisi dâhilinde görmeyerek incelememektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, bazı kararlarında ihlal edilen ilgili hakkın aynı zamanda çalışma hakkını ihlal edip etmediğini incelemeyi ihmal ettiği gözlemlenmektedir. Yani bazı kararlarında, sözleşmede ve Anayasa'da teminat altına alınan başka bir hakla bağlantılı olarak çalışma hakkının ihlal edilmiş olup olmadığını incelemesi gerekirken bunu da yapmadığı gözlemlenmektedir. Ayrıca, zorla çalıştırma yasağı açısından böyle bir uygulama yoktur. Zorla çalıştırma yasağının ihlali iddialarını incelemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, zorla çalıştırma yasağının, AİHS'nin 4'üncü maddesinde ve Anayasa'nın 18'inci maddesinde teminat altına alınmış olması sebebiyle, bu çerçevede yapılan başvuruları yetkisi kapsamında görerek incelemektedir.⁷⁶

Anayasa Mahkemesi, 2013/772 başvuru numaralı Nesrin Kılıç başvurusunda; *Şekerbank T.A.Ş.'nin Aksaray Şubesinde, 1/8/2006 tarihinden itibaren işçi statüsünde operasyon yöneticisi unvanıyla çalışan başvurucunun işveren banka teftiş kurulu tarafından 25/3/2009 tarihinde düzenlenen teftiş raporuyla mudilerin haberi olmaksızın hesaplarında tediye ve tahsil işlemleri yapıldığı halde gerekli kontrolleri yapmadığı, otorizasyon şifresini diğer kullanıcılarla paylaştığı, ayrıca şubenin güvenlik görevlisi R. G.'nin müşterilere borç para temin ederek maddi menfaat sağladığını ve gişe yetkilisi M. Ö.'nün ise müşteri hesaplarını kullandığını bildiği halde gerekli bildirimleri yapmadığı ve durumu gizlediği tespit edilmiş; ardından banka disiplin kurulunun 27/3/2009 tarihli kararına istinaden Beşiktaş 11. Noterliğince düzenlenen 3/4/2009 tarih ve 31857 sayılı ihbarnameyle ihbar öneli ve kıdem tazminatı ödenmeksizin iş akdi feshedilmiştir. Başvurucu, iş akdinin feshinin haklı veya geçerli bir sebebe dayanmadığı gerekçesiyle, Aksaray İş Mahkemesi'nde*

⁷⁵ AYM, T.:06.01.2016, B.N.:2013/5964, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5964>, (e.t.:20.06.2019).

⁷⁶ Kılıçkaya, s.148.

6/5/2009 tarihinde feshin geçersizliği iddiasıyla feshe itiraz /işe iade davası açmıştır. Davalı vekili, 8/6/2009 tarihli dilekçesiyle, mahkemeden işin esasına girilmesi durumunda başvurusunun iş akdi haklı nedenle feshedildiğinden davanın reddedilmesini talep etmiştir. Aksaray İş Mahkemesi yapılan yargılama neticesinde, davacının kusurunun işten çıkarma cezasını gerektiren boyuta ulaşmadığı, kınama cezası verilmesi gerektiği, dolayısıyla fesih için haklı veya geçerli bir sebebin bulunmadığı gerekçesiyle 21/10/2010 tarih ve E.2009/133, K.2010/136 sayılı kararla davanın kabulüne karar verilmiş ve feshin geçersizliği ile davacının işe iadesi yönünde hüküm kurulmuştur. İlk derece mahkemesinin kararı davalı işveren tarafından temyiz edilmiştir. Başvurusunun iş akdi, müfettiş soruşturması sonucunda feshedildiğinden, Yargıtay 22. Hukuk Dairesince, soruşturmaya ait tüm bilgi ve belgeler ile düzenlenen müfettiş raporunun incelenmesi gereği duyulmuş ancak dosyada bu belgeler mevcut olmadığından 13/4/2012 tarih ve E.2011/14369, K.2012/7340 sayılı kararla, gerekli belgelerin getirtilip dosyaya eklenmesi için dosyanın mahalli mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmiştir. Eksiklikler giderildikten sonra dava dosyası Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'ne gönderilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesince yapılan inceleme neticesinde, başvurusunun şube içinde kendisine bağlı personelin rutin denetimlerini ve görevli olduğu diğer kontrolleri yapmadığı, kullanıcı şifresinin başka personel tarafından kullanılmasına izin vererek yolsuzluk yapılmasına elverişli ortam sağlanmasına sebep olduğu, bankacılık sektöründe güven ve itibarın çok önemli olduğu, başvurusunun davranışlarının iş akışını bozucu nitelikte olduğu ve artık iş ilişkisinin iyi niyetle sürdürülmesinin normal ölçülerde beklenemeyeceği hususları belirtilerek başvurusunun davranışlarının haklı nedenle fesih sebebi oluşturacak ağırlıkta olmadığı, fakat geçerli nedenle fesih oluşturacak boyuta ulaştığı gerekçesiyle 12/10/2012 tarih ve E.2012/17314, K.2012/22548 sayılı kararla ilk derece mahkemesi kararını bozma suretiyle ortadan kaldırılmış ve davanın reddine karar verilmiştir. Karar aynı tarihte kesinleşmiştir. Başvurucu, iş akdinin işveren Şekerbank T.A.Ş. tarafından feshedilmesi üzerine 6/5/2009 tarihinde Aksaray İş Mahkemesi nezdinde açtığı işe iade davasının, 4857 sayılı Kanun'da bu davaların üç aylık süre içinde kesin olarak karara bağlanması gerektiği belirtilmesine rağmen, 12/10/2012 tarihinde yaklaşık 40 aylık makul olmayan bir sürede kesin olarak sonuçlandırıldığını ve davayla ilgili kesin kararın kendi içinde çelişkili olduğunu belirterek adil yargılanma hakkı ile çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Ayrıca uğradığı zararlar sebebiyle maddi ve

manevi tazminat talebinde bulunmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu m.20/3'e göre; "Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir." 4857 sayılı İş Kanunu m.18/1'e göre; "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." 4857 sayılı İş Kanunu m.25/2-E'ye göre iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hallerinden birisi; "İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması." 4857 sayılı İş Kanunu m.25/2-H'ye göre iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hallerinden birisi; "İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi." Anayasa Mahkemesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin geçerli sebeple fesih ile haklı nedenle feshinin ayrı ayrı düzenleniyor olması sebebiyle, başvuranın gerekçeli kararın içinde çelişki barındırıyor iddiasını yerinde olmaması sebebiyle reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında; "Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Başvurucunun çalışma ve sözleşme hürriyeti konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında olan bir başka hakla bağlantılı da değildir." diyerek konu bakımından yetkisizlik nedeniyle çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlali konusundaki başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, "Söz konusu başvurunun konusu olan feshe itiraz davasında yargılama sürecindeki gecikme periyotları ayrı ayrı değerlendirildiğinde, ilk derece mahkemesince talep edilen bilirkişiye ulaşılamadığı, temyiz aşamasında dava dosyasının iş bölümü gereği daireler arasında gidip geldiği ve eksikliğin tamamlanması için tekrar ilk derece mahkemesine gönderildiği; sonuç olarak İş Kanunu'nda öngörülen sürelerle oranla haklı görülemeyecek derecede uzun bir süre olan 3 yıl 5 ayda yargılamanın tamamlandığı görülmektedir. İş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların özellikle de işe iade talebini içeren feshe itiraz davalarının niteliği, başvurucu açısından taşıdığı değer ve başvurucunun davadaki menfaati dikkate alındığında, 3 yıl 5 ay gibi bir sürenin makul olmadığı aşikârdır." gerekçesiyle makul sürede yargılama yapılmadığı için adil yargılanma hakkının ihlal

*edildiğine karar vermiştir.*⁷⁷ Anayasa Mahkemesi bu davada, başvuran 3 yıl 5 ay süren yargılama sebebiyle uzun süre çalışmadığı için adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlali iddiasını da incelemesi gerekirdi. Çünkü başvuran işe iade davası açmış, bu devam eden dava sebebiyle başka bir işe de başvurmamıştır. Bu uzun süren yargılama sebebiyle belirsiz bir durum içinde olduğu için başka bir işe başvurmamış ve makul sürede yargılama yapılmadığı için başvuran zarar görmüştür. Fakat olayda (başvuranın) işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından geçerli nedenle feshedildiğinden dolayı çalışma hakkının ihlali söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi, 2013/9704 başvuru numaralı Tevfik Türkmen başvurusunda; *Hava Kuvvetleri Komutanlığı'nda 30/8/2003 tarihinden beri sözleşmeli astsubay olarak görev yapan başvurucu, 9 yıllık sözleşme süresinin bitmesine yakın bir tarihte sözleşme yenileme talebinde bulunmuş, idarece başvurucunun sözleşmesi yenilenmemiştir. Başvurucu tarafından sözleşmenin yenilenmemesi işleminin iptali istemiyle açılan dava, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesi tarafından 21/5/2013 tarihinde reddedilmiştir. AYİM kararında, başvurucunun kurum içi hizmete ilişkin kullanılmak üzere oluşturulan internet e-posta hesabı üzerinden gizlilik ihlali içeren, görev harici olan ve sosyal amaçlı mesajlar gönderdiği, e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amacıyla kullandığı olgularına dayanılarak idarenin takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullandığı ve açık bir değerlendirme hatasının bulunmadığı belirtilmiştir. Anılan karar, karar düzeltme yolu tüketilerek kesinleşmiştir. Başvurucu, özel hayatına ait bulunan e-postalarının hâkim kararı olmaksızın incelenip kayıt altına alındığını, somut olay ve kanıtlarla desteklenmeyen, kim tarafından yazıldığı belli olmayan, içeriğinde kanuna aykırı bir yazı bulunmayan e-postalara dayanılarak ve savunması alınmaksızın süresi biten astsubay sözleşmesinin yenilenmediğini, bu sebeplerle özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti ayrıca çalışma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında; "Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı ve diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kamu görevlilerinin iş yerlerindeki telefon görüşmelerinin, kendilerine tahsis edilen bilgisayarlar üzerinden yaptıkları e-posta*

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, T.:07.11.2013, B.N.:2013/772, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/772?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=772>, (e.t.:23.06.2019).

haberleşmelerinin, internet kullanımlarının belirli ölçüde kontrol edilmesi, tek başına temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet vermez. İdare, resmî e-posta hesabının başvuru tarafından görev harici olarak ve belirlenen kurallara aykırı şekilde kullanıldığını tespit ettikten sonra da başvurucuyu sözleşme süresinin bitimine kadar istihdam etmeye devam etmiş, bu süreç içerisinde başvuru hakkında disiplin soruşturması yapılmadığı gibi sözleşmenin feshedilmesi de dâhil olmak üzere herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır. Başvuru hakkında uygulanan sözleşmenin yenilenmemesi işleminin, başvurunun mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar, temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etkisi bulunmaktadır.” demiştir. Anayasa Mahkemesi kararının sonunda; sicil notları çok iyi düzeyde olan, sicil amirlerince hakkında herhangi bir olumsuz kanaat bildirilmeyen, disiplin cezası bulunmayan, takdir ve ödül belgeleri ile taltif edilen ve hakkında “çok iyi” seviyede nitelik belgesi düzenlenen başvuru yönünden; resmî e-posta hesabının görev harici işlerde kullanılmasının ve bu bağlamda bu hesaptan sohbet ve sosyal amaçlı paylaşımlarda bulunulmasının, 9 yıllık görev (sözleşme) süresinin bitiminde sözleşmesinin yenilenmemesine dayanak olarak kabul edilmesinde, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığını belirtmiş; başvurunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlen özel hayatın gizliliği hakkı ile 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliğiyle bağlantılı olarak çalışma hakkına yapılan müdahaleyi de incelemesi gerekirdi. Bu kapsamda; başvurunun 9 yıllık iyi sicille hizmet ettikten sonra, resmi e-posta hesabını şahsi işleri için kullanmış olması fiili karşısında sözleşmesinin yenilenmemesi ölçülü bir yaptırım olmayıp, mesleki hayatı ve ekonomik geleceği üzerinde büyük olumsuz etkiler yaratacağından dolayı başvuru hakkında daha hafif bir disiplin cezası verilmesi gerekirdi. Bu sebeplerle, bu orantısız yaptırımın başvuranın çalışma hakkını da ihlal ettiği görülmektedir. Ancak AYM incelemesinde, idarenin işleminin başvurunun çalışma hakkını ihlal edip etmediğini hiç incelememiştir.⁷⁸

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, T:27.04.2016, B.N.:2013/9704, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/ozel-hayatin-gizliliği-hakki-ve-haberleşme-hurriyetine-iliskin-tevfik-turkmen-karari-basin-duyurusu/>, (e.t.:17.06.2019).

V. ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ İLE ÇALIŞMA HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Günümüzde çalışma özgürlüğü, birçok ülkenin Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler arasında yer almıştır. Temel hak ve özgürlükler devletler tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiştir. Bu suretle vatandaşlar, genellikle anayasalar ve yasalar tarafından düzenlenen ayrıca sınırları belirlenen bu hak ve özgürlüklerden yararlanmaktadırlar. Bunlara kamu özgürlükleri denmesinin nedeni sadece bir sınıfa veya zümreye değil herkese tanınmış olmasıdır. Temel hak ve özgürlükler yöneticilere ve hakkın muhatabı olan herkese karşı ileri sürülebilir, devlet tarafından korunması gerekmektedir. Bu koruma çalışma hakkı bakımından çalışmak isteyen kişinin çalışmasının engellenmesinin önüne geçilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde de çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı herkese tanınmıştır.⁷⁹

Çalışma özgürlüğü, her ne kadar sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmiş olsa da negatif statü haklarından. Devletin bu özgürlüğü yerine getirilmesi için olumlu bir edimde bulunmasına gerek yoktur, devletin bu özgürlüğü koruması ve sağlaması yeterlidir. Çalışma hakkı ise pozitif statü hakkıdır. Devletin bu hakkın gerçekleşmesi için gerekli tedbirleri alması, destekleyici faaliyetlerde bulunması ve bir takım olumlu edimlerde bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda çalışma hakkının korunması ve sağlanması için; ülkemizde işçilere iş güvencesi hakkı, adaletli ücret alma hakkı, fazla çalışma ücreti hakkı, ara dinlenmesi hakkı, belli oranda özür ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü gibi haklar tanınmış ve yükümlülükler yüklenmiştir. Çalışma hakkını destekleyici düzenlemeler yapılmakta ve faaliyetlerde bulunmaktadır. Türkiye İş Kurumu tarafından yapılan eğitim ve çalışmalarla ülkemizde işsizlik önlenmeye ve bireylerin çalışma hayatına girmesi kolaylaştırılmaya çalışılmaktadır.

T.C. 1982 Anayasası'nın 48.maddesinin 1. fıkrasında; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilerek herkesin çalışma, iş ya da meslek seçme, dilediği iktisadi alanda faaliyette bulunma özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Özel hukuk kişileri tarafından özel teşebbüsler kurulup diledikleri alanda faaliyette bulunabilmeleri sağlanmıştır. Gene Anayasa'nın 48. maddesinin 2.fıkrasında; devletin, özel teşebbüslerin milli ekonomiye

⁷⁹ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s.9.

uygun olarak güvenli ve kararlı şekilde faaliyet göstermesini sağlamak için gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir.

A.ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NİTELİĞİ

Çalışma özgürlüğünün hukuki niteliğini bağımsız ve bağımlı çalışma özgürlüğü olarak ikiye ayırıp açıklamak mümkündür. Bağımsız çalışma özgürlüğü; işverenin istediği alanda çalışma, istediği işyerini seçme (işyerini muhafaza etme ve değiştirebilme), istediği işçiyle çalışma (sözleşme yapma), istediği şekilde sözleşme yapma (sözleşme serbestisi) özgürlüğüne sahip olmasını ifade etmektedir. Bu bakımdan bağımsız çalışma özgürlüğü ortaklık kurma, işletme açma, üretimde bulunma, marka seçme, satış sözleşmesi yapma, satın alma, satış yapma gibi imkanları içine almaktadır. Bağımsız çalışma özgürlüğü işvereni ilgilendirir ve işverenin sözleşme serbestisine sahip olmasına dayanır. Bu sebeple işverenin istediği alanda, istediği ücretle ve istediği şartlarla işçi çalıştırabilmesini ifade eder.⁸⁰

Bağımlı çalışma özgürlüğüne gelince, burada asıl inceleme konumuz olan ve bağımlı çalışanlar olan işçileri ilgilendiren, asıl çalışma özgürlüğü dediğimiz özgürlük budur. Bağımlı çalışma özgürlüğü, yani işçinin çalışma özgürlüğü; işçinin istediği iş alanında çalışma, istediği işverenle çalışma (işverenle iş sözleşmesi yapma veya sözleşmeyi feshetme), istediği iş yerinde çalışma özgürlüğüne sahip olmasını ifade eder. Aynı işçinin, iş sözleşmesini istediği zaman sona erdirmesi mümkündür. İşçi, iş sözleşmesi sona ermediği, feshedilmediği yahut askıya alınmadığı sürece çalışmak hakkına sahiptir.⁸¹

Uygulamada işçilerin çoğu, sözlü veya yazılı olarak yaptıkları iş sözleşmesiyle çalışmaktadırlar. İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesi ilişkisi bulunduğundan, atamadan farklı olarak ücret ve çalışma koşulları üzerinde işveren tarafıyla pazarlık yapma imkanları bulunmaktadır. Bu da bağımlı çalışma özgürlüğünün bir gereğidir.

Sonuç olarak ister bağımlı çalışanlarla ilgili olsun ister bağımsız çalışanlarla ilgili olsun çalışma özgürlüğü, kişinin mesleğini, işyerini, kendisine bağlı olarak veya birlikte çalışacağı kişiyi serbestçe belirleme özgürlüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışma özgürlüğü, iş sözleşmesinin tarafların serbest iradeleriyle yapılması ve serbestçe bozulmasını ifade etmektedir. Çalışma özgürlüğü Borçlar Hukuku'ndaki

⁸⁰ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s.9-10.

⁸¹ Öztürk, s.24.

sözleşme serbestisine dayanmaktadır, dolayısıyla tarafların karşılıklı olarak kendi hür iradeleriyle çalışmaya ilişkin olarak anlaşmalarını ifade etmektedir. Çalışma özgürlüğü zorla çalıştırılmanın zıttıdır.⁸²

B.ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Çalışma ve sözleşme hürriyeti 1982 Anayasası'nda "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" arasında düzenlenmiştir. Buna göre çalışma ve sözleşme hürriyeti; meslek seçme ve dilediği alanda sözleşme yaparak ticari ve sınai faaliyette bulunma özgürlüğünü ifade etmektedir. O halde çalışma özgürlüğü çalışmak, sözleşme yapmak ve özel teşebbüs kurmak özgürlüğünü kapsamaktadır. Çalışma özgürlüğü, çalışmama özgürlüğünü de içerir. Bu durumda kişiler istemiyorlarsa zorla çalıştırılmazlar. Kölelik ve zorla çalıştırma yasaktır. Nitekim 1982 Anayasası m.18'e göre; "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.4'e göre; "Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz."⁸³

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü gerçek bir kişi özgürlüğüdür. Söz konusu serbesti sadece gerçek kişilere değil, gerçek kişilerin bir araya gelmesiyle kurulan tüzel kişilere de tanınmıştır. Çalışma özgürlüğü özel olarak korunması gereken kişiler haricinde dil, din, ırk, renk, cinsiyet, mezhep, siyasi düşünce, felsefi inanç ve benzeri sebeplerle ayırım yapılmaksızın herkesin çalışma imkanına sahip olmasını ifade eder. Anayasa'nın 48.maddesinde, "herkes" kelimesiyle çalışma özgürlüğünden yabancıların da yasalar çerçevesinde yararlanabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Çalışma ve sözleşme özgürlüğünü diğer hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında olduğu gibi Anayasa m.48/2'de belirtilen özel sınırlama sebepleriyle sınırlamak mümkündür. Genel sınırlama sebepleri 2001 Anayasa değişikliğiyle kaldırılmıştır. Aslında Anayasa'da yer alan özel hüküm, bir sınırlama nedeninden ziyade özel teşebbüslerin güvenilirlik ve istikrarlılık içinde çalışmasını sağlamaya hizmet eden bir hükümdür.⁸⁴

Çalışma özgürlüğü hem işveren hem de işçi bakımından iş sözleşmesi yapma yapmama, diledikleri ile iş sözleşmesi yapma özgürlüğünü ifade eder. Kural bu

⁸² Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s.10-11.

⁸³ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.447.

⁸⁴ Demir, Anayasa Hukuku, s.457.

olmakla birlikte, sosyal ve ekonomik gerekler bu özgürlüğün kanuni müdahale ile önemli sınırlamalara tabi tutulmasına yol açmıştır. T.C. Anayasası m.48/2'ye göre çalışma özgürlüğü; devlet tarafından, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun şekilde yürütülmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayabilmek için sınırlandırılabilir. Genellikle işvereni muhatap alan bu sınırlamalar, ceza yaptırımı olarak işverene bazı hallerde iş sözleşmesi yapmayı yasaklamak bazı hallerde de iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü getirmek şeklinde ortaya çıkmıştır.⁸⁵

Kuşkusuz bu tedbirlerden en önemlisi, yön verici bir plan dahilinde özel teşebbüslerin “milli ekonominin gereklerine” uygun olarak çalışmasını ve gelişmesini sağlamaktır. Bu amaçla devlet, ekonomik ve sosyal kalkınmayı; özellikle tarımın ve sanayinin yurt genelinde dengeli şekilde hızla gelişmesini; ülke kaynaklarının hesaplanmasını ve değerlendirmesini yaparak ülke düzeyinde verimli şekilde kullanılmasını sağlamak; bu amaçları yerine getirmek üzere gerekli teşkilatları kurmak ve faaliyette bulunmak ödeviyle yükümlüdür. Dolayısıyla hazırlanan milli kalkınma planlarında milli geliri ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrarı sağlayıcı, yatırımı ve istihdamı destekleyici, işsizliği azaltmaya yönelik maddeler konulmaktadır.⁸⁶

C.ÇALIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ ve ÇALIŞMA HAKKI İLİŞKİSİ

1)İş İlişkisinin Temeli: Sözleşme Özgürlüğü

Anayasal güvence altına alınan çalışma özgürlüğünün temeli; sözleşme yapma özgürlüğüdür. Buna göre taraflar sözleşmenin kapsamını ve içeriğini istedikleri şekilde belirleyebilirler. Bireylere çalışma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün sonucu olarak ortaya çıkmış ve tanınmıştır. Bireyler yeteneklerine uygun olan ve istedikleri çalışma koşulları olan işte çalışmak isteyeceklerdir. Bunun için de her iki taraf henüz çalışmaya başlamadan önce karşılıklı olarak bir araya gelip sözleşme özgürlüğü çerçevesinde anlaşmaya çalışmaktadırlar. Bununla birlikte genel bir hüküm olarak Borçlar Kanunu, sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar ve yasaklar getirmiştir. Borçlar Kanunu'nun 26.maddesine göre; “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.” Bu nedenle iş ilişkisine temel oluşturan iş sözleşmesi, bu

⁸⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.165.

⁸⁶ Demir, Anayasa Hukuku, s.457.

zorunlu şarta uygun olarak yapılmalıdır. Eğer kanuni şartlara aykırı olarak yapılan çalışma suç teşkil ediyorsa, bunun yaptırımını cezai olarak ayrıca uygulanacaktır. Bununla birlikte her hakkın, özellikle sosyal hakların ödev yüklemesi doğrultusunda, iş sözleşmesinin taraflara getirdiği yükümlülüklerin çalışma hakkı ile ilgili bulunduğu unutulmamalıdır.⁸⁷

Çalışma hakkını daha önce belirttiğim üzere; asgari şartları devlet tarafından belirlenerek isteğe bağlı olarak kullanılan ve insanlık onuruna yaraşır gelir sağlamaya dayanan herhangi bir faaliyette bulunma hakkı olarak tanımlamıştım. Çalışma hakkı sadece iş sahibi olmayı ifade etmemekte, çalışma ortam ve koşulları da çalışma hakkının gerçekleştirilmesinin kapsamına girmektedir. Çalışma hakkı kapsamında çalışan birey; iş güvencesi, sosyal güvenlik hakkı, iş yerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, dinlenme hakkı, adaletli ücret hakkı, ücretli izin hakkı, çalışan çocuk ve kadın ayrıca beden ve ruhi yetersizliği bulunanların korunması hakkına sahiptir. T.C. Anayasası'nda çalışanların dinlenme hakkı, ücretli bayram tatili hakkı, ücretli yıllık izin hakkı (m.50), adaletli ücret hakkına (m.55) sahip oldukları belirtilmiştir. Çünkü çalışma hakkının uygulamada istikrarlı ve güvenli bir şekilde gerçekleşebilmesi için çalışan kişinin adaletli ücret alması, iş yerinin güvenli ve sağlıklı olması, yeterli dinlenme sürelerinin olması ve en önemlisi iş güvencesinin olması gerekmektedir. Aksi takdirde çalışma zulme, eziyete ya da angaryaya dönüşecektir.

Çalışma, sözleşme ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğü sosyal haklardandır. Çalışma özgürlüğü kişinin dilediği alanda, dilediği iş yerinde, dilediği kişilerle çalışma serbestliğidir. Ancak, çalışma hakkını çalışma özgürlüğü ile karıştırmamak gerekir. Sosyal ve ekonomik hak olan çalışma hakkı; daha çok kötü şartlar içerisinde çalışan, çalışmasının karşılığını tam olarak alamayan ya da çalıştığı işten haksız olarak çıkarılmak istenen kişileri ilgilendirir. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü negatif statü haklarından, gerçekleşmesi için devletin olumlu edimde bulunması gerekmemektedir, bu özgürlüğü bireylere tanınması ve koruması gerekmektedir. Çalışma hakkı ise pozitif statü haklarından, Devletin, çalışma hakkını bireylere tanınmasının yanında çalışma hakkının gerçekleşmesi için olumlu edimde bulunması

⁸⁷ Erken, Türkiye'de Çalışma Hakkı, s.72.

gerekmektedir. Devletin, çalışma hakkının yaşama geçirilebilmesi için gerekli tedbirleri ve önlemleri alması, destekleyici faaliyetlerde bulunması gerekmektedir.⁸⁸

2)Özgürlüğün Çalışma Hakkına Dönüşmesi

Çalışma hakkının gerçekleştirilebilmesi için, işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf konumda olan işçinin genel olarak korunması için devletin müdahalede bulunması gerekmiştir. Bu yüzden devlet çıkardığı yasalarla, çalışanların korunması için onlara özel olarak bazı haklar tanımıştır. Bu destek çalışanların yaşam düzeylerinin geliştirilmesi için de gereklidir. Devlet çalışanların yaptıkları işe uygun olarak adaletli ücret almaları ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri almakta; asgari ücret tespiti, doğum izni, ölüm izni, çocuk parası gibi imkanlarla çalışanları sosyal yönden desteklemektedir. Bununla birlikte asgari ücretin tespiti sırasında; çalışanların geçimini sağlayabilmesi için gereken hususlar ile ülkenin ekonomik durumu göz önünde bulundurulmaktadır. Bu şekilde çalışan kesimin hakları korunarak uygulamada çalışma hakkının gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.⁸⁹

Çalışma özgürlüğü sözleşme serbestisine dayandığı için, çalışma özgürlüğü mutlak olarak tanındığında işverenler tarafından çalışacak olan kişilere istedikleri ücreti ve istedikleri şartları tek taraflı olarak dayatma imkânı ortaya çıkmaktadır. Bu durum geçimini bile tam anlamıyla karşılayamayan ve ezilen bir işçi sınıfının ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Sonuç olarak, mutlak şekilde işverene bağımsız çalışma özgürlüğü tanınması, çalışacak olan işçiler bakımından hakkaniyetli bir durum ortaya çıkarmamaktadır. Özellikle sanayi devrimi sonrasında kötü koşullarda çalışan ve her türlü korumadan yoksun olan işçi sınıfının toplum içinde yarattığı huzursuzluklar; işçilerinin istikrarlı olarak ve güvenli bir ortamda çalışmasını sağlayacak yeni kuralların yürürlüğe konulmasını gerekli hale getirmiştir. Çünkü tam bir sözleşme serbestisi içinde, çalışan işçiler çalışma hakkını tam anlamıyla kullanamamaktadırlar.

Çalışma hakkı bireyin ayrımcılığa tabi olmaksızın, insan onuruna uygun olarak, adaletli ücret alarak, sağlıklı ve güvenli çalışma ortamı olan işte çalışmasını sağlar. Çalışma hakkı çalışmanın işkence ve eziyete dönüşmesini engeller. Anayasa

⁸⁸ Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.197.

⁸⁹ Demir, Anayasa Hukuku, s.460.

m.49 açısından bakıldığında çalışma hakkı, kişinin çalışma özgürlüğünü kullanırken keyfi olarak hareket etme imkanını vermez. Ancak kişinin mesleki olarak icra ettiği işi sağlıklı bir iş ortamında yerine getirmesi, haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin sona erdirilememesi ve çalışmasının karşılığını alması imkanını sağlar. Aksi durumda çalışma hakkı tam olarak sağlanmış olmaz. Bu bakımdan iş güvencesi de, çalışma hakkının yerine getirilmesini sağlayan bir haktır.⁹⁰

Çalışma özgürlüğü özellikle çalışanlar bakımından çalışma hakkıyla tamamlanmadıkça sadece bir ilke olarak teoride kalmaya devam edecektir. Bu sebeplerle insanın kişiliğine bağlı olarak doğuştan sahip olduğu çalışma özgürlüğünün günlük hayatta somut ve uygulanabilir olması, istikrarlı şekilde uygulamaya geçirilebilmesi çalışma hakkının sağlanmasıyla mümkün olmaktadır. Tabii işverenler bakımından, çalışma hakkına ilişkin kurallar ile çalışma özgürlüğünün biraz kısıtlandığını kabul etmek mümkündür. Çünkü mutlak sözleşme serbestisi tanındığında işverenler tarafından çalışacak olan işçilere tek taraflı dayatmalar ortaya çıkmakta (ücret, çalışma süresi, çalışma ortamının koşulları vs.), bu durum işçilerin yoksulluğundan ve eziyete uğramasından başka bir sonuç ortaya çıkarmamaktadır. Getirilen bazı sınırlamalar da özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun olarak güvenli ve kararlı şekilde çalışabilmesi için gerekli olmaktadır. Sonuç olarak çalışma hakkının sağlanması için alınacak tedbirler çalışanları korurken aynı zamanda işverenlerin işletmelerinin milli ekonominin gereklerine uygun olarak güvenli ve istikrarlı şekilde çalışmasını sağlamaya hizmet etmektedir. Çalışma hakkı, işçinin güvenli ve sağlıklı çalışma ortamı olan bir işyerinde istikrarlı şekilde çalışabilmesini sağlamaktadır. Çalışma hakkı sayesinde bir işyerinde çalışan işçi, haklı bir sebep olmaksızın sözleşmesi feshedilemeyecek ve iş güvencesine sahip olduğu bilinciyle çalışmaya devam edecektir. Çalışma hakkına ilişkin kurallar sayesinde işçi, yaptığı işin karşılığını alarak çalışabilmektedir. Bu sebeplerle çalışma hakkıyla; çalışan kişi ile işveren arasında denge kurulmakta ve çalışma hayatında verimlilik, istikrar, düzen sağlanmaktadır.

