

Anayasa Mahkemesi'nin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa'ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler

Tamer Bozkurt*

ÖZET

İş Kanunu'nda kamu sektörü ile özel sektörde, eski hükümlü ve engelli personel çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu Kocaeli İdare Mahkemesi tarafından iddia edilmiş ve konu Anayasa Mahkemesi'ne intikal etmiştir (AY m. 152 gereğince). Anayasa Mahkemesi, İş Kanunu'nun 30. maddesini Anayasa'ya uygun bulmuştur. Bu kararın sonucu itibarıyla doğru olduğunu düşünmekle birlikte, kararın gerekçesini doyurucu bulmadık. Zira, konunun özellikle sözleşme hürriyeti açısından incelenmemiş olması, bizce eksiklidir.

Anahtar Kelimeler: İş Kanunu, engelli ve eski hükümlü personel, sözleşme hürriyeti

The Considerations Above Decision

***Which Was Given by Constitutional Court (in The Labour Law, Law No: 4857)
with Regard to Obligation of Employment of Having Obstacles and Old Convict***

ABSTRACT

Private and public sector have to employ having obstacles and old convict according to Labour Law, Article 30. Kocaeli Administrative Court claimed that this provision had contrary to Constitution Article 2, 18, 61. According to the Constitutional Court's decision, this provision is not contrary to the Constitution. Actually we conclude that the decision at issue is essentially right, however the legal ground of the decision is not satisfactory within the principles of Turkish constitutional law. we suggest that lest there occurred a legal defect, Constitutional Court should especially reach to the same resolution as in the aforementioned decision by taking the principle of "freedom of contract" into account (Article 48).

Keywords: Labour Law, having obstacles and old convict staff, freedom of contract

* Avukat, Ankara Barosu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

I. GENEL OLARAK

22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinde¹, eski hükümlü ve engelli kişilerin belli koşulların varlığı hâlinde istihdam edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Buna aykırı davranışın yaptırımı ise aynı Kanun'un 101. maddesinde düzenlenmiştir². Kuşkusuz bu hükmün arkasında sosyal düşünceler ve zayıfın korunması gerekliliği yatmaktadır. Ancak böyle bir zorunluluk getirilirken, bunun anayasal normlarla da çatışmaması gerekir. Zira, bu durumda olan kişileri çalıştırma zorunluluğu, en başta Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme hürriyetine doğrudan bir müdahale niteliğindedir. Bunun dışında, kuralın diğer anayasal kurullarla da yakın ilişkisi vardır. Biz konunun diğer boyutları yanında, özellikle sözleşme hürriyeti ile olan ilişkisine ağırlık vereceğiz.

Anayasa'nın 152. maddesine göre, bir mahkemede görülmekte olan bir davada, taraflardan biri uygulanan yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasında bulunur ve hâkim de bunu ciddi görürse veya hâkim, taraflar bu yönde bir iddiada bulunmasa bile uyguladığı yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesinde ise konuyu Anayasa Mahkemesi'ne havale ederek, uyuşmazlığı mahkemenin kararına göre çözer. Kocaeli İdare Mahkemesi de, engelli işçi çalıştırmadığı için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. ve 101. maddeleri gereğince idarî para cezasına çarptırılan bir kişinin, idarî işlemin iptali için açtığı davada, uyguladığı İş Kanunu hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine vararak konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.

II. İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMENİN GEREKÇESİ

Kocaeli İdare Mahkemesi, öncelikle demokratik sos-

yal hukuk devletinin ne anlama geldiğini açıklamış ve şöyle demiştir: “*Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.1967 tarih ve E:1963/336, K:1967/29 sayılı kararında insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişiyle toplum arasında denge kuran, emek sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini sağlayan devlet, demokratik sosyal hukuk devleti olarak tanımlanmıştır*”. Mahkeme, bu ilke uyarınca devletin hem bireylerin huzur ve gönencini, engellilerin ve eski hükümlüleri koruyarak topluma kazandırılmasını, hem de özel teşebbüsün serbest rekabet ortamı içinde güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayıcı tedbirler alması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, özel teşebbüsün amacı herhangi bir devlet garantisi olmadan kârlı olarak ticarî bir faaliyette bulunmaktır. Eski hükümlü ve engelli kişileri çalıştırma yükümlülüğü, bizzat devletin yükümlü olduğu bir ödevdir ve buna uymamanın yaptırımı bağlanması da Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesine aykırıdır. Çünkü devlet, sosyal hukuk devletinin Anayasa tarafından yüklenen sorumluluklarını yerine getirmek için gerekli kaynağı yine Anayasa'da belirtilen ölçü ve yöntemler kullanılarak vergi yoluyla elde etmelidir. Sosyal harcamalara ayrılan kaynakların yetersiz olması hâlinde sorumluluğun devri yerine, halkın bu giderlere katılımının özendirilmesi hukuk devleti gereklerine daha uygun olurdu.

