

**KÜÇÜKLERİN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN
YASAK VE SINIRLAMALAR İLE BUNLARA AYKIRILIK
HALİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERSİZLİĞİ SORUNU**
*(Regulations about Prohibitions and Restrictions on Child Labour
and Problem of Invalidity of Employment Agreement in Case of
Contradiction to Such Regulations)*

Ercüment ÖZKARACA*
Canan ÜNAL**

ÖZET

Küçüklerin çalıştırılması geçmişten günümüze hem dünyada hem ülkemizde kronikleşmiş bir sorundur. Bu sorun küçüklerin çalıştırılması tamamen yasaklanarak ortadan kaldırılmak istense de bunun gerçekleştirilmesi kısa vadede mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple, uluslararası ve ulusal düzeyde düzenlemelerle küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin bazı yasak ve sınırlamalar ile bazı küçüklerin çalıştırılması hukuken kabul edilmektedir. Biz de çalışmamızda öncelikle mevzuatta küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin yasak ve sınırlamalara yer verecek, daha sonra bu yasak ve sınırlamaların hukuki niteliğini inceleyeceğiz. Türk Hukukunda konu hakkındaki mevzuatın küçüklerin korunması amacını sağladığını savunmak güçtür. Ancak, sorunun asıl kaynağı mevzuat değil, uygulamadır. Mevzuata aykırı olarak yasak ve sınırlamalara uygun olmayacak şekilde çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin geçersizliği sorunu bu sebeple çalışmamızın asıl amacını oluşturmaktadır. Buna ilişkin açıklamalarımızda Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 21.5.2013 tarihli ve E. 2012/16405, K. 2013/11851 sayılı kararı detaylı olarak incelenecek ve birçok yönüyle eleştirilecektir.

Anahtar kelimeler: Küçüklerin çalıştırılması, iş sözleşmesinin geçersizliği, ileri etki (ex nunc), TBK m. 394/III, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 21.5.2013 tarihli ve E. 2012/16405, K. 2013/11851 sayılı kararı.

Abstract

The child labour has become a chronic problem both in Turkey and in the world from past to present. The entire solution, which is forbidding totally, is not seen possible in the short term. That's why some children can be employed

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

** Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

as per international and national regulations providing some prohibitions and restrictions in order to save children. In this article, these prohibitions and restrictions will be firstly explained and secondly legally described. Accordingly, it is not possible to argue that the regulations on child labour in the Turkish law are sufficient to achieve goal of saving children. However, the essential reason of child labour problem is the application, not regulations. Hence, we will essentially discuss invalidity of employment agreements made by children contrary to the prohibitions and restrictions. Within this scope, the judgment of the 22nd Civil Chamber of Court of Appeal, dated 5.21.2013 numbered 16405/11851, will be explained in detail and criticized.

Keywords: Child labour, invalidity of employment agreement, ex nunc, Turkish Obligation Law Article 394/III, judgment of the 22nd Civil Chamber of Court of Appeal dated 5.21.2013 numbered 16405/11851.

GİRİŞ

2012 yılı verilerine göre, dünyada 168 milyon çocuk çalışma hayatındadır. Bu sayı dünyadaki toplam çocuk nüfusunun % 11'ine tekabül etmektedir. Bunların yarısından fazlası -yaklaşık 85 milyon çocuk- tehlikeli işlerde çalışmaktadır. En çok sayıda çocuğun çalıştırıldığı yerler Asya ve Pasifik olmakla (78 milyon civarında veya çocuk nüfusunun % 9,8'i) birlikte çocuk işçi yoğunluğunun en fazla olduğu yer Sahraaltı Afrika'dır. Burada her beş çocuktan birinden de fazlası işçidir (59 milyon civarında veya çocuk nüfusunun % 21'inden fazlası)¹.

Çocuk işçiliği sorunu, ülkemizin de en önemli sorunlarından ve sosyolojik temelleri olan bu sorun çok yönlü bir yaklaşımı gerektirmektedir. Avrupa Birliği üyeliği yolundaki ülkemiz için bu sorunun çözümü zaruret taşımaktadır². Gerçekten, Türkiye Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında 1998 yılından bu yana çocuk işçiliği konusunda sık sık eleştirilmektedir. 2013 yılı Raporunda da çocuk hakları konusunda ve bu kapsamda çocuk işçiliği ile mücadelede Türkiye'nin daha fazla çaba sarf etmesi gerektiği belirtilmiştir. Rapora göre, ekonomik faaliyette bulunan 6 ila 17 yaşındaki çocukların % 5,9 olan oranı düşmemiştir. Raporda 2012 yılı Ulusal Çocuk İşgücü Anketi verilerine yer verilirken 2012 yılında 28 çocuk işçinin iş kazasında öldüğü ifade edilmektedir. Çocuklar, ölümcül iş kazalarında kurbanlar olarak nitelendirilirken meslek hastalıklarının büyük çoğunluğunun rapor edilmediğinin de vurgusu yapılmaktadır³.

¹ International Labour Office, **Making Progress against Child Labour, Global Estimates and trends 2000-2012**, International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), Geneva 2013, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_221513.pdf (Erişim tarihi: 13.01.2014), vii.

² *Akm*, Levent: "Working Conditions of the Child Worker in Turkish Labour Law", **Employee Responsibilities and Rights Journal**, Volume 21, Number 1, March 2009, 53-67, 66.

³ Avrupa Birliği Türkiye 2013 İlerleme Raporu için bkz. http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013.pdf (Erişim tarihi: 6.12.2013), 13, 14, 39, 40, 48, 57, 64

Çocuk işçiliğinin kökeni uzun yıllar öncesine dayanmaktadır. Fransız İhtilali sonrası Avrupa'da çocuk işçiliği en gaddar şekliyle yaşanmıştır. Başta Fransa olmak üzere, İsviçre, Belçika gibi ülkelerde "sözleşme özgürlüğü" ve "serbest piyasa ekonomisi" köylerden şehirlere akın eden işsizler ordusunun yarattığı emek piyasasında işçiler aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Bu dönemde Fransa'da günlük çalışma süresi 15-16 saate çıkarken işçilere çalışmaları karşılığında para değil fiş verilmesi ve o fişlerle fabrikanın yanında kurulu işveren kantinlerinden sadece karınlarını doyuracak kadar yiyecek alabilmeleri, eve "ekmek" götürememeleri nedeniyle çocukların da çalışması mecburiyetini doğurmuştur. Bu dönemde 4-5 yaşındaki çocukların tekstil fabrikalarında bobin taşıma işlerinde; 6-7 yaşındaki çocukların iplik bağlama işlerinde, büyüklerin giremediği dehlizlerde maden işlerinde çalıştırıldıkları görülür. Daha sonra bu çocuklar askere alındıklarında "yanaşık düzende" ellerinde tüfekler "hazırol" vaziyetinde ayakta durur iken bir müddet sonra aniden yere kapanırlar. Veba salgını şüphesi ile yerden kaldırılan bu genç askerlerde bir hastalığa rastlanmaz. Ama hepsinin ortak özelliği ülkenin madenlerinin ve fabrikalarının bulunduğu sanayileşmiş bölgelerden gelmeleridir. 1837 yılında Fransa'da 10 bölgeden askere çağırılan 10.000 gencin 8.980'i sakat ve hastadır. Bu bölgelerde günde 16-17 saat çalışarak bu sürenin en az 13 saatini kapalı ve havasız yerlerde geçiren ve yetersiz beslenmeyle büyüyen askerlik görevini yapan bu gençlerle ilgili yüksek orandaki sakatlık ve hastalıklar, ilk sosyal politika tedbirlerinin çok ilginçtir ki "insani" nedenlerle değil, "milli güvenlik" nedeniyle alınmasına yol açmıştır⁴.

Kökeni uzun yıllar öncesine dayanan ve kronikleşmiş hale gelen bu soruna, günümüzde başta uluslararası ve bölgesel belgeler ile insan hakları boyutunda çözüm bulunmaya çalışılmaktadır. Asıl amaçlanan çocuk işçiliğinin tamamen sonlandırılması iken bu kısa vadede mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda toptan yasaklama yerine çocukların ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunması amacıyla düzenlemeler öngörülmektedir. Bu düzenlemeler ile belirli yaştan küçüklerin çalıştırılması yasaklanmakta ve küçük işçilerin çalışma koşulları büyüklere nazaran farklılaştırılmaktadır.

Biz de çalışmamızda öncelikle İş Hukuku mevzuatında küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin yasak ve sınırlamaları inceleyeceğiz ve bu kapsamda ilk olarak uluslararası ve bölgesel düzenlemelere yer verdikten sonra Hukukumuzdaki düzenlemelere ayrıntılı olarak değineceğiz.

Daha sonra söz konusu düzenlemeler ile öngörülen yasak ve sınırlamaların hukuki niteliği üzerinde durularak en nihayetinde de bu yasak ve sınırlamalara aykırı şekilde çalıştırılan küçüklerin iş ilişkilerinin akıbeti irdelenecektir.

⁴ **Demir**, Fevzi: "Çalışma Hayatında Çocukların Korunması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2010, Basım Yılı 2012, 547-577, 548-549.

Belirtelim ki, bizi bu çalışmayı yapmaya sevk eden Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2013 tarihli ve birçok yönüyle eleştirilmesi gereken bir kararıdır⁵. Söz konusu kararda, 11 yaşında çalışmaya -daha doğru bir ifadeyle çalıştırılmaya- başlayan bir kişinin mevzuatta öngörülen asgari çalışma yaşından önceki çalışması yok sayılmıştır. Buna gerekçe olarak, asgari çalışma yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulması olanağı olmaması gösterilmiştir. Söz konusu yaklaşımda, 11 yaşındaki çocuk ile yapılan iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu şekilde asgari çalışma yaşından küçük olmasına rağmen mevcut sosyo-ekonomik gerçeklerin bir yansıması olarak çalışma hayatına girmek zorunda bırakılan, ekonomik anlamda sömürülen ve asgari çalışma yaşını aşan bir küçüğe nazaran çok daha fazla korunma gereksinimi olan küçüğün emeği hiçe sayılmıştır. Özel Dairenin asgari çalışma yaşına ilişkin yasal düzenlemeye aykırı olarak çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin akıbetine ilişkin verdiği bu son derece isabetsiz kararının değerlendirilmesinin 1 Temmuz 2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun⁶ yürürlüğe girmiş olması sebebiyle de faydalı olacağını düşünmekteyiz. Zira, Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmelerinin geçersizliği konusunda Hukukumuzda ilk defa özel yasal bir düzenlemeye yer verilmiştir ve söz konusu düzenleme -TBK m. 394/III- kaleme alınışındaki özensizlikler nedeniyle açıklanmaya muhtaçtır.

I. İŞ HUKUKU MEVZUATINDA KÜÇÜKLERİN ÇALIŞMASINA İLİŞKİN YASAK VE SINIRLAMALAR

1. Uluslararası ve Bölgesel Düzenlemeler

Çocuk hakları, uluslararası ve bölgesel birçok düzenlemeye konu olmuş, bu belge ve sözleşmelerin bir bölümü ülkemiz tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuştur⁷. Çalışmamızın sınırlandırılması ihtiyacı gereği, tüm düzenlemeler incelenmeyecek; bu düzenlemelerden özellikle önem arz eden ve kanun çalışmalarında dikkate alınan, daha doğru bir ifadeyle alındığı belirtilen düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, Türkiye Avrupa Birliği üyesi olmamasına rağmen AB ile müzakere aşamasında olması sebebiyle bağlayıcı olmamakla birlikte önemli bir kaynak olan AB yönergesine ilişkin açıklamalara da yer verilecektir.

a. Birleşmiş Milletler Bildirge ve Sözleşmeleri

Çocuk haklarının var olduğunun evrensel olarak kabulünün ilk adımı olmakla birlikte bağlayıcı olmayan 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi⁸, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1959 tarih ve 1386 (XIV) sayılı

⁵ Yarg. 22. HD, 21.5.2013, E. 2012/16405, K. 2013/11851, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 624-626.

⁶ RG, 04.02.2011, 27836.

⁷ Bu sözleşmelere ilişkin liste için bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/cgm.portal?page=cc&id=5> (Erişim tarihi: 05.12.2013).

⁸ Tam metin için bkz. http://www.cocukhaklari.gov.tr/tr/content/show/25/birlesmis_milletler_cocuk_haklari_bildirisi.html (Erişim tarihi: 5.12.2013).

kararıyla kabul edilmiştir. Bu Bildirgenin 2. maddesine göre, çocuk özel olarak korunmalı, yasa ve gerekli kurumların yardımı ile çocuğun fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı normal koşullar altında özgür biçimde ve onuru zedelenmeyecek şekilde yetişmesi sağlanmalıdır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabule edilip imza, onay ve katılıma açılmış olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi⁹ ise, devrim niteliğinde sayılabilecek bir insan hakları sözleşmesidir. Zira, 19. yüzyıldan itibaren çocuk işgücünün sınırlandırılması, temel eğitimin sağlanması, aşırı ihmal ve istismar hallerinde çocuk ve ebeveynler için finansal destek sağlanması yönündeki önlemler, ebeveynlerin haklarının ve görevlerinin tanımlanması için öngörülürken bu Sözleşme ile çocuk, yetişkin gibi hakların özerk sahibi olarak kabul edilmiştir¹⁰.

Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde çekince koyarak onaylamıştır¹¹. Sözleşme, Birleşmiş Milletlerin en geniş kapsamlı kabul gören sözleşmesidir.

Söz konusu Sözleşmeye göre, çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta ergin olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır (m. 1)

Sözleşmenin 3. maddesinde, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının¹² temel düşünce olduğu ifade

⁹ Tam metin için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf> (Erişim tarihi: 5.12.2013).

¹⁰ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Bakırcı**, Kadriye: **Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması**, İstanbul 2004, 90-91.

¹¹ 4058 sayılı Onay Kanunu, RG,11.12.1994 gün, 22138. Türkiye'nin koyduğu çekince şu şekildedir: "Türkiye Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 17., 29. Ve 30. Maddeler hükümlerini TC Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutmaktadır."

¹² Çocuğun yararı, kavram olarak uluslararası belgelerde ve iç hukukta yerini almış olmasına rağmen tanımlanmamıştır. Bu bilinçli bir tercihtir. Zira, çocuğun yararı onun yaşı, yaşadığı çevre ve bulunduğu sosyal şartlara göre değişebilen, göreceli ve varsayım dayalı bir kavramdır. Somut olay esas alınarak yapılacak her tespiti hukukçuların genel hukuk bilgisini aşan pedagojik, psikolojik, sosyolojik, tıbbi bilgileri gerekli kılmaktadır, **Elçin Grassinger**, E. Gülçin: "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. 1, İstanbul 2010, 823-846, 825. Yargıtay kararlarında çocuğun yararı kavramı tanımlanmamakla birlikte "çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesi" üzerinde durularak çocuğun yararının kapsamı belirlenmektedir. Konu hakkında bazı kararlar için bkz. Yarg. HGK, 22.12.2010 E. 2010/2-649, K. 2010/683; Yarg. 2. HD, 27.03.2003, E. 2003/3165, K. 2003/4303; Yarg. 2. HD, 21.6.1983, E. 1983/4328, K. 1983/5655; Yarg. 2. HD, 30.3.2010, E. 2009/2449, K. 2010/6073; Yarg. 2. HD, 06.06.2011, E. 2010/9148, K. 2011/9892; Yarg. HGK, 05.06.2002, E. 2002/2-451, K. 2002/466; Yarg. 2. HD, 11.11.2004, E. 2004/12100, K. 2004/13459 (Kazancı İçtihat Bankası).

edilmiştir. Çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi bu madde dışında sözleşmenin tüm maddelerinde etkisini ve izini göstermektedir¹³.

Sözleşmeye göre, taraf devletler, çocuğun ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler (m. 32/I). Görüldüğü gibi, çocuğun korunması Sözleşmede temel hak olarak öngörülmüştür ve hakkın sujesi çocuktur. Ayrıca taraf devletlerin bu korumanın uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alması gerektiği belirtilirken, bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, taraf devletlerin özellikle şu önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir (m. 32/II):

(i) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit etmek;

(ii) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yapmak;

(iii) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörmek.

Sözleşmenin denetim mekanizması olan Çocuk Hakları Komitesinin Yorum kararına göre, asgari çalışma yaşının belirlenmesi konusunda çocuğun yaşama ve gelişme hakkı (m. 6) ile çocuğun yeteneklerine saygı (m. 5) önemli kriterlerdir. Ayrıca, asgari çalışma yaşının zorunlu eğitim ile tutarlı olarak tespiti gerekir. Yine, asgari çalışma yaşı Sözleşmenin temel ilkesi olan çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesine uygun ve ayırimcılık yasağını ihlal etmeyecek şekilde belirlenmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra, taraf devletler, zararlı çalışma biçimlerini belirlemeli ve yasaklamalıdır¹⁴. Yorum kararına göre, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin gereği olarak, taraf devletler çocuğu doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren hiçbir konuda keyfi ölçüt kullanamayacak, çocuğun üstün yararını gözeteceklerdir¹⁵. Bu kapsamda yasama, yürütme ve yargı çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi ile bağlıdır.

Birleşmiş Milletlerin Kölelik, Kölelik Ticareti ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Ortadan Kaldırılması Ek Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi sözleşmelerinde de çocuk işçiliğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır¹⁶.

¹³ *Elçin Grassinger*, Çocuğun Menfaati, 824.

¹⁴ Çocuk Hakları Komitesinin 27 Kasım 2003 tarihli 5 numaralı Yorum Kararı, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/14/PDF/G0345514.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 5.12.2013); *Kılıç*, Şebnem: **Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 26.

¹⁵ Çocuk Hakları Komitesinin 27 Kasım 2003 tarihli 5 numaralı Yorum Kararı, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/14/PDF/G0345514.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 5.12.2013)

¹⁶ Sözleşmeler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Bakırcı*, 89 vd.; *Kılıç*, 31 vd.

b. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları

Uluslararası Çalışma Örgütü, çalışma hayatında küçüklerin korunmasına ilişkin birçok karar ve sözleşme kabul etmiştir. Türkiye tarafından usulüne göre onaylanan UÇÖ sözleşmeleri, 1959 tarihinde onaylanan 15 sayılı Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme, 1937 tarihinde onaylanan 45 sayılı Kadınların Yer Altı Çalışması Sözleşmesi, 1959 tarihinde onaylanan 58 sayılı Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tesbiti Hakkında Sözleşme, 1992 tarihinde onaylanan 59 sayılı Sanaayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen Sözleşme, 1983 tarihinde onaylanan 77 sayılı Çocukların ve Gençlerin İşe Elverişlilikleri Yönünden Sağlık Muayenesine Tabi Tutulmaları Hakkında Sözleşme, 1968 tarihinde onaylanan 115 sayılı Çalışanların İyonize Radyasyondan Korunması Hakkında Sözleşme, 1991 tarihinde onaylanan 123 sayılı Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında Sözleşme, 1972 tarihinde onaylanan 127 sayılı Tek Kişinin Kaldırabileceği En Fazla Yük Sözleşmesi, 1998 tarihinde onaylanan 138 sayılı İstihdamda Asgari Yaş Sözleşmesi, 2001 yılında onaylanan 182 sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Önlenmesine İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesidir.

6 Haziran 1973 kabul tarihli 138 sayılı İstihdamda Asgari Yaş Sözleşmesinde çocuk işçiliğinin tamamen ortadan kaldırılması ve asgari çalışma yaşının yükseltilmesi amaçları açıkça belirtilmektedir. Tüm sektörleri kapsayıcı düzenlemelere yer veren bu Sözleşmede, çalışma yaşı zorunlu eğitimin tamamlandığı yaştır; ancak her halükarda 15 yaştan az olamaz (m. 2/III). Sözleşme, asgari çalışma yaşından farklı olarak tehlikeli işlerde çalışma yaşını 18'e çekmiştir. Ayrıca, sağlık ve gelişimlerine zarar vermeyecek ve okula devamlarına, yetkili makamca onaylanmış meslekî oryantasyon ve eğitim programlarına katılmalarını veya eğitimle ilgili olarak verilen bilgilerden yararlanmalarını engellemeyecek işler olarak tasvir ettiği hafif işler bakımından ulusal mevzuat ile 13 ila 15 yaşındaki kişilerin çalışmasına izin verilebileceğini belirtmiştir (m. 7/I).

1 Haziran 1999 kabul tarihli 182 sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Önlenmesine İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi ise, 138 sayılı Sözleşmeden farklı olarak çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması değil, en kötü biçimlerinin önlenmesi amacını taşımakta olup devletlere alınması gereken önlemleri program hükümler şeklinde göstermektedir. Bu Sözleşmede çocuk işçiliğinin en kötü biçimleri; çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalar, çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburi çalıştırılmaları gibi 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 teda-

rikini ya da sunumunu ve doğası ve gerçekleştirdiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işleri kapsar. Her ne kadar 138 sayılı Sözleşme ile 182 sayılı Sözleşme arasında yaklaşım farkı olsa da her iki sözleşme de UÇÖ'nün temel sözleşmeleri olarak kabul edilmekte ve birbirlerini tamamlamaktadır¹⁷. Ancak, 182 sayılı Sözleşme asgari çalışma yaşına ilişkin istisna içermemesi sebebiyle 138 sayılı Sözleşmeden bir adım ileridir¹⁸.

c. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi tarafından 18 Ekim 1961 tarihinde kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı, 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 1989 yılında onayladığı Şartın bazı hükümlerine çekince koymuştur. Konulan çekinceler arasında “Çocukların ve Gençlerin Korunması Hakkı”na ilişkin 7. maddenin bazı fıkraları da yer almaktadır. Avrupa Sosyal Şartı yerine 1996 tarihinde imzalanan ve 1999 yılında yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartındaki eksikliklerin giderilmesi ve sosyal hakların kapsamının genişletilmesi amaçlanmıştır. Türkiye tarafından 27 Eylül 2006 tarihinde 5547 sayılı Kanun¹⁹ ile onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına da Türkiye bazı çekinceler koymakla birlikte, çocuk ve gençlerin korunmasına ilişkin ve 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartındaki düzenlemeye benzer bir düzenleme olan 7. maddeye çekince koymamıştır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 7. maddesine göre, “*Taraf devletler çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;*

1. *Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının 15 olmasını sağlamayı;*
2. *Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamayı;*
3. *Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı;*
4. *18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı;*
5. *Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı;*

¹⁷ **Centel**, Tankut: “182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi”, **TÜHİS 2002**, 10-17, 11; **Kılıç**, 45.

¹⁸ **Bakırca**, 227, dn. 29; **Ertan**, İ. Mert: “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukukunda Asgari Çıraklık Yaşı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/2, 173-198, 183.

¹⁹ RG, 03.10.2006, 26308.

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

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

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

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

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

d. Avrupa Birliği Direktifi

Avrupa Birliği ile üyelik sürecinde olan Türkiye, Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında 1998 yılından bu yana çocuk işçiliği konusunda sık sık eleştirilmektedir. 2013 yılı Raporunda da çocuk hakları konusunda ve bu kapsamda çocuk işçiliği ile mücadelede Türkiye'nin daha fazla çaba sarf etmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer taraftan Çocuk Hakları Sözleşmesinin İhtiyari Protokolünün imzalanmış olması olumlu olarak değerlendirilmiştir²⁰.

Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı İşte Gençlerin Korunmasına İlişkin Direktifine²¹ göre, çocuk 15 yaşın altında ya da zorunlu eğitime devam etmekte olan kişidir (m. 3/b). Genç ise, 18 yaşın altındaki herkesi kapsar (m. 3/a) ve bu Direktif iş sözleşmesi veya iş ilişkisinin tarafı olan gençlere uygulanır (m. 2/I). Direktifte çocuk işçi tanımlanmamakta, çocukların çalıştırılması yasaklanmaktadır. Buna göre, 15 yaşın üstünde ve zorunlu eğitimi tamamlayan kişiler, çocuk değildir ve Direktifte ergen olarak tanımlanmıştır (m. 3/c). Görüldüğü gibi, Direktif kapsamında genç, iki gruptan oluşur: çocuk ve ergen. Bu gruplardan çocukların çalıştırılması yasak iken ergenlerin çalışma koşullarının düzenlenmesinde Direktif üye ülkelere yükümlülükler yüklemekte ve ergenlerin korunmasını hedeflemektedir. Bu kapsamda iç hukuktaki düzenlemelerin söz konusu Direktife göre yorumlanması gerekmektedir²².

²⁰ Avrupa Birliği Türkiye 2013 İlerleme Raporu için bkz. http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013.pdf (Erişim tarihi: 6.12.2013), 13, 14, 39, 40, 48, 57, 64.

²¹ Tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0033:en:HTML> (Erişim tarihi: 5.12.2013). Direktif ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **Blanpain**, Roger: **European Labour Law**, Lahey 2003, 367 vd.; **Barnard**, Catherine: **EC Employment Law**, Newyork 2000, 421 vd.

²² **Barnard**, 421-422.

2. Hukukumuzdaki Düzenlemeler

a. Anayasa

Anayasanın Başlangıç Kısmında “*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” belirtilmiştir.

Anayasanın 50. maddesine göre “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler, kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*”. Görüldüğü gibi, küçüklerin çalışma şartları bakımından korunması anayasal bir ödevdir.