İş Hukuku'nun özel hukuk alanına getirdiği en büyük yenilik, Medeni Hukuk'un tarafları mutlak eşit kabul eden geleneksel anlayışını terk etmesinde görülür. İş Hukuku'nda taraflar genellikle eşit kabul edilmezler. İş Hukuku günümüzde işçiyi koruma amacına dayanmakta, Borçlar Hukuku'nun işçiyi

⁹⁰ Kılıçoğlu, Çalışma Hakkı, s.5.

koruyamayan “sözleşme özgürlüğü” ilkesine çalışma barışını sağlamak için sınırlamalar getirmektedir. İş Hukuku’nda, çalışma ilişkileri içinde işçi tarafı daha çok korunmakta, tereddütlü hallerde “işçi lehine yorum” yapılması öngörülmektedir. Yargıtay da, İş Hukuku’nda tereddüt doğuran hükümlerin yorumlanmasında işçi yararının gözetilmesini gerekli görmektedir. Genel olarak yorum yapılırken, İş Hukuku’ndaki işçinin korunması ilkesinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir.⁹¹

Sonuç olarak hak ve özgürlükler sosyal ve ekonomik haklar ile nasıl tamamlanıyorsa; çalışma özgürlüğü de çalışma hakkı ile öyle tamamlanmaktadır. Günümüzde çalışma özgürlüğü çalışan kişilerin kişisel özgürlüğünü sağlayan en önemli hukuk prensiplerinden birisidir. Ancak, yürürlükteki hukuk uygulamada çalışana sağlıklı ve istikrarlı bir iş düzeni sağlayamadığı sürece çalışma özgürlüğünün boş bir deyim olmaktan ileri gidemeyeceği açıktır. Tarihi gelişim süreci içinde de gördüğümüz gibi, çalışma hakkının gerçekleşmesi için tanınan haklar ve alınan önlemler; çalışma özgürlüğüne karşı gelen önlemler değil, aksine çalışma özgürlüğünü tamamlayan ve onun gerçekleştirilmesini sağlayan, onu uygulanabilir kılan, ona uygulamada değer kazandıran önlemlerdir.⁹²

İKİNCİ BÖLÜM

ÇALIŞMA HAKKINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

1961 Anayasası’na benzer olarak 1982 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak genel ve özel sınırlama sebepleri birlikte yer almaktaydı. 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebepleri ortadan kaldırılmıştır. Değişikliğin gerekçesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki ilkeler olarak açıklanmıştır. 1982 Anayasası’na göre temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası’nın 13.maddesine göre;” Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Tabi kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerle de sınırlamalar yapılabilir.⁹³

⁹¹ Demir, Çalışma Hakkı Sempozyum, s.144.

⁹² Demir, Çalışma Hakkı Sempozyum, s.145.

⁹³ Erken, Türkiye’de Çalışma Hakkı, s.71.

Anayasa m.49/1'e göre;" Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." Anayasa m.49/2'ye göre;" Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." Dolayısıyla çalışma hakkı bu m.49/2'de belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir.

1961 Anayasası'na göre; sosyal ve ekonomik haklar Anayasa'da belirtilen özel sınırlama sebeplerine ek olarak "mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde" yerine getirilebilir. 1982 Anayasası m.65'e göre; Devlet, sosyal ve ekonomik hususlarda Anayasa'da belirtilen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynakların yeterliliği oranında yerine getirir. 1982 Anayasası'nda 2001 yılındaki değişiklikle "mali kaynakların yeterliliği" ölçüsüne ilaveten "görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri" getirilmiştir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sosyal ve ekonomik haklar konusunda kendisine yüklenen görevlerini; milli ekonominin gereklerine uygun olarak mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde ve görevin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek yerine getirmelidir.⁹⁴

Anayasa Mahkemesi gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları döneminde, bu konuda esasa inen ve devletin kaynaklarının gerçekten yetersiz olup olmadığını araştırmaya yönelik bir tavır içinde olmamıştır. Bu durum doğaldır, çünkü yargının devletin "mali kaynaklarının yeterliliğini" ölçmeye çalışması yerindelik denetimi olur ve bu da yetki aşımı olur. Yargı böyle davranırsa siyasal ve temsili organın yerine geçmiş, söz konusu idari organın takdir alanına girmiş olur. Fakat Anayasa Mahkemesi bu konuda sınırlı da olsa bir ölçü çizmiştir. Buna göre; devlet sosyal edimlerini yerine getirme konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir. Ancak bir kez, belli bir şekilde ve ölçüde sosyal edimde bulunabileceğine dair karar vermişse, bunu aynı durumda olanlar arasında aynı şekilde uygulamaya devam etmelidir. Yani devlet sosyal edimlerini yerine getirme konusunda bir kez sınır çizmişse, bunu aynı durumda bulunanlara eşit şekilde uygulamaya devam etmelidir. Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesi uyarınca ayrımcılık yapılmasını önlemek ve ortaya çıkabilecek farklı uygulamaları engelleyerek hukuki istikrarın sağlanması için ortaya çıkmıştır. Anayasa gereğince; bireylerin sahip olduğu sosyal ve ekonomik hakların devlet tarafından ihlal edilip

⁹⁴ Erken, Türkiye'de Çalışma Hakkı, s.71

edilmediğinin incelenmesi için hem Anayasa hem de AİHS ya da tarafı olduğumuz ek protokollerde güvence altına alınmış olması gerekmektedir.⁹⁵

Ayrıca Anayasa m.90/5 gereğince; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, bu konuda ortaya çıkacak uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

I.ÇOCUK ve GENÇLERİN ÇALIŞMA HAKKINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Çocuk çalışanların sayısının tam olarak belirlenebilmesi mümkün olmasa da, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün araştırmaları sonucunda belirtmiş olduğu yaklaşık rakamlara göre; 2008 yılında 306 milyon çocuk çalışan, 215 milyon civarında çocuk işçi bulunmaktadır. Çalışan çocuk rakamının bu kadar yüksek olması ve çocuk çalışmasının gelecek nesillere etkisi, çocuk yaşta çalışmayı küresel bir sorun haline getirmiştir. Çocuk yaştaki kişilerin çalışması, çocukların sağlıklı gelişimleri açısından kötü olmakta ve iş kazalarının ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu sebeple, çocuk yaşta çalışmayı engelleyen ya da sınırlama öngören ulusal düzenlemelerin yapılmasının yanı sıra uluslararası sözleşmelerde de bu konu hakkında düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Çocuk Hakları Bildirgesi gibi önemli uluslararası belgelerde bu konuda düzenlemelere yer verilmiştir. 1919 yılında Uluslararası Çalışma Konferansı'nda kabul edilen 1919 tarihli Asgari Yaş (sanayi) Sözleşmesi, 1920 tarihli Asgari Yaş (denizcilik) Sözleşmesi, 1921 tarihli Asgari Yaş (Tarım) Sözleşmesi çocuk işçiliğine ilişkin olarak yapılan ilk sözleşmelerdendir. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 1973 yılında çıkarılan 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi ile tüm ekonomik sektörlerde çalışan çocuklar kapsam altına alınarak düzenleme yapılmıştır ve daha önce Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından çıkarılan "Asgari Yaş" adındaki birçok uluslararası sözleşmeyi ortadan kaldırmıştır.⁹⁶

⁹⁵ Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.198.

⁹⁶ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, "Mevuzatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, 2015, s.499-501.

Alman İş Hukuku'nda on beş yaşın altındakiler çocuk işçi, on beş yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını tamamlamamış olanlar ise genç işçi olarak kabul edilmektedir. On sekiz yaşının tamamlanıp, on dokuzuncu yaşın başlamasıyla bu kişiler çocuklara ilişkin düzenlemelerin dışına çıkmaktadır. Ayrıca, tam gün zorunlu eğitimine devam eden gençler hakkında on beş yaşını doldurmuş olsalar da çocuklara ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı belirtilmiştir.⁹⁷ Bu sebeplerle ülkemizdekiyle benzer bir çocuk işçi ve genç işçi kavramları bulunmaktadır.⁹⁸

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 4.maddesine göre; çocuk işçi 14 yaşını doldurmuş ancak 15 yaşını tamamlamamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi, genç işçi ise 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını tamamlamamış olan kişiyi ifade etmektedir.

A.ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN SINIRLAMALAR

1)Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Yer Alan Sınırlama

Temel insan haklarını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi birkaç istisna haricinde sosyal ve ekonomik haklara, birlik vatandaşlığına ilişkin haklara yer vermemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu sebeplerle yetersiz görülünce, 7 Aralık 2000 tarihinde, Avrupa Birliği tarafından sosyal ve ekonomik hakları ayrıca diğer birçok hakkı da düzenleyen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı imzalanmış ve ilan edilmiştir. Lizbon Antlaşmasının 2009'da yürürlüğe girmesiyle birlikte, diğer Avrupa Birliği anlaşmalarıyla aynı yasal değeri kazanmıştır. Böylece bu Şart; birincil hukuka dahil olarak Avrupa Birliği Hukuku'nun bir parçası olmuştur. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın tarafı değildir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 32.maddesi; "Çocukların çalıştırılması yasaktır. Asgari çalışma yaşı, gençler için öngörölmüş daha elverişli kurallara hanel gelmemek kaydıyla ve sınırlı istisnalar dışında, zorunlu eğitimi bitirme yaşından küçük olamaz. İşe alınan gençler, yaşlarına uygun çalışma koşullarına sahip olmalı ve güvenliklerine, sağlıklarına veya fiziksel, zihinsel, ahlaki veya sosyal gelişmelerine zarar verecek veya eğitimlerini engelleyecek her türlü işten ve ekonomik sömürüden korunmalıdır." hükmünü düzenlemiştir. Bu şekilde beden olarak güçsüz durumda olan

⁹⁷ Bknz: Jugendarbeitsschutzgesetz § 2, (Alman Genç İşçi Koruma Kanunu).

⁹⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.487.

çocukların korunması ve gelişimlerinin olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

2)59 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'nde Yer Alan Sınırlama(ILO)

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Versailles Barış Andlaşması ile Milletler Cemiyeti'ne bağlı olarak 1919 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organisation-ILO) kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Milletler Cemiyeti'nin yerini alan Birleşmiş Milletler ile Uluslararası Çalışma Örgütü arasında yapılan bir andlaşma sonucunda ILO, Birleşmiş Milletler'in geniş ölçüde özerkliğe sahip özel bir uzman kuruluşu olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) işçi işveren ilişkilerini düzenleyen çağdaş normları üretmek ve bunların uygulanmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapmakta, bu sayede İş Hukuku'nun gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün düzenlediği uluslararası sözleşmeleri kabul eden ülkeler, bu sözleşmeleri iç hukuk düzenlerinde uygulama yükümlülüğü altına girmekte ve uluslararası denetime tabi tutulmayı kabul etmektedirler.⁹⁹

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün çıkarmış olduğu 59 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'nin 2.maddesine göre; “Onbeş yaşın altındaki çocuklar kamu ve özel sektör sanayi işletmelerinde ya da bunların alt birimlerinde istihdam edilemez veya çalıştırılmazlar. Ancak, tabiatı icabı veya çalışma şartlarından dolayı orada istihdam edilen kişilerin hayatı, sağlığı veya ahlaki bakımından tehlike arzeden işler hariç olmak üzere, milli mevzuat bu çocukların sadece işverenin aile üyelerinin çalıştığı işletmelerde çalışmasına izin verebilir.” 59 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi sadece sanayi işletmelerine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu yasak madde lafzında da belirtildiği üzere özel ve kamuya ait sanayi işletmelerinde söz konusudur. Türkiye 59 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'ni imzalamış ve ülkemizde 12.07.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak bu sözleşme Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1973 tarihinde kabul ettiği 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

3)138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'nde Yer Alan Sınırlama(ILO)

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün istihdamda asgari yaşla ilgili 1973 tarihinde kabul ettiği 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi sektör bakımından ayırım yapmamış,

⁹⁹ Süzek, s.96.

tüm ekonomik sektörlerde çalışan çocukları kapsam altına alarak düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla değişik sektörlerle ilişkin olarak daha önce kabul edilen Asgari Yaş Sözleşmelerini kaldırmıştır. 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'nin 10.maddesine göre; “Bu sözleşme 1919 tarihli Asgari Yaş Sanayi Sözleşmesi, 1920 tarihli (Denizcilik) Sözleşmesini, 1921 tarihli Asgari Yaş (Tarım) Sözleşmesini, 1921 Tarihli Asgari Yaş (Trimci ve Ateşçiler) Sözleşmesini, 1932 tarihli Asgari Yaş (Sanayi Dışı işler) Sözleşmesi, 1936 tarihli Asgari Yaş Denizcilik Sözleşmesi (Düzeltilmiş), 1937 tarihli Asgari Yaş Sanayi Sözleşmesini (Düzeltilmiş), 1937 tarihli Asgari Yaş Sanayi Dışı İşler Sözleşmesi (Düzeltilmiş), 1959 tarihli Asgari Yaş (balıkçılık) Sözleşmesini ve 1965 tarihli Asgari Yaş (Yeraltı Maden İşleri) Sözleşmesini bu maddede ön görülen koşullar dahilinde tadil eder.”

Dolayısıyla bazı kitap ve makalelerde belirtilmiş olan, deniz işlerinde trimci ve ateşçiler için asgari çalışma yaşının 18 yaş olduğunu belirten hüküm 1921 Tarihli Asgari Yaş (Trimci ve Ateşçiler) Sözleşmesi'nin yürürlükten kalkması sebebiyle, deniz işlerinde trimci ve ateşçiler haricinde kalanlar için asgari çalışma yaşının 15 yaş olduğuna ilişkin hüküm 1936 tarihli (58 numaralı) Asgari Yaş (Denizcilik) Sözleşmesi'nin yürürlükten kalkması sebebiyle ortadan kalkmıştır. Hukukumuzda Deniz İş Kanunu'nda da bu konuda bir hüküm yoktur.

138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi, Türkiye tarafından 23 Ocak 1998 tarih ve 4334 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş, 30 Ekim 1998 tarihinde ülkemizde yürürlüğe girmiştir. 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/1'e göre;” Bu sözleşmeyi onaylayan her üye, onay belgesine ekleyeceği bir açıklamayla kendi ülkesinde ve kendi ülkesinde kayıtlı bulunan ulaşım araçlarında istihdama veya çalışmaya kabul için asgari yaş sınırını belirleyecektir; bu sözleşmenin 4'üncü ve 8'inci¹⁰⁰ maddeleri saklı kalmak üzere, hiç kimse bu yaşın altında herhangi bir meslekte istihdama ve çalışmaya kabul edilmeyecektir.” Aynı maddenin 3.fikrasına göre;“ Bu maddenin 1 inci fıkrasına göre belirlenen asgari yaş

¹⁰⁰ 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.4/1;” Yetkili makam gerektiğinde, varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerine danıştıktan sonra özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı sınırlı istihdam ve çalışma kategorilerini bu sözleşmenin uygulama alanı dışında tutabilir. 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.8; Yetkili makam, varsa ilgili işçi ve işveren örgütlerine danıştıktan sonra, Sözleşmenin 2 nci maddesinin öngördüğü çalışma ya da istihdam yasaklarına sanatsal faaliyetlere katılma gibi amaçlar için münferit çalışma izinleri vermek suretiyle istisnalar getirebilir. Bu şekilde verilecek izinler, çalışma ya da istihdamın koşullarını belirleyecek, süresini sınırlayacaktır.

sınırı, zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükârda 15 yaşın altında olmayacaktır.”¹⁰¹

138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/3 ile asgari çalışma ve istihdam yaşını 15 yaş olarak belirlemiş olsa da m.2/4’e göre; “Ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan her üye, bu maddenin 3. fıkrası hükümlerini dikkate almaksızın varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari yaşı başlangıçta 14 olarak belirleyebilir.”

Her ne kadar 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/3’e göre asgari çalışma ve istihdam yaş sınırı 15 yaş olarak belirlenmiş olsa da, m.7’ye göre, her ülke istisnai olarak kendi mevzuatında 13-15 arası yaşlardaki kişilerin sağlıklarına, gelişimlerine ve okula devamlarına engel olmayacak hafif işlerde çalışmalarına izin verebilecektir. 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi m.7’ye göre; “Ulusal mevzuat 13-15 arası yaşlardaki kişilerin, sağlıklarına veya gelişmelerine zarar vermesi ihtimali bulunmayan ve okula devamlarını, yetkili makamın onayladığı mesleğe yöneltme veya mesleki eğitim programlarına katılmalarını veya derslerden yararlanmalarını engellemek koşuluyla hafif işlerde çalışmalarına veya istihdamlarına izin verilebilir.”

Yukarıdaki açıklamaları özetlemek gerekirse Türkiye’nin de taraf olduğu ve bağlayıcılığı olan bir uluslararası sözleşme olan, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1973 tarihinde kabul ettiği 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi’ne göre; bu andlaşmayı onaylayan her devlet, onay belgesine ekleyeceği bir açıklamayla kendi ülkesinde ve kendi ülkesinde kayıtlı bulunan ulaşım araçlarında istihdama veya çalışmaya kabul için asgari yaş sınırını kendisi belirleyecektir. Ancak belirlenecek asgari yaş sınırı; zorunlu eğitim yaşının bittiği yaşın altında, her durumda 15 yaşın altında olamayacaktır. Bu sözleşmeyle sosyal ve ahlaki gerekler sebebiyle, zorunlu eğitimi bitirme yaşı ilgili ülkede daha az olarak kabul edilmiş olsa bile 15 yaşın altında bulunan çocukların çalışması yasaklanmıştır. Ancak bu Sözleşme ‘ye göre; ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan her üye devlet, ilgili işçi ve işveren örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra asgari çalışma yaşını 14 yaş şeklinde belirleyebilir. Ayrıca bu Sözleşme’ nin 7’inci maddesi gereğince; istisnai olarak ulusal mevzuatta 13-15 yaş aralığındaki kişilerin sağlıklarına, kişisel gelişimlerine ve okula

¹⁰¹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.487.

devamlarına ya da mesleki eğitim derslerine devamlarına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılmalarına izin verilebilecektir.

4)Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi'nde Yer Alan Sınırlama

Uluslararası Çalışma Örgütü 182 numaralı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi'ni düzenlemiştir. Bu sözleşme kötü şartlardaki çocuk çalışmalarını ortadan kaldırmaya ve buna yönelik önlemleri almaya ilişkin hükümler getirmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 25 Ocak 2001 tarihinde 4623 sayılı Kanun ile kabul etmiştir. Bu sözleşmenin 3.maddesine göre en kötü şartlardaki çocuk işçiliği ifadesi; çocukların satılması ve ticareti, borç karşılığı ya da bağımlı şekilde çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işi kapsar.

182 numaralı Sözleşme'nin 7.maddesine göre; “ Her Üye, cezaî yaptırımların ya da uygun olduğu takdirde diğer yaptırımların kararlaştırılması ve uygulanması da dahil olmak üzere, bu Sözleşme hükümlerinin etkin şekilde uygulanmasını ve yürütülmesini sağlayacak gerekli tüm önlemleri alır. Her üye, çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasında eğitimin önemini dikkate alarak etkin ve belli bir zamanla sınırlı şu önlemleri alır: çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğine dahil olmalarının önlenmesi; çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinden uzaklaştırılmaları, sosyal uyumları ve rehabilitasyonları için gerekli ve uygun doğrudan yardım sağlanması; çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinden uzaklaştırılmaları için ücretsiz temel eğitim ve mümkün ve uygun olduğu takdirde mesleki eğitim sağlanması; özel olarak riskli durumda bulunan çocukların belirlenmesi ve onlara ulaşılması, ve kız çocuklarının özel durumunun dikkate alınması.” Kanaatimizce 182 numaralı Sözleşme'de belirtilen önlemler çocuk işçilerin fiziksel ve ahlaki gelişimleri için gerekli olduğundan yerindedir.

B.UMUMİ HIFZISSIHA KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMALAR

İş Kanunu'na tabi olmayan işlere ilişkin işyerlerinde, örneğin esnaf ve sanatkâr meslek kuruluşlarında kendi kanunları ve Borçlar Kanunu uygulanacaktır. Borçlar Kanunu'nda çalışma yaşına ilişkin sınırlama bulunmamaktadır. Asgari çalışma yaşına ilişkin düzenleme 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 173'üncü maddesinde bulunmaktadır.¹⁰²

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 173.maddesine göre; “On iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnudur. On iki yaş ile on altı arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azami sekiz saatten fazla çalıştırılmaz.” Bu hükme göre; 12 yaşından küçük çocukların fabrika, imalathane ve her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak çalıştırılması yasaktır. 12 yaş ile 16 yaş arasında bulunan çocuklar günde en fazla 8 saat çalıştırılabilirler.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174.maddesine göre; “On iki yaş ile on altı yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları memnudur.” Bu hükme göre; 12 yaş ile 16 yaş arasında bulunan çocuklar gece saat 20:00'ye kadar çalışmaları mümkündür.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 176.maddesine göre; “Mahalli belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur.” Bu maddede belirtilen yerlerde 18 yaşın altındaki çocukların çalışması yasaktır.

Tüm bu düzenlemeler değerlendirildiğinde İş Kanunu'na tabi olmayan işlerde, örneğin esnaf ve sanatkâr işyerlerinde on iki (12) yaşını doldurmuş olan ve on altı (16) yaşını tamamlamamış olan çocukların sigortalı olarak çalıştırılması mümkündür. İş Kanunu'na tabi olsun veya olmasın on dört (14) yaşını doldurmuş olup da on sekiz (18) yaşını tamamlamamış olan çocuk ve genç işçiler, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in sonunda belirtilen cetvellerde yer alan işlerde çalışabilirler.

¹⁰² SARISU Ekrem, ”Çocukların İş Kanunu'na Tabi Olmayan İşlerinde Çalıştırılmaları II”, 17.04.2008, http://www.mevzuatbankasi.com/portal/konuk_yazarlar/mevzuat.asp?kategori=118&id=2772, (e.t.:23.02.2019),s. 1.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 173.maddesinde düzenlenen asgari çalışma yaşına ilişkin hüküm hukuka aykırıdır. Çünkü bütün sektörlerle ilişkin olarak asgari çalışma yaşını belirleyen ve tarafı olduğumuz uluslararası 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/3'e göre; devletlerin belirleyeceği asgari çalışma yaşı zorunlu öğrenim ve eğitim yaşının bittiği yaşın altında, her halükârda 15 yaşın altında olmayacaktır. Ülkemizde İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 3.maddesine göre; "Mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar." Aynı kanunun 7'inci maddesine göre ilköğretim; "dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan" oluşmaktadır. Ayrıca 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m. 2/4'e göre; ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan her taraf olan devlet, varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari çalışma ve istihdam yaşını 14 yaş olacak şekilde belirleyebilecektir. Halbuki Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda asgari çalışma yaşı 12 yaş olarak belirlenerek; tarafı olduğumuz 138 numaralı (ILO) Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/4'de belirtilen asgari çalışma yaş sınırı olan 14 yaş sınırına aykırı düzenleme yapılmıştır.

C.İLKÖĞRETİM ve EĞİTİM KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMA

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 59.maddesine göre; "İlköğretim çağına olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenler, hiçbir resmi ve özel iş yerinde veya her ne surette olursa olsun çalışmayı gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılmazlar. İlköğretim kurumlarına devam ettiklerini belgeliyenler ise, çocukların çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümleri uygulanmak şartıyla ancak ders zamanları dışında bu gibi yerlerde çalıştırılabilirler. İlköğretim çağına bulunan ve mecburi ilköğretim kurumlarına devam eden çocukların bu kanunda gösterilen ve Millî Eğitim Bakanlığınca açılmasına izin verilmiş olunanlar dışında, her ne ad altında kurulmuş olursa olsun, özel kurs ve dershanelere kabulü yasaktır."

Yukarıda belirtmiş olduğum İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nda düzenlenen sınırlama uluslararası sözleşmelere uygun değildir. Çünkü 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/3'e göre; devletlerin belirleyeceği asgari çalışma yaşı zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında, her halükârda 15 yaşın altında olmayacaktır. İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 59'uncu maddesine göre; mecburi ilköğretim çağına olup da ilköğretim kurumlarında eğitimine devam edenler ders zamanı dışındaki vakitlerde

çalışabilirler. Ayrıca ilköğretim çağında bulunan çocukların özel kurs ve dershanelere kabulü yasaktır. Ülkemizde İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 3.maddesine göre; "Mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar." Aynı kanunun 7'inci maddesine göre ilköğretim; "dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan" oluşmaktadır. Bu ilköğretim çağı küçüğün 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter. Yani İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.59'a göre; 6-13 yaş arasındaki ilköğretim eğitimine devam eden çocukların ders zamanı dışındaki vakitlerde çalışabilmeleri mümkündür. Halbuki tarafı olduğumuz 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'ne göre; 15 yaşın altında olan çocukların çalıştırılabileceğine ilişkin, eğitim ve ekonomik olanakları yeterince gelişmemiş olan devletler ise 14 yaşın altında olan çocukların çalıştırılabileceğine ilişkin iç hukukta düzenleme yapılamaz. Bu yüzden, bu düzenleme tarafı olduğumuz 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'nin 2'nci maddesine aykırıdır.

D.İŞ KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMALAR

4857 sayılı İş Kanunu' m.71/1'e göre; "On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocuklar bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler." Ancak bu sınırlama İş Kanunu'na tabi işler bakımından söz konusudur.

Yukarıdaki paragrafta belirttiğim düzenleme hukuka uygundur. Türkiye'nin de tarafı olduğu uluslararası bir sözleşme olan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1973 tarihinde kabul etmiş olduğu 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2'ye göre; bu andlaşmayı onaylayan her devlet, onay belgesine ekleyeceği bir açıklamayla kendi ülkesinde ve kendi ülkesinde kayıtlı bulunan ulaşım araçlarında istihdama veya çalışmaya kabul için asgari yaş sınırını kendisi belirleyecektir. Ancak belirlenecek asgari yaş sınırı; zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında, her halükârda 15 yaşın altında olmayacaktır. Bu sözleşmeyle sosyal ve ekonomik gerekler sebebiyle, zorunlu eğitimi bitirme yaşı ilgili ülkede daha az olarak kabul edilmiş olsa bile 15 yaşın altında bulunan çocukların çalışması yasaklanmıştır. Ayrıca 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/4'e göre; ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan her üye devlet, varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari

çalışma ve istihdam yaşını 14 yaş olacak şekilde belirleyebilecektir. Bu sebeplerle İş Kanunu m.71’de düzenlenen sınırlama hukuka uygundur.

İş Kanunu m.71/4’e göre; temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde 7 ve haftada 35 saatten fazla olamaz. Ancak, 15 yaşını tamamlamış çocuklar günde 8 saat ve haftada 40 saate kadar çalıştırılabilirler. Sonuç olarak çocuk işçilerin (14 yaşını doldurmuş-15 yaşını doldurmamış) çalışma saatleri günde 7, haftada 35 saati geçemez. Genç işçilerin (15 yaşını doldurmuş-18 yaşını doldurmamış) çalışma saatleri günde 8, haftada 40 saati geçemez. Bu fıkrada çocuk ve gençlerin çalışma yaşamına girebilmesi için çalışma saatleri düzenlenmiş ve doğru düşünülmüştür. Ancak kanaatimizce hem çocuk işçilerin hem de genç işçiler için bu maddede öngörülen çalışma süresi biraz fazladır. Zaten normal bir işçinin (18 yaşını doldurmuş işçinin) haftalık çalışabileceği maksimum süre 45 saattir. 15 yaşını tamamlamış olan çocuklar için de neredeyse yetişkin işçiler için kabul edilen çalışma süresi öngörülmüştür. Bu düzenlemedeki çalışma sürelerinin hem çocuk işçiler hem de genç işçilerin gelişimi ve korunması bakımından biraz fazladır.

Çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu işlerde, asgari çalışma yaş sınırına aykırı olarak yapılan iş sözleşmelerinde geçersizlik gündeme gelecektir. Küçük işçi işe alınırken asgari çalışma yaşı hükümlerine veya gece saatlerinde çalıştırma yasağına ilişkin hükümlerine aykırı bir iş sözleşmesi yapıldığında, iş sözleşmesinin konusunu oluşturan çalışma edimi yerine getirilmeye başlanmamışsa, söz konusu sözleşme batıl sayılır ve baştan itibaren hükümlerini doğurmaz.¹⁰³

Eğer küçük işçi asgari çalışma yaşı hükümlerine ve gece çalışma yasağına aykırı olarak çalışmaya başlamışsa, iş sözleşmesinin geçersizliğinin geleceğe etkili olduğu kabul edilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 394. maddesinin son fıkrasına göre; “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.” Bu sebeple çocuk ve genç işçi çalışmaya başlamışsa, geçersizliği sonradan anlaşılan sözleşme geleceğe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Sözleşme, hizmet ilişkisi sona erdirilinceye kadar sonuçlarını doğuracaktır. Bu sebeple çocuk ve genç işçi

¹⁰³ TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, İş Hukuku’nun Esasları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8.Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016, s.191.

sözleşme geçersiz olana kadar yaptığı çalışmadan kaynaklanan işçilik alacaklarını ve diğer haklarını talep edebilecektir.¹⁰⁴

Ayrıca İş Kanunu'nun 104.maddesine göre; “71’inci maddesi hükümlerine aykırı hareket eden,72’inci maddesi hükümlerine aykırı olarak bu maddede belirtilen yerlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ve gençleri ve her yaştaki kadınları çalıştıran, 73’üncü maddesine aykırı olarak çocuk ve genç işçileri gece çalıştıran veya aynı maddede anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden, 74’üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen” işveren veya işveren vekiline idari para cezası verilir.

E.ÇOCUK ve GENÇ İŞÇİLERİN ÇALIŞTIRILMA USUL ve ESASLARI HAKKINDA YÖNETMELİK’DE YER ALAN SINIRLAMALAR

İş Kanunu m.71/3’de; “On sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile on beş yaşını tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, on dört yaşını bitirmiş ve ilköğretimini tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” denilerek 18 yaşından küçüklerin çalışması yasak olan işler ve çalışmasına izin verilecek işlerin Çalışma ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁰⁵ düzenlenmiştir.

ÇGİÇY m.5/1’e göre; “Çocuğun ve genç işçinin işe yerleştirilmesinde ve çalışması süresince güvenliği, sağlığı, bedensel, zihinsel, ahlaki ve psikososyal gelişimi, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır.”

ÇGİÇY m.5/2’ a göre; “Çocuk ve genç işçiler, okula devam edenlerin okula devamları ile okuldaki başarılarına engel olmayacak, meslek seçimi için yapılacak hazırlıklara ya da Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yeterliliği kabul edilen mesleki

¹⁰⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.507.

¹⁰⁵ Resmi Gazete, T.06.04.2004, S.25425,

(<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5457&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>).

eğitime katılmasına engel olmayacak işlerde çalıştırılabilirler.” Bu düzenlemeye göre çocuk ve genç işçiler, okuldaki normal eğitimlerine ve okuldaki mesleki eğitimlerine katılmalarına engel olmayacak şekilde çalıştırılabilirler. Yani okul eğitimi dışında kalan vakitlerde çalıştırılabilirler.

ÇGİÇY m.5/4’a göre; “Çocuk işçilerin çalışmasına izin verilen hafif işler Ek-1’de, genç işçilerin çalışmasına izin verilen işler Ek-2’de ve 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabileceği işler Ek-3’te belirtilmiştir.” Aynı maddenin 5.fıkrasında; “Çocuk işçiler Ek-1’de, genç işçiler Ek-1 ve Ek-2’de ve 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler ise Ek-1, Ek-2 ve Ek-3’te yer alan işler dışında çalıştırılmaz. Ancak, 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarından mezun olan meslek sahibi 16 yaşını doldurmuş genç işçiler; sağlığı, güvenliği ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması şartıyla bu Yönetmeliğin eklerinde belirtilen sınırlamalara bağlı kalmaksızın ihtisas ve mesleklerine uygun işlerde çalıştırılabilirler.”

Bu düzenlemelere göre; 14 yaşını doldurmuş fakat 15 yaşını tamamlamamış ve ilköğretimini tamamlamış olan işçiler (ÇGİÇY) Ek-1’de belirtilen, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış olan işçiler Ek-1 ve Ek-2’de belirtilen, 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış genç işçiler ise Ek-1, Ek-2 ve Ek-3’te belirtilen işlerde çalıştırılabilirler.