Yine mahkeme, konunun sözleşme hürriyeti boyutu da tartışmıştır. Hükmün bu hâliyle Anayasa'nın 48. maddesindeki sözleşme hürriyetine ve 18. maddesindeki angarya yasağına da aykırı olduğu vurgulanmıştır. Zira bu hükmüyle özel teşebbüsün sözleşme hürriyetinin “*elinden alındığı*” ve işyerinde verimli olamayacak engelli ve eski hükümlü kişilerin çalıştırılması ile işverenlerin istemediği kişiyle çalışmak zorunda bırakılarak maaş ödetildiği ve bunun da an-

1 (Değişik madde ve başlığı: 5763 - 15.5.2008) İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.

2 Bu Kanununun 30. maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yedi yüz elli milyon lira para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz”.

garya kapsamına gireceği savunulmuştur. Mahkemeye göre engelli, eski hükümlü ve terör mağdurlarının korunması, rehabilitasyonu, topluma kazandırılması, istihdamı ve insan onuruna yakışır bir hayat seviyesine kavuşturulması, Anayasanın 61. maddesi ile bizzat Devlete verilmiş bir görev olduğundan, bu ödevin 4857 sayılı Yasa'nın 30. maddesi ile amacı kârlılık olan özel teşebbüse orantısız bir şekilde yüklenmesinde Anayasa'nın 61. maddesine de uyarlılık bulunmamaktadır. Sonuç olarak mahkeme, anılan hükümlerin Anayasa'nın 2., 18., 48. ve 61. maddelerine aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

III. ANAYASAMAHKEMESİ'NİNGEREKÇESİ ve KARARI³

Anayasa Mahkemesi, 2949 sayılı kuruluş Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiye dayanarak, itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçesi dışında, konuyu Anayasa'nın 50. maddesi açısından da incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal hukuk devleti ilkesini açıklamıştır. Mahkemeye göre, sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması gerektiği kılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip ve özel teşebbüs kurmanın serbest olduğunu; Devletin de bu konuda gereken tedbirleri almakla yükümlü bulunduğunu ifade etmiştir. Yine itiraz yoluna başvuran mahkemenin dayanmadığı; ancak

3 AYM, 19.6.2008, E. 2006/101, K. 2008/126 (RG, 19.11.2008, S. 27059).

Anayasa Mahkemesi'nin incelemeye tâbi tuttuğu 50. madde gereğince de küçük ve kadınlar ile bedeni ve ruhî yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacaklarına vurgu yapmıştır. Bununla paralel düzenleme getiren 61. maddede de *“Devlet, sakatların [engellilerin] korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.”* demektedir. Yüksek Mahkeme, özürülü [engelli] ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünün, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle yahut işlemlenmiş olduğu bir suç dolayısıyla aldığı cezadan dolayı iş bulma olanağını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayandığını; Anayasa'nın 50. maddesinin ikinci fıkrasındaki *“Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”* hükmünün özürülülerin [engellilerin] özel olarak korunmasını güvence altına aldığından bu kuralın, özürülüler [engelliler] bakımından Anayasa'nın 50. Maddesi'nin bir gereği olduğunu ifade etmiştir. Zira mahkemeye göre, anılan kuralla getirilen yükümlülük, özürülü [engelli] ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yakışır hayat sürmelerini amaçladığından Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucudur.