12 Eylül 2010 tarihinde halk oylamasına sunularak kabul edilen 5982 sayılı Kanun²³ ile Anayasanın 10. maddesine ve 41. maddesine çocuklara ilişkin düzenlemeler eklenmiştir. “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddeye eklenen fıkraya göre “*çocuklar... için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*”. Anayasanın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesine eklenen fıkraya göre “*Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*”.

Ayrıca küçükleri ilgilendiren bir diğer önemli Anayasa maddesi, 42. maddedir. “Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler” başlığı altında eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi düzenlenmiştir. Buna göre, “*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz (f. I). İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur (f. V)*”.

Bu hükümler uyarınca, devlet küçüklerin insan onuruna yakışır bir hayat sürmelerinin sağlanması, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmaması ve istismara maruz kalmamalarını sağlayarak çalışma hayatında küçüklerin özel olarak korunmasını sağlama ödevi altındadır. Bu konuda gerekli tedbirleri alması anayasal bir yükümlülüktür.

b. Kanunlardaki Düzenlemeler

Anayasanın bahsedilen maddelerinin gereği olarak, birçok kanunda küçük işçileri koruyucu düzenlemelerle sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bu konuda 4857 sayılı İş Kanunu²⁴, bu Kanunun yürürlükten kaldırdığı 1475 sayılı İş Kanunu²⁵, 854 sayılı Deniz İş Kanunu²⁶, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu²⁷ gibi kanunlarda çeşitli hükümlere yer verilmiştir²⁸. Aşağıda küçüklerin çalıştırılmasına

²³ RG,13.05.2010, 27580.

²⁴ RG, 10.06.2003, 25134.

²⁵ RG, 01.09.1971, 13943.

²⁶ RG, 29.04.1967, 12586.

²⁷ RG, 06.05.1930, 1489

²⁸ Türkiye’de küçük işçilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Demir*, Çocukların Korunması, 554 vd.

ilişkin kanuni düzenlemeler, İş Hukuku literatüründeki genel yaklaşım çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanununa tabi işlerde çalışıp çalışmamaya göre tasnif edilerek açıklanacaktır.

aa. İş Kanunu Kapsamında Çalışma

İş Kanununun “Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı” başlıklı 71. maddesine göre; “Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar²⁹, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.

Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez.

Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, ondört yaşını bitirmiş ve ilk öğretimini tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabilecekleri ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle³⁰ belirlenir.

²⁹ 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununda (RG, 12.01.1961, 10705) 6287 sayılı Kanun (RG, 11.04.2012, 28261) ile yapılan değişiklik sonucu ilköğretim, dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur (m. 7). İlköğretim, öğrenim çağında bulunan kız ve erkek çocuklar için mecburidir (m. 2). Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter (m. 3). Söz konusu değişiklik ile mecburi eğitim yaşı 6-14 yaştan 6-13 yaşa değişmiştir. Konu hakkında haklı eleştiriler için bkz. **Öngel**, F. Serkan: “4+4+4 Çocuk İşçi Yaşını 13’e Düşürür”, **Bianet**, 09.06.2012, <http://www.bianet.org/biamag/cocuk/138949-4-4-4-cocuk-isci-yasini-13-e-dusurur> (Erişim tarihi: 12.12.2013)

³⁰ Konu hakkında Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılması Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte (RG, 06.04.2004, 25425) yapılan değişiklik ile “16 Yaş Doldurmuş Fakat 18 Yaşını Bitirmemiş Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler” başlıklı Ek-3 Yönetmelik metnine eklenmiştir, RG, 21.02.2013, 28566. Buna göre söz konusu işler: 1. Toprağın pişirilmesi suretiyle imal olunan kiremit, tuğla, ateş tuğlası işleri ile boru, pota, künk ve benzeri inşaat ve mimari malzeme işleri, 2. Kurutma ve yapıştırma işleri, kontrplak, kontratabla, yonga ağaçtan mamul suni tahta ve PVC yüzey kaplamalı suni tahta imali işleri ile empenye işleri, 3. Parafinden eşya imali işleri, 4. Kuş ve hayvan tüyü kıllarının temizlenmesi, didikleme, ayrılması ve bunlara benzer işler, 5. Plastik maddelerin şekillendirilmesi ve plastik eşya imali işleri. (PVC'nin imali ve PVC'den mamül eşyaların yapımı hariç), 6. Mensucattan hazır eşya imali işleri (Perde, ev tekstili, otomobil ürünleri ve benzerleri). 7. Kağıt ve odun hamuru üretimi işleri, 8. Selüloz üretimi işleri, 9. Kağıt ve kağıt ürünlerinden yapılan her türlü eşya ve malzemenin imali işleri, 10. Zahire depolarındaki işler ile un ve çeltik fabrikalarındaki işler, 11. Her türlü mürekkep ve mürekkep ihtiva eden malzeme imali

Temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir.

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 yukarıda birinci fıkrada öngörülen süreleri aşamaz.”.

Madde gerekçesine göre, 1475 sayılı Kanundaki düzenlemeden farklılıklar içeren söz konusu düzenleme ile çalıştırma yaşı ve çocukların çalıştırılması yasası bakımından madde Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifine uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Öncelikle “çocuk” ve “genç işçi” kavramları getirilmiş; 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır. Ancak, istisnaen 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimi bitirmiş çocukların nitelikleri belirtilen hafif işlerde çalıştırılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca maddede, çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işlerde esas alınacak hususlar ve bu işçilerin işyerinde çalışma süreleri okula gidip gitmediklerine göre yeniden düzenlenmiştir.

Madde metni ve gerekçesinde “çocuk işçi” ve “genç işçi” ayırımına yer verilmesine rağmen bu kavramlar tanımlanmamıştır. Bu kavramların tanımı, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte yapılmıştır. Yönetmeliğe göre çocuk işçi, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimi tamamlamış kişi iken genç işçi, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kişidir (m. 4). 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da “genç çalışan” tanımı yapılmıştır. Kanuna göre, 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını doldurmamış çalışan genç çalışandır (m. 3/I, e). Bilindiği gibi, bu Kanun sadece işçilere uygulanmayacak, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere kendi özel kanunlarındaki statüye bakılmaksızın kamu ve özel işyerinde istihdam edilen tüm gerçek kişilere (çalışan) uygulanacaktır. Buna göre, 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını tamamlamamış çırak ve stajyerler de 6331 sayılı Kanun kapsamında genç çalışandır.

Madde gerekçesi, maddenin Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifine uygun olarak tekrar düzenlendiğini belirtmesine rağmen bu saptamanın isabetli olduğunu düşünmemekteyiz. Zira yukarıda da bahsettiğimiz gibi söz konusu Direktifte çocuk işçi ve genç işçi tanımı yapılmamıştır. Direktif, çocuk ve genç tanımı yapmıştır ki bu tanımlar da kanun maddesindeki yaklaşımdan farklıdır. Çocuk, 15 yaşından küçük ya da zorunlu eğitimi devam eden kişidir. Başka bir

işleridir. Aynı Yönetmelikte yapılan bir başka değişiklik ile Yönetmeliğin 5. maddesinin 5. fıkrasına “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.” cümlesi ilave edilmiştir, RG, 25.10.2013, 28802.

ifadeyle İş Kanununun aksine 13 yaşında çalışan kişi de çocuktur. Ayrıca Direktif çocuk işçiliğini yasaklayıcı bir yaklaşım sergilemektedir.

Kanunun 72. maddesi ile maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır. Kanunun 73. maddesine göre de sanayie ait işlerde 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır.

Yönetmelikte yapılan değişiklik ile eklenen fıkraya göre, yaş kayıtlarına bağlı olarak müsaade edilen işlerden olsalar dahi bazı işlerde 18 yaşını doldurmamış işçilerin çalıştırılması yasaklanmıştır. Bunlar; hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri, alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işleri, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işler, gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işler, aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işler, sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işler, radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlarla maruz kalınması ihtimali olan işler, fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işler, parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işler, eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine imkan sağlamayan işler, işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işler, eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işler, para taşıma ve tahsilat işleri ile 4857 sayılı İş Kanununun 69. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerdir (m. 5/son). Buna göre, 18 yaşından küçükleri sanayie ait işlerde gece çalıştırma yasağı kanun ile öngörülmüş iken sanayie ait olmayan işlerde gece çalıştırma yasağı Yönetmelik ile düzenlenmiştir³¹. Bu düzenlemenin başta 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesi olmak üzere uluslararası sözleşmelere uygun olduğu savunulabilir. Ancak yasağın tehlikeli işler bakımından sadece gece çalışma için değil, gündüz çalışmayı da kapsayacak şekilde kapsamının genişletilmesi gerekir. Her ne kadar Yönetmelikte bazı tehlikeli işler bakımından genel olarak 18 yaşından küçükleri çalıştırma yasağına yer verilse de konunun düzenleniş tarzı iki yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle, bu yasağa ilişkin işlerin sınırlı sayıda sayılma yöntemi ile belirtilmesi isabetsizdir. Zira, bu sayılanlar dışında tehlikeli işlerin mevcudiyeti de söz konusu olabilir. Ayrıca, böyle önemli bir yasağın yeri Yönetmelik değil, Kanundur.

İş Kanununda yıllık izin hakkı bakımından da küçük işçileri koruyucu düzenlemeler öngörülmüştür. Kanunun m. 53/V hükmünde, kıdemine bakılmaksızın

³¹ *Akm*, Yönetmelikte yapılan bu değişiklik öncesinde 16 yaşından küçüklerin sanayie ait olmayan işlerde de gece çalıştırılmayacağına savunmuştur. Yazar, İş Kanununda boşluk olduğundan yola çıkarak Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 174 hükmünün uygulanması gerektiği görüşündedir. Buna göre, İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın 16 ila 18 yaşındaki küçüklerin sanayie ait olmayan işlerde gece çalıştırılabileceğine ilişkin görüşü için bkz. *Akm*, Working Conditions, 58.

yaşı 18 ve daha küçük olan işçilere verilecek yıllık izin süresinin 20 günden az olamayacağı hükme bağlanmıştır³². Oysa yıllık izin süresi kural olarak kıdemi bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlar için on dört günden az olamaz (m. 53/IV). İş Kanunu m. 71 hükmüne göre çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te³³ de, çocuk ve genç işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin 20 günden az olamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu Yönetmeliğe göre yıllık ücretli iznin kesintisiz kullanılması esas iken ancak yararı olduğu durumlarda çocuk ve genç işçinin isteği üzerine en fazla ikiye bölünerek kullanılması mümkündür (m. 10/I). Okula veya eğitime devam eden çocuk ve genç işçilere yıllık ücretli izinleri okulların tatil olduğu, kursa ve diğer eğitim programlarına devam edilmediği dönemlerde verilir (m. 10/II)³⁴.

ab. İş Kanunu Kapsamı Dışında Çalışma

(1) Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışma

854 sayılı Deniz İş Kanunu, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanmaktadır. Bir iş sözleşmesine dayanılarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemiadamı" denir (m. 2/I, B)³⁵. Kanunda küçüklerin çalışmasına ilişkin özel hükümler yer almamaktadır. Ancak gemiadamı olma koşulları arasında yeterlik dereceleri için yaş koşulu öngörülmüştür (Gemiadamları Yönetmeliği³⁶ m. 50/I, b).

Güverte sınıfı gemiadamı yeterliklerini sağlamak için tayfalardan gemici olmak için müracaat edenler 16 yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak, usta gemici olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak; güverte lostromosu olmak için müracaat edenlerden sınırlı Vardiya Zabiti; yakın kıyusal sefer bölgesinde sefer yapan 500 GT'den daha küçük gemilerde sınırlı vardiya zabiti olmak için müracaat edenler 18 yaşını bitirmiş olmak; sınırlı kaptan, yakın kıyusal sefer bölgesinde sefer yapan 500 GT'den küçük gemilerde sınırlı kaptan olmak için müracaat edenlerden 20 yaşını bitirmiş olmak; vardiya zabiti 500-3000 GT arası gemilerde vardiya zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olmak; uzakyol vardiya zabiti 3000 GT ve daha büyük gemilerde uzakyol vardiya zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olmak gerekir (Yönetmelik m. 8).

³² *Demir*, Çocukların Korunması, 572.

³³ RG, 06.04.2004, 25425.

³⁴ Konu hakkında bkz. *Tuğ*, Adnan/*Baysal*, Ulaş: "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, 1869-1880, 1876-1877.

³⁵ Konu hakkında bkz. *Kar*, Bektaş: *Deniz İş Hukuku*, Ankara 2012, 75 vd.

³⁶ RG, 31.07.2002, 24832.