ÇGİÇY Ek-1’de belirtilen 14 yaşını doldurmuş fakat 15 yaşını tamamlamamış ve ilköğretim eğitimini bitirmiş olan küçüklerin çalışabilecekleri işler şunlardır: düşme, yaralanma ve sakatlanma tehlikesi olabilecek şekilde hizmet etmeyi gerektirenler hariç olmak üzere meyve, sebze, çiçek toplama işleri; kümes hayvanları yetiştiriciliğinde yardımcı işler ve ipek böcekçiliği yetiştirme işleri; esnaf ve sanatkarların yanında icra edilen satış işleri; büro hizmetlerine yardımcı olunan işler; dergi ve gazete ya da diğer yazılı eserlerin dağıtılması ve satılması işleri (yük taşıma ve istifleme hariç); fırın, unlu mamuller, manav, kafe, büfe ve içkisiz lokantalarda komi ya da satış elemanı olarak icra edilen görevler; satım konusu olan eşyalara etiket yapıştırma ve elle paketleme işlemleri; kütüphane, fuar ve sergi yerlerinde yardımcı işler (yük taşıma ve istifleme hariç); Spor tesislerinde icra edilen yardımcı iş ve hizmetler; çiçek satımı işleri.

Ülkemizde İlköğretim ve Eğitim Kanunu’nun m.3’e göre; zorunlu öğrenim yaşı 6-14 yaş grubundaki çocukları (ilkokul ve ortaokul) kapsar. Bu çağ çocuğun 5

yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter.

Her ne kadar 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/3 ile asgari çalışma ve istihdam yaşını kural olarak 15 yaş şeklinde belirlemiş olsa da 7.maddeye göre; istisnai olarak her ülke kendi mevzuatında 13-15 yaşlarındaki kişilerin sağlıklarına, kişisel gelişimlerine ve okula devamlarına ya da mesleki eğitim derslerine engel olmayacak hafif işlerde çalışmalarına izin verebilecektir. Dolayısıyla ÇGİÇY Ek-1’de belirtilen 14 yaşını bitirmiş fakat 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış olan işçilerin çalışabilecekleri işler, hafif işler olduğundan bu düzenleme hukuka ve tarafı olduğumuz uluslararası Asgari Yaş Sözleşmesi’ne uygundur. Tabi ayrıca ek-1’de belirtilen işlerin, 14 yaşını bitirmiş fakat 15 yaşını doldurmamış çocukların okula devamlarını engellememesi gerekmektedir.

ÇGİÇY Ek-2 sayılı cetvelde, 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış olan işçilerin ve 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış işçilerin çalıştırılabileceği iş ve meslekler belirtilmiştir. ÇGİÇY Ek-2 sayılı cetveldeki düzenlemede tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü burada belirtilen işler, 138 numaralı Sözleşme ’ye uygun olarak belirlenen hafif işlerdir.

21/02/2013 tarihinde yapılan değişiklikle, ÇGİÇY Ek-3 sayılı cetvelde 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabileceği iş ve meslekler belirtilmiştir. ÇGİÇY Ek-3 sayılı cetveldeki düzenlemede tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırılık bulunmamaktadır. Çünkü burada belirtilen işler, 138 numaralı Sözleşme ’ye uygun olarak belirlenen hafif işlerdir.

ÇGİÇY m.11 gereğince; çocuklara karşı işlenmiş olan bir suçtan hüküm giyen ve yüz kızartıcı bir suçtan hüküm giyen işveren ya da işveren vekili çocuk ve genç işçileri çalıştıramaz.

F.POLİS VAZİFE ve SELAHİYET KANUNU’NDA YER ALAN SINIRLAMALAR

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu m.12/1’e göre; “Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde on sekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz.”

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu m.12/2'ye göre; “Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder.”

Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'ndaki bu düzenlemeler her ne kadar küçükleri korumaya yönelik olarak getirilmiş olsa da kiraathane ve oyun oynatılan benzeri halkın uğrak noktası olan yerlerde çalışma konusundaki asgari yaş sınırının biraz daha düşük tutulmasının sakınca yaratmayacağını düşünüyorum. Yani kanaatimizce 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış olan bir çocuğun kiraathanede veya internet kafede çalışması, onun akli, zihinsel ve bedensel gelişimi bakımından sakınca yaratmayacaktır. Zaten çok birçok genç kiraathane ve internet kafelere vakit geçirmek için gitmektedir. Önemli olan vakit geçirmek için oynatılan oyunun ahlaki ve zihinsel gelişime kötü etkide bulunmayacak olmasının gerekmesidir. Bazen internetten çıktı almak veya başka bir iş için gençler internet kafeye gitmek zorunda kalmaktadırlar. Ancak maddenin başında belirtilen bar, pavyon, gazino, meyhane gibi yerlerdeki sınırlamayı çocukların zihinsel, ahlaki ve bedensel gelişimini kötü etkileyebileceğinden dolayı doğru buluyorum.

II.ÇALIŞANLARA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Çalışma hakkını kullanan kişilerden en çok karşımıza çıkacak olanı işçi sıfatına sahip kişilerdir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4.maddesinde sayılan istisnalar hariç olmak üzere, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir. Bir kişinin işçi sıfatını taşıyabilmesi için onun mutlaka özel işyerinde çalışması gerekmez. İşveren bir kamu kuruluşu olsa dahi çalışan kişiyle yapılan sözleşme iş sözleşmesi ise çalışan kişi işçi sıfatına sahiptir.

A.TARAFI OLDUĞUMUZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN SINIRLAMALAR

1)İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde Yer Alan Sınırlama

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23'üncü maddesinin ilk üç fıkrasına göre; “1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. 2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. 3. Herkesin kendisi ve ailesi için

insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önleleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.”

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 24'üncü maddesine göre; Herkesin dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin makul ölçüde sınırlandırılmasına ve belirli dönemlerde ücretli izne çıkmaya hakkı vardır.” Buna göre; herkesin makul süreler içinde çalışmaya ve ücretli izne çıkmaya hakkı vardır. Bu Sözleşme'ye Türkiye taraf konumundadır. Ancak bu sözleşmedeki hakların Türkiye'de ihlal edilip edilmediği Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenememektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi birçok temel hak ve özgürlüğü düzenlemiştir fakat denetim mekanizması öngörmemiştir.

2)Avrupa Sosyal Şartı'nda Yer Alan Sınırlamalar

Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı'nın II'inci bölümünün “Adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı” başlıklı 2'inci maddesine göre; “Akit Taraflar, âdil çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere; 1.Verimlilik artışı ve ilgili diğer etkenler izin verdiği ölçüde haftalık çalışma süresinin aşamalı olarak azaltılmasını öngören makul günlük ve haftalık çalışma saatleri sağlamayı; 2.Ücretli resmi tatil olanağı sağlamayı; 3.En az dört haftalık ücretli yıllık izin sağlamayı; 4. İçkin olarak tehlikeli ve sağlığa zararlı işlerdeki riski ortadan kaldırmayı ve bu risklerin henüz yeterince azaltılmadığı ya da kaldırılamadığı durumlarda bu işlerde çalışanlara ücretli ek izin verilmesini veya bunların çalışma saatlerinin azaltılmasını sağlamayı; 5. İlgili ülke veya yörenin geleneklerine göre dinlenme günü olarak kabul edilen günle olabildiğince bağdaşmak üzere, haftalık bir dinlenme günü sağlamayı; 6. Çalışanların, derhal ve en geç çalışmaya başladıkları tarihten itibaren iki ay içinde, sözleşmenin ya da iş ilişkisinin asli unsurları hakkında yazılı olarak bilgilendirilmelerini sağlamayı; 7. Gece çalışması yapan çalışanların, yaptıkları işin özellikleri göz önünde tutularak alınacak önlemlerden yararlanmalarını sağlamayı taahhüt ederler.

3)Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de Yer Alan Sınırlama

Türkiye'nin taraf olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6'ncı maddesine göre; “1. Bu Sözleşme'ye taraf devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı

veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar. 2. Bu Sözleşme'ye taraf bir devletin, bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için alacağı tedbirler, teknik ve mesleki rehberlik ile eğitim programlarını, bireyin temel ekonomik ve siyasal özgürlüklerini koruyan şartlar altında, düzenli şekilde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi ile tam ve üretken istihdamını sağlamaya yönelik politika ve teknikleri içermelidir.”

B.GECE ÇALIŞTIRMA YASAĞI

İş Kanunu'na tabi olmayan işlerde gece çalıştırma yasağına ilişkin hüküm Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174'üncü maddesinde yer almaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174'üncü maddesine göre; On iki yaş ile on altı yaş arasında bulunan çocukların gece saat 20:00'dan sonra çalışmaları yasaktır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yaş aralığı olarak on altı (16) yaş ile on sekiz (18) yaş arasındaki kişileri gece çalıştırma yasağı kapsamına almamış ve yasağın başlangıç saati olarak 20:00'yi belirtmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre; İş Kanunu'na tabi olan sanayiye ait işlerde on sekiz (18) yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. Gene 73'üncü maddenin 2'nci fıkrasına göre; on sekiz (18) yaşını doldurmuş olan kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak ilgili Bakanlık tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir. Sonrasında bu maddeye dayanılarak kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen yönetmelik çıkarılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu 16-18 yaş arasındaki küçükleri gece çalıştırma yasağı kapsamına almış fakat Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 16-18 yaş arasındaki kişileri gece çalıştırma yasağı kapsamına almamıştır. Ayrıca gece çalıştırma yasağının başlangıç saati bakımından İş Kanunu özel bir saat belirtmemiş fakat Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yasağın başlangıç saatini 20:00 olarak belirtmiştir. İş Kanunu gece çalıştırma yasağının kapsamını, sanayiye ait işler ile sınırlı tutmuştur. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174'üncü maddesinde düzenlenen gece çalıştırma yasağının kapsamına 16-18 yaşındaki küçüklerin de dahil edilmesinin, onların korunmaları ve kişisel gelişimleri bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda belirttiğim düzenleme 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 69.maddesini karşılamakla birlikte, hükümet gerekçesinde de yer verildiği gibi; önceki kanun zamanındaki düzenlemede yer alan “her yaştaki” kadın ifadesi kadın-erkek eşitliği hukuk ilkesi gereğince kaldırılmış, gece çalıştırma yasağı çocuk ve genç işçiler ile sınırlandırılmıştır. Aslında pozitif ayrımcılık ilkesi gereği zaten içinde buldukları durum sebebiyle kadın ve çocuklara yönelik özel düzenlemeler yapılıyor. İleride belirteceğim üzere yer ve su altında çalıştırma yasağının kapsamına “her yaştaki kadınlar” alınmıştır. Bu sebeple gece çalıştırma yasağının kapsamına eski kanundaki gibi “her yaştaki kadınlar” da alınabilirdi. Fakat kendi kanaatimce çalışma haklarını kullanmalarını sağlamak bakımından gece çalıştırma yasağının kapsamından kadınların çıkarılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Zaten gece çalışmalarında kadınların korunması için gece çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen ilgili yönetmelik çıkarılmıştır.¹⁰⁶

İş Kanunu m.73/2'ye dayanılarak on sekiz (18) yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmeliğin 2.maddesine göre; “Bu Yönetmelik, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işyerlerinde 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmaları ile ilgili koşulları kapsar.” KİGPÇKY m.5'e göre; “Kadın işçiler her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz.” KİGPÇKY m.6'ya göre; “Belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, posta değişim saatlerinde alışılmış araçlarla gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece postalarında çalıştıracakları kadın işçileri, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgahlarına en yakın merkezden işyerine götürüp getirmekle yükümlüdür.” KİGPÇKY m.8'e göre; “Kadın işçinin kocası da işin postalar halinde yürütüldüğü aynı veya ayrı bir işyerinde çalışıyor ise, kadın işçinin isteği üzerine, gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece postasına rastlamayacak şekilde düzenlenir. Aynı işyerinde çalışan karı kocanın aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence, olanak oranında karşılanır.” KİGPÇKY m.9/1'e göre; “Kadın işçiler, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın işçiler ise doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar. Emziren kadın işçilerde bu süre, ana ve çocuğun

¹⁰⁶ KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması & İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 1.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018,s 544.

sağlığı açısından gerekli olduğunun işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, Hükümet veya belediye doktoru raporuyla belgelenmesi halinde, bir yıla kadar uzatılır.” Bu düzenlemeye göre gebe olan kadın işçiler, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emzirenler ise doğumdan itibaren 6 ay süreyle gece postalarında çalıştırılmazlar. Emziren kadın işçilerde bu süre ilgili doktorun raporuyla 1 yıla kadar uzatılabilecektir. Bu düzenlemeler, kadın işçilerin sağlıklarının korunması ve çalışma hayatında icra ettikleri işe devam edebilmeleri bakımından faydalı olmuştur.

Kadınların korunmaları için Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’de düzenlemeler yapılmıştır. Fakat kadının güvenliğinin sağlanması bakımından, KİGPÇKY m.6’da belirtilen “ikametgahlarına en yakın merkezden işyerine götürüp getirmekle” işverenin yükümlü olması hususu ikamet ettikleri yerden alınıp götürülmesi şeklinde olsaydı daha isabetli olurdu. Çünkü kadının ikamet ettiği yerden ilgili merkeze gelene kadar yine tehlikeli olaylarla karşılaşma riski olacaktır. Kadın işçilerin güvenliklerinin sağlanması bakımından gece çalışmasına ilişkin alınacak tedbirler daha da önem taşımaktadır.

Ayrıca “gece çalıştırılması yasaktır” derken gece vaktinin hangi zaman dilimini ifade ettiğini belirtmek gerekmektedir. İş Kanunu’nun 69.maddesinin 1.fikrasına göre çalışma hayatında gece; en geç saat 20:00’da başlayarak en erken saat 06:00’ya kadar geçen ve her durumda en fazla 11 saat süren dönemi ifade eder. Gene 69.maddeye göre; işçilerin gece çalışması yedi buçuk (7.5) saati geçemez. Ayrıca gece ve gündüz nöbetleşe çalışılan iş ve mesleklerde, bir hafta gündüz çalıştırılan işçilerin, devamındaki hafta gece çalıştırılması suretiyle, bu şekilde çalışma postalarının sıraya konulması gerekmektedir.

C.YER ve SU ALTINDA ÇALIŞTIRMA YASAĞI

4857 sayılı İş Kanunu’nun 72.maddesinde göre; “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalıştırılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaşta kadınların çalıştırılması yasaktır.”

1475 sayılı eski İş Kanunu’nun 68.maddesinde yer alan esaslar aynen korunmuştur. Dayanağını Anayasa m.50’den almaktadır. Anayasa m.50/2; “Küçükler

ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” Öte yandan yer altı işlerinde işe alınmaya ilişkin 123 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi ile kabul edilen ilkeler 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi ile ortadan kaldırılmıştır.¹⁰⁷

Yer altı madenlerinde ve/veya taş ocaklarında çalışan işletmelerin çalıştırabilecekleri kişilere ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından ilk başta 123 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi çıkarılmıştır. Bu 123 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2 ile yer altı maden ve taş ocaklarında asgari çalışma yaşı 16 olacak şekilde belirlenmiştir. Daha sonra 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi ile sektörlere ilişkin olarak yapılan diğer sözleşmeler yürürlükten kaldırılmış, tüm sektörleri kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır. Türkiye'nin onaylamış olduğu 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.3/1'e göre; “Doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaş 18'in altında olmayacaktır.” Bu uluslararası sözleşmeye uygun olarak ülkemizde İş Kanunu'nun 72.maddesiyle on sekiz (18) yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların yer altında ve su altında yapılacak işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. Yasa koyucu uluslararası sözleşmeye uygun olarak sağlık, güvenlik ve bedensel açıdan işçileri korumak için bu hükmü getirmiştir.

Ayrıca 182 numaralı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi m.3/4'e göre; doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işlerde çalışmalarının önlenmesi gerekmektedir. İş Kanunu'nun 72.maddesi bu uluslararası sözleşmeye uygundur. On sekiz (18) yaşını doldurmamış kişilerin yer altında ve su altında çalıştırılması sağlık ve güvenlikleri açısından tehlikeli olacağı için 182 numaralı sözleşmeye uygun olarak yasaklanmıştır.

D.ANALIK HALİNDE ÇALIŞMA ve SÜT İZNI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74.maddesinin 1.fıkrasına göre; kadın işçilerin doğumdan önce sekiz (8) ve doğumdan sonra sekiz (8) hafta olmak üzere toplam on altı (16) hafta için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki (2) hafta daha eklenir. Ancak, sağlık durumu

¹⁰⁷ Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları, s.543.

uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç (3) haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelere eklenir. Yine 74.maddenin 2.fikrasına göre; 1.fikrada öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirlenecektir.

İş Kanunu m.74/3'e göre; hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir.

İş Kanunu m.74/4'e göre; hekim raporuyla gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun olan daha hafif işlerde çalıştırılabilir. Bu durumda işçinin ücretinde bir indirim yapılamaz.

4857 sayılı İş Kanunu önceki 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak hamile kadınların çalışması hususunda; çoğul gebelik halinde izin süresinin artırılması, hamilelik süresinde periyodik kontroller için ücretli izin verileceği, doktor onayıyla doğumdan önceki 3 aylık süreye kadar çalışabileceği, hafif işlerde çalıştırılması durumunda ücretinde indirim yapılmayacağı yeniliklerini getirdi. Bu yenilikler kadının korunması ve çalışma hayatına daha çok girmesini sağlamak bakımından faydalı oldu. Bu yeni düzenlemeler sayesinde çalışmak isteyen hamile kadının çalışma imkânı genişletilmiş oldu.¹⁰⁸

Hamile, lohusa veya emzikli kadın çalışanların işyerinde sağlık ve güvenliklerin iyileştirilmesine ilişkin asgari önlemlerin belirlenmesi konusundaki 19.10.1992 gün ve 92/85 EEC sayılı Konsey Direktifi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74.maddesinin düzenlenmesinde esas alınmıştır. Söz konusu direktifin gerekçesinde üye devletlere hamile, lohusa ve çocuklarını emziren kadınların birçok açıdan özel risk grupları içerisinde yer aldığı ve bunların güvenlik ve sağlıkları için özel önlemler alınması gerektiği belirtilmiştir. Direktifin 8.maddesi "analık izni" başlığıyla düzenlenmiştir. Üye ülkelerin ikinci madde kapsamında çalışan kadınların ulusal mevzuat ve uygulamalara göre doğumdan önce ve/veya sonra en az 14 haftalık kesintisiz analık izni alabilmelerini sağlayan önlemleri alması gerektiği sekizinci maddede belirtilmiştir. Ülkemizde bu direktife uygun olarak doğumdan önce sekiz (8)

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları, s 545.

hafta ve doğumdan sonra sekiz (8) hafta olmak üzere toplamda minimum 16 hafta doğum izni verilmiştir.¹⁰⁹

İş Kanunu m.74/5'e göre; doğum yapan kadın işçiye isteği halinde, on altı (16) haftalık izin süresinin tamamlanmasından veya çoğul doğum halinde on sekiz (18) haftalık izin süresinin tamamlanmasından sonra altı (6) aya kadar ücretsiz izin verilebilecektir.

İş Kanunu'na tabi olmayan işlerde, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.155'e göre; Kendisi ve çocuğunun sağlığı bakımından bir zarar veya hastalık meydana gelmeyeceği bir doktor tarafından yazıyla onaylanmadıkça, kadınların doğum yapmalarından önceki üç hafta ve doğum yapmalarından sonraki üç hafta boyunca fabrika, imalathane ve benzeri şahsi müesseselerde çalışmaları ve çalıştırılmaları yasaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.177'ye göre; Hamile kadınlar doğumlarından önceki 3 ay içerisinde çocuğunun ve kendisinin sağlığına zarar verecek olan ağır ve tehlikeli hizmetlerde, işlerde kullanılamaz.

E.İŞÇİNİN ÇALIŞMA SÜRESİ

4857 sayılı İş Kanunu m.63/1'e göre; "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir."

İşçinin haftalık çalıştırılabileceği maksimum süre 45 saattir. Haftada altı iş günü çalışılan işyerlerinde günde 7.5 saati geçmemek üzere; cumartesi günlerini kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde günde 8 veya 9 saat haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde bölünerek uygulanır. Bu şekilde ortaya çıkan çalışma süresine günlük iş süresi denir. Böylece cumartesi günü çalışılmayan işyerlerinde, öteki çalışma günlerinde günde 9 saat çalışılması durumunda haftalık 45 saat maksimum çalışma süresi tamamlanmış olur. Cumartesi günü kısmen çalışma yapılan işyerlerinde, cumartesi günü işyerinde uygulanan çalışma süresi, 45 saatten çıkarıldıktan sonra arta kalan süre beşe bölünerek diğer günlere dağıtılması suretiyle günlük çalışma süresi bulunur. Örneğin, cumartesi günü 5 saat çalışılan işyerlerinde, geriye kalan diğer

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları, s 545.

günlerin çalışma süresi 8 saat olur. Ayrıca önemli olan bir husus da, bir işyerinde çalışanların tümüne aynı çalışma süresinin uygulanma zorunluluğu bulunmamaktadır. İşçilerin çalıştıkları iş koluna ve çalıştıkları işyerlerine göre farklı çalışma süreleri kararlaştırılabileceği gibi işin başlangıç saati de farklı farklı şekilde kararlaştırılabilir.¹¹⁰

İşveren ile işçi aralarında yapacakları yazılı sözleşmeyle, (İş Kanunu m.63/2) günlük çalışma süresini haftanın çalışılan günleri için farklı farklı olacak şekilde kararlaştırabilirler. Ancak bu şekilde belirlenecek günlük çalışma süresinin on bir (11) saati aşmaması ve toplamda haftalık çalışma süresinin kırk beş (45) saati aşmaması gerekmektedir. Günlük çalışma süresi aynı da olsa farklı farklı da olsa toplamda haftalık çalışma süresinin 45 saati aşması halinde, aşan kısım İş Kanunu m.41/1 gereğince fazla mesai olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu m.71/4'e göre; "Temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir." Yani 15 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklar günde 8 ve haftada 40 saate kadar çalışabilirler. İş Kanunu m71/5'e göre; " Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri birinci fıkrada belirtilen çalışma sürelerini aşamaz."

4857 sayılı İş Kanunu m.41/1'e göre fazla çalışma; "Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır." Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. İş Kanunu m.41/3'e göre fazla sürelerle çalışma; "Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır." Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir. İş Kanunu m.41/4'e göre; "Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan

¹¹⁰ Demir, İş Hukuku, s.238.

işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.” Kanun koyucu işçinin korunması ilkesi gereğince fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapan işçiye ya normal ücretinin artırılarak ödenmesi ya da serbest vakit olarak kullanması imkanını sağlamıştır. Bu şekilde fazla çalışma yapan işçinin mağdur olmaması sağlanmıştır.

Böylece 1475 sayılı eski İş Kanunu’ndan farklı olarak yürürlükteki kanun fazla çalışmaları, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma şeklinde düzenlemiştir. Bu şekilde çalışılması için; işçinin yükümlü olduğu çalışma süresinin üstünde çalışma ihtiyacı veya gereğinin ortaya çıkması, işyerinde uygulanan çalışma süresinin üstünde çalışmayı engelleyen kanuni bir yasağın bulunmaması, işverenin bu tür çalışma için talepte bulunması ve işçinin bu talebi kabul etmesi, kanunla veya sözleşmeyle belirlenen çalışma süresinin üstünde bir çalışmanın yapılmış ve ispat edilmiş olması gerekmektedir.¹¹¹

4857 sayılı İş Kanunu m.41/8 yapılacak fazla çalışmaların yıllık azami sınırını belirlemiş; fazla çalışma sürelerinin toplam olarak bir yılda 270 saatten fazla olamayacağını düzenlemiştir. Ancak önceki kanundaki düzenlemeden farklı olarak, günlük ve haftalık fazla çalışma sürelerine maksimum sınır konulmamıştır. İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.5/1’e göre; yılda 270 saatlik fazla çalışma sınırı, işçilerin şahıslarına yönelik olup işyerleriyle veya yürütülen işlerle ilgili değildir. İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.5/2’de; fazla çalışma sürelerinin hesaplanmasında yarım saatten az çalışmaların yarım saat, yarım saat ile bir saate ulaşmayan çalışma sürelerinin bir saat sayılması gerektiği belirtilmiştir.¹¹²

III.YABANCILARIN ÇALIŞMA HAKKINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Anayasa gereği bir sosyal devlet ve insan haklarına saygılı devlet olan Türkiye, temel hak ve hürriyetleri mümkün olduğunca tanımayı kural edinmiştir. Vatandaşların yanı sıra yabancılara da hak ve hürriyetler, şartlara ve sınırlamalara bağlı olarak tanınmıştır. Ayrıca, Türkiye tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerle yabancılardan temel hak ve hürriyetlerini kabul etmiş ve bunları iç hukuka yansıtmıştır. Bu doğrultuda Türkiye’de

¹¹¹ Narmanlıoğlu, s.640.

¹¹² Narmanlıoğlu, s.642-643.

temel hakların çoğu yabancılar için de tanınmıştır. T.C. Anayasası m.90 gereğince; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.¹¹³

Uluslararası sözleşmeler, vatandaşlara tanınan hakların yabancılarla da tanınmasını öngörürken iç hukukun getirdiği sınırlamaları saklı tutmuştur. Uluslararası sözleşmelere riayet ederek, devletlerin yabancıların çalışma haklarına sınır koymasında ve çalışma hayatına girmelerine izin verip vermeme konusunda takdir yetkisi tanımıştır. Devletin egemenlik ve bağımsız yönetim yetkisinin bir sonucu olarak yabancı kişilerin bir işte çalışmalarına izin verip vermemek devletlerin takdirine bırakılmıştır. T.C. Anayasası m.16'da; temel hakların ve özgürlüklerin, yabancılar bakımından milletlerarası hukuka uygun şekilde kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında uluslararası hukuka uygunluk ve kanunilik temel şartlardır. Tabi kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan yönetmeliklerle de sınırlamalar kabul edilebilecektir.¹¹⁴

Daha önce belirttiğim üzere ülkemizde çalışma hakkı, Anayasa m.49/1'de "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." şeklinde belirtilmek suretiyle kural olarak herkese tanınmıştır. Ancak iç hukukta, yabancıların birçok işte çalışmasını sınırlandıran ve engelleyen düzenlemeler vardır. Bu konuda 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nda, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nde ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda, Geçici Koruma Yönetmeliği'nde düzenlenmiş olan birçok sınırlama bulunmaktadır.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.3/1-(ü)'ye göre yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade eder. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.3/1-(ı)'ya göre yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı olmayan kişiyi ifade eder.

Kavram olarak bir ferdin yaşadığı ülkeyi terk ederek başka bir ülkeye yerleşmek veya çalışmak amacıyla gitmesi hareketine göç, giden kimseye ise göçmen denilmektedir. Göçmen göç etme kararını, zorlayıcı bir dış faktör olmaksızın serbest iradesiyle vermektedir. Göçmen tabiiyetinde bulunduğu ülkeden kendi hür iradesiyle

¹¹³ ERKEN, Baki, Türkiye'de Yabancıların Çalışması, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018,(Yabancıların Çalışması), s.82.

¹¹⁴ Erken, Yabancıların Çalışması, s.83-84.

yerleşmek, tatil yapmak, uzun süre vakit geçirmek ve benzeri nedenlerle başka bir ülkeye gitmektedir. Mültecileri diğer göçmen kategorilerinden ayırmak gerekmektedir; mülteciler, kendi iradeleriyle ülkelerinden ayrılma tercihinde bulunmayan kişilerdir. Mülteci kendi ülkesinden zulme uğrayacağından dolayı korktuğu için ayrılmak zorunda kalan kişilerdir. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme m.1/2 ve 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol m.1/2'yi¹¹⁵ birlikte değerlendirdiğimizde, buna göre mülteci; ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunuyorsa oraya dönemeyen veya mezkûr korkuya binaen dönmek istemeyen şahıs olarak tanımlanmaktadır. Mültecilik durumunun kaynağında sığınma eylemi yatmaktadır. Sığınma kavramının teorik temeli, bireyin vatandaşlığında bulunduğu devletin etki alanından kaçması ve başka bir devletten korunma talep etmesi üzerine kurulmuştur. Türkiye 1951 tarihli Sözleşme ve 1967 tarihli Protokol'e çekince koyarak imzaladığı için; Avrupa'dan gelen ve diğer gereken şartları taşıyan yabancılara mülteci statüsü, Avrupa dışından gelen ve diğer şartları taşıyan yabancılara şartlı mülteci statüsü vermektedir. Ülkemizde mültecilik şartlarını taşımayan ancak ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızdan geçen yabancılara ise ¹¹⁶geçici koruma imkânı sağlanabilmektedir.¹¹⁷

Yabancıların Türkiye'de çalışmaları ile ilgili izinler ve bu izinlerin düzenlenmesi ile ilgili usul ve esaslar ilk başta 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Uygulama Yönetmeliği ile düzenlenmişti. Ancak yabancılarla ilgili yeni bir hukuksal düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş, 2013 yılında 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 4817 sayılı Kanun'un bazı hükümleri değiştirilerek 6458 sayılı Kanun'la uyum sağlanmaya çalışılmıştır. 6458 sayılı YUKK ile yalnızca Türkiye'de çalışma amaçlı ikamet eden yabancılar değil, aynı zamanda Türkiye'ye zorunlu olarak göç etmiş mülteciler, şartlı mülteciler, öğrenciler, geçici koruma altında Türkiye'de

¹¹⁵ 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol m.1/2 ile; "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve" ifadesi sözleşme metninden çıkarılarak mülteci sayılmak için konulan zaman bakımından sınırlama ortadan kaldırılmıştır.

¹¹⁶ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.91/1.

¹¹⁷ ERGİN, Berkiye Gizem, "Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri Hakkında Kanuni Düzenlemeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, 2018, s.121-122.

bulunanlar gibi, diğer grupların da çalışma koşulları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Sonrasında 13/8/2016 tarihinde, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu yürürlüğe girmiştir. Uluslararası İşgücü Kanunu; Türkiye’de çalışmak için başvuruda bulunan veya çalışan yabancıların, bir işveren yanında iş eğitimi görmek üzere başvuruda bulunan veya iş eğitimi görmekte olan yabancıların, staj yapmak için başvuruda bulunan veya halihazırda staj yapan yabancıların ve yabancı çalıştıran ya da yabancı çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişilerin sahip oldukları hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Uluslararası İşgücü Kanunu m.27/7 gereğince; 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. UİK, 6458 sayılı YUKK’nu yürürlükten kaldırmamıştır, yani bu kanun hala yürürlükte ve uygulanmaktadır. Sonrasında Geçici Koruma Yönetmeliği ve 2016 yılında Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikle geçici koruma kapsamında geçici korunan yabancıların çalışma hakları ve çalışma şartları düzenlenmiş, geçici korunan yabancıları iş gücü piyasasına dahil edilerek kayıt dışı istihdam önlenmeye çalışılmış ve ülkemize gelen Suriyelilerin de kayıt altına alınması amaçlanmıştır. Ülkemizde kabul edilen mültecilik ve geçici koruma statüsünü, Suriye’den ülkemize gelip sığınanların çalışma hakkına ilişkin esasları daha sonra ayrı bir başlık açarak açıklayacağım.¹¹⁸

Ayrıca ülkemizde yasal olarak çalışan yabancılar, çalışma hakkıyla bağlantılı olarak başka haklardan da yararlanmaktadırlar. Türkiye ile sosyal güvenlik anlaşmaları bulunan devletlere tabi yabancılar da sigortalı sayılmaktadırlar. Bu yabancılar ikametleri bulunmak şartıyla genel sağlık sigortasından yararlanmaktadırlar. Yine yabancı işçiler sendikalara üye olabilecekleri gibi sendikaların kurucu üyesi de olabilirler. Yürürlükten kalkan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu yabancıların sendika kurmalarına izin vermezken, yürürlükte olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bu sınırlamayı da kaldırarak yabancı işçilerin sendika kurmalarına imkân sağlanmıştır. Yine yabancılar bilgi edinme, grev, lokavt ve toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.¹¹⁹

¹¹⁸ DÖNMEZ KARA, Canan Öykü,” *Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı: Suriyelilerin İşgücü Piyasasındaki Durumu*”, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:2, 2016, s.153-154.

¹¹⁹ Erken, Türkiye’de Çalışma Hakkı, s.80.

A.TARAFI OLDUĞUMUZ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE GÖRE YABANCILARIN ÇALIŞMA HAKKI

1)İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.23/1'e göre; "Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır."

2)111 Sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi (İLO)

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün düzenlemiş olduğu ve Türkiye'nin de taraf olduğu 111 Sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi'nin 2.maddesine göre;" Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt eder."