Sonuç olarak mahkeme, Anayasa'nın 61. ve 48. maddelerindeki devlete verilen söz konusu yükümlülüklerin birlikte değerlendirilmesi durumunda, özel ve kamu ayırımı yapılmadan özürülü ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngörülen kuralın⁴, sosyal

4 Hemen belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 31. maddesi, 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'la (RG, 26.5.2008, S. 26887) değiştirilmiştir. Eski hâlinde, özel sektörün hem engelli, hem eski hükümlü işçi çalıştırma yükümlülüğü bulunmasına rağmen, yeni düzenlemede özel sektör için eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu kaldırılmış, sadece engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Kamu sektörü için hem engelli, hem eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu devam etmektedir. Hükmün eski hâli şöyleydi: *“İşverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde her yılın ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek oranlarda özürülü ve eski hükümlü ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun ek 1. maddesinin (B) fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu olan terör mağduru işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin toplam oranı yüzde altıdır. Ancak özürülüler için belirlenecek oran, toplam oranın yarısından az olamaz. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır”.*

amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilemeyeceği ifade ederek, İş Kanunu'nun 30. ve 101. maddelerini Anayasa'ya aykırı görmemiş; kuralın Anayasa'nın 18. maddesindeki angarya yasağı ile de ilgisinin olmadığını ifade etmiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

A – Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği gibi, biz Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını daha çok sözleşme hürriyeti bağlamında inceleyeceğiz.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi, elli veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde; özel sektöre ait ise en az % 3 özürlü; kamu sektörüne aitse % 4 oranında engelli ve %2 oranında da eski hükümlü işçi çalıştırma yükümlülüğü getirmiş; aksi davranış için de para cezası öngörmüştür.

Konunun önem arz eden iki önemli boyutu, kanaatimizce Anayasa'nın 48. maddesindeki sözleşme hürriyeti ile 13. maddedeki ölçülülük ilkesidir. Çünkü diğerleri (50. ve 61. maddeler), devlete bu konuda gereken tedbirleri alma yükümlülüğü getiren kurallardır. Oysa sözleşme hürriyeti devletin anayasal sınırlar dışında müdahaleden kaçınması gereken bir temel hak ve hürriyettir.

B – Sözleşme Özgürlüğü ile Anayasa'nın 50 ve 61. Maddeleri Açısından

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, birçok yabancı hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk borçlar hukukunca da benimsenmiş temel bir ilkedir. Bu ilkenin en önemli pozitif dayanağı, Borçlar Kanunu'nun bir sözleşmenin içeriğinin, kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde, serbestçe tayin olunabileceğine dair 19. maddesi hükümdür. Sözleşme özgürlüğü, liberal ve bireyci anlayışın bir yansıması olarak, kaynağını irade özerkliği ilkesinden alır. Bu nedenle, öğretide sözleşme özgürlüğü irade özerkliği ile eş olarak da kullanılmaktadır⁵. Bu anlayışa göre, bireyler irade özgürlüğüne sahiptir ve borç ilişkilerini serbestçe kurabilir⁶.

Sözleşme özgürlüğü, temel bir ilke olarak kabul edilmiş; bunun sınırları da istisnaen Borçlar Kanunu ve diğer bazı kanunlarda sayılmıştır. Ancak, sözleşme özgürlüğü ilkesinin öğretide ifade edilen, kabul görmüş boyutları vardır. Bunun kapsamına; *sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya içeriğini değiştirme, şekil serbestisi, sözleşmenin içeriğini düzenleme* ve nihayet **sözleşme kurma veya kurmama özgürlüklerinin** girdiği belirtilmektedir⁷. Burada sözleşme özgürlüğü ilkesi açısından bizim için önemli olan ve belki de sözleşme özgürlüğü ilkesine rengini veren boyut, sözleşme yapma yapmama özgürlüğüdür⁸. Gerçekten de esas olarak bireyler bir sözleşmeyi yapma yapmama özgürlüğüne sahip olmalıdır. Ancak, sözleşme özgürlüğünün bu boyutunun mutlak olmadığı da bir gerçektir. Böylece, bağımsız birey iradesinden farklı olarak, bazen kanunlardan bazen hukukî işlemde bazen de fiilî tekel olma durumu yüzünden bireyler sözleşme yapmak zorunda bırakılabilmektedir⁹. Görüldüğü gibi, sözleşme özgürlüğünün sınırları sadece, yukarıda belirtilen Borçlar Kanunu'nun 19–20. maddelerinde sayılanlardan ibaret olmayıp, kanundan (doğrudan veya dolaylı olarak) doğan sözleşme yapma zorunlulukları da sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birisini oluşturmaktadır¹⁰.