Makine sınıfı gemiadamı yeterliklerini sağlamak için Tayfalar yağcı olmak için müracaat edenlerden 16 yaşını bitirmek, usta makina tayfası olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek, elektro-teknik tayfası olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek; Başmühendis/Başmakineistler ve Makine Zabıtları Sınırlı Makine Zabiti 750 kW'den daha küçük ana makine ile yürütülen ve yakın kıyısız sefer yapan gemilerde sınırlı makine zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek, Sınırlı Başmakineist 750 kW'den daha küçük ana makine ile yürütülen ve yakın kıyısız sefer yapan gemilerde sınırlı başmakineist olmak için müracaat edenlerden 20 yaşını bitirmek, Makine Zabiti 750-3000 kW arası ana makine ile yürütülen gemilerde makine zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olmak, Uzakyol Vardiya Mühendisi/Makinisti 3000 kW'den büyük ana makine ile yürütülen gemilerde uzakyol vardiya mühendisi/makinisti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmek gerekir (Yönetmelik m. 9).

Yardımcı sınıf gemiadamları yeterliklerini sağlamak için elektrikçi ve elektronikçinin 18 yaşını bitirmiş olması; Elektro-teknik zabiti 750 kW ve üstü ana makine ile yürütülen gemilerde elektro-teknik zabiti olmak için müracaat edenlerden 18 yaşını bitirmiş olması; güverte ve makine stajyerinin 16 yaşını bitirmiş olması; kamarotun 16 yaşını tamamlamış olması; aşçının 18 yaşını tamamlamış olması gerekir (Yönetmelik m. 10).

Yat sınıfı gemiadamları yeterliklerini sağlamak için Yat Kaptanı (499 GT) en yakın karadan 200 milden daha fazla uzaklaşmadan, 499 GT ve daha küçük özel ve ticari yatlarda Yat Sınıfı gemiadamı olmak için müracaat edenlerden 21 yaşını bitirmiş olmak; Yat Kaptanı (2999 GT) 500-2999 GT arasındaki özel ve ticari yatlarda kaptan olmak için müracaat edenlerden 23 yaşını bitirmiş olmak gerekir (Yönetmelik m. 11).

Balıkçı sınıfı gemiadamları yeterliklerini sağlamak için Balıkçı Gemisi Kaptanı; balıkçı gemisi kaptanı olmak için müracaat edenler 18 yaşını bitirmiş olmak; açık deniz balıkçı gemisi kaptanı olmak için müracaat edenler 20 yaşını bitirmiş olmak gerekir (Yönetmelik m. 12). Can kurtarma araçlarını kullanma yeterliği belgesi 18 yaşından küçük olmayan gemiadamlarına düzenlenebilir (Yönetmelik m. 19).

Ayrıca yaş konusunda Deniz İş Kanununda açık bir düzenleme yer alamamakla birlikte 6. maddede trimciler ve ateşçiler ile yapılacak iş sözleşmelerinde 25.05.1959 gün ve 7292 sayılı Kanunla onanan sözleşmenin özetinin yer alması gerektiğini düzenlemiştir. Bu Sözleşme, 1921 kabul tarihli 15 sayılı UÇÖ sözleşmesi olup söz konusu Sözleşmeye göre asgari çalışma yaşı 18'dir. Ancak 138 sayılı Sözleşmenin yükümlülüklerinin kabulü, yürürlüğe girmesi halinde ve yürürlüğü girdiği tarihte 15 sayılı UÇÖ sözleşmesinin yürürlükten kalkması gerektirir (138 sayılı Sözleşme m. 10/son). Deniz işleri, doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını tehlikeye düşürebilecek nitelikte olması sebebiyle tehlikeli

işlere girer (138 sayılı Sözleşme m. 3/I) ve bu işler bakımından asgari çalışma yaşı 18'dir³⁷.

Belirtelim ki, 138 sayılı Sözleşme tehlikeli işler bakımından yaş sınırına ilişkin bir istisna getirmiştir. Sözleşmeye göre, ulusal mevzuat ile genç kişilerin sağlığı, güvenliğinin ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görmeleri koşuluyla 16 yaşından itibaren istihdamlarına veya çalışmalarına izin verilebilir (m.3/III).

Yönetmelikte de gemiadamlarının 16 yaşını tamamlaması yeterlik belgelerini almak için yaş koşulunu sağlamak bakımından yeterlidir. Ancak yaş koşulu yanında zorunlu eğitimi tamamlamak ile mesleki eğitim konusunda da belirli koşullar öngörülmüştür. Bu kapsamda söz konusu düzenlemelerin 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesine uygun olduğu savunulabilir³⁸.

Yıllık izin konusunda Deniz İş Kanununda küçük çalışanlar için özel düzenleme yer almamaktadır. Kanuna göre, izin süresi altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemiadamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz. Söz konusu düzenleme genel kanun olan Türk Borçlar Kanununun 422. maddesindeki düzenleme bakımından küçük işçinin daha lehine olduğu için yıllık izin konusunda DİK hükmü uygulanacaktır.

(2) *Basın İş Kanunu Kapsamında Çalışma*

Basın İş Kanununda³⁹ küçüklerin çalışmasına ilişkin özel düzenleme bulunmadığından genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu uygulama bulacaktır.

Ancak belirtelim ki, Basın İş Kanununda öngörülen yıllık izin hakkı, küçük işçiler dahil bu kanun kapsamındaki tüm işçilere (gazeteci) uygulanacaktır. Buna göre, günlük mevcutelerde çalışan küçük gazetecilere en az bir yıl çalışmış olmak koşuluyla yılda dört hafta tam ücretli izin verilirken günlük olmayan mevcutelerde çalışan küçük gazetecilere de her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verilir (m. 21/II).

(3) *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Çalışma*

İş Kanunu m. 4 hükmünde sayılmak suretiyle bu Kanunun kapsamı dışında kalan işlere, bu işlerin Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununun da kapsamına

³⁷ Ayrıca bkz. *Bakırcı*, 229; *Bayram*, Fuat: "AB İlerleme Raporundaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007/13, 51-96, 71; *Kılıç*, 95; *Kar*, 125.

³⁸ Yönetmeliğin 23.08.2012 tarih ve 28390 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile değiştirilmeden önceki haline ilişkin benzer değerlendirmeler için *Bakırcı*, 230; *Bayram*, AB İlerleme Raporu, 72-73.

³⁹ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 20.06.1952, 8140.

girmemeleri durumunda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Bu kapsamda çalışan küçük işçiler bakımından da Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Yine, Basın İş Kanununda küçük işçilerin çalışması konusunda boşluk bulunduğu için Basın İş Kanunu kapsamına giren işlerde çalışan küçük işçiler bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Ancak, Türk Borçlar Kanununda da küçüklerin çalışmasına ilişkin çok sayıda özel düzenlemenin olduğu söylenemez.

Bu konuda tek özel düzenleme, TBK m. 422 hükmüdür. Bu maddeye göre, işveren 18 yaşından küçük işçilere en az üç hafta yıllık izin vermekle yükümlü kılınmıştır.

Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işlerde çalışan küçükler hakkında 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu uygulama bulacaktır⁴⁰. Bu Kanuna göre, 12 yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı yasaktır. 12 yaş ile 16 arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azami sekiz saatten fazla çalıştırılmaz (m. 173). 12 yaş ile 16 yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları yasaktır (m. 174). Mahallî belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur (m. 176)⁴¹.

Görüldüğü gibi, Umumi Hıfzısıhha Kanununda asgari çalışma yaşı 12 olarak öngörülmüştür. Ancak, bu mutlak bir kural değildir. Kanunla, ilköğretim çağına olup mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenlerin ücretli veya ücretsiz çalışması yasaklanmıştır (m. 59/I). 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununa göre, mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter. İlköğretim, dört yıl süreli ve zorunlu ilköğretim ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur.

İlköğretim kurumlarına devam eden küçüklerin ise ancak çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümlerinin uygulanması koşuluyla ve ders zamanları dışında ça-

⁴⁰ Benzer yönde *Demir*, Çocukların Korunması, 565; *Bakırcı*, 229; *Centel*, Tankut: **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul 1982, 137; *Kılıç*, 97.

⁴¹ Yasağın maddede sayılı yerler ile sınırlı olmadığı, genel olarak eğlence işyerlerini kapsadığı kabul edilmelidir. *Centel*, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, 140; *Engin*, Murat: "Gençlerin İş Güvenliği", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1994, 16-17; *Tuğ/Baysal*, Çocuk ve Genç İşçi, 1877; *Seçer*, Öz: "Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/28, 1425-1453, 1438. Ayrıca daha sonra kabul edilen Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun (2559 sayılı Kanun, RG, 14.07.1934, 2751) 4771 sayılı Kanun (RG, 09.08.2002, 24841) ile değiştirilen m. 12/I hükmüne göre, kanuni istisnalar saklı kalmak üzere eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz.

lıştırılması mümkündür (m. 59/II). Bu çalışmanın uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler uyarınca ancak küçüklerin öğrenim haklarından tam olarak yararlanmalarına engel olmayacak hafif işlerle sınırlı olduğu savunulmuştur⁴².

Belirtelim ki, Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 179/son hükmüne göre 12'den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir. Bu madde uyarınca bu Kanunun uygulandığı Türk Borçlar Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamına giren işler bakımından da dolaylı olarak İş Kanunu hükümlerinin uygulama bulacağını savunmak yanlış olmaz. 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanununun zaman içinde birçok değişikliklere uğramasına rağmen ilginçtir ki küçüklerin çalışmasına ilişkin hükümler (günümüz itibariyle) 84 yıldır değişmeden aynı şekilde kalmıştır. Bu durumun küçüğün yararı ilkesinin gerektirdiği korumayı sağlayamadığı bir gerçektir. Bu kanundaki düzenlemeler uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu gibi İş Kanunu ile de uyumsuzluk içindedir⁴³. 16 yaşından büyük çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğunun tespitinde İş Kanununun uygulama bulamayacak olması da kanunların kapsamına giren küçükler bakımından farklı esasların uygulanması anlamına gelmektedir ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu sebeplerle, mevzuatta değişiklik yapılması bir gerekliliktir.

3. Değerlendirme

Türk Hukukunda küçüklerin çalışmasına ilişkin asgari çalışma yaşı ve çalışma koşullarına ilişkin olarak farklı kanunlarda farklı düzenlemeler yer almakta ve bu düzenlemeler farklı esasları benimsemektedir. İş Kanununda asgari çalışma yaşı kural olarak 15, istisnaen 14 yaş olarak öngörülürken, Deniz İş Kanununda çalışılan işe göre 16 veya 18 yaş kabul edilmekte, Basın İş Kanununa ve Türk Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan küçükler bakımından Umumi Hıfzısıhha Kanununun uygulaması gereği kural olarak 12 yaş benimsenmektedir. Bu farklılıkların yapılan işin niteliğinden kaynaklandığını savunmak mümkün olmadığı gibi, öngörülen esasların Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olduğunu savunmak da mümkün değildir⁴⁴.

Söz konusu uluslararası sözleşmelerde ve konu ile ilgili AB Direktifinde asgari çalışma yaşı kural olarak 15 olarak kabul edilirken bu koşulun yanında zorunlu ilköğretim eğitiminin tamamlanması koşuluna da yer verilmiştir. İş Kanununda 14

⁴² *Bakırcı*, 258-259.

⁴³ Benzer yönde *Tuğ/Baysal*, Çocuk ve Genç İşçi, 1871; *Ertan*, Asgari Çıracılık Yaşı, 193.

⁴⁴ *Bakırcı*, 81-85; *Urbanoğlu Cengiz*, İhtar: "4857 sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat 2012, Y. 24, S. 98, 203-230, 206, dn. 9.

ila 15 yaşındaki çocuk işçiler bakımından öngörülen ilköğretimi tamamlama koşulunun 15 ila 18 yaşındaki genç işçiler bakımından aranmaması isabetli değildir. Basın İş Kanununa ve Türk Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan küçükler bakımından Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre ilköğretim çağında olup okula gitmeyenler bakımından öngörülen çalışma yasağına rağmen, okula gidenlerin çalışmasına izin verilmesi isabetli değildir. Zira, bahsedilen kişiler ilköğretimi tamamlama yaşından küçük olabilmektedir ve bunların çalıştırılması uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırıdır. Bu yüzden Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 179/son hükmünde İş Kanununa yapılan atıftan hareketle asgari çalışma yaşına ilişkin olarak da İş Kanunundaki esasların benimsenmesi düşünülebilir. Başka bir ifadeyle, 12'den 16 yaşına kadar küçüklerin istihdamı memnu olan sıhhate muğayir ve muharatalı işlerin neden ibaret olduğunun belirlenmesinde İş Kanunu esas alınacağından İş Kanunu ile öngörülen asgari yaş sınırı da bu bağlamda düşünülerek TBK ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulanmalıdır. Zira, kural olarak 15 yaşından önce çalışmanın da küçüğün sağlığına aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Belirtelim ki, özellikle küçük işçilerin ağırlıklı olarak çalıştırdıkları işlerin İş Kanunu kapsamı dışında kalan işler olması sebebiyle kanuni düzenlemeler arasında yaratılan farklılık küçüğün üstün yararının gözetilmesi ilkesine aykırı olduğu gibi eşitlik ilkesine de aykırıdır. Mesela mevzuata göre 50 ve daha az işçi çalıştıran tarım işyerleri ve işletmelerinde TBK uygulanır (İş K. m. 4/I, b). 51 işçi çalıştıran bir tarım işyerinde İş Kanunu uygulanırken 50 işçi çalıştıran bir tarım işyerinde Türk Borçlar Kanununun uygulanması ve bu kapsamda küçüklerin çalıştırılması bakımından farklı asgari çalışma yaşının ve esasların benimsenmesi makul müdür ya da küçüklerin korunması bakımından yaratılan bu farklılık ölçülü müdür? Yine, 51 işçi çalıştıran tarım işyerinde 17 yaşındaki işçi küçüklere yönelik korumadan yararlanırken aynı yaştaki işçinin 50 işçi çalıştıran tarım işyerinde yetişkin olarak kabulü isabetli midir? Bu soruların olumlu cevaplanması kanaatimizce mümkün değildir.