111 Sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi'nin 1.maddesinin 1.fıkrasına göre; "Bu sözleşme bakımından ayırım deyimi; Irk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal veya sosyal menşeye bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı ifade eder."

Bu sözleşmeyi kabul eden devletin, meslek edinmede ve çalışılan meslekte tabi olunacak muamelede ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, sosyal ve ulusal köken bakımından ayrımcılığı önleyici bir politika benimsemesi ve uygulaması gerekmektedir.

3)Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı yabancıların çalışma hakkının düzenlendiği uluslararası sözleşmelerden birisi Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi'dir. Bu sözleşmeye göre göçmen işçi; Âkit taraflardan biri tarafından, ülkesinde, ücretli bir iş görmek üzere yerleşmesine izin verilmiş olan diğer bir Âkit ülkenin yurttaşını ifade eder. Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 8.maddesine göre; "Her akit ülke bu sözleşmede öngörülen koşullarla, ücretli bir işte çalışmak için topraklarına girmesine izin verdiği göçmen işçi için (bu belgeye gerek görülmediği haller hariç) çalışma izni verecek veya eski iznin süresini uzatacaktır. Ancak, ilk kez verilen bir çalışma izniyle, kural olarak, aynı işçiyi

aynı işveren veya aynı işyerinde bir yıldan fazla süre için bağlanmış sayılmaz. Çalışma izninin uzatılması o günkü istihdam durumunun elverdiği ölçüde, en az bir yıllık olarak yapılması kural olarak kabul edilmelidir.” Gene bu sözleşmenin 16.maddesine göre; Çalışma koşulları konusunda işe girmesine izin verilmiş göçmen işçiler, yerel işçilere uygulanan yasa ve yönetim kuralları, toplu iş sözleşmeleri ve görenekler bakımından onlar kadar esirgeneceklerdir. Bireysel sözleşmelerde, yukardaki paragrafta belirtilen eşitlik ilkesini kaldırmak olanağı yoktur.

Yukarıdaki paragrafta belirttiğim Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi’ne göre, taraf devlet, bir işte çalışmak için topraklarına girmesine izin verdiği göçmen işçi için çalışma izni vermeli ve bu çalışma izninin süresini uzatabilmelidir. Ancak, göçmen işçinin çalışması için ülke sınırlarına girmesine izin verip vermemek konusunda ilgili devletin takdir yetkisi vardır. İlk kez verilen çalışma izniyle bir işçi, aynı işveren veya aynı işletmede 1 yıldan fazla süreli olarak bağlanamaz. Çalışma izninin uzatılması süresi de (istihdam durumunun elverdiği ölçüde) en az 1 yıl olmalıdır. Çalışmasına izin verilmiş göçmen işçilere, çalışma hakkına ilişkin yasa ve yönetim kuralları bakımından ülke vatandaşlarına tanınan kurallar eşit şekilde uygulanmalıdır. İşveren ve işçi arasında yapılacak sözleşmeyle bu eşitlik bozulamaz.

4)Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Türkiye tarafından 13 Ocak 1999 tarihinde imzalanan ve 26/4/2001 tarihli ve 4662 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, yabancıların haklarına ilişkin bir sözleşme de Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme’dir. Bu sözleşmenin 11.maddesinin 1. ve 2. bendine göre; “Hiçbir göçmen işçi veya aile ferdi esarete veya zorbalıkla çalıştırılmaya tabi tutulamaz. Hiçbir göçmen işçi veya aile ferdinden güç kullanılarak veya zorla çalışma talebinde bulunulamaz.” Bu maddeyle göçmen işçilerin zorla çalıştırılmayacağı, kölelik ve angaryaya tabi tutulamayacağı teminat altına alınmıştır.¹²⁰

¹²⁰ YILMAZ, Mücahit, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2017, s.26.

Yine Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 25.maddesinin 1.fikrasına göre; "Göçmen işçiler ücretler ve aşağıda belirtilen diğer konularda istihdam devletinin vatandaşlarına uygulanan muamelelerden daha olumsuzuna maruz kalmayacaklardır. Fazla mesai, çalışma saatleri, hafta sonu tatili, ücretli tatil, güvenlik, sağlık, iş ilişkisinin sona erdirilmesi ile bu terimin kapsamı içine giren ulusal yasa ve uygulamalarda yer alan diğer çalışma şartları. Asgarî istihdam yaşı, evde çalışmanın kısıtlanması gibi istihdam konuları ile ulusal yasaların ve uygulamaların kapsamı içerisine giren diğer istihdam konuları." Yine 25.maddenin 2.fikrasında; "Özel istihdam sözleşmeleriyle bu maddenin 1. paragrafında yer alan eşitlik ilkesinden feragat edilmesi yasalara aykırı olacaktır." denilmek suretiyle, taraflar arasında yapılacak sözleşmeyle, göçmen işçilere ilgili devletin vatandaşlarına tanınan haklardan daha azının kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Yine aynı maddenin 3.fikrasına göre; "Taraflar Devletler, göçmen işçilerin, çalıştıkları ülkede ikametleri ve istihdamları konusunda herhangi bir düzensizlik nedeniyle, bu ilke uyarınca kazandıkları haklardan mahrum kalmamalarını teminen tüm uygun önlemleri alacaklardır. Özellikle, işverenler yasal ve sözleşmeye dayanan yükümlülüklerinden kurtulamayacaklar ve böyle bir düzensizlik nedeniyle sorumlulukları hiçbir şekilde sınırlanamayacaktır." Bu hükümle ülkede herhangi bir düzensizlik olsa bile göçmen işçilerin çalışma hakkı kapsamında sahip olduğu hakların sınırlanamayacağı ve tamamen engellenemeyeceği belirtilmiştir.

5)Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'nin 17.maddesinin 1.fikrasına göre; "Taraflar devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden her mülteciye, ücretli bir meslekte çalışmak hakkı bakımından, aynı şartlar içinde yabancı bir memleketin vatandaşına uyguladıkları en müsait muameleyi uygulayacaklardır." Aynı maddenin 2.fikrasına göre; "Her halde ulusal iş gücü piyasasını korumak amacıyla, yabancılara veya yabancıların çalıştırılmalarına konan sınırlama tedbirleri, bu sözleşmenin, ilgili taraf devlette yürürlüğe girdiği tarihte söz konusu tedbirlerden muaf tutulan veya aşağıdaki koşullardan birine sahip olan mültecilere uygulanmayacaktır: (a) ülkede 3 yıl ikamet etmiş olmak; (b) ikamet ettiği ülkenin vatandaşı olan bir kimse ile evli bulunmak, eşini terk etmiş olan bir mülteci bu hükümden istifadeyi iddia edemeyebilir; (c) ikamet ettiği ülkenin vatandaşlığını taşıyan bir veya daha fazla çocuğu olmak." Yine aynı maddenin

3.fikrasına göre; “Taraf devletler, ücretli mesleklerde çalışmak bakımından bütün mültecilerin ve özellikle ülkelerine, bir işçi bulma programına yahut göçmen getirme planına göre girmiş olan mültecilerin haklarını, vatandaşlarına tanıdıkları çalışma haklarıyla aynı noktaya getirme konusuna sıcak bakacaklardır.”

B.ULUSLARARASI İŞGÜCÜ KANUNU’NDA YER ALAN SINIRLAMALAR

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu’nun 2.maddesinin 1.fikrasına göre; “Bu Kanun; Türkiye’de çalışmak için başvuruda bulunan veya çalışan, bir işveren yanında mesleki eğitim görmek üzere başvuruda bulunan veya görmekte olan, staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan yabancılar ile Türkiye’de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunucusu yabancıları ve yabancı çalıştıran veya çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişileri kapsar.” UİK m.2/3’e göre; bu Kanunun uygulanmasında, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ile uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır.

Türkiye’ye gelen yabancıların çalışma hakkına ilişkin olarak usul ve esaslar ilk başta Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’da düzenlenmiştir ve bu kanun 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu 13/8/2016 tarih ve 29800 sayılı Resmî Gazete ’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Uluslararası İşgücü Kanunu m.27/7 gereğince, 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla ülkemizde çalışmak üzere başvuruda bulunan ve çalışan yabancılar, staj yapmak üzere başvuruda bulunan ve staj yapan yabancılar hakkında Uluslararası İşgücü Kanunu uygulanacaktır. Ayrıca UİK’nun geçici 1.maddesinin 4.fikrası uyarınca, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği hala uygulanmaya devam etmektedir.

Türkiye’de yabancıların çalışma hakkını kullanabilmeleri için iki temel şart bulunmaktadır; çalışma izni alınması (kural olarak çalışma izni ikamet izni yerine geçmektedir), işin veya mesleğin kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen işlerden olmaması gerekmektedir.

Yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri için çalışmaya başlamadan önce vatandaşı olduğu ya da yasal olarak buldukları ülkedeki Türk başkonsolosluğundan veya büyükelçiliğinden çalışma izni almaları gerekmektedir. UİK m.7/1’e göre; Türkiye’de geçerli ikamet izni olan yabancılar veya bunların işverenleri çalışma izni

başvurularını doğrudan Bakanlığa yurt içinden de yapabilir. Çalışma izni yurt içinden alınacaksa Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'ndan alınacaktır. Ayrıca çalışacakları işin de mevzuat gereği Türk vatandaşlarına hasredilmiş iş ve mesleklerden olmaması gerekmektedir. Eskiden yabancıların Türkiye'de çalışma hakkından yararlanabilmeleri için öncelikle Türkiye'ye usulüne uygun olarak giriş yaptıktan sonra öğrenim amacı haricindeki bir sebebe dayanarak oturma izni almaları gerekiyordu. 28/07/2016 tarihinde kabul edilen Uluslararası İşgücü Kanunu m.12/1'e göre; bu Kanuna göre verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca ikamet izni yerine geçeceği kabul edilmiştir. Bu sebeple; kural olarak bulunduğu ya da vatandaşı olduğu ülkedeki Türk başkonsolosluğundan veya büyükelçiliğinden çalışma izni alanlar, ayrıca oturma izni almaksızın bu çalışma iznindeki süre kadar Türkiye'ye gelip kalabilirler. Ancak özel düzenlemelerle (örneğin geçici koruma sağlanan kişilere verilen çalışma izninin ikamet izni yerine geçmemesi) bu kurala istisnalar getirilebilmektedir. Çalışma izni olmadan ülkemize gelip ikamet edecek olan yabancıların, ikamet izni alması gerekmektedir.¹²¹

Çalışma izni almadan yurt dışından Türkiye'ye gelen bir yabancıların, YUKK m.19 gereğince; "vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak" olması halinde ikamet izni alması zorunludur. 6458 sayılı YUKK m.20/1-g bendi gereğince; Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi olan kişiler, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilen yabancılar ikamet izninden muaf tutulmuşlardır. Bu kişilerin ikamet izni almaları gerekmemektedir.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun "Çalışma izni başvurusu ve değerlendirilmesi" başlıklı 7.maddesinin 1.fıkrasına göre; "Çalışma izni başvuruları yurt içinde doğrudan Bakanlığa, yurt dışında yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışında yapılan çalışma izni başvuruları Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarınca Bakanlığa iletilir." Buna göre Türkiye'de geçerli ikamet izni olan yabancılar veya bunların işverenleri, çalışma izni başvurularını Bakanlığa yurt içinden de yapabilir.

¹²¹ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, "Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.46, S.1, 1997, s.81.

UİK m.6/1'e göre; çalışma izni, 4'üncü maddeye göre belirlenen uluslararası politika doğrultusunda ilgili bakanlık tarafından verilir.

UİK m.3/1-b'ye göre bu kanunda belirtilen bakanlık kelimesi; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nı ifade eder. Ancak şu an bu bakanlığın yerini Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı almıştır. Bu yüzden "bakanlık" kelimesinin geçtiği yerlerde bunu anlamak gerekmektedir.

UİK m.6/2 ve m.6/3'e göre; bu Kanun kapsamında olan yabancıların çalışma izni almaksızın Türkiye'de çalışmaları ve çalıştırılmaları yasaktır. Diğer kanunlarda ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almaksızın çalışabileceği belirtilen yabancılar, çalışma izni almadan çalışabilirler.

Çalışma izni; süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni, çalışma izni verilecek istisnai olarak sayılan kişiler olarak dörde ayrılır.

1)Süreli Çalışma İzni

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.10/1 ve m.10/2'de süreli çalışma izni düzenlenmiştir. Buna göre; "Başvurunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kurum veya kuruluşuna ait belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir." UİK m.10/2'ye göre; "Bu Kanunun 7'nci maddesine göre yapılacak uzatma başvurusunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir. Ancak, farklı bir işveren yanında çalışmak üzere yapılan başvurular bu maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilir."

Uluslararası İşgücü Kanunu'nda mülga olan YÇİHK'dan farklı şekilde düzenleme yapılarak çalışma izni ilk etapta en fazla 1 yıl olacak şekilde verilmekte, sonrasında uzatma başvurusunda bulununca en fazla 2 yıl daha izin verilmekte, sonraki uzatma başvurusunda en fazla 3 yıl daha çalışma izni verilebilmektedir. Ayrıca aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak şartıyla bu çalışma izni verilebilmektedir. Yani, yeni düzenlemede ilk etapta mutlaka 1 yıl ve sonrasında mutlaka 2 yıl ve 3 yıl süre verilmesine gerek yoktur. Bu belirtilen süreler verilebilecek maksimum sürelerdir. Çalışma izni düzenleyen idare, 1 yıldan az süreli çalışma izni

verebilir. Ayrıca hükümde yer alan “sonraki uzatma başvuruları” ifadesinden anlaşılacağı üzere, devamındaki başvurularda en fazla 3’er yıl olacak şekilde tekrar tekrar çalışma izni verilmesine devam edilebilecektir.

Çalışma izni belgesi belirli bir işyeri için düzenlenmektedir. İşyeri ile sınırlandırma kuralına adres değişiklikleri ve şubeler aykırılık oluşturmaz. Çalışma izni alındıktan sonra işyeri ile ilgili yapılan adres değişikliği, çalışma izni düzenleyen Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bildirilmelidir. Yabancı’nın aynı işyerine bağlı başka bir şubede çalışmaya başlaması ise bildirim sonrasında Bakanlık’ın uygun bulmasına bağlıdır.¹²²

Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi’nin 8.maddesine göre; Her taraf devlet, bu sözleşmede öngörülen koşullarla, ücretli bir işte çalışmak için topraklarına girmesine izin verdiği göçmen işçi için çalışma izni verecek veya eski iznin süresini uzatacaktır. Ancak, kural olarak, ilk kez verilen çalışma izni süresi, aynı işçiyi aynı işveren veya aynı işyerinde en fazla 1 yıl olabilir. Çalışma izninin uzatılması süresi, o günkü istihdam durumunun elverdiği ölçüde en az 1 yıl olmalıdır. Gene bu uluslararası sözleşmeye göre; çalışma koşulları konusunda işe girmesine izin verilmiş göçmen işçiler, yerel işçilere uygulanan yasa ve yönetim kuralları, toplu iş sözleşmeleri ve gelenekler bakımından onlar kadar korunacaklardır. Bu sözleşme gereğince göçmen işçi hakkında, ülkemizde Uluslararası İşgücü Kanunu’nun 10’uncu maddesine göre verilen çalışma izni süresi ve sonraki başvurularda çalışma izninin uzatılması süresine ilişkin hüküm hukuka uygundur.

Birleşmiş Milletler Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme’nin 25.maddesinin 1.fıkrasına göre; “Göçmen işçiler ücretler ve aşağıda belirtilen diğer konularda istihdam devletinin vatandaşlarına uygulanan muamelelerden daha olumsuzuna maruz kalmayacaklardır. Fazla mesai, çalışma saatleri, hafta sonu tatili, ücretli tatil, güvenlik, sağlık, iş ilişkisinin sona erdirilmesi ile bu terimin kapsamı içine giren ulusal yasa ve uygulamalarda yer alan diğer çalışma şartları. Asgarî istihdam yaşı, evde çalışmanın kısıtlanması gibi istihdam konuları ile ulusal yasaların ve uygulamaların kapsamı içerisine giren diğer istihdam konuları.” Bu sözleşmede göçmen işçilere, belirtilmiş olan konularda devletin kendi vatandaşlarına tanınan haklardan daha azının

¹²² Erken, Yabancıların Çalışması, s.119.

uygulanmayacağı belirtilmiştir. Burada çalışma saatlerinden kastedilen haftalık ve günlük çalışma saati süresi ve çalışma koşullarıdır. Bu nedenle yabancıların çalışması için süreli ve süresiz çalışma izni verilmesine ilişkin hükümler bu sözleşmeye uygundur.

ÜİK m.7/7'e göre; çalışma izni başvurusunda eksik bilgi veya belgelerin olması hâlinde, bu eksiklikler tamamlanıncaya kadar başvurunun değerlendirilmesi ertelenir. Erteleme süresi, bilgi veya belge eksikliklerinin tamamlanmasını geciktiren mücbir bir sebebin varlığının resmî bir makamdan belgelendirildiği hâller dışında otuz günü aşamaz. Erteleme sonucunda eksik bilgileri ya da belgeleri tamam olmayan başvurular reddedilecektir.

2)Süresiz Çalışma İzni

Mülga olan YÇİZHK m.6'da yabancıların "süresiz çalışma izni" düzenlenmiştir. YÇİZHK m.6'ya göre; " Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe ve 11/4/2014 tarihinden önce süresiz çalışma izni verilmiş olan yabancıların hakları saklı kalmak kaydıyla; 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca uzun dönem ikamet iznine sahip olanlar veya Türkiye'de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izni ile kalmış olan veya en az sekiz yıl kanuni çalışması olan yabancılar ile eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi önemli olan yabancılara süresiz çalışma izni verilebilir."

Dolayısıyla mülga olan YÇİHK'da, 11/4/2014 tarihinden önce süresiz çalışma izni verilmiş olan yabancılar hariç olmak üzere üç gruba süresiz çalışma izni verilebileceği düzenlenmekteydi. Bunlar şunlardır; 6458 sayılı Kanun uyarınca uzun dönem ikamet iznine sahip olanlar, Türkiye'de kesintisiz 8 yıl ikamet izniyle kalmış veya en az 8 yıl yasal olarak çalışmış olanlar, eğitimi veya bilim ve teknolojiye katkısı önemli olanlar ya da Türkiye ekonomisine ve istihdama katkısı önemli olan yabancılara süresiz çalışma izni verilebilmektedir. Bu düzenleme hukuka uygundur. Zaten maddenin başında "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe" denilerek uluslararası sözleşmelere aykırı bir durum ortaya çıkması önlenmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.10/3’de süresiz çalışma izni düzenlenmiştir. UİK m.10/3’e göre; “Türkiye’de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl yasal çalışma izni olan yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabilir. Ancak, yabancının başvuru şartlarını taşıması yabancıya mutlak hak sağlamaz.”

Dolayısıyla yürürlükte olan UİK’na göre süresiz çalışma izni iki gruba verilmektedir. Bunlar şunlardır; uzun dönem ikamet iznine sahip olan yabancılar, en az sekiz (8) yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar. Buradaki “en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar”dan çalışma izni olarak en az 8 yıl çalışmayı tamamlamış olan yabancıların anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Zaten bir yabancı çalışma izni için başvurduğunda (ikinci ve diğer başvurularda) en fazla 3 yıl süreyle çalışma izni verilmektedir. Ayrıca yabancının bu iki gruptan birine girmesi, kendisine kesin olarak süresiz çalışma izni verileceği anlamına gelmez. Çünkü bu hallerin gerçekleşmesi yabancıya mutlak hak sağlamamaktadır. UİK, eski kanundaki; eğitimi veya bilim ve teknolojiye katkısı önemli olanlar ya da Türkiye ekonomisine katkısı önemli olan yabancılar süresiz çalışma izni verilmesi hükmünü kaldırmıştır. Ancak buna benzer bir ibareyi UİK’nun 16’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen çalışma izni verilecek istisnai kişiler arasına almıştır. Bu maddede “Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen” kişilere normal çalışma izni prosedürü uygulanmaksızın çalışma izni verilebileceği belirtilmiştir.

Her ne kadar kanuni düzenlemede süresiz çalışma izni ayrı bir çalışma izni türü olarak düzenlenmiş olsa da pratik olarak yabancılar tarafından pek kullanılan bir hak olduğu söylenemez. Çünkü Türkiye’ye çalışma izni olarak ya da önce ikamet izni alıp daha sonrasında çalışma izni olarak 5 yılını dolduran yabancılar, Türk vatandaşlığına genel başvuru şartlarını sağlayarak doğrudan vatandaşlık almak için başvurumaktadırlar. Böylece Türk vatandaşlığını alarak başka herhangi bir izne ihtiyaç duymaksızın çalışmaktadırlar. Ancak istisnai olarak genel başvuru koşullarını sağlayamayan yabancılar süresiz çalışma izni yolunu tercih etmektedir.¹²³

Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi’nin 8.maddesine göre; kural olarak, ilk kez verilen çalışma izni süresi, aynı işçiyi aynı işveren veya aynı işyerinde en fazla 1 yıl olabilir. Çalışma izninin uzatılması süresi, o

¹²³ Yılmaz, s.38.

günkü istihdam durumunun elverdiği ölçüde en az 1 yıl olmalıdır. Bu sebeple göçmen işçiler hakkında, ilk etapta direk süresiz çalışma izni verilmesi uluslararası sözleşmelere aykırıdır. En az sekiz (8) yıl çalışma izni olan yabancılara süresiz çalışma izni verilmesine ilişkin hüküm tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeye uygundur.

Ayrıca süresiz çalışma izni verilen yabancılar, önceki 4817 sayılı Kanun döneminden farklı olarak, UİK m.10/4 gereğince uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanırlar. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.44/1 gereğince; uzun dönem ikamet iznine sahip olanlar seçme ve seçilme hakkı, kamu görevlerine girme hakkı, askerlik yapma yükümlülüğü, muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki sınırlamalar hariç olmak üzere (sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak şartıyla) Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanırlar.

3)Bağımsız Çalışma İzni

Diğer izin türlerinden farklı olarak bağımsız çalışma izni yabancıya, Türkiye’de kendi adına ve hesabına çalışma izni veren izin türüdür. Mülga olan YÇİZHK m.7 gereğince önceden; bağımsız çalışmak isteyen yabancılara, Türkiye’de en az beş yıl kanuni ve kesintisiz olarak ikamet etmiş olmaları koşuluyla Bakanlıkça bağımsız çalışma izni veriliyordu. Bu sürenin hesaplanmasında eğitimde geçen süreler dikkate alınmıyordu. Çünkü kanunun amacında da belirtildiği üzere; yabancıya çalışma izninin verilmesi, yabancının Türkiye’de çalışmasını esas almaktadır. Ülkemizde eğitim için gelen yabancıların temel amacının çalışmak değil eğitim almak olduğu kabul edilmektedir. Zaten bu hüküm yürürlükten kalkmıştır. Bağımsız çalışma izni verilmesi uygun bulunan yabancıya, bağımsız çalışabileceğine ilişkin “bağımsız çalışma izni müracaat belgesi” verilir. Bu belge alındığı tarihten itibaren 3 ay içinde ilgili yabancının işini kurması ve ticaret sicil kayıtlarını Bakanlığa ibraz etmesi halinde bağımsız çalışma izni verilmektedir.¹²⁴

Güncel Uluslararası İşgücü Kanunu m.10/6’ya göre; profesyonel meslek mensubu yabancılara, diğer kanunlarda belirtilen özel şartların sağlanması kaydıyla bağımsız çalışma izni verilebilir. UİK’nda profesyonel meslek mensubundan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Profesyonel meslek mensubu; mesleğini en iyi şekilde icra eden kimse, işinde uzman olan kişi anlamında kullanılmaktadır. Aslında Uluslararası İşgücü Kanunu’nda profesyonel meslek mensubu tanımlansaydı, sınırı

¹²⁴ Yılmaz, s.38-39.

tam net bir şekilde çizilseydi daha doğru olurdu. Bunun yerine göz önünde bulundurulacak kriterler belirtilmiştir. UİK m.10/7'ya göre; bağımsız çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde, yabancının eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, ülke ekonomisine ve istihdama etkisi, yabancı şirket ortağı ise sermaye payı ile Bakanlık tarafından belirlenecek diğer hususlar göz önüne alınır. Bağımsız çalışma izninin, 10.maddede yer alan sürelerle tabi olmaksızın fakat yine süreye bağlı olarak verileceği belirtilmiştir.

Ayrıca UİK m.10/5'de bağımsız çalışma izni almak için başvurabilecek birkaç kişiden bahsedilmiştir. Buna göre; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş olan; limited şirketlerin şirket ortağı olan müdürü, anonim şirketlerin şirket ortağı olan yönetim kurulu üyesi, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin yönetici olan komandite ortağı olan yabancılar bağımsız çalışma izni almak için başvuruda bulunabilirler.

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir, aynı konuda düzenleme yapan Uluslararası İşgücü Kanunu 13/08/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Uluslararası İşgücü Kanunu m.27/7 gereğince; 4817 sayılı YÇİHK yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga olan kanun, 5 yıl kanuni ve kesintisiz ikamet edenlere bağımsız çalışma izni verilmesini öngörüyordu. Uluslararası İşgücü Kanunu bağımsız çalışma izni verilmesi için 5 yıllık kesintisiz ikamet etme hususunu kaldırmış, sadece profesyonel meslek mensubu yabancılara bağımsız çalışma izni verilebileceğini düzenlemiştir.

4)Çalışma İzni Verilecek İstisnai Olarak Sayılan Kişiler

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 16.maddesinde “Çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar” belirtilmiştir; bu yabancılara normal çalışma izni prosedürüne göre farklılıklar, istisnalar uygulanabilecektir.

6735 sayılı UİK m.16/1'e göre; “Bakanlıkça belirlenen uluslararası işgücü politikasına uygun olarak; a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen, b) Bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen, c) Belirli bir süre için işvereni tarafından Türkiye’de gerçekleştirilen bir projede istihdam edilen, ç) İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri

Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen, d) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı, e) Avrupa Birliği üyesi ÷lke vatandaşı, f) 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı m÷lteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru, g) Bir Türk vatandaşı ile evli ve eşıyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşıyan, ğ) Yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde diplomatik dokunulmazlığı olmadan çalışan, h) Alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz etmiş olarak bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye’ye gelen, ı)Sınırötesi hizmet sunucusu yabancılar” Bu tahdidi olarak sayılmış olan yabancılara normal çalışma iznine ilişkin prosedür ve kurallar uygulanmaksızın çalışma izni verilebilir. Bu yabancılar çalışma izni verilmesine ilişkin (UİK’da düzenlenene göre) farklı uygulamaya ve kurallara tabi tutulabilirler.

5)Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Çalışma İzni

Uluslararası İşgücü Kanunu m.19/1 ve m.19/2’ye göre; Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda örgün öğretim programlarına kayıtlı olan yabancı öğrenciler, çalışma izni almak şartıyla çalışabilirler. Yabancı öğrencilerden ön lisans ve lisans programlarında öğrenim görmekte olanlar, öğrenimlerinin ilk yılının bitirilmesinden sonra çalışma iznine başvurabilir ve İş Kanunu hükümleri uyarınca kısmi süreli olarak çalışabilirler. Örgün öğretim programlarına kayıtlı olan lisansüstü eğitim gören öğrenciler için bu sınırlamalar uygulanmamaktadır.

Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans ve lisans düzeyinde eğitim gören yabancı öğrenciler eğitimlerinin ilk yılını bitirdikten sonra çalışma izni başvurusunda bulunarak kısmi süreli olarak çalışabilirler. Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda yüksek lisans ve doktora düzeyinde eğitim gören yabancı öğrencilerin çalışma iznine başvurması için bir yılın doldurulmuş olması şartı ve kısmi süreli çalışma şartı bulunmamaktadır.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.19/5’e göre; “Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayan yabancıların mezuniyet tarihinden itibaren bir yıl içinde çalışma izni başvurusu yapması hâlinde, başvuru Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulunca belirlenen esaslar doğrultusunda değerlendirilir.”

6)Uluslararası Koruma Sahibi ve Geçici Korunan Kişilerin Çalışma İzni

Uluslararası İşgücü Kanunu m.17/1'e göre; 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma sağlanması için Türkiye'ye başvuruda bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan yabancılar veya şartlı mülteci statüsündeki yabancılar; uluslararası koruma başvurusu tarihinden, kendilerine geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlenmiş olduğu tarihten itibaren altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurabilirler. Aynı maddenin 4'üncü fıkrasında çalışma izninin; diğer yabancılarda olduğu gibi 10'uncu maddede belirtilen sürelerle verilebileceği belirtilmiştir. Burada belirtilen mülteci, şartlı mülteci, geçici korunan yabancılara çalışma izni almaları için 6 aylık sürenin geçmesinin öngörülmesi, bu süre boyunca çalışarak geçimlerini sağlama imkanını ve çalışma hakkını kullanmalarını engellemektedir. Bu şekilde diğer göçmen olan yabancılardan farklı muameleye tabi tutulmamalıdır.

6458 sayılı YUKK m.20/1-g uyarınca; Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi olan yabancılar; mülteci ,şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi olup da kimlik belgesi alan yabancılar ikamet izninden muaf tutulmuşlardır. Yani bu kişiler çalışma izni almadan Türkiye'ye gelseler dahi söz konusu belgeleri almış olmaları durumunda ikamet izninden muaf tutulmuşlardır.

Geçici Koruma Yönetmeliği m.29/4 ve m.29/5 gereğince; geçici korunan kişilere verilen çalışma izni süreleri, kendilerine sağlanan geçici korumanın süresinden fazla olamaz. Ayrıca geçici korunan kişilere verilen çalışma izni, ikamet izni yerine geçmemektedir. Yani geçici korunan bir yabancı, çalışma izni olsa bile Türkiye'de ikamet etmek için ayrıca ikamet izni almalıdır.

7)Ön İzin Alınması Gereken Haller

Sağlık ve eğitim hizmetlerine ilişkin yasak olmayan meslekleri yapacak olan yabancıların çalışma izni almadan önce ön izin almaları gerekmektedir. 6735 sayılı Uluslararası İş Gücü Kanunu m.8/1 gereğince; Türkiye'de mesleki yeterlilik gerektiren sağlık ve eğitim hizmetlerinde çalışacak yabancıların çalışma izni almadan önce ön izin almaları gerekmektedir. Uluslararası İşgücü Kanunu m.8/2'ye göre; Sağlık hizmetlerinde Sağlık Bakanlığı, eğitim hizmetlerinde Millî Eğitim Bakanlığı bu hizmetlerde mesleki faaliyette bulunacak yabancılara ön izin vermeye yetkili olup ön izin alınması gereken meslekler anılan bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlıkça

belirlenir. Uluslararası İşgücü Kanunu m.8/4'e göre; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 34'üncü maddesi uyarınca çalışacak yabancı uyruklu öğretim elemanlarına çalışma izni, Yükseköğretim Kurulunun ilgili mevzuat uyarınca vereceği ön izin sonrasında Bakanlıkça verilir.

Sağlık ve eğitim hizmetlerinde çalışmak isteyen yabancıların izin almadan önce bir de ön izin prosedürü konulmasını, kanaatimizce yapacakları mesleklerin önemi ve bu mesleklerin belli donanımları gerektirmesi sebebiyle doğru buluyorum. Çünkü sağlık hizmetinde sağlığımızı, eğitim hizmetlerinde çocukları ve gençleri onlara emanet etmiş olacağız. Zaten ön izin uygulamasının amacı, yabancıların ilgili meslekleri icra edebilmek için gerekli donanım ve uzmanlığa sahip olup olmadıklarının etkili bir şekilde kontrol edilmesinin sağlanmasıdır. Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde ön izin prosedürünü yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.

Ancak ülkemiz menfaatlerini ilgilendiren ulusal ve uluslararası hizmetlerin zamanında tamamlanması için bu ön izin prosedürünün uzun sürmemesi ve ülkemize gelecek olan yabancı için zahmete dönüşmemesi gerekmektedir.