Görüldüğü gibi sözleşme özgürlüğünün belki de en önemli veçhesini, sözleşme yapma yapmama özgürlüğü oluşturmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinde ise, elliden fazla işçi çalıştıran (özel sektör) işverenlere engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü getirilerek işverenlerin bu nitelikteki işçilerle iş sözleşmesi yapması zorunluluğu getirilmektedir.

Mehmet Murat: "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. Maddesi'nin Bu Açıdan Değerlendirilmesi", M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 391. Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının karşılaştırmalı hukuktaki durumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Küçükyalçın**, Arzu: "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHF 2004, C. 53, S. 4, s. 101 vd.

7 **Eren**, age, s. 279 vd; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, İstanbul 2005, s. 19 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, age, s. 362; **İnceoğlu**, agm, s. 391.

8 Bkz. **Oğuzman/Öz**, age, s. 144.

9 **Eren**, age, s. 281 vd; **Oğuzman/Öz**, age, s.144 vd; **İnceoğlu**, agm, s. 399.

10 Bu konuda bkz. **Gürzumar**, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 42-43.

5 Bkz. **Tekinay**, Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 363.

6 **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 6, İstanbul 1999, s. 275. Ayrıca öz. bkz. s. 276 vd; **İnceoğlu**,

Dolayısıyla hüküm, Anayasa'nın 48. maddesindeki hürriyeti sınırlandırmaktadır.

Anayasa'nın 48. maddesinde bir temel hak ve hürriyet düzenlendiğine ve İş Kanunu da bunu sınırladığına göre, konunun temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi bakımından, başka bir deyişle Anayasa'nın 13. maddesi açısından tartışılması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin konuyu bu açıdan "teğet" geçmesi, kanımızca bir eksikliklerdir.

Anayasa'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 ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Görüldüğü gibi, bir temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması, biçim ve öz bakımından bazı kayıtlara bağlıdır. Her şeyden önce sınırlamanın 'kanunla' yapılması gerekir. Tartıştığımız sınırlamayı getiren bir kanun hükmü olduğuna göre burada bir sorun yoktur. Bu sınırlama hakkın özüne dokunmamalıdır. Başka bir deyişle, sınırlandırma doğrudan veya dolaylı olarak hakkı ortadan kaldırıcı nitelikte olmamalıdır. Kocaeli İdare Mahkemesi, dilekçesinde "Anayasa'nın 48. maddesinde özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu ve sözleşme serbestisi bulunduğu 18. maddesinde de, angaryanın yasak olduğu belirtilmesine rağmen, özel teşebbüsün sözleşme serbestisi elinden alınarak..." denilerek hakkın özüne dokunulduğu iddiası getirilmiştir. Kanımızca bu iddia doğru değildir. Kuralda işverenlerin çalıştıracakları işçilerin küçük bir kısmı için bu zorunluluk getirilmiştir. Hükümle işverenlerin işçilerle iş sözleşmesi yapma özgürlüklerinin ellerinden alındığını söylemek mümkün değildir. Zorunluluk, %3'lük bir oranla sınırlanmıştır. Örneğin 50 işçi çalıştıran bir işveren için bu rakam 2-3 tür.

Anayasa Mahkemesi'nin asıl tartışması gereken nokta, 13. maddedeki ifadesi ile temel hak ve hürriyetlerin ancak ilgili maddede belirtilen nedenlere dayanılarak sınırlandırabileceği ibaresiydi. Çünkü 48. maddede özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Anayasa Mahkemesi, haklarında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin kanunla dahi sınırlanıp sınırlanamayacağına dair net