Yine, mevzuata göre bir ailenin üyeleri ve üçüncü dereceye kadar (dahil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışanlar TBK kapsamındadır (İş K. m. 4/I, d). Bu durumda evde el sanatlarında iki kardeşi ile çalışan küçük TBK kapsamında iken iki kuzeni ile birlikte çalışan küçüğün İş Kanunu kapsamında olması söz konusu olacaktır.

Küçüklerin farklı kanunlara tabi olmaları sebebiyle farklı korumaya tabi tutulması son derece sakıncalıdır. İş Kanunu kapsamı dışındaki işlerin küçüklerin ağırlıklı olarak çalıştırıldığı alanlar olması küçük işçilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin kapsamının sınırlı kalması sebebiyle küçüklerin korunması bakımından olması gerekenin gerisinde bir güvence sağlamaktadır. İstatistikler, vahameti ortaya koymaktadır. Türkiye'de TÜİK tarafından yapılan anket çalışmalarının sonuçlarına

göre, tarımda istihdam edilen çocuklar, çalışan çocukların en geniş kitlesini oluşturmaktadır. TÜİK (2006) verilerine göre, çalışan çocukların % 41'i tarım işçisi (392 bin kişi), % 43,7'si ücretsiz aile işçisi olarak çalışmaktadır⁴⁵.

Kanaatimizce uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin de gereği olarak hemen yapılması gereken, hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın, küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin özel düzenlemeler yapılarak asgari çalışma yaşının tehlikeli işler haricinde kural olarak 15 yaş olarak benimsenmesi, tehlikeli işlerde bu yaşın 18 olarak öngörülmesi ve her halükarda küçüklerin çalışmasının zorunlu eğitimi tamamlama koşuluna bağlanmasıdır⁴⁶. Ayrıca bu konuda zorunlu eğitimi tamamlama yaşı ile asgari çalışma yaşı arasında uyum sağlanması da önemlidir. Aksi takdirde mevcut durumda olduğu gibi zorunlu eğitimi 13 yaşında tamamlayan küçüğün fiiliyatta asgari çalışma yaşından önce çalıştırılmasının ve bu şekilde ekonomik sömürüye maruz kalmasının önü açılmış olmaktadır⁴⁷. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi de Türkiye'ye zorunlu eğitimi tamamlama yaşı ile asgari çalışma yaşının aynı belirlenmesi yönünde tavsiyede bulunmuştur⁴⁸. Bu

⁴⁵ İstatistiki verilen için bkz. <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/cgm.portal?page=cc&cid=3> (Erişim tarihi: 18.12.2013). Küçüklerin tarımda çalışmasına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. *Gülçubuk*, Bülent: "Tarımda Çocuk Emegi Sömürüsü ve Toplumsal Duyarlılık", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2012/2, 75-94.

⁴⁶ Konu hakkında 24. Dönem 3. Yasama Yılında Cumhuriyet Halk Partisi İstanbul Milletvekili Süleyman Çelebi tarafından İş Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi sunulmuştur. Kanun teklifi, 29.4.2013 tarihi itibarıyla Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu (Esas Komisyon) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu (Tali Komisyon) gündemindedir. Kanun teklifi ile on beş yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılabilmelerine yönelik istisnaların kaldırılması ve bu yaşı doldurmayanların hiçbir şekilde çalıştırılmaması, sanayiye ait işlerde ise on sekiz yaşını doldurmuş çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır.

Kanun teklifine göre, "22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu m. 71 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve 73 üncü maddesinin birinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 'Onbeş yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılması; sanayie ait işlerde ise onsekiz yaşını doldurmuş çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması yasaktır.'" Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owal/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=127058 (Erişim tarihi: 12.12.2013).

⁴⁷ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 43. maddesi uyarınca kurulan Çocuk Hakları Komitesinin asgari çalışma yaşı ve zorunlu eğitimin sona erme yaşı arasında uyumun sağlanması gerekliliği yönündeki raporu için bkz. UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child, Ninth Session** (Geneva, 22 May-9 June 1995), 9 June 1995, CRC/C/43, <http://www.refworld.org/docid/3f4773d34.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013), parag. 175; UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Thirty-second Session** (13 - 31 January 2003), 23 June 2003, CRC/C/124, <http://www.refworld.org/docid/417679f44.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013), parag. 449; ayrıca bkz. Ertan, Asgari Çıracılık Yaşı, 180.

⁴⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Twenty-seventh Session** (Geneva, 21 May-8 June 2001), 23 July 2001, CRC/C/108, <http://www.refworld.org/docid/3f487f254.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013), parag. 106. Aynı yönde Centel, Çocukların İş Güvenliği, 94.

kapsamda 2012 yılında yapılan değişiklik⁴⁹ ile zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının 14 yaşından 13 yaşına indirilmesinin isabetli olmadığı açıktır. Oysa yapılması gereken zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının asgari çalışma yaşı olan 15 yaşa yükseltilmesi idi⁵⁰.

Hatırlatalım ki, UÇÖ verilerine göre, Türkiye’de 1997 yılında zorunlu eğitimin 5 yıldan 8 yıla çıkarılmasının etkisiyle 1994 yılında ekonomik faaliyette bulunan 1 milyon çocuk sayısı, 1999 yılında yarı yarıya azalmıştır⁵¹. İlköğretimi tamamlama yaşının 13 yaşına indirilmesinin küçük işçi yaşını fiilen 13’e düşüreceği ve küçük işçi sayısını artıracacağı ne yazık ki öngörülebilir bir sonuçtur⁵².

Ayrıca belirtelim ki, Anayasa m. 90/son hükmü gereği başta 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin Türk İş Hukuku mevzuatının bir parçası haline geldiği de savunulmaktadır⁵³. Gerçekten, özellikle asgari çalışma yaşı konusunda 138 sayılı UÇÖ Sözleşmesi ve de 158 sayılı UÇÖ Sözleşmesindeki düzenlemeler kanun hükmündedir. Bu düzenlemelerin doğrudan uygulanabilir olduğu kabul edilmelidir. Zira bu konuda Sözleşme hükümleri ile kanun hükümleri arasında bir çatışma vardır. Bu durumda kanun maddelerine üstünlük tanımak sözleşmelerin amacına ve ruhuna uygun değildir. Bu kapsamda küçüklerin üstün yararının gözetilmesi amacını taşıyan ve özellikle asgari çalışma yaşı konusundaki UÇÖ Sözleşmeleri hükümlerinin doğrudan uygulanması, mahkemeler tarafından kararlara yansıtılması, kararlarda gerekçe olarak gösterilmesi, temyiz nedeni olması ve yüksek yargı içtihatlarında kanun hükmü gibi yer alması gerekmektedir⁵⁴. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde küçük işçilerin korunmasına ilişkin olarak kanunlar arasındaki makul ve ölçülü olmayan farklılık da engellenmiş olacaktır.

⁴⁹ 6287 sayılı İlköğretim ve eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, RG, 11.04.2012, 28261.

⁵⁰ Ertan, *Asgari Çıracılık Yaşı*, 194.

⁵¹ International Labour Organization (ILO), **The End of Child Labour: Within Reach, Global Report Under The Follow-up to The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work**, 2006, International Labour Conference, 95th Session, Report I (B), Geneva, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-b.pdf> (Erişim tarihi: 12.12.2013), 12; **Kılıç**, Cem: “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Programı-IPEC)” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Yıl 2001, 49-63, 61. Bu gerekçeye de dayanarak zorunlu eğitimin 8 yıla çıkarılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Centel**, Tankut: “Çalışan Çocukların Hakları ve Türkiye”, **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, 19-38, 37.

⁵² **Öngel**, Çocuk İşçi Yaşı, 1.

⁵³ **Bayram**, AB İlerleme Raporu, 73.

⁵⁴ UÇÖ Sözleşmelerinin doğrudan etkisi konusunda **Taşkın**, Ahmet: “Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2011/30, 451-490, 480, 486.

II. YASAK VE SINIRLAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

On sekiz yaşından küçüklerin çalışmasına ilişkin olarak mevzuatta öngörülen maddelerdeki yasak ve sınırlamaların hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Hakim görüş tarafından konu ehliyet sorunu olarak kabul edilirken⁵⁵ ehliyetin hak ehliyeti⁵⁶ mi fiil ehliyeti⁵⁷ mi olduğunu konusunda görüş birliği mevcut değildir.

Hak ehliyeti, genel olarak haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti olarak tanımlanabilir. Türk Medeni Kanunu⁵⁸ m. 8 hükmünde hak ehliyetine ilişkin olarak genellik ve eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Maddeye göre “*Her insanın hak ehliyeti vardır (f. I). Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittir (f. II, c. 2).*”. Görüldüğü gibi, hak ehliyetine hukuk düzeni tarafından bir takım sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Bu konuda kanunun öngörülen farklılıkların bazılarının dayanağı, yaştır. Mesela, TMK m. 124 hükmüne göre, erkek ve kadınlar kural olarak 17 yaşını doldurmadıkça evlenemez; ancak olağanüstü hallerde hakim, önemli bir sebep varsa, 16 yaşını doldurmuş kadın veya erkeğin evlenmesine izin verebilir. Yaş sebebiyle hak ehliyetinin sınırlandırıldığı başka bir kanuni düzenleme örneği, evlat edinmeye ilişkin TMK m. 305 vd. hükümleridir. Bu maddelere göre, kural olarak birlikte evlat edinmeleri zorunlu olan eşlerin ya her ikisinin de 30 yaşını doldurmuş olmaları ya da 30 yaşını doldurmamış olmakla birlikte beş yıldan beri evli olmaları, gerekmektedir (m. 306/II). Eşlerden biri diğerrinin çocuğunu evlat edinecekse de söz konusu eşin ya 30 yaşını doldurmuş olması ya da evliliğin en az iki yıldır devam ediyor olması gerekmektedir (m. 306/III)⁵⁹.

⁵⁵ *Saymen*, Ferit H.: **Türk İş Hukuku**, İstanbul 1954, 458 vd.; *Tunçomağ*, Kenan: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, 82; *Tunçomağ*, Kenan/*Centel*, Tankut: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 2008, 79-80; *Selçuki*, Sabih: **İlmi-Kazi İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 1967, 51 vd.; *Çelik*, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, 125.

⁵⁶ *Mollamahmutoğlu*, Hamdi/*Astarlı*, Muhittin: **İş Hukuku**, Ankara 2011, 429; *Urbanoğlu Cengiz*, Ehliyet, 210; ayrıca bkz. *Centel*, Çocuk ve Gençlerin İş Güvenliği, 134.

⁵⁷ *Saymen*, 458; *Selçuki*, 50.

⁵⁸ 4721 sayılı Kanun, RG, 08.12.2001, 24607.

⁵⁹ Yaş sebebiyle başka bir hak ehliyeti sınırlaması vasiyetname ve miras sözleşmesi yapılması konusunda getirilmiştir. TMK m. 502 hükmüne göre, vasiyetname yapabilmeye ehliyetine sahip olabilmek için 15 yaşını doldurmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak; TMK m. 503 hükmüne göre, miras sözleşmesi yapabilmek için ise tam fiil ehliyetine sahip olmak yani ergin olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamak gerekmektedir. Hak ehliyetinin ergin olma koşuluna bağlandığı başka sınırlayıcı düzenlemeler, kefil olma, vakıf kurma, önemli bağışta bulunma (TMK m. 449, 343); vasi olarak atanma (TMK m. 413); din seçme (TMK m. 341); çocuk dernekleri dışındaki dernekleri kurma (TMK m. 64; Dernekler Kanunu m. 3) konularındadır. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Dural*, Mustafa/*Öğüz*, Tufan: **Türk Özel Hukuku C. 2 Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013, 39 vd.; *Oğuzman*, M. Kemal/*Seliçi*, Özer/*Oktay Özdemir*, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2010, 42; *Hatemi*, Hüseyin/*Kalkan Oğuztürk*, Burcu: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2013, 4-5.