8)Çalışma İzni Almasına Gerek Olmayan Yabancılar

Çalışma izni almasına gerek olmayan yabancılar; 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamı dışında kalan yabancılar, UİK ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Uygulama Yönetmeliği'nde çalışma izninden muaf tutulduğu belirtilen yabancılar olarak iki kısma ayrılmaktadır.

a)Uluslararası İşgücü Kanunu Kapsamı Dışında Kalan Yabancılar

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamı dışında olduğu için çalışma izni almasına gerek olmayan yabancılar şunlardır; Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok sayıda tarafı olan uluslararası sözleşmelerde çalışma izninden muaf tutulan yabancılar, yabancı muhabirler ve basın yayın organı mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarınca çalışma izni verilen veya istihdam edilen yabancılar.¹²⁵

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28'inci maddesi kapsamında olan yabancıların (mavi kartlı) çalışma hakkının saklı olduğunu belirterek; doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alıp

¹²⁵ Erken, Yabancıların Çalışması, s.109-110.

Türk vatandaşlığından sonradan ayrılan yabancıların çalışmasına ilişkin bir hüküm içermemiştir. Dolayısıyla bu 28'inci maddede belirtilen yabancıların çalışma haklarına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Ancak Türk soylu yabancıların da çalışabilmeleri için çalışma izni almaları gerekmektedir. Ayrıca 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun gereğince, başka bir devlet vatandaşı olup ve aynı zamanda Türk vatandaşı olanların çalışma izni almasına gerek yoktur.¹²⁶

Tarafı olduğumuz uluslararası antlaşmalarda çalışma izni verilip verilmemesi ilgili devletin takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla bu konuda bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

b)Uluslararası İşgücü Kanunu ve İlgili Yönetmelikte Çalışma İzninden Muaf Tutulduğu Belirtilen Yabancılar

Çalışma izninden muaf tutulan yabancılar genelde ülkeye önemli katkı sunabilecek veya niteliği gereği korunması gereken yabancılardır. Muafiyetin amacı, bu kişilerin çalışma izni almadan önemli kolaylıklardan yararlanması ve ülkeye katkı sağlanmasıdır. 6735 sayılı UİK, farklı maddelerinde çalışma izninden muaf tutulan bazı yabancıları düzenlemiş, çalışma izni muafiyetine ilişkin esasları düzenlemiştir. Çalışma izninden hangi yabancıların muaf tutulacağı, 6735 sayılı UİK ve halen yürürlükte olan Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. 6735 sayılı UİK'nun 13'üncü maddesine göre, çalışma izni muafiyeti başvurusu; yurt içinde doğrudan Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na, yurt dışında yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri ya da başkonsolosluklarına yapılır. Çalışma izni muafiyeti başvuruları yetkili aracı kurum tarafından da yapılabilir. Çalışma izninden muaf tutulan yabancı kişilere çalışma izni muafiyet belgesi verilir ve çalışma izni almadan Türkiye'de çalışabilirler.¹²⁷

6735 sayılı UİK'nun farklı maddelerinde çalışma izninden muaf tutulduğu belirtilen yabancılar şunlardır; Anonim şirketlerin Türkiye'de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortağı, Türkiye'de gerçekleştirdiği faaliyetleri 180 gün içinde 90 günü geçmeyen sınır ötesi hizmet sunucusu, yabancı ülkelerin Türkiye'deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinin

¹²⁶ Erken, Yabancıların Çalışması, s.151.

¹²⁷ Erken, Yabancıların Çalışması, s.111.

bağlı birimi olarak faaliyet gösteren kurumlarda görevli yabancılar, yabancı ülkelerin Türkiye'deki diplomatik ve konsüler temsilciliklerinde görevli personelin özel hizmetinde çalışan yabancılar.¹²⁸

Yürürlükte bulunan Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Uygulama Yönetmeliği'nin 55'inci maddesine gereğince, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde çalışma izninden muaf tutulanlar; daimi ikametgahları yurt dışında olup bilimsel ve kültürel veya sanat faaliyetinde bulunmak amacıyla bir aydan az süreyle gelen yabancılar; sürekli ikametgahları yurt dışında olup sportif faaliyetler sebebiyle dört aydan az sürecek şekilde gelen yabancılar; Türkiye'ye ithal edilen makinelerin ve aletlerin montajı, bakım ve tamirâtı, kullanımına ilişkin eğitiminin verilmesi veya donanımı teslim almak veya Türkiye'de arızalanan araç ve aletlerin tamiri amacıyla Türkiye'ye giriş tarihinden itibaren bir yıl içinde toplam üç ayı geçmeyecek şekilde gelen yabancılar, Türkiye'den ihraç edilen ya da Türkiye'ye ithal edilen mal ve hizmetlerin kullanılmasına ilişkin eğitim vermek için Türkiye'ye giriş tarihinden itibaren bir yıl içinde toplam üç ayı geçmemek üzere gelen yabancılar; belgeli turizm işletmelerinin sınırları dışında faaliyette bulunmak üzere fuar ve sirklerde gösteri ve benzeri görevli olarak Türkiye'ye giriş tarihinden itibaren altı ayı geçmemek üzere gelen yabancılar; İki yılı geçmemek ve eğitim süresiyle sınırlı olmak üzere durumunu ibraz edeceği belgeler ile kanıtlayarak üniversiteler ile kamu kurum ve kuruluşlarına yeteneklerini ve bilgilerini artırmak üzere gelen yabancıların; sosyo-kültürel ve teknolojik alanlar ile eğitim konularında altı ayı aşmayan bir sürede Türkiye'ye önemli hizmet ve katkı sağlayabilecekleri ilgili mercilerce bildirilenler; Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığının yapmış olduğu programlar çerçevesinde gelecek olan yabancıların çalışmaları süresince; kapsamı ve süresi konusunda ilgili Bakanlıklar ile YÖK Başkanlığı'nın mutabakata vardığı uluslararası stajyer öğrenci programları uyarınca staj görmek üzere gelen yabancıların; görev süresi sekiz ayı geçmemek üzere Türkiye'ye gelen tur operatörü temsilcisi olanların; Türkiye Futbol Federasyonunca veya Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce talepleri kabul olunan yabancı futbolcular ile diğer sporcuların ve antrenörlerin sözleşme süreleri boyunca; devletlerle yapılan ikili protokoller gereği, ilgili idareden "Uygunluk Onayı Belgesi" almış Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı ve kabotaj hattı dışında çalışan gemilerde görev yapan yabancı gemi adamlarının; Türkiye

¹²⁸ Erken, Yabancıların Çalışması, s.112.

Avrupa Birliği Mali İşbirliği Programları çerçevesinde yürütölen projelerde görevlendirilen yabancı uzmanların, görevleri boyunca çalışma izni almaları gerekmemektedir

Yine Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Uygulama Yönetmeliği'nin 55'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; "Muafiyet süreleri uzatılamaz. Ayrıca birinci fıkranın (b), (d), (f) ve (h) bentleri kapsamındaki yabancılar, bir takvim yılı içinde muafiyet hükümlerinden sadece bir kez yararlanır. Ancak, bu haktan yararlanabilmek için yabancınn daha önce aynı amaçla almış olduğu ikamet tezkeresinin bitiş tarihinden itibaren üç ay geçmiş olması şartı aranır. Muafiyet sürelerinden daha fazla çalışılacak olunması durumunda Bakanlıktan çalışma izni alınması zorunludur."

Tarafı olduğumuz uluslararası antlaşmalarda çalışma izni verilip verilmemesi ilgili devletin takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla bu konuda bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

9)Çalışma İzni Başvurusu ve Çalışma İzni Süresinin Uzatılması Talebinin Değerlendirilmesi

UİK m.7/4'e göre; çalışma izni başvurusu uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilir.

UİK m.7/6'ya göre; Bakanlık, Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararları doğrultusunda çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesinde ve çalışma izni puanlama sisteminin oluşturulmasında kullanılacak kriterleri belirler.

UİK m.12/2'ye göre; yurt dışından yapılan başvuruya istinaden çalışma izni verilen yabancı, çalışma izninin geçerliliğinin başladığı tarihten itibaren altı ay içinde Türkiye'ye gelmek zorundadır. Bu süre içinde Türkiye'ye gelmeyen yabancınn çalışma izni iptal edilir.

10)Çalışma İzninin Mahiyeti

Uluslararası İşgücü Kanunu m.12/1'e göre; bu Kanuna göre verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, 6458 sayılı YUKK'nun 27'nci maddesi uyarınca ikamet izni yerine geçer. Ancak, 6458 sayılı Kanun'da tanımlanan mülteci ya da ikincil koruma statüsü dışında ilgili kişiye ikamet izni verilmesi, onun çalışmasına imkan vermez.

YUKK m.27/1'e göre; "Geçerli çalışma izni ile 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 10'uncu maddesine istinaden verilen Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi, ikamet izni sayılır. Çalışma izni ya da Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi verilen yabancılardan, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa göre çalışma izni süresi kadar ikamet izni harcı tahsil edilir."

YUKK 2013 yılında yürürlüğe girmiştir, o zaman Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun uygulanıyordu. Fakat 2016 tarihinde Uluslararası İşgücü Kanunu yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla UİK'na göre verilen çalışma izni muafiyet teyit belgesi de ikamet izni sayılır.

UİK m.12'ye göre, Türkiye'nin kabul ettiği uluslararası sözleşmelerde tanınan haklar saklı olmak şartıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde verilecek olan çalışma izni; iş piyasasındaki koşul ve değişimler, istihdam açısından sektörün içinde bulunduğu durum ve imkanların gerekli kıldığı oranda; belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet alanları, belirli bir meslek, iş ve coğrafi alan bakımından sınırlamaya tabi tutulabilir.

11)Çalışma İzni Başvurusunun Reddi

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.9'a göre çalışma izni başvurusu reddedilecek haller belirtilmiştir. Başvurusu reddedilecek hallerden bazıları; diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan başvuru, gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancılara ilişkin olan başvurulardır. Tabi 9'uncu maddede daha birçok sebep sayılmıştır.

Burada uygulamada yaşanan bir sıkıntıdan bahsetmek gerekmektedir. Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, örneğin hukuk bürolarında çalışmak isteyen yabancıların, şayet kendi ülkelerinde hukuk fakültesi veya dengi bir okul okumuşlar ise, sadece danışman olarak çalıştırılabileceği görüşünü savunmakta şayet danışman olarak çalıştırılmayacak ise yurtiçinden bir istihdamın yapılmasının zorunlu olduğunu kabul etmektedir. Uluslararası alanda çalışan bir hukuk bürosunun birkaç adet yabancı dil bildiği için yabancıyı istihdam etmek istemesi, bu yabancıyı hukuk literatürüne hâkim diyerek özel olarak seçmesi ve danışman olarak kullanması ihtimali Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından kabul edilmemektedir. Bu şekilde yapılan çalışma izin başvuruları yurtiçi istihdam yapılabileceği ya da yanlış pozisyonda başvuru yapıldığı için reddedilmektedir. Şu an yabancı müşterilerle anlaşamadığı için

birçok müşteriye geri çeviren hukuk büroları bulunmaktadır. Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın çalışma izni alınması hususlarında daha pratik ihtiyaca yönelik düşünmesi ve ülkemizde nitelikli yabancıların çalıştırılması hususunda teşvik edici bir rol üstlenmesi gerekmektedir.¹²⁹

C.ÖZEL KANUNLARDA YABANCILAR İÇİN YER ALAN SINIRLAMALAR

Türkiye'de yabancılar, kural olarak çalışma hakkına sahip olmalarına rağmen çalışma hakkı bakımından birçok sınırlamalara tabidirler. Anayasal ilkeye uygun olarak, yabancıların çalışmasına ilişkin kısıtlamalar çeşitli düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Yabancılar, ülkemizde sadece Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekleri, yani kendilerine yasaklanan işleri yapamamaktadırlar. Çünkü 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.9/1-ç bendine göre; çalışma izni başvurusu reddedilecek hallerden birisi de “diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan” başvurulardır. Yabancılar yasak meslekler kamu görevlerinde ve sağlık mesleklerinde yoğunlaşmaktadır. Ayrıca, yabancılar bazı sektörlerde yer alan bazı faaliyetler bakımından kısıtlanmaktadır. Denizcilik faaliyetleri, askeri güvenlik bölgelerdeki çalışmalar, güvenlik, yeraltı kaynaklarının çıkarılması yabancıların kısıtlandığı sektör veya faaliyet alanlarından bazılarıdır. Ayrıca Türkiye'nin kabul ettiği uluslararası sözleşmelerde tanınan haklar saklı olmak şartıyla, iş piyasasındaki koşul ve değişimler, istihdam açısından sektörün içinde bulunduğu durum ve imkanların gerekli kıldığı oranda; belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet alanları, belirli bir meslek, iş ve coğrafi alan bakımından çalışma izni sınırlamaya tabi tutulabilmektedir.¹³⁰

Yabancıların bazı meslekleri yapamayacağı, başka bir deyişle sadece Türk vatandaşlarının yapabilecekleri mesleklere ilişkin düzenlemelerin varlığı mevzuatımızda çok eskiden beri bulunmaktadır. 1932 yılında yürürlüğe giren 2007 sayılı Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun yabancılar yasak olan meslekleri düzenlemiştir. Bu kanun, bu haliyle yabancılar yasak olan meslekleri düzenleyen bugüne kadarki tek kanundur. Kanun bugünkü yabancılar yasaklanan mesleklerin aksine daha çok imalat, ticaret, sanat ve yardımcı işlerdeki meslekleri yabancılar yasaklamıştır. 2003 yılında Türkiye'de Türk

¹²⁹ Yılmaz, s.47-48.

¹³⁰ Erken, Yabancıların Çalışması, s.88.

Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun yürürlükten kaldırıldı. Artık yabancıların yapması yasak olan meslekler, özel kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmektedir. Ayrıca günümüzdeki yabancılara yasaklanan meslekler, daha çok kamu görevi ve sağlık mesleklerinde yoğunlaşmaktadır.¹³¹

Türkiye'nin taraf olduğu Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 16.maddesine göre; çalışma koşulları konusunda işe girmesine izin verilmiş göçmen işçiler, yerel işçilere uygulanan yasa ve yönetim kuralları, toplu iş sözleşmeleri ve görenekler bakımından onlar kadar korunacaklardır. İşveren ve işçi arasında yapılacak bireysel sözleşmeyle bu eşitlik ilkesi kaldırılamaz.

Türkiye tarafından 13 Ocak 1999 tarihinde imzalanan Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 25.maddesinin 1.fikrasına göre; "Göçmen işçiler ücretler ve aşağıda belirtilen diğer konularda istihdam devletinin vatandaşlarına uygulanan muamelelerden daha olumsuzuna maruz kalmayacaklardır. Fazla mesai, çalışma saatleri, hafta sonu tatili, ücretli tatil, güvenlik, sağlık, iş ilişkisinin sona erdirilmesi ile bu terimin kapsamı içine giren ulusal yasa ve uygulamalarda yer alan diğer çalışma şartları. Asgarî istihdam yaşı, evde çalışmanın kısıtlanması gibi istihdam konuları ile ulusal yasaların ve uygulamaların kapsamı içerisine giren diğer istihdam konuları."

Yukarıda belirtmiş olduğum uluslararası sözleşmelere göre; ülkemizde işe girmesine izin verilmiş olan göçmen işçiler, çalışma hakkına ve şartlarına ilişkin birçok hak ve kuraldan yerel işçilerle eşit şekilde yararlanacaklardır. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.9/1-ç'e göre çalışma izni başvurusu reddedilecek hallerden birisi "diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan" başvurudur. Dolayısıyla birazdan açıklayacağım, özel kanunlarda belirtilen, sadece Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen mesleklere ilişkin olarak yapılan çalışma izni başvuruları reddedilecektir. Bu sebeplerle özel kanunlarda yer alan sadece Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen iş ve mesleklerle ilgili hükümler; göçmenler ve diğer koruma sağlanan mülteci, şartlı mülteci, geçici koruma statüsüne sahip olan yabancı kişiler bakımından uluslararası sözleşmelere uygundur. Çünkü tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde göçmenlerin ve diğer yabancıların işe girmesine izin verilip verilmemesi ilgili devletin takdirine bırakılmıştır. Bu devletin

¹³¹ Erken, Yabancıların Çalışması, s.88.

kendini yönetme yetkisinin, egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak görülmüştür. Bu sebeplerle yabancıyı başvurduğu işe alıp almamak, ilgili devletin takdirine bırakılmıştır. Ancak işe girdikten sonraki çalışma şartları ve diğer haklar bakımından yerel vatandaşlara uygulanan muameleden daha olumsuzuna maruz bırakılmayacakları kabul edilmiştir.

Türkiye'nin imzalamış olduğu uluslararası Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'nin 17.maddesinin 1.fıkrasına göre; “Taraf devletler, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden her mülteciye, ücretli bir meslekte çalışmak hakkı bakımından, aynı şartlar içinde yabancı bir memleketin vatandaşına uyguladıkları en müsait muameleyi uygulayacaklardır.”

1)Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da Yer Alan Sınırlamalar

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.29/1'e göre diş tabibi; insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkili olan kişidir.

1219 sayılı Kanun m.30'a göre; Türkiye Cumhuriyeti içinde dişçilik sanatını icra etmek ve diş doktoru ünvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Üniversitelerinde diş hekimliği mektebinden diploma almak gerekmektedir. Bu madde gereğince, yabancılar Türkiye'de diş doktoru ünvanıyla görev yapamamaktadırlar.

1219 sayılı Kanun m.63'e göre; “Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından tasdik edilmiş hastabakıcı mekteplerinden mezun veya resmi hastanelerden verilmiş vesikaları haiz bulunmayan ve Türk olmayan kadınlar hastabakıcı hemşirelik mesleğini ifa edemezler. Bu vesikalara itibar edilebilmesi için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tasdik ve tescil edilmiş olmak lazımdır.” Bu madde gereğince, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan yabancılar, ülkemizde kamu ve özel sağlık kuruluşlarında hastabakıcılık mesleğini yapamazlar.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a göre ülkemizde yabancılar doktorluk mesleğini yapabilirler. 1219 sayılı Kanun m.77'ye göre; Türkiye'de mevzuat gereğince müktesepeleri tanınmış olan ecnebi tabipler, dişçiler ve ebeler sanatlarını bu kanun ahkamı dairesinde icra edebilirler. 1219 sayılı

Kanun m.1 ve m.2 gereğince doktorluk mesleğini yapabilmek için; tıp fakültesinden diploma sahibi olmak ve diplomasının Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple yabancılar ülkemizde doktorluk mesleğini icra edebilirler.

Önceden Türkiye’de yabancıların doktorluk ve hemşirelik mesleğini icra etmesi yasaktı. 2011 yılında 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılarak doktorluk yabancılar yasak meslekler arasından çıkarılmıştır ve aynı KHK ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu’nda değişiklik yapılarak hemşirelik yabancılar yasak meslekler arasından çıkarılmıştır.¹³²

1219 sayılı Kanun m.47/1’e göre ebelik yapabilmek için Türkiye’de üniversitelerin ebelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olunması veya öğrenimlerini yurt dışında ebelik ile ilgili bir okulda tamamlamış ve diplomanın Sağlık Bakanlığı tarafından tescil edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla yabancılar bu şartlara sahip olunca Türkiye’de ebelik mesleğini icra edebilirler.

Ülkemizde yabancılar doktorluk, hemşirelik ve ebelik mesleğini yapma hakkı tanınmış olup da dış hekimliği ve hastabakıcılık mesleğini yapma hakkının tanınmamış olması açıkçası çok garip gelmektedir. Yabancılar doktorluk mesleğini yapma hakkı tanındıysa diğer dış hekimliği ve hastabakıcılık mesleğini yapma hakkı da tanınmış olması gerekmektedir. Bu mesleklerin hepsi sağlık bakımından önem arz eden mesleklerdir. Sonuçta ülkemizde doktor seçme hakkı bulunmaktadır. Devlet hastanesinde randevu alınırken veya randevu almadan hastaneye gidip sıra alınırken tedavi olunacak doktoru seçme imkânı bulunmaktadır. Bu sebeple zaten eğer tedavi olacak kişi yabancı doktora tedavi ya da muayene olmak istemiyorsa olmayabilir. Aynı şekilde tedavi olacak kişi eğer istemezse, yabancı dış hekiminde veya hastabakıcıda tedavi olmaz. Bu sebeplerle yabancılar ülkemizde dış hekimliği ve hastabakıcılık mesleğini icra etme hakkı tanınabilirdi.

2)Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun’da Yer Alan Sınırlama

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun’un 2.maddesine göre Türkiye içinde eczacılık mesleğini yapabilmek için şu özelliklere sahip olunması

¹³² Erken, Yabancıların Çalışması, s.91-92.

gerekmektedir; a) Türk vatandaşı olmak, b) Türkiye'deki Eczacılık fakültelerinden diplomalı olmak veya yabancı memleketlerdeki eczacı mektep veya fakültelerinden diplomalı olup da 3 üncü madde gereğince ilmi hüviyetini ispat etmiş veya imtihanı kazanmış olmak, c) Diplomaları Sağlık Bakanlığı tarafından tescil edilmiş olmak, d) Bu kanunun 4'üncü maddesinde yazılı hallerden biri bulunmamak.

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 2.maddesi gereğince eczacılık mesleğini yapabilmek için aranan şartlardan birisi de Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır, bu sebeple yabancılar ülkemizde eczacılık mesleğini icra edemezler. Yine ülkemizde yabancılara doktorluk mesleğini yapma hakkı tanınmış olup da eczacılık mesleğini yapma hakkı tanınmamış olması garip gelmektedir. Kişiler zaten istemedikleri veya beğenmedikleri eczaneye gitmeyebilirler.

3)Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odaların Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'da Yer Alan Sınırlama

6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odaların Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 2.maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan ve sahip oldukları lisans diplomalarını Tarım ve Orman Bakanlığı'na tescil ettirilmiş bulunan her veteriner hekim, mesleğini bu kanun hükümleri gereğince serbestçe yapabilir. Dolayısıyla veteriner hekim olabilmek için aranan ve istenilen şartlardan birisi; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. Dolayısıyla yabancılar ülkemizde veteriner hekimlik mesleğini icra edemezler.

4)Hususi Hastaneler Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 9.maddesine göre özel hastanelerde sorumlu müdür olabilmek için; Türkiye'de sanatını yapmaya izinli Türk hekim olması, iki yıl hastanede olmak üzere minimum 5 yıl Türkiye'de doktorluk yapmış veya Devlet meslek memurluklarında çalışmış bulunması, herhangi bir suçtan dolayı ağır hapse veya şeref ve haysiyeti bozan suçlar yüzünden hapse mahkûm olmaması gerekmektedir.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 9.maddesi gereğince, özel hastanede sorumlu müdür olmak için aranan şartlardan birisi; Türkiye'de sanatını yapmaya izinli Türk hekim olunmasıdır. Bu nedenle yabancılar ülkemizdeki özel

hastanelerde sorumlu müdür olamazlar, ancak kendileri Türkiye’de özel hastane açabilirler ve işletebilirler. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m.16/1’e göre; “Muayenehane hariç kuruluşunda genel çalışma saatleri içerisinde bu maddede tanımlanan görevleri yapmak üzere kuruluşun kadrosunda görev yapan bir tabip/uzman mesul müdür bulunur. Mesul müdür, adına çalışma belgesi düzenlenmesi kaydıyla, isterse sağlık kuruluşunda mesleğini icra eder.” Yine aynı maddenin 2’inci fıkrasında; “Kuruluşun, genel çalışma saatleri dışında hizmet verdiği sürelerde ve mesul müdürün hukuken kabul edilebilir mazeret hallerinde yerine, mesul müdürün yazılı şekilde yetki devri yaptığı ve kuruluşun kadrosunda görev yapan bir tabibin/uzmanın bulunması zorunludur.”

5)Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun’da Yer Alan Sınırlama

2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun’un 16.maddesine göre özel güvenlik teşkilatında çalıştırılacak personelde şu şartların bulunması gerekmektedir; a)Türk vatandaşı olmak, b)en az ortaokul mezunu olmak, c)muvazzaf askerlik hizmetini tamamlamış olmak; d) ağır hapis veya taksirli suçlar hariç olmak üzere altı aydan fazla hapis yahut affa uğramış olsa bile zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekarlık, emniyeti suiistimal, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı bir fiilden dolayı hükümlü bulunmamak, e) kamu haklarından kısıtlı olmamak, f) yasa dışı ideolojik amaçlı faaliyetlere, anarşi ve terör eylemlerine herhangi bir suretle karışmamış veya katılmamış olmak gerekmektedir.

Dolayısıyla yukarıda belirttiğim 2495 sayılı Kanun’un 16.maddesi ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 10.maddesi gereğince özel güvenlik görevlisi olabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olunması gerekmektedir. Yabancılar özel kuruluşlarda güvenlik görevlisi olamazlar. Genellikle kamu kurumlarında çalıştırılacak güvenlik görevlileri için “son başvuru tarihi itibarıyla özel güvenlik görevlisi kimlik kartına sahip olmak” şartı arandığından, yabancılar kamu kuruluşlarında da güvenlik görevlisi olamazlar.

6)Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda Yer Alan Sınırlama

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 8.maddesine göre hâkim ve savcı adayı olabilmek için aranan şartlardan birisi; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı

olmaktır. Bu sebeple yabancılar ülkemizde hâkim ve savcılık mesleğini icra edemezler.

7)Avukatlık Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3.maddesine göre avukatlığa kabul şartları şunlardır; a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak, b) Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmuş olmak ya da yabancı ülkedeki bir hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalmış olan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak, c) avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak, d) levhasına yazılmak istenen ilgili baronun bölgesinde ikametgahı olmak, e) bu kanuna göre avukatlığa engel bir durumu bulunmamak gerekmektedir.

Dolayısıyla Avukatlık Kanunu'nun 3.maddesine göre avukat olmak için aranan şartlardan birisi; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. Bu sebeple yabancılar ülkemizde avukatlık mesleğini icra edemezler.

8)Noterlik Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 7.maddesine göre noterlik stajına kabul edilebilmek için aranan şartlardan birisi; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. Bu sebeple yabancılar ülkemizde noterlik mesleğini icra edemezler.

9)Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 4.maddesine göre; mali müşavir olmak için aranan şartlardan birisi Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. Ancak aynı Kanun'un 8'inci maddesinde yabancıların bazı şartlarla Türkiye'de mali müşavirlik mesleğini yapabilmelerine imkân sağlanmıştır. Bu Kanun'un 8'inci maddesine göre; yabancı devlet vatandaşı olan kişilerin "T.C. tabiiyetindeki serbest muhasebeci mali müşavirliklerde aranan nitelikleri taşımak şartıyla, kendi memleketlerinde elde etmiş oldukları haklardan 2'nci madde kapsamına giren hizmetleri, karşılıklılık şartı ile serbest muhasebeci mali müşavir unvanı altında Türkiye'de yapmalarına Cumhurbaşkanının onayı ile izin verilebilir." Bu kapsamda; serbest muhasebeci mali müşavir olmak için aranan şartları

(T.C. vatandaşı olma haricindeki) taşımaları, karşılıklılık şartının gerçekleşmesi ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile bu mesleği yapabilirler.¹³³

10)Gümrük Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

Gümrük müşaviri olabilmek için ilk önce 2 yıl gümrük müşavir yardımcılığı yapmış olmak gerekmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu m.227/1'e göre gümrük müşavir yardımcısı olabilmek için aranan şartlardan birisi; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. Bu sebeple yabancılar ülkemizde gümrük müşavirliği ve gümrük müşavir yardımcılığı mesleğini icra edemezler.

11)Devlet Memurları Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48.maddesine göre devlet memurluğuna alınmak için aranan şartlardan birisi; Türk vatandaşı olmaktır. Dolayısıyla yabancıların ülkemizde devlet memuru ve diğer kamu görevlisi olmaları mümkün değildir. Ancak DMK'nun 4'üncü maddesi uyarınca, yabancı devlet vatandaşı olan kişilerin zorunlu görülen hallerde sözleşmeyle istihdam edilmeleri mümkündür.

12)Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcraı San'at ve Ticaret Hakkında Kanun'nda Yer Alan Sınırlama

815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcraı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun'un 2.maddesine göre; nehirler , göller ve Marmara havzasıyla ve diğer kara sularıyla, kara sularına dahil bulunan körfez, liman koy ve sairde vapur, römorkör istimbot, motorbot, mavna, salapurya, sandal, kayıt velhasıl makine, yelken, kürek ile müteharrik murakıbbı kebirle ile tarak, prizman, maçuna, algarina, şat ve her çeşit nakliye ve su dubaları, can kurtarma gemileri ve emsali ile şamandıra, sal gibi araçlar bulundurmak ve bunlarla seyahat ve nakliyat icra etmek suretiyle ticaret hakkı Türkiye vatandaşlarına aittir.

815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcraı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun'un 3.maddesine göre; Kara suları dahilinde balık, istiridye, midye, sünger, inci, mercan, sedef ve saire saydı, kum ve

¹³³ ÇELİKEL, Aysel/ GELGEL, Günseli (Öztekin), Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 24.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.228.

çakıl ve saire ihracı ve gerek deniz yüzeyince ve gerekse deniz derinliklerinde mevcut kazazede gemiler ve nakil vasıtalarıyla enkazı metrukenin ihraç ve tahlisi dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, deniz bakkallığı, bilcümle Türk araç ve deniz nakil vasıtaları içinde kaptanlık çarkçılık, yazıcılık, tayfalık ve amelelik ve saire icrası ve iskele, rıhtım hamallığı ve bilumum deniz esnaflığı icrası Türkiye vatandaşlarına münhasırdır. Ancak, petrol hakkı sahibi yabancılar da Türk kara suları dâhilinde petrol arama ve üretim faaliyetlerini icra edebilirler.

Yine aynı Kanun'un 4'üncü maddesine göre; Hükümet, muvakkaten ve hiç bir hak temin etmemek koşuluyla yabancı kurtarma gemilerinin, petrol arama ve üretim faaliyetlerinde kullanılan deniz vasıtalarının çalışmalarına ve Türk kurtarma gemilerinde yabancı uzman, kaptan ve tayfa çalıştırılmasına müsaade edebilir.

Bu sebeplerle ülkemiz kara suları dahilinde balık, istiridye, midye, sünger, inci, mercan ihracı; dalgıçlık, arayıcılık, kılavuzluk, kaptanlık, çarkçılık, katiplik, tayfalık, amelelik ve benzeri meslekleri yabancılar icra edemezler.

13)Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

İkinci derecede askeri yasak bölgelerde yabancılar için mutlak bir çalışma yasağının bulunmaktadır. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu m.9/1-c' ye göre; ikinci derece kara askeri yasak bölgelerine yabancılar izin almadan geçici dahi olsa giremezler, oturamazlar, çalışamazlar ve taşınmaz mal kiralayamazlar. Bu alanlar güvenlik bakımından önemli bölge olarak görüldükleri için buralarda yabancıların bulunması ve çalışması yasaklanmıştır. Hangi bölgelerin ikinci derecede kara askeri yasak bölge teşkil edeceği kanunun 8. maddesinde belirtilmiştir.¹³⁴

2565 sayılı Kanun m.8'e göre ikinci derece kara askeri yasak bölgeleri; birinci derece kara askeri yasak bölgeleri sınırlarından başlamak üzere beş kilometreye kadar uzaktan seçilen noktalardan geçirilen hat ile belirtilir. Bu hat, bölge içindeki savunma tesislerini kara gözetlemesine karşı gizleyen sırtlar ve arazi örtüleri varsa bu sırtların en yüksek noktalarından geçirilir ve görüşe engel örtüleri içine alacak şekilde tespit edilir. Savunma ihtiyacı ve bölgenin özelliklerinin zorunlu kıldığı hallerde bu mesafe on kilometreye kadar uzatılabilir.

¹³⁴ Ergin, s.128.

14)Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu'nun 3.maddesi gereğince, turist rehberliği mesleğine kabul için aranan şartlardan birisi; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktır. Bu sebeple yabancılar ülkemizde turist rehberliği mesleğini icra edemezler.

15)Maden Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

Maden Kanunu'nun 3.maddesine göre maden hakları: madenlerin aranması, bulunması, görünür rezervinin geliştirilmesi ve işletilebilmesi için verilen izinler ve maden yataklarının bulunmasına yardımcı olanlara tanınan maddî imkânları ifade eder.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 6.maddesine göre; maden hakları, fiil ehliyetine sahip olan T.C. vatandaşlarına, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişiliğe sahip olan şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idarelerine verilir.