bir yaklaşım sergilememektedir¹¹. Oysa konu ilerisi açısından son derece önemlidir ve daha farklı sıkıntıları doğuracak niteliktedir¹². Çünkü öğretilerde *Gözler*, 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama nedenlerinin kalkmasından dolayı, hakkında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin kanunla dahi sınırlanamayacağını; bu hakların sınırsız hâle geldiğini savunmaktadır¹³. Anayasa hukuku öğretisinde ise genelde, her hak ve hürriyetin doğasından kaynaklanan sınırları olduğu ifade edilmektedir¹⁴. Özellikle *Fazıl Sağlam*, Anayasa'nın 48. maddesinde bir sınırlama nedeni öngörülmemesinin özellikle Borçlar Kanunu'nun 20. veya Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddelerini Anayasa'ya aykırı hâle getirmeyeceğini; diğer anayasal normların (örneğin Anayasa'nın 12. maddesi, sosyal devlet ilkesi; çalışma hakkı ile ilgili düzenlemeler) bu yorumu engelleyeceğini savunmaktadır¹⁵. Yine *Arslan*, bazı hak ve hürriyetler bakımından özel sınırlama nedenleri öngörülme de, anayasal sınırlar konusunda yeterince 'cömert' olan bir Anayasa'da sınırlama güçlüğüne kolayca aşılabileceğini; anayasal bütünlük içinde anayasadaki diğer sınırlama hükümlerinin dikkate alınarak sorunun giderilebileceğini ifade etmektedir¹⁶. Bu yaklaşım, bize de makul ve açıklanabilir gelmektedir. Zira yukarıda tartıştığımız hüküm, sözleşme hürriyetini ortadan kaldıran bir yaklaşım

11 Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili verdiği kararlarla ilgili ayrıntı bilgi için bkz. **Bozkurt**, Tamer: "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum", AnkBD 2008, Y. 66, S. 1, s. 137 vd.

12 **Bozkurt**, agm, s. 134-142.

13 **Gözler**, Kemal: "Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", AnkBD 2001, S. 4, s. 65 vd.; **Gözler**, Kemal: "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", Anayasa Yargısı 19 (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya 2002), s. 352 vd.

14 Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt**, agm, s. 136-137, öz. dn. 10.

15 **Sağlam**, Fazıl: "2001 Anayasa Değişikliklerinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", Anayasa Yargısı 19 (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya 2002), s. 292 vd.

16 **Arslan**, Zühtü: "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı 19 (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya 2002), s. 219 vd.

içermediği gibi, ölçülü bir düzenleme de getirmiştir. Bu sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek kanımızca mümkün görünmemektedir. Ancak sorun, 13. maddenin aldığı yeni biçim karşısında haklarında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin neye dayanılarak sınırlandırabileceğidir. Anayasa Mahkemesi'nin kararını daha sağlam oluşturmak için, bunu belirtmesi ve bu konudaki yaklaşımını ve tercihini beyan etmesi gerekirdi. Sözleşme hürriyetini sınırlayan her yasa hükmü için açılacak davada, yüksek mahkemeye başvuran kişiler bu iddiayı gündeme getirebileceklerdir. Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme hürriyetinin doğrudan tartışıldığı (ve hatta en önemli tartışma olduğu) bu kararında konunun 13. madde ile bağlantısını kurmaması ve bu konudaki yaklaşımını belli etmemesi, kanımızca şanssızlık olmuştur. Ancak, sözleşme hürriyetinde özel bir sınırlama nedeni olmasa bile, somut olayda, bu hürriyete getirilen; zayıfı korumayı amaç edinen ve sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan; eski hükümlü ve engelli kişilerin topluma uyum sağlamalarına katkıda bulunan bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu savunmak güçtür. Bu hükme aykırı davranışı yaptırıma bağlaması ise Anayasa Mahkemesi'nin isabetle belirttiği gibi tamamen yasama organının takdiridir. Başka bir deyişle biz de Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmaktayız. Eleştirdiğimiz nokta, Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'nın 48. maddesi ile 13. maddesi arasında bağ kurmadan karar vermesidir.

Anayasa Mahkemesi, özellikle 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra, haklarında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetler için kanunla bir sınırlama getirildiğinde, -bu konuda müstakar bir yaklaşımı olmamakla birlikte- genelde diğer Anayasal normları kullanarak bu sınırlandırmaya cevaz vermekte; böylece öğretilde *Sağlam* ve *Arslan*'ın yaklaşımını benimsemektedir. Başka bir deyişle, bir temel hak ve hürriyet için özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olsa bile, başka anayasal normlar sınırlama ölçütü olarak kullanılabilir. Angarya yasağı, sosyal devlet ilkesi veya hukuk devleti ilkesi gibi ilkeler bunlardan birkaçıdır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, doktorların zorunlu

hizmete tâbi tutulması ile ilgili yasanın¹⁷ Anayasa'ya uygun olduğunu ifade ederken belirttiği gerekçede; *“çalışma ve sözleşme hürriyeti Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan ve ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı yolundaki hükmün, çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır”* diyerek, Anayasa'nın 18. maddesindeki bazı ölçütleri sözleşme hürriyetini sınırlamak için neden olarak görmüştür¹⁸.