Hak ehliyetini yaş sebebiyle sınırlayan söz konusu düzenlemelerden farklı olarak, İş Hukuku mevzuatında küçüklerin çalışmalarına ilişkin yasak ve sınırlamaların küçüğün çalışma hakkına ve çalışma ilişkisinden doğan borçlara sahip olmasına ehil olması şeklinde değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır. Zira, bu düzenlemeler ile amaçlanan, küçüklerin ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunmasıdır. Söz konusu yasak ve sınırlamalar küçüğün hak ehliyetini sınırlamadığı gibi, aksine küçüğün korunmasına yönelik bir hak niteliğindedir. Ayrıca belirtelim ki, hak ehliyetinde temel ilkenin genellik ve eşitlik olması sebebiyle, hak ehliyeti bakımından sınırlama getiren düzenlemelerin uygulama alanının kuşkulu olması halinde TMK m. 8/II hükmünün dar yorumlanması gerekir⁶⁰. Bu sebeplerle, İş Hukuku mevzuatındaki küçüklerin çalışmasına ilişkin yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümlerin küçüğün hak ehliyetinin sınırlandırılması şeklinde kabul edilemez.

Diğer taraftan, söz konusu yasak ve sınırlamaların, küçüğün fiil ehliyeti sınırlaması olarak nitelendirilmesi de yerinde olamayacaktır. Bilindiği gibi, fiil ehliyeti kişinin kendi fiiliyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesidir (TMK m. 9). Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin fiil ehliyetine sahiptir (TMK m. 10). Erginlik, kişinin 18 yaşının doldurulmasıyla başlar (m. 11); ancak 15 yaşını dolduran küçük kendi isteğiyle ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir (m. 12). Evlenme de kişiyi ergin kılar (m. 11/II).

Ayırt etme gücüne sahip olan küçük -ergin kılınmadığı takdirde- sınırlı ehliyetsiz grubuna dahildir ve TMK m. 16 hükmüne göre yasal temsilcisinin rızası olmadıkça kendi istemiyle kural olarak borç altına giremez. Küçüğün yasal temsilcisi, velayet altında mı vesayet altında mı olduğuna göre değişmektedir. TMK m. 335 hükmüne göre, ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır ve yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanılmak zorundadırlar (m. 336/I). Sınırlı ehliyetsiz küçüğün işlemlerine ana ve babanın birlikte rıza göstermesi aranır. Ancak, velayet hakkı, boşanmada çocuk kendisine bırakılan tarafa, ölüm halinde sağ kalan eşe ait olduğundan ve ortak hayata son verilme veya ayrılık halinde hakim tarafından birine verileceğinden velayet hakkı ana ve babadan hangisine verilmişse onun rızası yeterli olacaktır⁶¹.

⁶⁰ *Oğuzman/Seliçi /Oktay Özdemir*, 40-41.

⁶¹ *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, 69; *Dural/Öğüz*, 80; *Kökkelinç Eraltuğ, Aşegül/Fırat Şimşek*, Aşşe: "Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2009/21, 89-118, 99. Yargıtay da ayırt etme gücü bulunmakla birlikte ergin olmayan küçüğe çalışmasının karşılığı olarak aylık ücretleri ile izin ücretinin ödenmeyeceğine hükmeden yerel mahkeme kararını velinin izniyle çalışmaya başlamış olması sebebiyle bozmuştur, Yarg. 9. HD 12.02.2002, E. 2001/17321, K. 2002/2667, Kazancı İçtihat Bankası.

Velayet altında bulunmayan küçükler, vesayet altına alınır (m. 404/I). Bu durumda küçüğün iş sözleşmesine vasisi rıza gösterecektir⁶². TMK m. 462/I, b. 7 hükmü gereği iş sözleşmesinin geçerliliği için vasinin rızası yanında sulh mahkemesinin de izni gerekir⁶³.

Küçüğün iş sözleşmesi ile borç altına girebilmesi için küçüğün velisi/velilerinin rızası veya vesayet altındaysa vasisinin rızasıyla sulh mahkemesinin izni gerekir. Rıza, açık olabileceği gibi örtülü olarak da verilebilir⁶⁴. Yasal temsilci işleme baştan rıza gösterebileceği (izin) gibi sonradan da rıza verebilir (onay). İş sözleşmesinin rıza olmadığı durumlarda geçersizliği gündeme gelebilecek olmakla birlikte somut olayın özelliklerine göre farklı değerlendirmeler de söz konusu olabilecektir⁶⁵. Ancak, her halükarda söz konusu ehliyet sorunları ile İş Hukuku mevzuatında küçük işçilerin korunmasına yönelik yasak ve sınırlamalar birbirinden ayrılacaktır. Sınırlı ehliyetsiz grubunda yer alan küçük, yasal temsilcinin rızasını almak koşuluyla (ve gerektiği durumlarda sulh mahkemesinin izni ile) iş sözleşmesi ehliyet sorunu orta-

⁶² *Dural/Öğüz*, 80; *Kökkılınç Eraltuğ/Fırat Şimşek*, Çocuk ve Genç İşçi, 100.

⁶³ *Tunçomağ/Centel*, 80; *Öğüz*, M. Tufan: "Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar", Sicil, Mart 2008, 23-26, 24.

⁶⁴ *Oğuzman/Seliçi /Oktay Özdemir*, 70; *Dural/Öğüz*, 81; *Öğüz*, 24; *Kökkılınç Eraltuğ/Fırat Şimşek*, Çocuk ve Genç İşçi, 100; *Tunçomağ*, 81; *Tunçomağ/Centel*, 79; *Eyrenci*, Öner/*Taşkent*, Savaş/*Ulucan*, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul 2006, 87; *Demir*, Çocukların Korunması, 567; Aynı Yazar: *İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir 2013, 92; *Akyiğit*, Ercan: *İş Hukuku*, Ankara 2013, 106.

⁶⁵ İlk hal olarak ana ve babanın birlikte velayet hakkına sahip olduğu durumlar bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Burada ana ve babanın birlikte rıza göstermesi gerekmele birlikte TMK m. 342/II hükmüne göre "iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin değerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler". Bu hüküm uyarınca ana veya babadan birinin rızasının olduğu durumlarda iş sözleşmesinin diğer tarafın iyiniyeti halinde, iş sözleşmesi geçerli olarak kurulacaktır. Ancak iş sözleşmesinin diğer tarafının diğer yasal temsilcinin rızasının olmadığı bildiği veya gerekli özeni gösterdiği takdirde bilebileceği durumlarda iş sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olabilecektir. Velayet hakkının ana veya babadan sadece birine ait olması halinde bu hakka sahip kişinin tek başına rıza göstermesi yeterlidir. Her halükarda veli veya velilerin küçüğün bir meslek yürütmesi veya ev dışına çıkmasına izin vermekle, bu yaşamın gerektirdiği sözleşmeleri de yapmaya rıza gösterdiği kabul edilmelidir. *Tunçomağ*, 81; *Tunçomağ/Centel*, 79; *Aktay*, A. *Nizamettin/Arıcı*, Kadir/*Senyen Kaplan*, E. *Tuncay: İş Hukuku*, Ankara 2012, 72; *Demir*, Çocukların Korunması, 567. Aynı Yazar, 92; ayrıca bkz. *Akyiğit*, İş Hukuku, 106.

Küçüğün velayet değil vesayet altında olduğu durumlarda ise vasinin rızasının yanında sulh mahkemesinin izni gerektiğinden vasi rıza gösterse dahi sulh mahkemesinin izin vermemesi halinde sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir.

Bir başka durum yasal temsilcinin iş sözleşmesine rıza göstermesi değil, küçüğün adına bizzat sözleşme yapma halidir. TMK m. 339/III hükmüne göre, "Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınlar; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.". Vesayet konusunda benzer bir hükme TMK m. 450/II'de yer verilmiştir; "Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür.". Bu düzenlemeler gereği ve iş sözleşmesinin işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme niteliğinde olması sebebiyle küçük işçinin yararına olmayan ve istemediği bir iş sözleşmesi ile bağımlı olmaması gerekir. Bu sebeple, iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabulü gerekir. Benzer yönde, *Tunçomağ/Centel*, 80; aksi yönde, *Öğüz*, Ehliyet, 25.

dan kalkacak olmakla birlikte İş Hukuku mevzuatından kaynaklanan bazı yasaklar ve sınırlamalar varlığını sürdürebilecektir.

Özetle, İş Hukuku mevzuatındaki küçüklerin çalışmasına ilişkin yasak ve sınırlamaların kanaatimizce ehliyet başlığı altında değerlendirilmesi isabetli değildir. Tekrar vurgulayalım ki, bu konudaki düzenlemeler küçüğün korunması amacıyla küçüğe tanınan haklardır.

Doktrinde ayrıca küçüklerin korunmasına ilişkin sınırlamaların fiil ehliyetinin sınırlandırılmasının yanında emredici düzenlemelerle çalışma ilişkisinin düzenlenmesi olduğu savunulmaktadır⁶⁶. Bizim daha isabetli bulduğumuz görüş ise, küçüklere yönelik bu yasak ve sınırlamaları ehliyet sınırlandırılması olarak değerlendirmezken; bu düzenlemelerin emredici hüküm niteliğinde⁶⁷ olduğunu veya kanundan doğan yasaklar⁶⁸ olduğunu savunmaktadır.

Öncelikle belirtelim ki, İş Hukuku mevzuatında küçüklerin korunmasına ilişkin yasak ve düzenlemeler, sözleşme serbestisinin sınırlandırılması niteliindedir. Bilindiği gibi, Borçlar Hukukunun temel ilkesi sözleşme serbestisidir. TBK m. 26 hükmüne göre “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*”. Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin sınırları ve bu sınırların aşılmasının yaptırımı TBK m. 27 hükmünde düzenlenmiştir⁶⁹. Madde-nin birinci fıkrasına göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*”. Buna göre, sözleşmenin geçersizliği genel olarak üç nedene dayanır. Bunlardan birincisi hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, emredici hükümlere aykırılık, kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık, kamu düzenine aykırılık ve kişilik haklarına aykırılığı kapsayıcı niteliktedir. İkinci geçersizlik nedeni, ahlaka aykırılıktır. Son geçersizlik nedeni ise sözleşme konusunun imkansız olmasıdır⁷⁰.

İş Hukuku mevzuatında küçüklerin çalışmasına ilişkin yasak ve sınırlamaların hukuki niteliği değerlendirilirken bu düzenlemelerin tasnif edilmesi öncelikli gerekliliktir. Zira, örneğin kural olarak on beş yaşından önce çalışmanın yasaklanması

⁶⁶ *Kılıç*, 88.

⁶⁷ *Akyiğit*, Ercan: **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul 1990, 16, 21 vd.; *Sümer*, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010, 157; *Avcı*, Özgür: “İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2010/28, 1397-1424, 1408.

⁶⁸ *Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan*, 74.

⁶⁹ TBK m. 26 madde gerekçesi.

⁷⁰ *Kocayusufoğlu*, Necip/*Hatemi*, Hüseyin/*Serozan*, Rona/*Arpacı*, Abdülkadir: **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul 2008, 531 vd.; *Süzek*, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2013, 318 vd.; *Aynı Yazar*: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1)**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, 57-98, 83 vd.

(İş K. m. 71/I) ile temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olamayacağına (İş K. m. 71/IV) ilişkin düzenlemeler farklı niteliktedir. İlk tip düzenleme ile öngörülen ve buna benzer yasaklara aykırılık⁷¹, kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık⁷² iken ikinci tip düzenleme emredici hüküm niteliğindedir. Belirtelim ki, İsviçre-Türk Hukuklarında, Alman Hukukundan farklı olarak “emredici hükümler” ile “yasaklayıcı hükümler” arasında kesin ve açık bir ayırım yapılmaz ve geniş anlamı ile “emredici hükümler” kavramı bunların her ikisini de kapsayacak biçimde kullanılır. Zaten her iki aykırılık hali de hukuka aykırılıktır. Bu ayırımın belirleyici kriteri, yasaklayıcı hükümlerin emredici hükümlerden farklı olarak, geçersiz sözleşme hükmünün yerini alıp bu ilişkiye zorunlu biçimde uygulanacak bir kanun hükmünün olmasıdır⁷³.