Bu hükümlere gereğince, Türkiye'de yabancı gerçek bir kişinin madencilik faaliyeti yapması mümkün değilken Türk kanunlarına göre kurulmuş yabancı şirketler madencilik haklarından yararlanabilirler. Ayrıca, Türkiye'de kurulmuş yabancı şirketlerde çalışan yabancılar ile Türk şirketlerde çalışan yabancılar madencilik faaliyeti yapabilirler.¹³⁵

Petrol arama ve işletme de madencilik faaliyetleri gibi devletin tasarrufu altında olup özel izne tabiidir. 1954 yılında çıkarılmış 6326 sayılı Petrol Kanunu'ndan bu yana özel şartları karşılamak ve izinleri almak şartıyla yabancılar petrol çıkarabilmekte ve petrol faaliyetlerinde çalışabilmektedirler. Yeni kanun olan Türk Petrol Kanunu, petrol ile ilgili faaliyetleri petrol arama ve işletme olarak düzenlerken bu faaliyetler için ruhsat alınması gerekmektedir. Petrol işletilmesinde TPAO'nun olumlu görüşünün alınması gerekmektedir ve çıkarılan petrolün sekizde biri devlete aittir. Kanunda petrol arama ve işletme ruhsatları alımında yabancılar için özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu sebeple, yabancılar yasak konulmadığından dolayı yabancıların da petrol arama faaliyeti yapması mümkündür. Burada yabancıların çalışmasına ilişkin genel kurallara istisna getirilmiş, bu kapsamda çalışacak olan

¹³⁵ Erken, Yabancıların Çalışması, s.96.

yabancılara verilecek olan izinlerin 4817 sayılı kanun kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Türkiye’de petrol arama ve işletme işlerinde çalışacak olan yabancıların, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’ndan çalışma izni alması gerekmektedir.¹³⁶

16)Gözlükçülük Hakkında Kanun’da Yer Alan Sınırlama

3958 sayılı Gözlükçülük Hakkında Kanun’un 1.maddesine göre numaralı gözlük camı satmak ve optisyenlik ünvanını kullanabilmek aranan şartlardan birisi “Türk olmak” idi. Bu sebeple önceden yabancılar Türkiye’de numaralı gözlük camı satamıyorlar ve gözlükçü ünvanını kullanamıyorlardı. Ancak 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun’un 2004 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Gözlükçülük Hakkında Kanun yürürlükten kalktı. 5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun’un 4.maddesine göre; yabancılar Türkiye’de numaralı gözlük camı ve gözlük çerçevesi satmak, gözlük montajı ve her türlü reçeteli lens satışı yapmak üzere optisyenlik yapmaları mümkündür. Yurt dışındaki okullardan veya üniversitelerden alınmış diplomalara dayanılarak optisyenlik sıfatı almak ve optisyenlik mesleğini icra edebilmek için, yurt dışında görülen eğitim sonucunda alınan diplomanın denkliğinin yetkili makamlar tarafından kabul edilmiş olması gereklidir.¹³⁷

17)Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik’de Yer Alan Sınırlama

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik’in 11’inci maddesine göre, borsa üyelerinin temsilci ve yardımcılarının; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, en az 25 yaşını bitirmiş bulunması, hacir altına alınmış veya kamu hizmetlerinden yasaklı olmaması, şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan mahkûm olmamış veya iflas etmemiş olması, ilgili borsa yönetmeliklerinde belirlenecek tecrübe, bilgi, ahlak ve diğer niteliklere sahip olması gerekmektedir.

Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik’in 11’inci maddesine göre, yabancılar borsa üyelerinin temsilcisi veya üye temsilci yardımcısı olamazlar. Ancak yabancıların borsa üyesi olabilirler, borsa üyesi olmalarına engel bulunmamaktadır.

¹³⁶ Erken, Yabancıların Çalışması, s.96.

¹³⁷ Çelikel, Gelgel, s.222-223.

18)Turizmi Teşvik Kanunu'nda Yer Alan Sınırlama

2465 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 18.maddesine göre; belgeli işletmelerde, Kültür ve Turizm Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından verilen izinle yabancı uzman personel ve sanatkârlar çalıştırılabilir. Ancak bu şekilde çalıştırılacak yabancı personelin miktarı toplam personelin % 10'unu geçemez. Bu oran Bakanlık tarafından % 20'ye kadar artırılabilir. Bu yabancı personel işletmenin faaliyete geçişinden 3 ay öncesinden itibaren çalışmaya başlayabilir. Burada belirtilen işletmeden anlaşılması gereken ise; Türk vatandaşı veya yabancı kişi olan, gerçek ya da tüzel kişiler tarafından işletilen ve turizm alanında faaliyet gösteren ticari işletmelerdir.

Sağlık, hukuk ve güvenlik alanlarındaki yabancılara yönelik sınırlamaları anlamak mümkündür. Çünkü bu alanlar çok öneme sahip ve çalışacakların bazı donanımlara sahip olması gereken alanlardır. Ancak özel sektörlerde faaliyet gösteren işletmelerde çalışacak personel ve sanatkârlar bakımından %10'luk sınır getirilmesi çalışma hakkını çok kısıtlamaktadır. Zaten ülkemizde gelen ve maddi birikimi olmayan yabancılar genellikle turizm işletmeleri ve kafelerde çalışmak istemektedirler. Özel işletmelerde çalıştırılacak personel ve sanatkâr sayısı bakımından sınır olacaksa da %10 gibi az bir rakam değil de %30-%40 gibi bir rakam olmalıdır. Bu şekilde ülkemize gelen göçmen ve sığınan yabancıların çalışma hayatına daha çok katılmaları sağlanmış olur.

19)Mühendis ve Mimarlara İlişkin Düzenleme

Uluslararası İşgücü Kanunu m.20'ye göre; "Öğrenimlerini Türkiye'de bir yükseköğretim kurumunun mühendislik ve mimarlık fakültelerinde veya yurt dışında ilgili ülke makamları ve Yükseköğretim Kurulu tarafından tanınmış bir yükseköğretim kurumunda tamamlayarak mühendis ve mimar unvanlarını almış olan yabancılar bu Kanuna göre proje bazlı ve geçici süre ile çalışma izni alarak mühendislik ve mimarlık mesleklerini icra edebilirler."

6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 34'üncü ve 35'inci maddesinde; yabancı mühendis ve mimarların AÇSB'dan çalışma izni alarak Türkiye'de çalışmalarının mümkün olduğu, Uluslararası İşgücü Kanun m.20'ye ek olarak yabancı mühendis ve mimarlara Türkiye'de çalışma izni verilmesinde Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nin görüşünün alınacağı, çalışma izni aldıktan

sonra ilgili meslek odasına üye olmaları gerektiği belirtilmiştir. Bu şartlara uygun olarak yabancı mühendis ve mimarın proje bazlı olarak ve geçici süreyle çalışmaları mümkündür.¹³⁸

D.TÜRK SOYLU YABANCILARIN ÇALIŞMA HAKKI

Türk soylu yabancılarla ilgili en büyük sorun hangi yabancıların Türk soylu sayılacağıdır. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, Uluslararası İşgücü Kanunu'nda ve Türk soylu yabancıların çalışmasına ilişkin 2527 sayılı Kanun'da Türk soyluluk tanımlanmamıştır. Türk soyluluğun hangi esaslara göre tespit edileceğine ilişkin hüküm yer almamaktadır. Resmi başvurular üzerine yetkili makamlar, kimin Türk soylu olduğuna karar vermektedir. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun ve bu kanuna ilişkin yönetmelikte kimlerin Türk soylu yabancı sayılacağı hakkında hüküm bulunmamaktadır. Bu durum hukuki bir eksiklik olarak değerlendirilmemektedir. Çünkü bu konuda idarenin takdir yetkisi ön plana çıkmakta ve gizlilik dereceli mevzuatla kapsamı çizilmektedir. Ancak kimlerin Türk soylu sayılacağı belirlenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda; İçişleri Bakanlığı tarafından gizli yönerge çıkarılmıştır. Genellikle, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler Türk soylu yabancı sayılmaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanunu m.7 gereğince, Türk anne veya babadan evlilik birliği içinde doğmuş olan çocuk zaten Türk vatandaşıdır. Türk anne ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğmuş olan çocuk zaten Türk vatandaşı sayılmaktadır. Uygulamada genellikle Balkan göçmenleri bu statüden yararlanmaya çalışmaktadırlar.¹³⁹

Türk Hukuku'nda çalışma hakkı bakımından yabancılar içerisinde farklı bir durum Türk soylu yabancılar için söz konusudur. Türk soylu yabancılar, ülkemizde diğer yabancılara göre daha fazla çalışma imkanına sahiptirler. Yabancılar için öngörülen çalışma hakkına ilişkin kısıtlamaların çoğu, Türk soylu yabancılar için kabul edilmemiştir. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un 1'inci maddesine göre; "bu Kanunun amacı; Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları

¹³⁸ Çelikel, Gelgel, s.226.

¹³⁹ Erken, Yabancıların Çalışması, s.151.

serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlamaktır.” Ancak 2527 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinde; Türk soylu yabancıların da, özel kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş, sanat ve mesleklerde çalışabilmeleri veya çalıştırılabilmeleri için gerekli olan nitelikleri taşımaları ayrıca İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’ndan çalışma izni almaları gerektiği belirtilmiştir. Yine 2527 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine göre; “Bu Kanunun 3’üncü maddesine göre çalışma veya çalıştırılabilmelerine izin verilenler, özel kanunlar uyarınca Türk vatandaşları gibi ilgili meslek kuruluşlarına kayıtlarını yaptırmakla yükümlüdürler. Bu kişiler girdikleri meslek kuruluşlarının; genel kurullarına katılma, seçme ve seçilme dışındaki bütün haklardan yararlanırlar. Ayrıca hem bu Kanun hem de ilgili yönetmelikte Türkiye’de siyasi haklardan yararlanamayacakları belirtilmiştir. Dolayısıyla herhangi bir siyasi partiye giremezler ve seçimlerde oy kullanamazlar.¹⁴⁰

Diğer yabancıların yapması yasak olan birçok mesleği, Türk soylu yabancıların icra etmesi mümkün olsa da ilgili bakanlıktan çalışma izni almaları gerekmektedir. Ancak UİK’nun 7’inci, 9’uncu ve 10’uncu maddesinde düzenlenen çalışma izni prosedürüne tabi olmayacaklardır. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu, Türk soylu yabancılar için çalışma izni kurallarına istisnalar getirilebileceğini düzenleyerek onları “çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar” içerisine almıştır. Ancak 6735 sayılı Kanun m.16/1-ç bendinde; “İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen” yabancıları bu kapsama almıştır. Dolayısıyla İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı’nın Türk soylu olarak bildirdiği yabancılara çalışma izni başvurusu, çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesi ve reddi, çalışma iznine ilişkin şartlar bakımından normal prosedür uygulanmayacaktır. Çalışma izni verilmesi hususunda takdir yetkisi, yetkili makam olan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’ndadır. Bununla birlikte 4817 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nde 2012’de yapılan değişiklikle, m.13/5-b gereğince Türk soylu yabancılara çalışma izinleri, değerlendirme kriterleri uygulanmadan verilecektir.¹⁴¹

¹⁴⁰ Şen, s 22-23.

¹⁴¹ Erken, Yabancıların Çalışması, s.152-153.

İçişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğuna karar verilenlerin yanı sıra, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları da Türk soylu yabancılar gibi muamele görmektedirler. Türkiye Cumhuriyeti ile KKTC arasında imzalanan İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanıyan Anlaşma'ya göre, Türkiye'de çalışan ve ikamet eden KKTC vatandaşlarının, 2527 sayılı Kanun kapsamında çıkartılarak daha özel bir statüye kavuşturulmaları için gerekli düzenlemelerin yapılacağı belirtilmiştir. Ancak henüz böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca bu anlaşmada, KKTC vatandaşlarına çalışma izni süresinin azami 5 yıl süreyle verileceği belirtilmiştir. Yine bu anlaşmanın 3'üncü maddesine göre; "Kamu sektöründe görev alacak olan KKTC vatandaşlarıyla ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına uygulanan kurallar esas alınacaktır."¹⁴²

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.28/1'e göre; "Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır." Aynı maddenin 2.fikrasında; "Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler." denilmiştir. Aynı maddenin 3.fikrasında; bu kapsamdaki Türk soylu yabancıların, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli şekilde memur statüsünde çalışamayacakları; ancak kamu kurum veya kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalışabilecekleri belirtilmiştir. Bu madde kapsamında olan bireylere, talepleri halinde bu maddedeki haklardan yararlanabileceklerini gösteren mavi kart düzenlenmektedir ve verilmektedir. Ancak Türk soylu yabancıların da Türkiye'de çalışabilmeleri için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'ndan çalışma izni almaları gerekmektedir.

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28'inci maddesi kapsamında olan yabancıların (mavi kartlı) çalışma hakkının saklı olduğunu belirterek bu kişilerin çalışmasına ilişkin bir hüküm içermemiştir. Dolayısıyla bu 28'inci maddede belirtilen yabancıların haklarına ilişkin bir sınırlama getirmemiştir. Sonuç olarak, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni

¹⁴² Çelikel, Gelgel, s.212.

olarak Türk vatandaşlığından ayrılan yabancılar, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nda düzenlenen çalışma izni kurallarına tabi değildirler.¹⁴³

Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik'in 3.maddesine göre; kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen veya Türk vatandaşı olma şartı aranan meslek, sanat ve işlerde Türk soylu yabancıların çalışma ya da çalıştırılmalarına izin verilebilmesi için: İçişleri Bakanlığı tarafından kendilerine ikamet izni verilmiş olmak; belirli meslek ve sanatlar için, özel kanunlarda belirlenen nitelikleri taşıdığı yetkili Türk makamlarından alacağı belgelerle ispatlamış olmak; eğitim durumunu gösteren yabancı okul veya fakültelerden verilmiş diplomalarının denkliğini Türkiye'de ilgili Bakanlık'a onaylatmış olmak; ilgili mesleği yapmasında güvenlik açısından herhangi bir sakınca bulunmamak ve durumu Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen esaslara uygun olmak; yabancılar için açılan özel kütüklere nüfus kayıtlarını tesis ettirmiş olduğunu belgelendirmek; mesleki kuruluşlara kayıtlı olmanın zorunlu tutulması halinde üyeliğini belgelendirmek; yabancı ülkelerden alınmış olan kalfalık, ustalık ya da bunun gibi belgelerin Çıraklık Kurulu'nun görüşü alındıktan sonra denkliğine Milli Eğitim Bakanlığınca karar verilmiş olmak gerekmektedir.

Aynı yönetmeliğin 15.maddesine göre; bu Yönetmelik hükümlerine tabi olan Türk soylu yabancıların, yabancı nüfus kayıtlarını Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nde bulunan özel kütüklere tesis ettirmekle yükümlüdürler.

2527 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'in 10'uncu maddesine göre, kendilerine çalışma izni verilen Türk soylu yabancılar; personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma, izin, vergi, ücret, sosyal haklar, sağlık kuruluşlarında tedavi ve iş yeri statülerine ilişkin diğer konularda, aynı işlerde çalışan Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine tabidirler. Türk soylu yabancılar, Türk vatandaşı olmamaları sebebiyle belirtmiş olduğum hususlarda farklı bir uygulamaya tabi değildirler. Ayrıca kendilerine çalışma izni verilen Türk soylu yabancılar, çalıştıkları kuruluş ve işyerleriyle ilgili olan sendikalara üye olabilirler.¹⁴⁴

¹⁴³ Erken, Yabancıların Çalışması, s.151.

¹⁴⁴ Çelikel, Gelgel, s.216.

E.GEÇİCİ KORUMA KAPSAMINDA TÜRKİYE'DE BULUNANLARIN ÇALIŞMA HAKKI

1)Göçmen, Mülteci ve Geçici Koruma Kavramı

Öğretide bir ferdin yaşadığı ülkeyi terk ederek başka bir ülkeye yerleşmek, uzun süre kalmak veya çalışmak amacıyla gitmesi hareketine göç, giden kimseye ise göçmen denilmektedir. Göçmen göç etme kararını, zorlayıcı bir dış faktör olmaksızın serbest iradesiyle vermektedir. Mültecileri diğer göçmen kategorilerinden ayırmak gerekmektedir; mülteciler, kendi iradeleriyle ülkelerinden ayrılma tercihinde bulunmayan kişilerdir. Mülteci kendi ülkesinden zulme uğrayacağından bahisle korktuğu için ayrılmak zorunda kalmıştır. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme m.1/2'deki tanıma göre mülteci; 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar neticesinde ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunuyorsa oraya dönemeyen veya söz konusu korku sebebiyle dönmek istemeyen şahıs olarak tanımlanmaktadır. Mültecilik durumunun kaynağında sığınma eylemi yatmaktadır. Sığınma kavramının teorik temeli, bireyin vatandaşlığında bulunduğu devletin etki alanından çıkması ya da bulunduğu ülkenin korunmasından yararlanamaması ve başka bir devletten korunma talep etmesi üzerine kurulmuştur.¹⁴⁵

1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol m.1/2'ye göre; işbu Protokol bakımından, bu maddenin 3. fıkrasının uygulanması hali dışında, "mülteci" kavramı, Sözleşme'nin 1. maddesinin A 2 kısmında mevcut "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve" ve "söz konusu olaylar sonucunda" ifadeleri metinden çıkarılmış kabul edilerek, Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen mülteci kavramına giren her kişi anlamına gelecektir. Buna göre; mülteci sayılmak için 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile ortaya konulan zaman bakımından sınırlama ortadan kaldırılmıştır.

1951 tarihli Sözleşme'nin 42'nci maddesi devletlere coğrafi çekince koyma imkânı tanıdığından, Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi coğrafi kapsam açısından çekince koyarak kabul etmiştir. Çünkü bu sözleşmenin 1'inci maddesinin B bendinde; mülteci tanımında yer alan "1 Ocak 1951'den evvel cereyan eden hadiseler" ibaresinin bu tarihten önce Avrupa'da cereyan eden hadiseler ya da Avrupa veya başka bir yerde

¹⁴⁵ Ergin, s.121-122.

cereyan eden hadiseler şeklinde kabul edilebileceği belirtilmiştir. Bu açıdan Türkiye'nin yükümlülüğü; mülteci olarak kabul edilebilme ölçütlerini taşıyan Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle gelen kişileri kabul etmekle sınırlıdır. Avrupa dışından gelenler ise mülteci kriterlerini taşıyalar dahi kendilerine mültecilik statüsü tanınmamaktadır. Bu sebeplerle Türkiye mültecilik statüsü tanınması bakımından Avrupa kökenli olan ve diğer şartları taşıyan kişileri mülteci olarak kabul etmektedir. Türkiye 1951 tarihli Sözleşme'ye koyduğu çekinceyi, 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol'e de koyarak taraf olmuştur. 1967 tarihli Protokol m.1/2 ise, mülteci sayılmak için konulan "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve" şeklindeki sözleşmeyle getirilen zaman sınırlamasını ortadan kaldırmıştır. Ancak uygulamada Türkiye'den koruma talep eden yabancıların büyük çoğunluğunu Avrupa dışından gelen kişiler oluşturmaktadır. Coğrafi sınırlama nedeniyle Türkiye'nin uyguladığı sistem, Avrupa dışından sığınma talebiyle gelen yabancılara şartlı mülteci veya geçici koruma statüsünün tanınması şeklindedir. Avrupa dışından gelen sığınmacılar, ulusal mevzuat çerçevesinde "geçici koruma statüsü" almak için Türkiye'ye başvurabilmektedirler.¹⁴⁶

Geçici koruma ise; mültecilik statüsünden yararlanamayıp çeşitli sebeplerle tabiiyetinde olduğu ülkenin korumasından yararlanamayan, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınıra gelen veya sınırdan geçen yabancılara sağlanan korumadır. Kendisine geçici koruma sağlanan yabancıya ise; geçici korunan denir.

2)Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

a)Türkiye'de Kabul Edilen Mülteci, Şartlı Mülteci, İkincil Koruma, Geçici Korunan Statüsü

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre Türkiye'ye sığınmak isteyenlerin durumu uluslararası koruma ve geçici koruma olmak üzere iki başlık altında ele alınmıştır. Bu çerçevede uluslararası koruma kapsamında mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüleri tanınmış; bu üç kategoriye girmeyen fakat acil ve geçici korunma amacıyla ülkemize gelen ve kalmak isteyen yabancılar için ise geçici koruma statüsü öngörülmüştür.

¹⁴⁶ ÜMİT, Ceyda, "Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama", Adalet Dergisi, S.8, 2001, s.5.

YUKK, mülteci statüsü tanınması bakımından coğrafi sınırlamayı devam ettirmektedir. YUKK m.61/1'e göre; Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti, siyasi düşüncesi nedeniyle zulme uğrayacağından haklı nedenlerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan veya tabiiyetinde olduğu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya statü belirleme işlemleri sırasında mülteci statüsü verilir.

YUKK m.62/1'e göre; Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti, siyasi düşüncesi nedeniyle zulme uğrayacağından haklı nedenlerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan veya tabiiyetinde olduğu korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilmektedir. Dolayısıyla Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle ülkemize gelenlerin mülteci sayılmaları, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme ve 1967 tarihli Protokol'de mültecilere tanınan haklardan yararlanmaları mümkün değildir. Bu kişilere şartlı mültecilik statüsü verilmektedir.

YUKK m.63/1'e göre; 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme ve 1967 tarihli Protokol'e göre mülteci olma şartlarını taşımayan ancak tabiiyetinde olduğu ülkeye veya ikamet ülkesine geri gönderilmesi durumunda; ölüm cezasına mahkûm çarptırılacak veya ölüm cezası yerine getirilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da benzer başka bir muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ulusal düzeydeki silahlı çatışma hallerinde, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri sebebiyle şahsına yönelik olarak ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle tabiiyetinde olduğu ülkenin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit sebebiyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilebilir. Bu koruma statüsü yabancılara bireysel olarak sağlanan korumadır.

Kural olarak yurt dışından Türkiye'ye gelen bir yabancı, YUKK m.19 gereğince; "vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak" olması halinde ikamet izni alması zorunludur. Ancak YUKK m.20/1-g bendi gereğince; "76'ncı ve 83'üncü maddelerin birinci fıkraları kapsamında belge sahibi

olanlar” ikamet izninden muaf tutulmuşlardır. Buna göre; Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi olan kişiler, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilen yabancılar ikamet izninden muaf tutulmuşlardır. Bu kişilerin ikamet izni almaları gerekmemektedir.

Geçici korumanın kapsamını, genellikle topluca sığınma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen kişiler oluşturmaktadır. YUKK m.91/1’e göre; ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızdan geçen yabancılarla geçici koruma imkânı sağlanabilir. Geçici korumanın temel amacı, sığınma arayan; ancak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nden faydalanamayan kişilere hızlı şekilde güvenli bir ortam sağlamak ve temel insan haklarını güvence altına almaktır. Söz konusu kişilere acil ve geçici korunma sağlanması amaçlanmaktadır. Bu şekilde kendilerine geçici koruma sağlanan kişilere geçici korunan denilmektedir.

b) Suriye’den Gelenlerin Durumu ve Uygulamada Şartlı Mülteci Statüsü Verilmemesi

Türkiye’ye Suriye’den gelip sığınma talebinde bulunanlara, ülkemizde “geçici koruma statüsü” verilmektedir. Zaten bu husus Geçici Koruma Yönetmeliği’nin geçici 1.maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; “ 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz.”

Geçici koruma rejimi ile Suriyelilere sınırsız kalış, zorla geri gönderilmemeye karşı koruma ve acil ihtiyaçlara yanıt veren düzenlemelere erişimi içerecek şekilde koruma ve yardım sağlanmaktadır. Bunun dışında kurulan kamplarda yaşayanlara barınma, gıda, eğitim, sağlık suya erişim gibi imkânlar sağlanmaktadır. Kamp dışında yaşayan ve çoğunluğu oluşturan gruba ise kayıt yaptırımları halinde

sadece sağlık ve ilaçlara ücretsiz erişim hakkı tanınmaktadır. Çeşitli sebeplerle kayıt yaptırmayanların ise hiçbir hakkı bulunmamaktadır.¹⁴⁷

28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye'ye gelen yabancı bir kişinin, bireysel olarak şartlı mültecilik statüsü başvurusunda bulunması durumunda, bu başvurunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Çünkü Suriye'deki Baas rejimine muhalif olduklarından dolayı öldürülme tehlikesi altında oldukları için Türkiye'ye sığınmak istemektedirler. Bu durum YUKK m.62/1'de düzenlenen Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle, siyasi düşüncesi nedeniyle zulme uğrayacağından bahisle vatandaşlığında bulunduğu ülkenin korumasından yararlanamamayı karşılamaktadır. Yani bu durum YUKK m.62/1'de düzenlenen şartlı mülteciliğin kapsamına girdiği için Suriye'den gelen bir yabancı uyruklu bir kişi, şartlı mültecilik statüsü başvurusunda bulunursa, bu talebinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Ancak uygulamada, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin geçici 1'inci maddesi gereğince; 28/04/2011 tarihinden itibaren Suriye'de meydana gelen olaylar sebebiyle Suriye'den ülkemize gelenler "uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi" geçici koruma altına alınmaktadırlar. Aynı şekilde in Halk Cumhuriyeti'nden ülkemize gelip koruma talebinde bulunan Uygur Türklerinin şartlı mültecilik statüsü başvurusunda bulunması durumunda bu başvurusunun kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü Uygur Türkleri, in Halk Cumhuriyeti'nde ırkları ve dinleri sebebiyle zulüm görmektedirler ve ikamet ettikleri ülkenin korumasından yararlanamamaktadırlar.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.17/1'e göre; "6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş veya şartlı mülteci yabancılar; uluslararası koruma başvurusu tarihinden, geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurabilirler." Burada belirtilen mülteci, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan yabancılara çalışma izni almaları için 6 aylık sürenin geçmesinin öngörülmesi, bu süre boyunca çalışarak geçimlerini sağlama imkanını ve çalışma hakkını kullanmalarını engellemektedir. Bu şekilde diğer göçmen olan yabancılardan farklı muameleye tabi tutulmamalıdırlar.

¹⁴⁷ ORHAN, Oytun/ GÜNDOĞAR, Sabiha Senyücel, "Suriyeli Sığınmacıların Türkiye'ye Etkileri", Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, S:195, 2015, s 12-13.

YUKK'da geçici koruma kapsamındaki kişilerin Türkiye'de kalışı, sahip oldukları hakları, Türkiye'den çıkmaları durumunda yapılacak işlemler, kitlesel olarak yapılan hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinenin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle sağlanacağı belirtilmiştir. Bunun sonucu olarak Geçici Koruma Yönetmeliği çıkarılmıştır.

3)Geçici Koruma Yönetmeliği'nde Yer Alan Düzenlemeler

Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 1.maddesine göre bu yönetmeliğin amacı; “ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 91'inci maddesi çerçevesinde, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usul ve esasları ile bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemleri, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirleri ve ulusal ve uluslararası kuruluşlar arasındaki işbirliğiyle ilgili hususları düzenlemektir.”

Geçici Koruma Yönetmeliği m.7/1'e göre geçici koruma; “ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılara uygulanır. Kendisine geçici koruma sağlanan yabancıya; geçici korunan denir.

Aynı yönetmelik m.3/1-j bendine göre kitlesel akın; “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 durumları” ifade eder. Burada yüksek sayının belirlenmesi bakımından tam bir rakam belirtilmemiş, bunun belirlenmesi idarenin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca yukarıda belirttiğim üzere kitlesel akın döneminde, yani kitlesel olarak yabancıların gelmesine başladıktan sonra bireysel olarak gelen yabancılara da geçici koruma kurumu uygulanabilecektir.

Geçici Koruma Yönetmeliği m.17/1’de geçici koruma sağlanacaklar bakımından coğrafi sınır belirtilmemiş, hatta kara sınırlarına ilaveten karasularına da acil ve geçici koruma bulmak amacıyla gelen yabancıların Türkiye’ye kabul edilebilecekleri belirtilmiştir.

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin geçici 1.maddesine göre; 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızdan geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler geçici koruma altına alınırlar. Bu kapsamda kendilerine geçici koruma kimlik belgesi verilir. Ayrıca bu kişilere geçici koruma uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmayacaktır.

Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 29.maddesine göre; “Geçici korunanların çalışmalarına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlığın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir. Geçici koruma kimlik belgesine sahip olanlar, Bakanlar Kurulunca belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda (il, ilçe veya köylerde) çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na başvurabilir. Yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin mevzuatta yer alan hükümler saklıdır. Geçici korunanlara verilen çalışma izinlerinin süreleri, geçici korumanın süresinden fazla olamaz. Geçici koruma sona erdiğinde, bu kapsamda verilen çalışma izni sona erer. Geçici korunanlara verilen çalışma izni, Kanunda düzenlenen ikamet izinleri yerine geçmez.”

Ülkemizde kendilerine geçici koruma sağlanan Suriyeliler gibi geçici koruma kimlik belgesi sahibi olanlar, Geçici Koruma Yönetmeliği’nin 29.maddesi gereğince Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na başvurup belli iş kolu ve coğrafi alanda çalışmak üzere çalışma izni alabilirler. Ancak geçici koruma imkânı sağlananlara verilecek çalışma izni süresi, geçici korumanın süresinden fazla olamaz. Geçici koruma sona erdiğinde, bu kapsamda verilen çalışma izni de sona erecektir. Ayrıca geçici koruma imkanından yararlananlara verilen çalışma izni, ikamet izni yerine geçmemektedir. Burada kanaatimizce geçici koruma sağlanan yabancılar için, diğer yabancıardan farklı bir düzenleme yapılarak, verilen çalışma izninin ikamet izni yerine geçmemesi hakkaniyete uygun olmamaktadır. Burada çalışma hayatına girmelerini zorlaştırmamak için, geçici koruma sağlanan kişilere verilen çalışma izninin aynı zamanda ikamet izni yerine geçmesi gerektiği kanaatindeyim.

4)Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik’de Yer Alan Düzenlemeler

Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik m.1’e göre; “Bu Yönetmeliğin amacı, 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 91 inci maddesi uyarınca geçici koruma sağlanan yabancıların çalışmalarına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.”

Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik m.4/1’e göre; geçici koruma sağlanan yabancılar, çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışamaz veya çalıştırılmazlar.

GKSYÇİDY m.5’e göre; geçici koruma sağlanan yabancılar, geçici koruma kayıt tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için ilgili Bakanlık’a başvuruda bulunabilirler. Çalışma izni başvuruları, geçici koruma sağlanan yabancıyı çalıştıracak işveren tarafından e-Devlet Kapısı üzerinden yapılabilir. Bağımsız çalışma iznine başvurma hakkı olan geçici koruma sağlanan yabancı kendi adına başvuru yapar. Mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma sağlanan yabancılar, çalışma izni muafiyeti kapsamındadırlar. Mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak olanlar çalışma izni muafiyeti başvurularını, geçici koruma sağlanan ildeki valiliğe yaparlar. Bakanlık tarafından, mevsimlik işlerde çalışacak geçici korunan yabancılarla ilişkin olarak il ve kota sınırlaması düzenlenebileceği belirtilmiştir.

GKSYÇİDY m.6’ya göre; çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak kriterler, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin 13’üncü maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından belirlenir. Yine aynı maddenin 2’inci fıkrasına göre; “Kanunlarda yalnızca Türk vatandaşları tarafından icrasına izin verilen iş ve meslekler için yapılan başvurular, değerlendirme yapılmaksızın işlemde kaldırılır.”

GKSYÇİDY m.9’a göre; başvurusu olumlu değerlendirilen yabancılarla Bakanlık tarafından çalışma izni verilir ve bu durum İçişleri Bakanlığı ile işverene bildirilir.

GKSYÇİDY m.8/1’e göre; Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısı üzerinden sektör ve illere göre değişen oranlarda kota uygulanabilir.

GKSYÇİDY m.8'e göre; Üçüncü fıkra hükmü saklı kalmak üzere, çalışma iznine başvuru işyerinde çalışan geçici koruma sağlanan yabancı sayısı, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde onunu (%10) geçemez. Aynı maddenin 3.fikrasına göre; işveren tarafından işyerinin kayıtlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nden, çalışma izni başvurusu tarihinden önceki dört haftalık süre içerisinde yabancının çalıştırılacağı işi yapacak aynı nitelikte Türk vatandaşı bulunmadığının belgelendirildiği başvurularda istihdam kotası uygulanmayabilir.