Yine İş Kanunu'nun 21. maddesindeki¹⁹, işverenin işe iadeyi kabul etmeyerek tazminat ödemesinin iş güvencesini etkisiz hâle getirdiği iddiası da reddedilerek, *“Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve*

17 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 3, 5 ve 6. maddelerin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Danıştay 5. Dairesi'nin itirazı (RG, 11.12.2007, S. 26727). Bkz. **Bozkurt**, agm, s. 140, dn. 22.

18 Bu karara karşı oy yazısı yazan üye Şevket Apalak *“ülke gereksinimlerinin zorunlu kıldığı alanlarda yaptırılacak olan çalışmaların, ülkenin bir bireyi olan kişinin de Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma hakkı ve özgürlüğünü koruyacak ölçüde olması gerekir. Zorunlu görev alanının sağlıklı ilgili olması karşısında, tabip, uzman tabip veya yan dal uzmanı tabibin yürüteceği zorunlu çalışma süresinin eğitimin her alanına ayrı ayrı yayılması; bireyin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğünü 48. maddede bir kayıt bulunmadığı halde sınırlandırılmasına ve birkaç kez uygulanması nedeniyle ölçüsüzlüğüne neden olmaktadır”* diyerek, 5371 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 3359 sayılı Yasa'ya eklenen 3. maddenin birinci fıkrasında yer alan *“... her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile...”* bölümünün Anayasa'nın 13., 18. ve 48. maddelerine aykırılığından ötürü iptali gerekeceğini düşünmektedir. Bkz. **Bozkurt**, agm, s. 140.

19 *“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemle yükümlü olur”.*

kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmamasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir” denilmiştir. Bu gerekçeye, üye Osman Paksüt bizim için son derece önemli bir gerekçe ile karşı çıkmış ve şöyle demiştir: “**Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması için açık bir sebep gösterilmemiştir. Her ne kadar muhterem çoğunluk, 48. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve özel teşebbüslerin çalışmalarına ilişkin tedbirlerin alınması amacıyla devlete verilen görevi, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına olanak veren bir neden gibi kabul etmiş ise de, bahse konu ikinci fıkranın bu şekilde anlaşılmasının temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi amacına uymadığı düşüncesindeyim. Kaldı ki, Anayasa'nın 53. maddesinde düzenlenen toplu iş sözleşmesi hakkı yönünden 48. maddedekine benzer, yorum yoluyla dahi sınırlama nedeni kabul edilebilecek herhangi bir kural mevcut değildir.**” demiştir²⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin İş Kanunu'nun 30. ve 101. maddelerinin Anayasa'ya uygun olduğuna dair verdiği son kararında da benzer bir yaklaşımı benimsediğini söyleyebiliriz. İşte bu noktada, somut olay açısından da belirtilmesi gereken bir yön daha vardır. Hatırlanacağı gibi Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 48. maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmediğine değinmeksizin, Anayasa'nın 50. ve 61. maddelerine dayanmış; bu hükümler gereğince engellilerin, kadın ve çocukların korunmasının devlete zaten bir ödev olarak yüklediğini; İş Kanunu'nun bu hükümlerinin de devlete yüklenen bu ödevleri yerine getirmek amacına hizmet ettiğini; bu yüzden de Anayasa'ya aykırı sayılmayacağını ifade etmişti. Gerçekten de Anayasa'nın 50. maddesinde “*Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*”; 61. madde-