Bilindiği gibi, İş Hukuku doktrininde emredici hükümler⁷⁴, mutlak emredici ve nisbi emredici hükümler (sosyal kamu düzeni hükümleri) olarak ikili ayırım altında incelenmektedir⁷⁵. Mesela mutlak emredici hüküm nitelikteki İş Kanunu m. 21/son hükmünde, iş güvencesi kapsamındaki işyerlerinde işverence yapılan geçersiz fesihlerin hukuki sonuçlarını düzenleyen 1-3. fıkralardaki düzenlemelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin düzenlemeye aykırılık emredici hükme aykırılıktır. Bu nedenle TBK m. 27 hükmü gereği geçersizdir. İşçi ve işverenin İş Kanunu m. 21/son hükmüne aykırı olarak mesela iş güvencesi tazminatı işçinin bir yıllık ücreti tutarında belirlediklerini düşünelim. Bu durumda, söz konusu sözleşme hükmü geçersiz olduğu gibi, hakim 1. fıkrada öngörüldüğü üzere, işçinin başvurusu üzerine işverenin bir ay içinde işiye işe başlatmaması halinde en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminata hükmedecektir.

İş Kanunu m. 71/IV hükümde yer alan temel eğitimi tamamlamış ve okula

⁷¹ *Süzek*, 320; yabancı işçiler bakımından benzer yönde *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540-41. Yabancı işçilerin özel kanunlarda yasaklanmış meslek ve işlerde çalışmasının ile 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (RG, 6.3.2003, 25040) kapsamında izin almaksızın çalışmasının emredici hükümlere aykırılık olduğu yönünde bkz. *Canbolat*, Talat: “Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007/13, 187-220, 213.

⁷² Bu tip düzenlemelerin emredici hukuk kurallarına aykırılık olduğu yönünde *Akyığıt*, İş Hukuku, 106.

⁷³ *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 537; *Doğan Yenisey*, Kübra: “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. 1, İstanbul 2011, 33-82, 47.

⁷⁴ Kastedilen dar ve teknik anlamda emredici hükümlerdir.

⁷⁵ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 536; *Eren*, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2011, 287 vd.; *Süzek*, 30 vd.; *Özdemir*, Erdem: “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 38, 2005, 95-120; *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 40 vd.

gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olamayacağına ilişkin düzenleme ise, nisbi emredici niteliktedir⁷⁶. Mesela, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile 17 yaşındaki ve maddede koşulları sağlayan bir küçüğün günde beş saat, haftada 25 saat çalışması kararlaştırılabilirken günde sekiz saat haftada 40 saat çalışması kararlaştırılamaz. Bu durumda söz konusu sözleşme hükmü geçersiz olacak ve çalışma süresi bakımından İş Kanunu m. 71/IV hükmü esas alınacaktır. Bunun sonucunda günde 8 saat olmak üzere haftada 40 saat çalıştırılan küçüğün 5 saatlik fazla çalışma ücretine hak kazandığı kabul edilmelidir. Belirtelim ki, İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde⁷⁷ 18 yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağına (m. 8/I, a) ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir⁷⁸. Küçüğün çalışma süresinin sınırlandırılarak korunması amacını taşıyan bu düzenlemenin fiilen fazla çalışmanın gerçekleştiği durumlarda fazla çalışma ücretine hak kazanma önünde bir engel olduğu yönünde yorumlanmaması gerekir. Zira, burada hukuka aykırı bir çalışma vardır ve yaptırımı fazla çalışma ücreti olmalıdır⁷⁹.

Hukuka aykırılık hallerinden bir diğeri olan kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırılık, çalışma yaşına ilişkin İş Kanunu m. 71/I hükmüne aykırılık halinde söz konusudur. 12 yaşındaki bir küçüğün çalıştırılmasında ortaya çıkan hukuka aykırılık hali, emredici hükümlere aykırılık hallerindeki kadar kolay değildir; çünkü bu hukuka aykırılık halinde geçersiz sözleşme hükmünün yerine geçip uygulanacak bir kanun hükmü yoktur. 12 yaşında bir küçüğün çalıştırılmasında sözleşmenin tarafı bakımından hukuka aykırılık vardır. Zira, asgari çalışma yaşına ilişkin sınırlama sözleşme tarafını seçme serbestisinin istisnasıdır. Kanunda asgari yaş sınırına ilişkin düzenleme geniş anlamda emredici hüküm olarak nitelendirilebilecek olmakla birlikte, dar ve teknik anlamı ile emredici hüküm değildir⁸⁰.

Önemle belirtelim ki, kanunda öngörülen yasaklayıcı hükümler sözleşme serbestisinin sınırı olması sebebiyle dar ve teknik anlamdaki emredici hükümler ile benzerlik taşısa da yasaklayıcı hükümlere aykırı şekilde kurulan iş sözleşmelerinin akıbeti söz konusu hükümlerin nitelik farkı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Küçüklere ilişkin İş Hukuku mevzuatında yer alan yasaklayıcı hükümler,

⁷⁶ Benzer şekilde öngörülen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 173/II hükmü ile 12 ile 16 yaş arasındaki çocukların günde azami 8 saatten fazla çalıştırılmayacağı düzenleme de nisbi emredici niteliktedir.

⁷⁷ RG, 06.04.2004, 25425.

⁷⁸ Düzenlemeler gereği fazla çalışma yaptırma olanağının hukuken sözkonusu olduğuna ilişkin görüş için bkz. *Centel*, Türkiye, 26.

⁷⁹ Hukuka aykırı fazla çalışmalar için ayrıca bkz. *Ekonomi*, Münir: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, *Kamu-İş*, C. 7, S. 3/2004, 1-14, 4-5; *Yamakoğlu*, Efe: *Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma*, İstanbul 2011, 91-92.

⁸⁰ Benzer yönde *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 48.

küçüklerin iş sözleşmesinin tarafı olmasını engelleyici nitelik taşıması halinde bu sözleşme hükümlerine aykırı yapılan iş sözleşmelerine TBK m. 27 hükmünün doğrudan doğruya uygulanması mümkün değildir. Zira, TBK m. 27 hükmü, sözleşmenin tarafını seçme serbestisinin değil, sözleşmenin konusunu (içeriğini) belirleme serbestisinin istisnasıdır⁸¹. Bu sebeple söz konusu yasağın geçersizlik yaptırımına tabi olduğu TBK m. 27 hükmünü kıyas yolu ile uygulamak suretiyle ya da geçersizliği doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün kendisine dayandırmak şeklinde açıklanabileceği doktrinde ifade edilmektedir⁸².

İş Kanunu m. 71/I hükmünün lafzında, kural olarak on beş yaşını doldurmuş çocukları çalıştırma yasağının ihlali halinde yahut belirli işleri yapması yasaklanan küçükler ile bu işlere ilişkin sözleşme yapılması halinde sözleşmenin geçersiz olacağına ilişkin açık bir düzenleme olmadığı için yapılması gereken geçersizlik yaptırımının gerekip gerekmediğini araştırmaktır. Burada belirleyici olan, düzenlemenin anlamı ve amacı olmalıdır⁸³. Bu kapsamda, düzenlemenin anlamı ve amacının geçersizlik yaptırımını gerektirmediğinin tespiti halinde kanunun söz konusu yasaklayıcı hükmünün niteliğinin düzen hükmü⁸⁴ olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Düzen hükmüne aykırılık halinde yapılan hukuki işlem geçerliliğini korumakla birlikte başka bir yaptırım ile karşı karşıya kalır. Bu yaptırım çoğu zaman cezai bir yaptırım iken bazen konu hakkında idari bir yaptırım da öngörülebilmektedir⁸⁵. Belirtelim ki, İş Kanununun m. 71/I hükmüne aykırı olarak küçüklerin çalıştırılması halinde m. 104 hükmü ile idari yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak bu durum tek başında hükmün düzen hükmü olarak nitelendirilmesi sağlamaz; küçüklerin korunması amacıyla öngörülen söz konusu düzenlemeler bakımından geçersizlik yine de gündeme gelecektir. Düzenlemenin anlamı ve amacı gözetildiğinde nasıl bir geçersizlik halinin kabulü gerektiği aşağıdaki başlık altında detaylı olarak değerlendireceğiz.

⁸¹ TBK m. 26 hükmü, "F.Sözleşmenin İçeriği / I. Sözleşme özgürlüğü" başlığı altındır. Benzer yönde bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 527; Eren, 282-285.

⁸² *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540.

⁸³ *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540; *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 50; *Süzek*, Hukuka Aykırılık, 83.

⁸⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, çalışma izni olmayan yabancıların çalışmasına ilişkin verdiği bir kararda geçersizlik halinde bundan sadece işverenin yarar sağlayacak olmasından ve işverene karşı hiçbir hak ileri süremeyen işçinin zarar göreceğinden hareketle sözleşmenin geçersizliğinin işçinin korunmasına ilişkin kanun hükümleri ile bağdaşmayacağını ve bu yüzden çalışma izni olmayan yabancılara yönelik öngörülmüş yasağın amacına uygun düşmeyeceğini öne sürerek iş sözleşmesinin geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Hiç kuşkusuz başta idari olmak üzere uygulanabilecek diğer yaptırımlar saklıdır. Federal Mahkeme isabetli olarak, yasaklayıcı kanun hükmü bu hususu daha ağır basan bir kamu yararının bulunması halinde yasaklayıcı hükme rağmen yapılan sözleşme yine de geçersiz kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. BGE 114.II.279. Ayrıca bkz. BGE 117.II.47, 117.II.287. Karar için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 541-542

⁸⁵ *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 538; *Süzek*, 320; *Doğan Yenisey*, Sosyal Kamu Düzeni, 49-50; *Süzek*, Hukuka Aykırılık, 83.

III. YASAK VE SINIRLAMALARA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

İş Hukuku mevzuatındaki çalışma yaşına ilişkin yasaklara ve çalıştırılması yasak işlere ilişkin düzenlemelere aykırılığın geçersizlik yaptırımına tabi olması, söz konusu yasaklayıcı kanun hükümlerinin küçüğü koruma amacının bir gereğidir. Ancak, bu hallerde TBK m. 27 hükmünün doğrudan yahut kıyas yoluyla uygulanabilir olduğunu düşünmemekteyiz. Kanaatimizce, söz konusu geçersizlik doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün kendisine dayanmaktadır⁸⁶. Bu sebeple, geçersizlik TBK m. 27 hükmünde düzenlenen “kesin hükümsüzlük” yaptırımından farklılaşmaktadır.

Kesin hükümsüzlük, bir hukuki işlemin yapılması anında kurucu unsurların var olmasına rağmen kanunda aranan geçerlik koşullarından kamu düzenini ilgilendirecek nitelik taşıyanların gerçekleşmemesinin yaptırımıdır⁸⁷. Bilindiği gibi, Borçlar Hukukunda kesin hükümsüzlük hukuki işlemin baştan itibaren (ex tunc) geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Kesin hükümsüzlük durumu ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir; hukuki işlemi geçersiz kılmak için bir dava açma ihtiyacı olmadığı gibi, bir beyanda bulunma zorunluluğu da yoktur. Açılmış herhangi bir davada hukuki işlemin kesin hükümsüz olduğu anlaşılırsa, hakim geçersizliği re’sen dikkate almak zorundadır⁸⁸. Ancak, kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması halinde kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmaz⁸⁹.

İş Hukuku mevzuatındaki çalışma yaşına ve bazı işlere ilişkin yasaklara aykırılık halinde küçüğün çalışmaya başlaması halinde geçersizliğin geçmişe etkili hüküm doğurduğunun kabulünün küçük işçinin emeğinin korunması ilkesi ile örtüşmediği açıktır⁹⁰. Bu durum, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurmasının sonucu-

⁸⁶ *Kocayusuşpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı*, 540. TBK m. 394/III hükmündeki “geçersizlik” kavramının TBK m. 27’de yer verilen durumlara uygulanacak olan yaptırımın iş sözleşmeleri için farklı olduğunu belirtmek için getirildiği yönünde görüş için bkz. *Yüreklî*, Sabahattin: “Alt İşverenin Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesinin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğünün Geçmişe Etkili Olmaması”, *Sicil*, 2013, S. 30, 93-102, 98. Yazar, toplu iş sözleşmesinin hükümsüz olduğu durumlarda da hükümsüzlüğün sonuçlarına ilişkin TBK m. 27 değil, TBK m. 394/III hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir, 100. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünün ileri etkili olduğu yönündeki Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD 08.05.2008, E. 2008/15782, 2008/11746; Yarg. 22. HD. 16.03.2012, E. 2012/1135, K. 2012/4487, Kazancı İçtihat Bankası.