Çalışma iznine başvuru işyerinde çalışacak olan, geçici koruma sağlanan yabancı sayısının, o işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının %10'undan fazla olamayacağına ilişkin hüküm yabancıların çalışma hakkını çok kısıtlamaktadır. Zaten ilgili Bakanlık tarafından ihtiyaca göre sektör ve illere ilişkin olarak değişen oranlarda kota uygulanacaktır. Bu nedenle çalıştırılacak geçici koruma kapsamındaki yabancılara ilişkin olarak belirlenebilecek kotanın daha fazla olması gerektiği kanaatindeyim. Bu kapsamda kanaatimce işyerinde çalışacak geçici koruma kapsamındaki yabancı sayısına ilişkin kotanın, ihtiyaç olan bölgeye ve sektöre göre %40'a veya %50'ye kadar olacak şekilde değişen oranlarda belirlenebilmesi mümkün olmalıdır. Geçici korunan yabancılara çalışma imkânı sağlanmadığı takdirde kazançlarını sağlamak için dilencilik gibi farklı gayri meşru yöntemlere başvurma ihtimalleri ortaya çıkacaktır.

IV.MEMURLAR ve DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Çalışma hakkının, herkesin hakkı olduğuna dair anayasal hüküm şüphesiz ki kamu hizmetinde çalışmak, başka bir deyişle devlet memurluğu için de geçerlidir. Anayasa'nın 70'inci maddesinde; "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." denilmektedir. Bu sebeple kamu hizmetinde çalışma hakkı, sadece Türk vatandaşlarına tanınmış olan bir haktır. Her Türk vatandaşı, bu hakkı kullanmakta özgür ve eşittir. Tabi görevin gerektirdiği niteliklere sahip olan ve kabul olunan vatandaşlar, kamu hizmetinde görev alabilmektedir. Her çalışmada olduğu gibi kamu

hizmetinden, daha özeldede memurluktan çekilme hakkı vardır. Kamu hizmeti memur ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmektedir.¹⁴⁸

Anayasa m.128 kamu görevlilerini, memurlar ve diğer kamu görevlileri demek suretiyle ikiye ayırmıştır. Anayasa m.128/2'ye göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Bu kapsamda memurların nitelikleri, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu çıkarılmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, "Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler memur sayılır." demek suretiyle memurun tanımını yapmıştır. Anayasa'da geçen diğer kamu görevlilerinin kimler olduğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndan anlaşılmaktadır. DMK m.4'e göre; kamu hizmetleri memurlar haricinde sözleşmeli personel ve işçiler tarafından yürütülür. Bu üç istihdam şekli dışında kamu görevlisi olunamaz.(Geçici personel 20/11/2017 tarihinde 696 sayılı KHK'nin 17'inci maddesiyle kaldırılmıştır.) DMK'na göre sözleşmeli personel; özel bir meslek bilgisine ve uzmanlığa ihtiyaç gösteren geçici işlerde, mali yıla sınırlı olmak üzere sözleşmeyle çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu görevlileridir. Geçici personel ise; bir yıldan az süreli işlerde veya mevsimlik işlerde ve belli görevlerde ücret karşılığında sözleşmeyle çalıştırılan kamu görevlileridir. İş sözleşmesiyle çalışıp da diğer üç tür kamu görevlisi statüsüne girmeyen kamu hizmeti yürüten kişiler işçi olarak istihdam edilmektedirler.¹⁴⁹

Statünün en önemli ilkelerinden olduğu üzere, kanunlarda yazılı haller dışında devlet memurunun memurluğuna son verilemez. Aylık ve diğer hakları elinden alınamaz. Belirli şartlar dahilinde memurlar emeklilik hakkını kullanarak görevden çekilebilirler. Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; kurumları ve amirleri tarafından kendilerine uygulanan idari işlem ve eylemlerden dolayı şikâyet ve dava açma hakkına sahiptirler. Memurların, kanunda yazılan şartlarla izin kullanma, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakları vardır. Memurların atama ve yükselme hakları, sosyal hakları bulunmaktadır. Memurların kıdem tazminatı alma

¹⁴⁸ ERKEN, Baki, "Anayasal Çerçevde Türkiye'de Çalışma Hakkı", Çalışma Dünyası Dergisi, C.I, S.2, 2013, (Anayasal Çerçevde Çalışma Hakkı), s.77-78.

¹⁴⁹ Erken, Anayasal Çerçevde Çalışma Hakkı, s.77.

hakları bulunmamaktadır ancak emekliliğe hak kazanarak emekli olmaları durumunda ikramiye almaktadırlar.¹⁵⁰

A.DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA YER ALAN SINIRLAMALAR

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı" başlıklı 28.maddesinin 1.fikrasına göre; "Memurlar Türk Ticaret Kanunu'na göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç). Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz."

Yukarıdaki düzenlemeden anlaşılacağı üzere, memurlar anonim şirket kurucusu ve ortağı, limited şirket kurucusu ve ortağı, komandit şirkette komanditer ortak, kooperatif kurucusu ve ortağı, yapı ve tüketim kooperatifi yönetim kurulu üyesi ve denetçisi olabilirler.

Danıştay 12.Dairesi'nin 27.10.2015 tarihli ve **2011/95-2720** esas numaralı kararında; *"Tapu Sicil Müdürü olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Kanununun 125/D-(h) maddesi uyarınca bir yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezasıyla cezalandırılmasına, bu cezanın kendi durumu itibarıyla yükselebileceği derecenin son kademesinde olması nedeniyle brüt aylığından 1/4 oranında kesinti yapılması suretiyle uygulanmasına ilişkin 29.04.2009 tarihli ve 18 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/D-(h) maddesinin aynı Kanununun 28. maddesiyle birlikte yorumlanmasından, Kanunda ifade edilen "ticaret yapmak" tabiri ile Türk Ticaret Kanununa göre esnaf veya tacir sayılmayı gerektirecek bir faaliyetin kastedildiği, "diğer kazanç getirici faaliyetler" ifadesiyle de, 28. maddede tanımlanan ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alma, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olma gibi faaliyetlerin kastedildiği sonucuna varıldığı, davacı hakkında tespit edilen husus bir emlak-alım satımı işine aracılık*

¹⁵⁰ Erken, Anayasal Çerçeve ve Çalışma Hakkı, s.78.

etmek suretiyle menfaat temin etmeye ilişkin olduğundan Kanunun 125/D-(h) maddesi kapsamında değerlendirilmesine hukuki olanak bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ... gerekir.” denilmiştir. Emlak alım ve satım işine aracılık etme faaliyeti DMK m.28’de sayılan ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetin kapsamına girmediğinden, memurun emlak alım ve satım işine aracılık faaliyeti yapmasında hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir.¹⁵¹

Danıştay 12.Dairesi’nin 27/10/2015 tarihli ve **2012/1749-5577** esas numaralı kararında; “Olayda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 28.maddesinde, memurların Türk Ticaret Kanunu’na göre (tacir) veya (esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamayacakları, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamayacakları, ticari mümessil veya ticari vekil veya kolektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamayacaklarını belirtilmiştir. Mevzuat hükmü uyarınca, kanuni temsilci sıfatını haiz olmadıkları sürece Devlet memurlarının limited şirket ortağı olabilecekleri anlaşılmakta olup, davacının ilgili limited şirkette ortak olduğu ve şirkette şirketi idare eden bir mesul müdürün de bulunduğu hususu dikkate alındığında dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” denilmiştir. Bu kararda memurun, 657 sayılı DMK m.28/1’e göre kanuni temsilci sıfatına sahip olmadığı sürece limited şirket ortağı olabilmesi mümkün olduğundan, davanın reddi kararı hukuka uygun bulunmamıştır.¹⁵²

Devlet Memurları Kanunu’nun “Denetimindeki teşebbüsten menfaat sağlama yasağı” başlıklı 30.maddesine göre; “Devlet memurunun, denetimi altında bulunan veya kendi görevi veya mensup olduğu kurum ile ilgisi olan bir teşebbüsten, doğrudan doğruya veya aracı eliyle her ne ad altında olursa olsun bir menfaat sağlaması yasaktır.”

Buna karşılık, Devlet Memurları Kanunu’nun 28.maddesinin 2.fikrasına göre;” Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle

¹⁵¹ Danıştay 12.Dairesi, T.27/10/2015, E. 2011/95, K.2015/2720, <http://www.yahyaderyal.net/index.php?link=109>, (e.t.:01.05.2019).

¹⁵² Danıştay 12.Dairesi, T.27/10/2015, E.2012/1749, K.2015/5577, <http://www.yahyaderyal.net/index.php?link=109>, (e.t.:01.05.2019).

kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri ile özel kanunlarda belirtilen görevler bu yasaklamanın dışındadır.”

Anayasa m.128 gereğince memur ve diğer kamu görevlileri; devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kişilerdir. Memurlar, kamu tüzel kişilerinde bir sözleşme olmadan memur statüsünde bulunarak çalışan kişilerdir. Diğer kamu görevlileri ise; idare ile sözleşme ilişkisi içerisinde çalışan kişiler ve işçilerdir. Diğer kamu görevlilerine sözleşmeli olarak çalışan personelleri örnek verebiliriz. Ayrıca kendi personel kanunları bulunan hakimler, savcılar, üniversite öğretim üyeleri de diğer kamu görevlilerindedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4.maddesine göre memur; “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır. Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.” Devlet Memurları Kanunu'nda, Anayasa'nın 128'inci maddesindeki memur tanımıyla neredeyse aynı tanım yapılmıştır.

Danıştay 13.Dairesi'nin 30.12.2013 tarihli ve **2164/4048** esas numaralı kararında; *“Dava; Karayolları Genel Müdürlüğü Bölge Müdürlüğü'nce açık ihale usulü ile gerçekleştirilen ihalesine dair olarak davacı şirket tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır. Devlet memurlarının anonim şirketlerde ortak olmalarını engelleyen bir yasak bulunmadığı, bunun yanında 4734 Sayılı Kanununun 10. maddesinin 3. fıkrasında da, şirket tarafından sunulacak iş deneyim belgesinin, son bir yıldır şirketin %50'den fazla hissesine sahip ortağı adına düzenlenmiş belge olabileceğinin kabul edildiği, bir yıllık süre içerisinde şirket müdürlüğü, temsilciliği, yönetim kurulu başkanlığı veya üyeliği gibi aktif görevlerde bulunulması gerekliliğini arayan bir düzenlemenin bulunmadığı dikkate alındığında, son bir yıldır şirkette %50'den fazla ortak olan kişi adına düzenlenen iş deneyim belgesinin uygun olmadığı gerekçesiyle, davacı şirketin değerlendirme dışı bırakılmasının ardından yapılan itirazın şikâyet başvurusunun reddine dair Kurul kararında ve bu kararın iptali*

istemiyle açılan davanın reddine dair Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.“ denilmiştir. Bu kararda görüldüğü üzere devlet memuru anonim şirkette ortak olabilir ancak ticari temsilci ya da ticari vekil olamaz.¹⁵³

B.657 sayılı DMK’NA TABİ OLARAK ÇALIŞAN DOKTORLARA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun’un 4.maddesine göre; “Birinci Madde kapsamına giren personelden, özel kanunlarına göre meslek ve sanatlarını serbest olarak icra etme hak ve yetkisine sahip olanlar istedikleri takdirde, birinci Maddede öngörülen tazminat hakkından yararlanmamak şartı ile serbest olarak çalışabilirler. Bunlara iş güçlüğü, iş riski ve teminindeki güçlük zamları veya bu mahiyetteki zamlar ödenmez.”

Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun’un 1.maddesinde; “Bu Kanunun 6 ncı Maddesi ile yürürlükten kaldırılan 2162 sayılı Kanun kapsamına giren personele 01.01..1981 tarihinden itibaren 657,926 ve 1765 sayılı kanunlara göre hak edilen aylık, yakacak yardımı, iş riski, iş güçlüğü, teminindeki güçlük zammı ve mahrumiyet yeri ödeneği ödenir. Şu kadar ki, bu personelin Aralık 1980 tarihinde almakta oldukları aylık ve diğer ödemeler ile 2162 sayılı Kanun gereğince (Nöbet ve acil vaka tazminatları hariç) aldıkları tazminatların net toplamı, yukarıdaki fıkra gereğince ele geçecek miktardan fazla olduğu takdirde aradaki fark kendilerine tazminat olarak ödenir. İhtiyaca binaen yeniden göreve dönmeleri halinde, yukarıdaki hükümlerden doğan hakları saklı kalır. Bu Kanun kapsamındaki personelin, iş riski, iş güçlüğü, teminindeki güçlük zamları yeniden Bakanlar Kurulunca düzenlenir.” denilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 65 inci maddesine göre;” Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.”

Bu maddeleri birlikte değerlendirdiğimizde; 657 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan doktorların meslek ve sanatlarını serbest olarak yapmaları mümkündür. Ancak,

¹⁵³ Danıştay 13.Dairesi, T.30.12.2013, E.2013/2164, K.2013/4048, <http://www.yahyaderyal.net/index.php?link=109>, (e.t.:01.05.2019).

doktorların herhangi bir kurum veya şahsın emri altında bağıllık ilişkisi içinde hizmet akdi ile çalışmaları mümkün değildir. Doktorlar için şunu da belirtmek gerekir ki işyeri hekimliği serbest çalışma niteliğinde olmadığından 657 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan doktorların işyeri hekimi olmaları mümkün değildir (İşyeri hekimliği ile ilgili olarak, Devlet Personel Başkanlığı'nın en son verdiği mütalaasında; tabiplerin işyeri hekimi olamayacakları belirtilmiştir.).¹⁵⁴

C.VETERİNERLERE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

657 sayılı Kanun'a göre özel kanun niteliğinde olan 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimliği Birliği ile Odaların Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un hiçbir maddesinde, memur statüsünde olan veteriner hekimlerin mesleklerini serbest olarak yerine getirebilecekleri konusunda hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle memur statüsünde olan veteriner hekimler, serbest muayenehane açamazlar ve başkasının muayenehanesinde çalışamazlar.¹⁵⁵

D.KİMYAGER ve KİMYA MÜHENDİSLERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

6269 sayılı Kimyagerlik ve Kimya Mühendisliği Hakkında Kanun'un 5.maddesine göre; kimyager, kimya mühendisi ve kimya yüksek mühendislerinden Devlet ve müesseselerinde, yarı resmi teşekküllerde vazife almış olanlar mesai saatleri dışında mesleki sahada serbest olarak çalışabilirler. Devlet Personel Başkanlığı bu madde kapsamında; kimyager, kimya mühendisi, kimya yüksek mühendisinin mesai saatleri dışında bir işverene tabi olmaksızın kendi nam ve hesabına veya bir işverene tabi olarak istisna ya da vekalet sözleşmesine dayanarak çalışmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.

E.MEMUR STATÜSÜNDEKİ ÖĞRETMENLERİN ÖZEL KURSLARDA ÇALIŞMASINA İLİŞKİN SINIRLAMA

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.8/4'e göre; "İhtiyaç halinde, resmî okullarda görevli öğretmenlere asıl görevlerini aksatmamak ve aylık karşılığı okutmakla yükümlü bulunduğu haftalık ders saati sayısını doldurmaları kaydı ve çalıştıkları kurumların izni ile sadece okullarda, aylık karşılığı okutmakla yükümlü bulunduğu haftalık ders saati sayısının yarısı kadar ücretli ders verilebilir." Dolayısıyla

¹⁵⁴ <https://www.memurlar.net/haber/9/devlet-memurlarinin-ticaret-yapmalari-ve-kazanc-elde-etmeleri.html>, 15.04.2003, (e.t.:25.02.2020).

¹⁵⁵ <https://www.memurlar.net/haber/9/devlet-memurlarinin-ticaret-yapmalari-ve-kazanc-elde-etmeleri.html>, 15.04.2003, (e.t.:25.02.2020).

vakfa ait olmayan devlet okullarında çalışan öğretmenlere, aylık karşılığı okutmakla yükümlü olduğu haftalık ders saati sayısının yarısı kadar diğer okullarda ve özel kurslarda özel ders vermesine izin verilebilir.

Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.8/5'e göre; "Uzman öğretici, usta öğretici ve öğretmenlik yapma nitelik ve şartlarını taşıyan diğer Devlet memurlarına, ilgili birimlerin izniyle haftada on saati geçmemek üzere ücretli ders görevi verilebilir."

F.MÜHENDİS ve MİMARLARIN ÖZEL OLARAK ÇALIŞMASINA İLİŞKİN SINIRLAMA

2458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanun'un 9.maddesine göre; "Devlet daire ve müesseselerinde belediye hizmetlerinde bulunan Yüksek mühendis, Yüksek mimar, mühendis, mimar ve fen memurları çalışma saatleri dışında bile olsa ücretli veya ücretsiz hususi surette sanatlarını icra edemezler. Ancak serbest meslek erbabı bulunmayan ve mahallin belediye veya Nafia idarelerinin müracaatı ve en büyük mülki amirinin muvafakati ile zaruret bulunduğu tahakkuk eden yerlerde tasdik ve murakabesi kendilerine veya mensup oldukları mahalli idarelere ait olmayan memleketin umran ile alakalı hususi mesleki işleri devamlı olmamak ve hariçte bir yazıhane açmamak ve asıl vazifelerinin çalışma saatleri dışında yapmak şartı ile birinci fıkrada yazılı memurlar iş kabul edebilirler." Aynı maddenin ikinci fıkrasında;" Profesörlük, öğretmenlik ve doçentlik birinci fıkrada yazılı memnuiyet hükmünden müstesnadır." denilmiştir.

Dolayısıyla mülki idari amirin onayıyla zorunlu görülen hallerde mühendis, yüksek mühendis, mimar, yüksek mimar, fen memurları esas görevlerinin çalışma saatleri dışında yapmak ve özel yazıhane açmamak şartıyla devamlı olmayacak şekilde iş kabul etmeleri mümkündür.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, ulusal dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı ve Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş; sosyal devlet niteliği, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 2.maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere; sosyal devlet, çalışan ancak çalışması karşılığı elde ettiği karşılık ile mutlu olabilmek için düşlediği maddi ve manevi

değerlere ulaşamayan kişilere yardımcı olmayı ilke edinen devlettir. Sosyal devlet; sosyal barışı ve adaleti gerçekleştirmek amacıyla, devletin sosyal ve ekonomik hayata müdahale etmesinin gerektiği devlettir. Sosyal devlet; herkesin insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi içinde yaşamasını sağlamaya çalışan, işsizliği önemeye çalışan, çalışma hayatında çalışanları koruyan, toplumsal dengeyi sağlamaya çalışan, milli gelirin bireyler arasında adaletli şekilde dağılmasını sağlamaya çalışan devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek için herkesi; bu kapsamda özellikle çalışan işçileri, emeklileri, küçükleri, kadınları durumlarına uygun düzenlemelerle sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşamalarını sağlamaya çalışacaktır. Sözü edilen amacın gerçekleştirilebilmesi için devletin sosyal ve ekonomik hayata belli ölçüde müdahale etmesi gerekecektir. Bu kapsamda sosyal devlet ilkesinin gereği olarak ülkemizde bireylere çalışma hakkı tanınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nda, sosyal ve ekonomik haklar arasında bireylere çalışma hakkı tanınmıştır.

Bireysel çalışma ilişkilerini düzenleyen kuralların başında, “çalışma hakkı ve ödevi” gelmektedir. Çalışma hakkı, temel bir insan hakkıdır. Özellikle kendi emeğiyle çalışarak geçinen kişileri ilgilendirir. Çalışma hakkı, sadece bir işe sahip olmakla sınırlı değildir. Bu hak, çalışma ile ilgili diğer bütün hakların temelini oluşturmaktadır. Çünkü bu hak gerçekleşmeden adil ücret talep etme hakkı, dinlenme hakkı, ücretli tatil hakkı, sosyal güvenlik hakkı, iş güvencesi, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi yapma haklarından yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.49'a göre; çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Çalışma hakkının muhatabı devlet, çalışma ödevinin muhatabı da bireydir. Devlet, her şeyden önce çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri almalıdır. Devlet, çalışma yaşamına ilişkin gerekli düzenlemeleri yaparak bireylere fırsat eşitliği sunmak, ayrımcılığı önlemek, çalışma yaşamına girme konusunda kısıtlamaları en aza indirmek, çalışanların haksız yere işten çıkarılmalarını önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır. Birey de çalışmayı içinde bulunduğu topluma karşı ahlaki bir ödev olarak kabul etmeli, çalışmasıyla kendisine ve içinde bulunduğu topluma karşı fayda sağlamalıdır. Ancak tabii ki birey, güvenli çalışma ortamı ve sağlıklı çalışma koşulları olan, yeteneğine uygun olan bir işte çalışma hakkını kullanacaktır. Birey bu haktan yeteneğine uygun iş ve güvenli çalışma ortamı varsa yararlanabilecektir. Bu sebeplerle ve zorla çalıştırma yasağı gereğince kimse bir işte çalışmaya zorlanamayacaktır. T.C. Anayasası m.18'e göre; hiç kimse zorla çalıştırılmaz, angarya yasaktır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 07.11.1989 tarihli,

1989/6 esas ve 1989/42 karar numaralı kararında da belirtildiği üzere; devletin bu sorumluluğu herkesi işe yerleştirme zorunluluğunu kapsamamakta ve iş bulamayan bireylerin de bu hakkı devlete yönelik ileri sürebilecek bir hak olarak öngörülmemektedir. T.C. Anayasası m.49/2'ye göre; devlet çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır. Yani devletin herkese iş bulmak gibi bir sorumluluğu veya zorunluluğu yoktur. Devlet, bireylerin çalışma hayatına girmesini kolaylaştırmalı ve gerekli hakları ya da imkanları tanıyarak çalışma hayatında düzeni sağlamalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bireylerin çalışma hayatına girmesini kolaylaştırmak ve çalışanları korumak için Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu gibi bazı kurumlarıyla faaliyetlerde bulunmaktadır.¹⁵⁶

Çalışma hakkı; isteğe bağlı olarak ve ayırım yapmaksızın herkese sunulan, asgari şartları devlet tarafından belirlenen, insanlık onuruna uygun gelir sağlamaya dayanan faaliyette bulunma hakkıdır.

Çalışma, bizzat çalışan şahsın kişiliğini ilgilendirdiğinden dolayı kural olarak temsil yoluyla kullanılamaz. Bu sebeple çalışma hakkını kullanarak işe başlayan bir birey, kural olarak işi bizzat kendisi yerine getirmekle yükümlüdür. Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 395'inci maddesine göre; sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi üstendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür. İşveren, çalışacak olan işçiyi işe alırken yetenekleri, tecrübesi, sahip olduğu donanımı göz önünde bulundurarak işe almıştır. Bu sebeplerle işçi, yüklendiği işi bizzat kendisi yerine getirmelidir. İşçinin ölümü halinde kanuni mirasçıları onun yerine geçerek söz konusu işi yapamazlar. Alacak-borç ilişkilerinde borçlunun borcunu bizzat yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat çalışma faaliyetinin söz konusu olduğu durumlarda işçi işi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür.

Çalışma hakkı kural olarak yaş, cinsiyet, vatandaşlık, din ayrımı gözetmeksizin herkese tanınmış bir haktır. Anayasa'nın 49.maddesinde bu durum açıkça belirtilmiştir. 1982 Anayasası m.49/1'e göre;" Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." Ancak çalışma hayatını geliştirmek ve çalışanların hayat seviyesini yükseltmek için Anayasa'nın 50.maddesinde; kimsenin yaşına, cinsiyetine, gücüne uymayan işlerde

¹⁵⁶ Demir, Anayasa Hukuku, s.459.

çalıştırılmayacağı belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 50'inci maddesinin 2.fıkrasında; küçükler, kadınlar, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı belirtilmiştir. Bu sebeplerle çalışma hakkı kural olarak herkese tanınmış bir hak olsa da çalışanların hayat seviyesinin yükseltmek ve çalışma hayatının korunması için küçüklerin, kadınların, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışmaları bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Ayrıca iç mevzuatımızda, yabancıların da çalışma hakkına yönelik bazı sınırlamalar ve yasaklar getirilmiştir.

Türkiye'nin taraf olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6'ncı maddesine göre; "1. Bu Sözleşme'ye taraf devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar. 2. Bu Sözleşme 'ye taraf bir devletin, bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için alacağı tedbirler, teknik ve mesleki rehberlik ile eğitim programlarını, bireyin temel ekonomik ve siyasal özgürlüklerini koruyan şartlar altında, düzenli şekilde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi ile tam ve üretken istihdamını sağlamaya yönelik politika ve teknikleri içermelidir."

4857 sayılı İş Kanunu m.18/1'e göre; "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz. İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin 1.fıkrasındaki hükümde yer alan "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde" kısmının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne iptal isteminde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 19.10.2005 tarih, 66/72 esas numaralı kararında; iş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esas olduğu , işçi ve işveren arasında denge gözetildiği, oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olacağı, işçi ve işveren arasındaki dengenin bozulacağı, 158 sayılı sözleşmede de esaslı sorunlar bulunan durumlardan iş güvencesinin tamamı veya bir kısmına ilişkin hükümlerin kapsam dışında tutulabileceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu sebeplerle iptal başvurusunu reddetmiştir.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, Çalışma Hakkı, s.5-6.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yukarıda belirttiğim gerekçeleri kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü çalışma hakkı sosyal devlet ilkesi gereği benimsenmiştir. Sosyal devlet ise; güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olan, herkese insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlayan, çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan devlettir. Ayrıca sosyal devlet, çalışma koşulları bakımından çalışan işçileri koruyucu düzenlemelerle işçi ile işveren arasındaki dengeyi sağlamaya ve çalışma hayatında barışı sağlamaya çalışacaktır. Çalışma hakkının korunması için bireylere iş güvencesi hakkı tanınmıştır. Çalışma hakkı ve işçinin korunması ilkesi gereğince, işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın her işçiye iş güvencesinin sağlanması gerekmektedir. Bu sebeple, kanaatimizce İş Kanunu m.18/1'deki "otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyeri" şartı Anayasa'ya ve işçinin korunması ilkesine aykırıdır. Bu sebeplerle maddenin bu kısmı yürürlükten kaldırılmalıdır.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 173.maddesine göre; 12 yaşından küçük olan çocukların fabrika, imalathane ve her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak çalıştırılması yasaktır. Ancak bu hükme göre; 12 ile 16 yaş arasında bulunan çocukların günde sekiz saatten fazla olmayacak şekilde çalıştırılmaları mümkündür.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 173.maddesinde düzenlenen asgari çalışma yaşına ilişkin hüküm hukuka ve 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'ne(ILO) aykırıdır. Çünkü bütün sektörlerle ilişkin olarak asgari çalışma yaşını belirleyen ve tarafı olduğumuz uluslararası 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/3'e göre; devletlerin belirleyeceği asgari çalışma yaşı zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında, her koşulda 15 yaşın altında olmayacaktır. Ülkemizde İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 3.maddesine göre; mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş aralığındaki çocukları (ilkokul ve ortaokul) kapsamaktadır. Ayrıca 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/4'e göre; ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan her üye devlet, 3'üncü fıkrayı dikkate almaksızın varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari çalışma ve istihdam yaşını 14 yaş olacak şekilde belirleyebilecektir. Halbuki Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda asgari çalışma yaşı 12 yaş olarak belirlenerek, tarafı olduğumuz uluslararası 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2/4'de belirtilen 14 yaş sınırına (asgari çalışma-istihdam yaşı) aykırı şekilde düzenlenmiştir.

İş Kanunu m.71/1'e göre; On beş yaşını henüz doldurmamış olan çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim eğitimini tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin eğitimlerine devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış olan çocukların ise; izin alarak kişisel gelişimlerine ve eğitimlerine engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde sözleşme yaparak ve her faaliyet için yetkili merciden izin alarak çalışabilecekleri kabul edilmiştir.

İş Kanunu'ndaki bu düzenleme tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere uygundur. Tarafı olduğumuz 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi m.2'ye göre; bu sözleşmeye taraf olan bir devlet, asgari çalışma yaşını zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında, her koşulda 15 yaşın altında olacak şekilde belirleyemeyecektir. Ancak Sözleşme'nin 7'inci maddesi uyarınca; taraf devletler istisnai olarak 13-15 yaş arasındaki kişilerin sağlıklarına ve kişisel gelişimlerine engel olmayacak ve okula devamlarına ya da mesleki eğitim programlarına devamlarına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılmalarına izin verebilecektir. İş Kanunu m.71/1'in son cümlesinde belirtilen düzenleme de sözleşmeye uygundur. Çünkü 138 sayılı Sözleşme m.8/1'e göre; yetkili makamlar 2'inci maddede öngörülen asgari çalışma yaşı hükümlerine, sanatsal faaliyetlere katılma gibi amaçlar için özel çalışma izni vermek suretiyle istisnalar tanınabilecektir.

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 59.maddesine göre; "İlköğretim çağında olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenler, hiçbir resmi ve özel iş yerinde veya her ne surette olursa olsun çalışmayı gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılmazlar. İlköğretim kurumlarına devam ettiklerini belgeleyenler ise, çocukların çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümleri uygulanmak şartıyla ancak ders zamanları dışında bu gibi yerlerde çalıştırılabilirler." Ülkemizde İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 3.maddesine göre; mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları (ilkokul ve ortaokul) kapsar. Yine aynı Kanun'un 7'inci maddesine göre, ilköğretim; dört yıl süren zorunlu ilkokul ve dört yıl süren zorunlu ortaokuldan oluşmaktadır.

İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.59'a göre; 6-14 yaş arasındaki ilköğretim eğitimine devam eden çocukların ders zamanı dışındaki vakitlerde çalışabilmeleri mümkündür. Halbuki tarafı olduğumuz 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi'ne göre,

15 yaşın altında olan çocukların çalıştırılabileceğine ilişkin, eğitim ve ekonomik olanakları yeterince gelişmemiş olan devletler ise 14 yaşın altında olan çocukların çalıştırılabileceğine ilişkin olarak iç hukukta düzenleme yapılamaz. Bu yüzden, bu hüküm tarafı olduğumuz uluslararası 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi hükümlerine aykırıdır.

İş Kanunu'na tabi olmayan işlerde gece alıştırma yasağına ilişkin hüküm Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174'üncü maddesinde yer almaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174'üncü maddesine göre; On iki yaş ile on altı yaş arasında bulunan çocukların gece saat 20:00'den sonra çalışmaları yasaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre; İş Kanunu'na tabi olan sanayiye ait işlerde on sekiz (18) yaşını doldurmamiş çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır.