sinde ise “*Devlet, sakatların [engelli] korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.*” denilmektedir. Ancak, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen 48. madde ile 50. ve 61. maddeler nite-likçe birbirine benzemeyen hükümlerdir. 50. ve 61. maddelerde Anayasa engelliler, küçükler ve kadınların korunmasını sağlayacak tedbirler alınmasını devlete bir ödev olarak yüklemiştir. Başka bir deyişle, burada düzenlenenler birer pozitif statü hakkıdır. Bunlara isteme hakları da denir. Bu haklar, devlete sosyal bazı önlemler alma, müdahale etme görevi verir. Oysa sözleşme hürriyeti gibi negatif statü hakları ise, devletçe olabildiğince dokunulmaması gereken, devlet müdahale etmediği sürece var olabilen haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece, Anayasa'nın 48. maddesindeki sözleşme hürriyetinde (en azından ilk fıkrası) devlete bir ödev yüklememekte; herkesin çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ve özel teşebbüs kurmanın serbest olduğu hükme bağlanmaktadır. Devletin kendisine Anayasa ile yüklenen bir ödevi yerine getirirken (öz. 50. ve 61. maddeler bağlamında) kanunlar çıkarması, her zaman Anayasa'ya uygun davrandığı anlamına gelmeyebilir. Bu ödev yerine getirilirken başka anayasal normlar -örneğin ve özellikle ölçülülük ilkesi- zedelenmiş olabilir. İşte Kanun'un, 48. madde çerçevesinde ayrıca incelenmesi gereği de kendisini burada hissettirmektedir. Çünkü burada devletin dokunulmaması gereken bir alan vardır ve İş Kanunu buna bir sınırlama getirmiştir. Böylece, -sonuca her ne kadar katılıyor olsak da- Anayasa Mahkemesi'nin, iptali istenen İş Kanunu hükmünü, esas olarak 50. ve 61. maddeler ekseninde değerlendirmesi ve bu hükümlerin anılan kişilerin korunmasını devlete zaten bir ödev olarak yüklüyor olmasının bu hükmü Anayasa'ya uygun hâle getireceği gerekçesine katılmıyoruz. Belirttiğimiz gibi hüküm, kanımızca 48. maddeye aykırı değildir; ancak bunun gerekçesinin daha iyi oturtulması gerektiğini, ileride açılacak başka davalarda diğer Anayasal normlardan yararlanmanın bu kadar kolay olmayabileceğini hatırlatmak isteriz. Özellikle sözleşme hürriyeti gibi, haklarında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetler bakımından durumun tartışılması daha uygun olurdu. Oysa Anayasa Mahkemesi, bundan kaçınarak, sorunu başka hükümler aracılığıyla çözmek istemektedir.

20 d AYM, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72 (RG, 24.12.2007, S. 26710). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt**, agm, s. 139 vd.

C – Ölçülülük İlkesi Bakımından

İş Kanunu'nun 30. maddesi bu zorunluluğu her işveren için getirmemiştir. Bu hükmün kapsamına girmek için en az elli işçi çalıştırıyor olmak gerekir. Bu önemli bir yaklaşımdır; çünkü elli işçi çalıştıracak bir işletmeye sahip olan kişinin ekonomik gücü ve işletmesi nispeten büyüktür. İkinci olarak, en az elli işçi çalıştıran işverenin çalıştırmakla yükümlü olduğu engelli oranı özel teşebbüs bakımından %3'tür (kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü). Bu, genel içinde son derece küçük rakamlara tekabül etmektedir. Başka bir deyişle, İş Kanunu bu konudaki dengeyi gözetecek bir düzenleme yapmış; kanımızca ölçülülük ilkesi aşılmamıştır. Yine, 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun ile eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünün özel teşebbüs için kaldırılması da, adil bir dengenin sağlanmasına hizmet etmektedir. Ayrıca, anılan hüküm, Anayasa'nın 50. ve 61. maddesinde devlete yüklenen görevleri yerine getirmek için bir köprü görevi de görmektedir.

KAYNAKÇA

Arslan, Zühtü: "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı 19 (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya 2002).

Bozkurt, Tamer: "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum", AnkBD 2008, Y. 66, S. 1.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B. 6, İstanbul 1999.

Gözler, Kemal: "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", Anayasa Yargısı 19 (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya 2002).

Gözler, Kemal: "Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme), AnkBD 2001, S. 4.

Gürzumar, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.

İnceoğlu, Mehmet Murat: "Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. Maddesi'nin Bu Açından Değerlendirilmesi", M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

Küçükyalçın, Arzu: "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", AÜHFD 2004, C. 53, S. 4.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 4, İstanbul 2005.

Sağlam, Fazıl: "2001 Anayasa Değişikliklerinin Yaratılabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", Anayasa Yargısı 19 (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 40. Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum, Antalya 2002).

Tekinay, Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993.