4857 sayılı İş Kanunu 16-18 yaş arasındaki küçükleri gece alıştırma yasağı kapsamına almış fakat Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 16-18 yaş arasındaki kişileri gece alıştırma yasağı kapsamına almamiştir. Ayrıca gece alıştırma yasağının başlangıç saati bakımından İş Kanunu zel bir saat belirtmemiş fakat Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yasağın başlangıç saatini 20:00 olarak belirtmiştir. İş Kanunu gece alıştırma yasağının kapsamını, sanayiye ait işler ile sınırlı tutmuştur. İş Kanunu'nun 69'uncu maddesine göre çalışma yaşamında gece; "en geç saat 20:00'de başlayarak en erken saat 06:00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir." Anayasa m.50 gereğince çocuklar yaşlarına uygun çalışma koşullarına sahip olmalıdırlar ve kötü Şartlarda çalışmaya karşı korunmalıdırlar. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174'üncü maddesinde düzenlenen gece alıştırma yasağının kapsamına 16-18 yaşındaki küçüklerin de dahil edilmesinin, onların korunmaları ve kişisel gelişimleri bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Okul zaman dışında çalışabilmeleri için saat 20:00 veya 21:00'den sonra gece alıştırma yasağının başlatılması gerektiği kanaatindeyim. Ayrıca İş Kanunu'nun 73'üncü maddesinde düzenlenen; çocuk ve genç işçiler için getirilen gece alıştırma yasağının, sadece sanayiye ait işler için değil tüm işler bakımından getirilmesinin, onların korunması ve kişisel gelişimleri bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Tüm bunları dikkate alarak İş Kanunu'na tabi olan ve olmayan bütün işlerde aynı Şekilde gece alıştırma yasağı düzenlemesi yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yukarıda belirttiğim İş Kanunu'nun 73'üncü maddesindeki düzenleme 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 69.maddesini karşılamakla birlikte, hükümet gerekçesinde de belirtildiği gibi; önceki kanun zamanındaki düzenlemede yer alan “her yaştaki” kadın ifadesi kadın-erkek eşitliği hukuk ilkesi gereğince kaldırılmış, gece çalıştırma yasağı çocuk ve genç işçiler ile sınırlandırılmıştır. Aslında pozitif ayrımcılık ilkesi gereği zaten içinde buldukları durum sebebiyle kadın ve çocuklara yönelik özel düzenlemeler yapılıyor. Örneğin yer ve su altında çalıştırma yasağının kapsamına “her yaştaki kadınlar” alınmıştır. Bu sebeple gece çalıştırma yasağının kapsamına eski kanundaki gibi “her yaştaki kadınlar” da alınabilirdi. Fakat kendi kanaatimce çalışma haklarını kullanmalarını sağlamak bakımından gece çalıştırma yasağının kapsamından kadınların çıkarılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Kadınlar da eğer istiyorlarsa gece çalışabilmelidirler. Zaten kadınların korunması için gece çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyen Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Bu sayede gece potalarında çalışan kadınların çalışma koşulları iyileştirilmiş ve gerekli tedbirler alınmıştır.¹⁵⁸

Yukarıda belirttiğim üzere 4857 sayılı İş Kanunu m.74, önceki mülga olan 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak hamile kadınların çalışması hususunda; çoğul gebelik halinde izin süresinin artırılması, hamilelik süresinde periyodik kontroller için ücretli izin verileceği, doktor onayıyla doğumdan önceki 3 aylık süreye kadar çalışabileceği, bu süreçte doktor raporuyla daha hafif olan işte çalıştırılabileceği, hafif işlerde çalıştırılması durumunda ücretinde indirim yapılmayacağı yeniliklerini getirdi. Bu yenilikler kadınının çalışma hakkının korunmasını ve daha çok çalışma hayatında dahil olmasını sağladı. Bu yenilikler kadınların çalışma hakkını sağlamak, çalışma hayatına dahil olmasını sağlamak için faydalı oldu. Bu şekilde çalışmak isteyen hamile kadının çalışma imkânı genişletilmiş oldu.¹⁵⁹

Ülkemizde çalışma hakkı, Anayasa m.49/1'de “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” şeklinde belirtilmek suretiyle kural olarak herkese tanınmıştır. Ancak iç hukukta, yabancıların birçok işte çalışmasını sınırlandıran ve engelleyen düzenlemeler vardır. Bu konuda 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nda, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda ve diğer özel kanunlarda düzenlenmiş olan bir takım sınırlamalar bulunmaktadır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma

¹⁵⁸ Kılıçoğlu Mustafa, İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması & İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 1.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018,s 544.

¹⁵⁹ Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları, s 545.

Kanunu m.3/1-(ü)'ye göre yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade eder. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.3/1-(ı)'ya göre yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı olmayan kişiyi ifade eder.

Eskiden yabancıların Türkiye'de çalışma hakkından yararlanabilmeleri için öncelikle Türkiye'ye usulüne uygun olarak giriş yaptıktan sonra öğrenim amacı haricindeki bir sebebe dayanarak ikamet izni almaları gerekiyordu. 28/07/2016 tarihinde kabul edilen Uluslararası İşgücü Kanunu m.12/1'e göre; bu Kanuna göre verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca ikamet izni yerine geçeceği kabul edilmiştir.

Çalışma izni olmadan ülkemize gelip ikamet edecek olan yabancıların, ikamet izni alması zorunludur. Kural olarak çalışma izni almadan yurt dışından Türkiye'ye gelen bir yabancıların, YUKK m.19 gereğince; "vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak" olması halinde ikamet izni alması zorunludur. Ancak YUKK m.20/1-g bendi gereğince; "76'ncı ve 83'üncü maddelerin birinci fıkraları kapsamında belge sahibi olanlar" ikamet izninden muaf tutulmuşlardır. Buna göre; Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi olan kişiler, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilen yabancılar ikamet izninden muaf tutulmuşlardır. Bu kişilerin ikamet izni almaları gerekmemektedir.

Yabancıların Türkiye'de çalışabilmeleri için çalışmaya başlamadan önce vatandaşı olduğu ya da yasal olarak buldukları ülkedeki Türk başkonsolosluğundan veya büyükelçiliğinden çalışma izni almaları gerekmektedir. UİK m.7/1'e göre; Türkiye'de geçerli ikamet izni olan yabancılar veya bunların işverenleri çalışma izni başvurularını doğrudan Bakanlığa yurt içinden de yapabileceklerdir. Çalışma izni yurt içinden alınacaksa Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'ndan alınacaktır. Ayrıca çalışacakları işin mevzuat gereği Türk vatandaşlarına hasredilmiş işlerden olmaması gerekmektedir. Çalışma izni; süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni, çalışma izni verilecek istisnai olarak sayılan kişiler olarak dörde ayrılır.

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.10/1 ve m.10/2'de süreli çalışma izni düzenlenmiştir. Buna göre; "Başvurunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, gerçek veya

tüzel kişiye ya da kamu kurum veya kuruluşuna ait belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir.” UİK m.10/2’ye göre; “Bu Kanunun 7’nci maddesine göre yapılacak uzatma başvurusunun olumlu değerlendirilmesi hâlinde yabancıya aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir. Ancak, farklı bir işveren yanında çalışmak üzere yapılan başvurular bu maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilir.”

Uluslararası İşgücü Kanunu’nda, mülga olan YÇİHK’den farklı şekilde düzenleme yapılarak çalışma izni ilk etapta en fazla 1 yıl olacak şekilde verilmekte, sonrasında uzatma başvurusunda bulununca en fazla 2 yıl daha izin verilmekte, sonraki uzatma başvurusunda en fazla 3 yıl daha çalışma izni verilebilmektedir. Ayrıca aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak şartıyla bu çalışma izni verilebilmektedir. Yani, yeni düzenlemede ilk etapta mutlaka 1 yıl ve sonrasında mutlaka 2 yıl ve 3 yıl süre verilmesine gerek yoktur. Bu belirtilen süreler verilebilecek maksimum sürelerdir. Çalışma izni düzenleyen idare, 1 yıldan az süreli çalışma izni verebilir. Ayrıca hükümdede yer alan “sonraki uzatma başvuruları” ifadesinden anlaşılacağı üzere, devamındaki başvurularda en fazla 3’er yıl olacak şekilde tekrar tekrar çalışma izni verilmesine devam edilebilecektir.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.10/3’e göre süresiz çalışma izni iki gruba verilmektedir. Bunlar şunlardır; uzun dönem ikamet iznine sahip olan yabancılar, en az sekiz (8) yıl kanuni ve kesintisiz çalışması olan yabancılar. UİK, eski kanundaki; eğitimi veya bilim ve teknolojiye katkısı önemli olanlar ya da Türkiye ekonomisine ve istihdama katkısı önemli olan yabancılara süresiz çalışma izni verilmesi hükmünü kaldırmıştır. Ancak buna benzer bir ibareyi UİK’nun 16’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen çalışma izni verilecek istisnai kişiler arasına almıştır. Uluslararası İşgücü Kanunu m.16/1-a ve b bendine göre;” Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen” yabancılara ve “Bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen” yabancılara normal çalışma izni prosedürü uygulanmaksızın çalışmalarına izin verilebilecektir.

Süresiz çalışma izni verilen yabancılar, mülga olan 4817 sayılı YÇİHK dönemindeki uygulamadan farklı olarak, 6735 sayılı UİK m.10/4 gereğince uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanabilmektedirler. Bu sebeple süresiz çalışma izni verilen yabancılar; seçme ve seçilme hakkı, kamu görevine girme, askerlik yapma zorunluluğu, muaf olarak araç ithal etme ve özel kanunlardaki düzenlemeler hariç olmak üzere (sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak şartıyla) Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanma imkanına sahiptirler. Bu yeni düzenlemeyle süresiz çalışma izni alan yabancıların çalışma hayatına daha çok girmesi sağlanmış ve faydalı olmuştur.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.10/6'ya göre; "Profesyonel meslek mensubu yabancılar, diğer kanunlarda belirtilen özel şartların sağlanması kaydıyla bağımsız çalışma izni verilebilir." Bağımsız çalışma izni yabancıya, Türkiye'de kendi adına ve hesabına çalışma imkânı veren izin türüdür. UİK'nda profesyonel meslek mensubundan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Profesyonel meslek mensubu; mesleğini en iyi şekilde icra eden kimse, işinde uzman olan kişi anlamında kullanılmaktadır. Aslında Uluslararası İşgücü Kanunu'nda profesyonel meslek mensubu tanımlansaydı daha doğru olurdu. Tam net bir şekilde sınırı çizilseydi daha doğru olurdu. Bunun yerine bağımsız çalışma izni verilecek birkaç kişi sayılmış ve bağımsız çalışma iznine başvuran kişinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak hususlar belirtilmiştir. UİK m.10/7'ye göre; bağımsız çalışma izninin uluslararası işgücü politikası doğrultusunda değerlendirilirken, yabancı; eğitimi, mesleki deneyimi, bilime olan etkisi, ülkedeki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine katkısı, yabancı şirket ortağı olması durumunda sermaye payı ile Bakanlık tarafından belirlenecek diğer hususlar göz önüne alınmaktadır. Bağımsız çalışma izninin, 10.maddede yer alan sürelerle tabi olmaksızın fakat yine süreye bağlı olarak verileceği belirtilmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.10/5'de bağımsız çalışma izni almak için başvurabilecek birkaç kişiden bahsedilmiştir. Bu maddeye göre 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş olan; limited şirketlerin şirket ortağı olan müdürü, anonim şirketlerin şirket ortağı olan yönetim kurulu üyesi, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortağı olan ve yönetici olan yabancılar bağımsız çalışma izni almak için başvuruda bulunabilirler.

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir, aynı konuda düzenleme yapan Uluslararası İşgücü Kanunu 13/08/2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6735 sayılı UİK m.27/7 gereğince; 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga olan YÇİHK, bağımsız çalışma izninin 5 yıl kanuni ve kesintisiz ikamet edenlere de verilebileceğini düzenliyordu. UİK bu hükmü kaldırmış, sadece profesyonel meslek mensubu yabancılara bağımsız çalışma izni verilebileceğini düzenlemiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.12/1'e göre; bu Kanuna göre verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, 6458 sayılı YUKK'nun 27'nci maddesi uyarınca ikamet izni yerine geçmektedir. Ayrıca, 6458 sayılı Kanun'da tanımlanan mülteci ve ikincil koruma statüsü dışında yabancıların herhangi bir nedenle ikamet izni olması yabancıya çalışma hakkı vermemektedir.

UİK m.12/2'ye göre; yurt dışından yapılan başvuruya binaen çalışma izni alan yabancı, çalışma izninin geçerliliğinin başladığı tarihten itibaren altı ay içerisinde Türkiye'ye gelmek zorundadır. Bu şekilde 6 ay içerisinde Türkiye'ye gelmemiş olan yabancıların çalışma izni iptal edilmektedir.

Türk Hukuku'nda çalışma hakkı açısından yabancılar içerisinde farklı bir durum Türk soylu yabancılar için söz konusudur. Türk soylu yabancılar, ülkemizde diğer yabancılara göre daha fazla çalışma imkanına sahiptirler. Yabancılar için öngörülen çalışma hakkına ilişkin kısıtlamaların çoğu, Türk soylu yabancılar için kabul edilmemiştir. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun'un 1'inci maddesine göre; bu kanunun amacı "Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlamaktır." Ancak 2527 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde; Türk soylu yabancıların da, özel kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen meslek ve işte çalışabilmeleri için gerekli olan nitelikleri taşımaları ayrıca İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'ndan çalışma izni almaları gerektiği belirtilmiştir. Yine 2527 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine göre; "Bu

Kanunun 3'üncü maddesine göre çalışmalarına izin verilmiş olanlar, özel kanunlar uyarınca Türk vatandaşları gibi söz konusu meslek kuruluşlarına kayıtlarını yaptırmak zorundadırlar. Bu kişiler girdikleri meslek kuruluşlarının; genel kurullarına katılma, seçme ve seçilme haricindeki diğer bütün haklardan yararlanabilirler.

Türk vatandaşlarına hasredilen birçok meslek ve işi, Türk soylu yabancıların icra etmesi mümkün olsa da Türk soylu yabancıların ülkemizde çalışabilmeleri için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'ndan çalışma izni almaları gerekmektedir. Ancak Türk Vatandaşlığı Kanunu, 2527 sayılı Kanun ve yabancıların çalışmasına ilişkin esasları düzenleyen diğer kanunlarda kimlerin Türk soylu sayılacağı belirtilmemiştir. İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan gizli yönerge ile bu kapsam belirlenmektedir. Uluslararası İşgücü Kanunu m.16/1-ç bendine göre; "İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen" yabancılar istisnai olarak çalışma izni verilecekler arasındadır. Yani kendilerine UİK m.7,m.9 ve m.10'da belirtilen normal çalışma izni prosedürü uygulanmayacaktır. Ayrıca Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Uygulama Yönetmeliği m.13/5-b'de; Türk soylu yabancılarla normal değerlendirme kriterleri uygulanmaksızın çalışma izni verileceği belirtilmiştir.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m.28/1'e göre; "Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır." Aynı maddenin 2.fikrasında; "Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muaf araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler." denilmiştir. Aynı maddenin 3.fikrasında; bu madde kapsamında bulunan kişilerin, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku kurallarına tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde çalışamayacakları; ancak kamu kurumlarında ve kuruluşlarında işçi veya sözleşmeli personel olarak çalışabilecekleri belirtilmiştir. Bu madde kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde bu maddedeki haklardan yararlanabileceklerini gösteren mavi kart düzenlenmektedir. Ancak Türk soylu yabancıların da ülkemizde çalışmalarını için ilgili Bakanlık' dan çalışma izni almaları gerekmektedir.

Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu veya Özel Kurum, Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine Dair Kanun Uygulanması Hakkında Yönetmelik’in 3.maddesine göre; kanunlarda Türk vatandaşlarının yapabileceği belirtilen veya Türk vatandaşı olma şartı aranan mesleklerde ve işlerde Türk soylu yabancıların çalışmalarına veya çalıştırılabilmelerine izin verilebilmesi için: İçişleri Bakanlığınca kendilerine ikamet izni verilmiş olmak; belirli meslek ve sanatlar için, özel kanunlarda aranan nitelikleri taşıdığını yetkili Türk makamlarından alacağı belgelerle kanıtlamış olmak; eğitim durumunu gösteren yabancı okul veya fakültelerden verilmiş diplomalarının denkliğini Milli Eğitim Bakanlığına onaylatmış bulunmak; ilgili mesleği yapmasında güvenlik açısından herhangi bir sakınca bulunmamak ve durumu Bakanlar Kurulunca tespit edilmiş esaslara uygun olmak; yabancılar için açılacak özel kütüklerde nüfus kayıtlarını tesis ettirdiğini belgelendirmek; mesleki kuruluşlara kayıtlı olmanın zorunlu bulunması halinde üyeliğini belgelendirmek; yabancı ülkelerden alınmış kalfalık, ustalık veya dengi belgelerin Çıraklık Kurulu’nun görüşü alınarak denkliğine Milli Eğitim Bakanlığınca karar verilmiş olmak gerekmektedir.

Yine ilgili Yönetmelik’in 10’uncu maddesine göre; kendilerine serbestçe çalışma veya kamu veya özel kurum veya işyerlerinde çalıştırılabilme izni verilen Türk soylu yabancılar; personel, sosyal güvenlik, çalışma, çalıştırma, izin, vergi, ücret, sosyal haklar, sağlık kuruluşlarında tedavi ve iş yeri statülerine ilişkin diğer konularda, aynı işlerde çalışan Türk vatandaşlarına uygulanan mevzuat hükümlerine tabidirler. Türk vatandaşı olmamaları nedeniyle bu belirtmiş olduğum konularda farklı bir muameleye tabi tutulmayacaklardır, bu bakımdan kendilerine çalışmaya ilişkin olarak birçok hak ve imkân sağlanmıştır.

Doktrinde bir ferdin yaşadığı ülkeyi terk ederek başka bir ülkeye yerleşmek veya çalışmak amacıyla gitmesi hareketine göç, giden kimseye ise göçmen denilmektedir. Göçmen göç etme kararını, zorlayıcı bir dış faktör olmaksızın serbest iradesiyle vermektedir. Mültecileri diğer göçmen kategorilerinden ayırmak gerekmektedir; mülteciler, kendi iradeleriyle ülkelerinden ayrılma tercihinde bulunmayan kişilerdir. Mülteci birtakım nedenlerle, kendi ülkesinden zulme uğrayacağından, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye uğrayacağından dolayı korktuğu için ayrılmak zorunda kalan kişilerdir. Tarafı olduğumuz uluslararası 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme m.1/2 ve 1967 tarihli

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol m.1/2'yi birlikte değerlendirdiğimizde mülteci; ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı olarak korktuğu için tabiiyetinde olduğu ülke dışında bulunuyorsa oraya dönemeyen veya mezkûr korkuya binaen tabiiyetindeki ülkeye dönmek istemeyen şahıs olarak tanımlanmaktadır. Mültecilik durumunun kaynağında sığınma eylemi yatmaktadır. Sığınma kavramının teorik temeli, bireyin vatandaşlığında bulunduğu devletin etki alanından kaçması ve başka bir devletten korunma talep etmesi üzerine kurulmuştur.

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'nin 42'nci maddesi devletlere coğrafi çekince koyma imkânı tanıdığından, Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi coğrafi kapsam açısından çekince koyarak kabul etmiştir. Bu açıdan Türkiye'nin yükümlülüğü; mülteci olarak kabul edilebilme ölçütlerini taşıyan Avrupa ülkelerinden gelen kişileri kabul etmekle sınırlıdır. Avrupa dışından gelip mülteci olma kriterlerini taşısalar dahi kendilerine mültecilik statüsü tanınmayacaktır, bu kişilere şartlı mülteci statüsü tanınacaktır. Bu sebeplerle Türkiye mültecilik statüsü tanınması bakımından Avrupa kökenli olan ve diğer şartları taşıyan kişileri mülteci olarak kabul etmektedir. Türkiye 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme 'ye koyduğu çekinceyi, 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol'e de koyarak taraf olmuştur. Ancak Türkiye'den sığınma talep edenlerin büyük çoğunluğunu Avrupa dışından gelen kişiler oluşturmaktadır. Coğrafi sınırlama sebebiyle Türkiye'nin uyguladığı kural, Avrupa dışından sığınma talebiyle gelenlere şartlı mülteci veya geçici sığınmacı statüsünün tanınması şeklindedir. Avrupa dışından gelen sığınmacılar, ulusal mevzuat çerçevesinde şartlı mülteci veya geçici korunan statüsü almak için Türkiye'ye başvurabilmektedirler.¹⁶⁰

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre Türkiye'ye sığınmak isteyenlerin durumu uluslararası koruma ve geçici koruma olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. Bu çerçevede uluslararası koruma kapsamında mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüleri tanınmış; bu üç kategoriye girmeyen fakat acil ve geçici korunma amacıyla ülkemize sığınmak isteyen yabancılar için ise geçici koruma statüsü öngörülmüştür.

¹⁶⁰ Ümit, s.5.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, mülteci statüsü tanınması bakımından coğrafi sınırlamayı devam ettirmektedir. YUKK m.61/1'e göre; Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı nedenlerle korktuğu için tabiiyetinde olduğu ülkenin dışında bulunan ve tabiiyetine bulunduğu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sebebiyle önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku sebebiyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilebilir.

YUKK m.62/1'e göre; Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı nedenlerle korktuğu için tabiiyetinde olduğu ülkenin dışında bulunan ve tabiiyetine bulunduğu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sebebiyle önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışına bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilebilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilir. Dolayısıyla Avrupa dışında meydana gelmiş olan olaylar sebebiyle ülkemize gelenlerin mülteci kabul edilmeleri, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme ve 1967 tarihli Protokol'de mültecilere tanınan haklardan yararlanmaları mümkün değildir. Bu kişilere şartlı mültecilik statüsü verilebilmektedir.

YUKK m.91/1'e göre; "Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir." Geçici korumanın temel amacı, sığınma arayan; ancak Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme'nin korumasından faydalanamayan kişilere hızlı şekilde güvenli bir ortam sağlamak ve yabancıların haklarını güvence altına almaktır. Söz konusu kişilere acil ve geçici korunma sağlanması amaçlanmaktadır.

Türkiye'ye Suriye'den gelen sığınmacılara ülkemizde "geçici koruma statüsü" verilmektedir. Zaten bu husus Geçici Koruma Yönetmeliği'nin geçici 1.maddesinde

açıkça düzenlenmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin geçici 1.maddesine göre; “ 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz.”

Ülkemize son zamanlarda Suriye Arap Cumhuriyeti'nden gelen kişilere her ne kadar geçici koruma statüsü veriliyor olsa da şartlı mültecilik başvurusunda bulunmaları durumunda bu korumanın sağlanması gerektiği kanaatindeyim. Çünkü Esed rejimine muhalif oldukları için (siyasi düşünceleri sebebiyle) zulme uğrayacaklarından dolayı haklı sebeplerle korktukları için ülkelerini terk edip sığınma amacıyla Türkiye'ye gelmektedirler. Bu durum da şartlı mülteciliğin kapsamına girmektedir. Nitelikli iş gücü olarak değerlendirilenlere şartlı mültecilik statüsü verilmelidir. Ancak bu kişilere Geçici Koruma Yönetmeliği'nin geçici 1.maddesine dayanılarak; “uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar” denildiği için direk geçici koruma sağlanmaktadır.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.16/1-f bendinde; Ülkemizde 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişiler, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan yabancılar ile mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağdurlarına normal çalışma izni prosedürü uygulanmasına istisnalar tanınabileceği, farklı uygulamalara tabi tutulabilecekleri belirtilmiştir ve kabul edilmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu m.17/1'e göre; “6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş veya şartlı mülteci yabancılar; uluslararası koruma başvurusu tarihinden, geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurabilirler.” Aynı maddenin 4'üncü fıkrasında çalışma izninin; diğer yabancılarda olduğu gibi 10'uncu maddede belirtilen sürelerle verilebileceği belirtilmiştir. Burada belirtilen mülteci, şartlı mülteci, geçici korunan yabancılar çalışma izni almaları için 6 aylık sürenin geçmesinin öngörülmesi, bu süre boyunca çalışarak geçimlerini sağlama imkanını ve çalışma hakkını kullanmalarını engellemektedir. Bu şekilde diğer

göçmen olan yabancılardan farklı muameleye tabi tutulmamalıdır. Bir bekleme süresi öngörülebilmektedir, bu süre 1 ay veya 2 ay gibi daha az olmalıdır.

Ülkemizde kendilerine geçici koruma sağlanan Suriyeliler gibi geçici koruma kimlik belgesine sahip olanlar, Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 29.maddesi gereğince Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na başvurup belli iş kolu ve coğrafi alanda çalışmak üzere çalışma izni alabilirler. Ancak geçici koruma imkânı sağlananlara verilecek çalışma izni süresi, geçici korumanın süresinden fazla olamaz. Geçici koruma sona erdiğinde, verilmiş olan çalışma izni de sona erecektir. Ayrıca geçici koruma imkanından yararlananlara verilen çalışma izni, ikamet izni yerine geçmemektedir. Burada kanaatimizce geçici koruma sağlanan yabancılar için, diğer yabancılardan farklı bir düzenleme yapılarak, verilen çalışma izninin ikamet izni yerine geçmemesi hakkaniyete uygun olmamaktadır. Burada bu kişilerin çalışma hayatına girmelerini zorlaştırmamak için; geçici koruma sağlanan kişilere verilen çalışma izninin aynı zamanda ikamet izni yerine geçmesi gerektiği kanaatindeyim.

Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik m.8/1'e göre; çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısı üzerinden sektör ve illere göre açık iş ve işe yerleştirmeler dikkate alınarak Bakanlıkça, geçici korunan yabancı istihdam etme kotası değişen oranlarda uygulanabilir. Ancak, çalışma iznine başvuru söz konusu işyerinde çalışan geçici korunan yabancı sayısı, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde onunu geçemez. Mevcut çalışan sayısının ondan az olduğu işyerlerinde, en fazla bir tane geçici korunan çalışmasına izin verilebilir.

GKSYÇİDY m.8/3'e göre; İşveren tarafından, işyerinin kayıtlı bulunduğu yerdeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünden, çalışma izni başvurusu tarihinden önceki dört haftalık süre içerisinde, söz konusu yabancı çalıştırılacağı işi yapacak aynı nitelikte Türk vatandaşı bulunmadığının belgelendirildiği başvurularda istihdam kotası uygulanmayabilecektir.

Çalışma iznine başvuru işyerinde çalışacak olan geçici koruma sağlanan yabancı sayısının, söz konusu işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının %10'undan fazla olamayacağına ilişkin hüküm yabancıların çalışma hakkını çok kısıtlamaktadır. Zaten ilgili Bakanlık tarafından ihtiyaca göre sektör ve illere ilişkin olarak değişen oranlarda kota uygulanma imkânı bulunmaktadır. Bu nedenlerle çalışma yaşamına girmeyi kolaylaştırmak ve çalışma hakkını sağlamak için; çalıştırılacak geçici koruma

kapsamındaki yabancılara ilişkin olarak belirlenebilecek kotanın daha fazla olması gerektiği kanaatindeyim. Bu kapsamda GKSİYİDY m.8'deki, işyerinde çalışacak geçici koruma kapsamındaki yabancı sayısına ilişkin kotanın, ihtiyaç olan bölgeye göre %10'dan fazla olacak şekilde belirlenebilmesinin mümkün olması gerektiği kanaatindeyim. Bu yabancılara çalışma imkânı sağlanmadığı takdirde kazancını sağlamak için dilencilik gibi farklı yöntemlere başvurma ihtimalleri bulunmaktadır.

Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi'nin 16'ncı maddesi ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 25'inci maddesi gereğince; ülkemizde işe girmesine izin verilmiş olan göçmen işçiler, çalışma hakkına ve şartlarına ilişkin birçok hak ve kuraldan (ücret, fazla mesai, çalışma saatleri, ücretli tatil, güvenlik, sağlık, iş ilişkisinin sona erdirilmesi ile bu terimin kapsamına giren tüm kurallar) vatandaş olan işçilerle aynı şekilde yararlanacaklardır. Yani Türk vatandaşlarına uygulananlardan daha olumsuzuna maruz bırakılmayacaklardır. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.9/1-ç'e göre çalışma izni başvurusu reddedilecek hallerden birisi "diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan" başvurudur. Dolayısıyla, özel kanunlarda sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiş olan mesleklere ilişkin olarak yapılan çalışma izni başvuruları reddedilecektir. Bu sebeplerle özel kanunlarda yer alan sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiş olan mesleklerle ilgili hükümler; göçmenler ve diğer koruma sağlanan mülteci, şartlı mülteci, geçici koruma statüsüne sahip olan yabancı kişiler bakımından tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere uygundur. Çünkü tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde, göçmenlerin ve diğer yabancılardan işe girmesine izin verilip verilmemesi ilgili devletin takdirine bırakılmıştır. Bu durum ilgili devletin kendini yönetmesinin, egemenlik yetkisini kullanmasının bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Ancak göçmen olan yabancılardan işe girdikten sonraki çalışma şartları ve diğer haklar bakımından yerel vatandaşlara uygulanan kurallardan daha olumsuzuna maruz bırakılmayacakları kabul edilmiştir. Özel kanunlarda belirtilen sınırlamalar sebebiyle Türk vatandaşı olmayanlar ülkemizde; dış hekimliği, hastabakıcılık, eczacılık, veteriner hekimliği, özel hastanelerde mesul (sorumlu) müdür, güvenlik görevlisi, hâkim, savcı, avukat, noter, gümrük müşaviri, gümrük müşavir yardımcısı, memur, deniz kaptanlığı ve deniz klavuzluğu v.b. gemi adamlığı işleri, turist rehberliği, madencilik faaliyeti, gözlükçülük, borsa üyesi temsilciliği, borsa üye temsilci yardımcılığı mesleklerini yapamazlar.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet/ VURAL DİNÇKOL, Bihterin/ BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku, 12.Basım, Yılmaz Basım Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ALTAN, Ömer Zühtü/ GEREK, Nüvit/AYDIN, Ufuk/ BAYBORA, Dilek/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ORAL, Abdurrahman İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3.Baskı, T.C.Anadolu Üniveristesi Yayını, Eskişehir, 2008.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

BOZKURT GÜMRÜKÇOĞLU, Yeliz, “*Mevuzatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, s.481-545, 2015.

ÇELİKEL, Aysel/ GELGEL, Günseli (Öztekin), Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 24.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

DEMİR, Fevzi, Anayasa Hukuku, 6771 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenmiş 10.Baskı, Albi Yayıncılık, İzmir, 2017, (Anayasa Hukuku).

DEMİR, Fevzi, “*Çalışma Hakkı İlkesi ve Hukuki Mahiyeti*”, Sosyal İnsan Hakları ve Ulusal Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi İİBF-ÇEEİ Bölümü, Eskişehir, s.131-154, 2014, (Çalışma Hakkı Sempozyum).

DEMİR, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 6552,6645 ve 6663 sayılı Kanun Hükümleri ile 4734 ve 4735 sayılı Kamu İhale Kanunlarına Göre Yapılan Toplu İş Sözleşmelerini Düzenleyen Yönetmelik Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 10.Baskı, Albi Yayıncılık, İzmir, 2017, (İş Hukuku).

DEMİR, Fevzi, İş Hukuku’nda Çalışma Hakkı İlkesi (Gerçekleştirilmesi ve Korunması), (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi) İzmir, 1981, (Çalışma Hakkı İlkesi).

DÖNMEZ KARA, Canan Öykü,” *Türkiye’de Yabancıların Çalışma Hakkı: Suriyelilerin İşgücü Piyasasındaki Durumu*”, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:2, s.151-174, 2016.

ERGİN, Berkiye Gizem, “*Yabancıların Türkiye’de Çalışma İzinleri Hakkında Kanuni Düzenlemeler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.135, s.119-150, 2018.

ERKEN, Baki, Türkiye’de Yabancıların Çalışması, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, (Yabancıların Çalışması).

ERKEN, Baki, “Anayasal Çerçeve de Türkiye’de Çalışma Hakkı”, Çalışma Dünyası Dergisi, C.I, S.2, s.66-84, 2013,(Anayasal Çerçeve de Çalışma Hakkı).

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 24.Baskı, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2019.

KILIÇKAYA, Zeynep, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.2, s.127-165, 2016.

KILIÇOĞLU, Mustafa, “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/yym_4/KilicogluCalismaHakki.pdf, 1-22, (Çalışma Hakkı).

KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması & İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 1.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, (İş Hukuku Esasları).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, 1.Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2012.

ORHAN, Oytun/ GÜNDOĞAR, Sabiha Şenyücel, “Suriyeli Sığınmacıların Türkiye’ye Etkileri”, Ortadoğu Stratejik Araştırmalar Merkezi, S:195, s.1-40, 2015.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19.Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZEKES, Muhammet, Temel Hukuk Bilgisi, 9.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilemiş 11.Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2015.

ŞEN, Murat, “İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı”, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.2, s.13-37, 2013.

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 17.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2018.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “*Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.46, S.1, s.67-84, 1997.

ÜÇAROL, F.Bengü, “*Anayasal Gelişimler Işığında Çalışma Hakkı*”, 13.02.2017, http://benguucarol.com/post/anayasal-gelisimler-isiginda-calisma-hakki_10, s.1-7 (e.t.:10.01.2019).

ÜMİT, Ceyda, “*Mülteci Hukukuna Genel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama*”, Adalet Dergisi, S.8, 2001.

YILMAZ, Mücahit, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2017.