⁸⁷ *Akyığıt*, Kesin Hükümsüzlük, 5; *Oğuzman*, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, İstanbul 2011, 184; Eren, 299; *Urbanoğlu* Cengiz, Ehliyet, 218; *Mollamahmuttoğlu/Astarlı*, 492; *Sümer*, 156; *Yüreklî*, Alt İşveren, 97; ayrıca benzer yönde Süzek, Hukuka Aykırılık, 82.

⁸⁸ Yarg. İBK 13.05.1964, E. 1964/1, K. 1964/3, RG, 08.07.1964, 11748; *Oğuzman/Öz*, 185-86; *Tekinay*, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, 375-376; Eren, 300-301; Bakırcı, 422; *Narmanlıoğlu*, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul 2012, 245; Süzek, Hukuka Aykırılık, 83, *Demir*, 99; *Sümer*, 157; *Yüreklî*, Alt İşveren, 97; *Urbanoğlu* Cengiz, Ehliyet, 218.

⁸⁹ *Oğuzman/Öz*, 186; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 377.

⁹⁰ *Tünçomağ/Centel*, 89; *Bakırcı*, 423; *Urbanoğlu* Cengiz, Ehliyet, 222 vd.

dur. İş sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan işçinin korunması ilkesi İş Hukukunun doğuş sebeplerindedir. Küçük işçilerin yaş küçüklüğü nedeniyle korunma gereksiniminin daha fazla olduğu ise tartışmasızdır.

Küçük işçilerin çalıştırılmasına ilişkin yasaklara aykırı iş sözleşmelerinin geçersizliğinin baştan itibaren hüküm doğurması ancak iki halde kabul edilebilir. Bunlardan ilki, küçüğün çalışmaya başlamaması hali⁹¹ iken ikinci hal kamu düzenini ağır şekilde ihlal eden konu fuhuş, kaçakçılık, kalpazanlık, adam öldürme veya benzeri haller olan iş sözleşmeleridir. Zira bu durumda küçüğün kişilik haklarının sömürülmesi söz konusudur ve ancak baştan itibaren geçersizlik ile bunun önüne geçilmiş olabilecektir⁹². Öte yandan, konusu kamu düzenini ağır şekilde ihlal eden bu sözleşmelerin küçük olmayanlarla yapılması halinde de sözleşmeler geçersiz sayılacaktır. Burada ister küçük ister küçük olmayan bir işçi olsun geçersizliğin baştan itibaren hüküm doğurduğu kabul edilmelidir.

Söz konusu iki hal dışında kanuna aykırı çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin geçersizliğinin ileri etkili hüküm doğurması yukarıda belirtilen hususlar dışında, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin de gereğidir. Gerçekten, söz konusu Sözleşmede asgari çalışma yaşı belirlenmesi ile küçüklerin ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunmasının amaçlandığı açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin dayandığı temel düşüncenin küçüğün yararı olması sebebiyle asgari çalışma yaşına ilişkin yasakların amacının çocuğun korunması olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Türkiye'nin onayladığı UÇÖ Sözleşmeleri ve diğer sözleşmeler ile konu hakkındaki AB Direktifi de benzer amaçlar taşımaktadır. Asgari çalışma yaşına ve de niteliği gereği tehlikeli bazı işlerde çalışmaya ilişkin yasaklara aykırılık halinde sözleşmenin geçersizliği bu amaç kapsamında değerlendirildiğinde, sözleşmenin baştan itibaren geçersizlik yaptırımını gerektirdiğini savunmak isabetli olmayacaktır. Zira, 12 yaşında bir küçüğün çalıştırılması halinde baştan itibaren geçersizlik yaptırımının uygulanması küçüğün yararına hizmet etmediği gibi aksine emeğinin sömürülmesi anlamına gelecek; küçüğe zarar verecektir.

⁹¹ *Streiff*, Ullin/*von Kaenel*, Adrian/*Rudolph*, Roger: *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar* zu Art. 319-362 OR, Zürich 2012, OR 320, N.8; Geiser, Thomas/Müller, Roland : *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern 2012, Rn. 298.

⁹² *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 495; *Narmanlıoğlu*, 247; *Soyer*, M. *Polat*: “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991*, İstanbul 1993, 1-30, 4; *Tunçomağ/Centel*, 89-90; *Süzek*, 328; Aynı Yazar, *Hukuka Aykırılık*, 88; Bakırcı, 423-424; *Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan*, 88; Akyiğit, *Kesin Hükümsüzlük*, 39; Sümer, 157, 160; *Caniklioğlu*, Nurşen: “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi”, *Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri*, 20-21 Eylül 2011, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2011, 78-109, 83; *Urhanoglu* Cengiz, *Ehliyet*, 222.

2. TBK m. 394/III Hükümü ve Geçersizliğin Etkisi Sorunu

a. Hükümün Dayanakları ve Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Küçük işçilere ilişkin olarak sözleşme serbestisine getirilen asgari çalışma yaşı ve çalışabilecek işlere ilişkin diğer sınırlamalara aykırılığın yaptırımı, TBK m. 27 hükmünde düzenlenen kesin hükümsüzlükten ayrılmakla birlikte, konu özellikle Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra önemli bir tartışmayı beraberinde getirmiştir. Zira, Türk Borçlar Kanununun 394. maddesinde iş sözleşmesinin geçersizliğinin hüküm ve sonuçlarını doğurma anına ilişkin bir fıkraya yer verilmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre, “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.”.

818 sayılı Borçlar Kanununda⁹³ yer verilmeyen bu fıkra, yenilik niteliği taşımakla birlikte uygulaması tartışmalıdır. Zira, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, İş Hukukunun özel niteliği gereği Borçlar Hukukunun ilke ve kavramlarının normun gerisinde yatan menfaatler dengesi dikkate alınarak iş ilişkilerinde geçersizlik konusunda uyarılma yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede küçük işçileri koruma amacıyla iş sözleşmesinin kurulması bakımından getirilen yasaklara aykırı bir iş sözleşmesinin kurulması halinde normun koruma amacından hareketle geçersizliğin baştan itibaren değil, ileri etkili (ex nunc) olarak etkisini gösterdiği kabul edilmiştir⁹⁴.

İş ilişkilerinde geçersizliğin baştan itibaren sonuç doğurması halinde işçi İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan doğan hakları talep edemeyecek ve iş görme ediminin iadesi mümkün olamayacağından çözülmesi olanaksız bir “tasfiye sistemi” ortaya çıkacak⁹⁵, hatta sosyal sigortalar anlamında ödenen primlerin iadesi gündeme gelecektir. Bu gerekçelerle, doktrinde iş sözleşmelerinde geçersizliğin ileri etkili hüküm doğurduğu savunulmuş ve geçersizliğin ileri sürüldüğü ana kadar sözleşmenin tıpkı geçerli bir iş sözleşmesi gibi hüküm ve sonuç doğuracağı oybirliği ile kabul edilmiştir⁹⁶.

⁹³ RG, 08.05.1926, 366.

⁹⁴ *Narmanlıoğlu*, 246; *Doğan Yenisey*, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, 297-336, 303; geçersizlik yaptırımı ve uyarılma hakkında bkz. *Süzek*, 38-39.

⁹⁵ *Süzek*, 325; Aynı Yazar, Hukuka Aykırılık, 88; *Canıklıoğlu*, Türk Borçlar Kanunu, 78-109, 82; *Koç*, Sedef: “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”, *Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan*, C. 1, İstanbul 2004, 586-604, 588; *Güneş*, Başak/*Mutlay*, F. Barış: “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011/3, S. 30, 231-288, 238; benzer yönde Seçer, Çocuk ve Genç İşçi, 1442.

⁹⁶ *Tunçomağ*, 97; *Tunçomağ/Centel*, 89-90; *Çelik*, 136; *Soyer*, Değerlendirme, 3-4; *Süzek*, 325; *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 96-97; *Akyiğit*, Kesin Hükümsüzlük, 53; *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 430, 495; *Narmanlıoğlu*, 246; *Demir*, 99-100; *Bakırcı*, 423; *Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan*, 88;

818 sayılı Kanun döneminde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1958 yılında verdiği bir kararda⁹⁷ herhangi bir işte çalışması iş mevzuatınca yasaklanmış bir kişinin yasağa rağmen çalışması halinde işçi sayılacağını ve sosyal sigorta yasalarının sağladığı haklardan yararlanacağını kabul etmiştir. Söz konusu karara göre, “*İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlarını korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebinin taraflardan birisi ileri sürüncüye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve salahiyetlerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına ve iş aktinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin aktin hükümsüz sayılmasıyla korumak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lazım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi batıl olan iş aktinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesinin içtihadı kanunun ruhuna uygun ve doğrudur.*” Görüldüğü gibi, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu işçinin, dolayısıyla kadın işçi ve küçük işçinin yararından hareketle sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmadığı sonucuna varmış; kesin hükümsüzlüğün taraflardan biri tarafından ileri sürülmesine kadar iş sözleşmesinin geçerli olduğunu, çalışanın da işçi sayılması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar, İçtihadı Birleştirme Kararı olması sebebiyle benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayıcı olması (Yargıtay Kanunu⁹⁸ m. 45/V) açısından önemlidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmünün madde gerekçesinde “...*öğreti ve uygulamada da benimsendiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün*

Yüreklî, Alt İşveren, 98; **Öğüz**, 26; **Sümer**, 159; **Doğan Yenisey**, Kübra: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, İstanbul 2008, 9-100, 15; **Urbanoglu** Cengiz, Ehliyet, 220; **Kökümlüç** Eraltuğ/**Fırat** Şimşek, Çocuk ve Genç İşçi, 112. Bu yaklaşım, iş ilişkisi-iş sözleşmesi ayırımına ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan iş sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karşın iş ilişkisinden o ana kadar doğan haklarının göz önünde tutulması esasına uygun bulunmuştur. Çünkü, iş ilişkisi kanunen yasaklanmış bir iş sözleşmesine dayansa da fiili de olsa geçerli olan bir iş ilişkisi söz konusudur. Bkz. **Demir**, Çocukların Korunması, 563-564. Çıraklık sözleşmesinin geçersizliği halinde iş sözleşmesinde olduğu gibi geçersizliğini ileri etkili olduğu yönünde bkz. **Uşan**, Fatih: **Çıraklık Sözleşmesi**, Konya 1994, 76-77; **Doğan Yenisey**, Değerlendirme, 16. Alman Hukukunda iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olduğuna ilişkin **Richardi**, Reinhard/**Dörner**, Hans-Jürgen/**Weber**, Cristoph: **Personalvertretungsrecht**, 4. Auflage 2012, BPersVG § 4, Rn. 42; Müller-Glöge, Rn. 639.

⁹⁷ Yarg. İBGK 18.06.1958, E. 1957/20, K. 1958/9, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁸ RG, 08.02.1983, 17953.

hüküm ve sonuçlarını doğur”acağı ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi, gerekçede getirilen düzenlemenin konuya ilişkin uygulama ve öğreti görüşleri ile uyumlu olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, madde gerekçesinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki yaklaşım benimsenip iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili hüküm doğurması öngörülürken; İçtihadı Birleştirme Kararından farklı olarak *geçersizliğinin sonradan anlaşılması* koşuluna yer verildiği dikkat çekmektedir. Böyle bir koşula, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide de yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bir ilk tespit yapmak gerekirse, madde metninde yer alan “geçersizliği sonradan anlaşılan” ibarelerinin gerekçedeki anlaşılış biçimi ile öğreti ve uygulamada benimsenen görüşler ile uyumlu olmadığı kanaatindeyiz. Zira, gerekçede bu ibarelerle ilgili olarak, “...*Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır...*” ifadelerine yer verilmiştir⁹⁹. Yukarıda yer verilen, bağlayıcı nitelikteki İçtihadı Birleştirme Kararında ise, çok açık bir şekilde, “...*çalışması yaşı veya kadın olması itibarıyla veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde...*” denilerek gerekçede belirtilenin aksine bir yaklaşım benimsenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmünde kullanılan söz konusu ibarelerin gerekçedeki anlaşılış biçimi ile yarattığı farklılık, doktrindeki tartışmaların temelini oluşturmuş ve geçerliliğin sonradan anlaşılması koşulunun yerindeliği ile bu kapsamda maddenin uygulamasının nasıl olacağı yönünde farklı görüşler savunulmuştur.

Doğan Yenisey, TBK m. 394/III hükmünün lafzını eleştirirken, geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulunun benimsenmesi halinde, küçük işçiler bakımından geçersizliğin sonradan anlaşılması söz konusu olmadığından maddenin uygulama bulmaması sonucunun ortaya çıkabileceğine işaret etmektedir. Bu durumda işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi ile örtüşmeyen bir durumun ortaya çıkacağına dikkat çeken yazar maddenin uygulamasının tartışmalara sebep olacağını ifade etmektedir¹⁰⁰.

Güneş ve Mutlay’a göre, madde metninde yer verilen bu koşula rağmen taraflar bilsin veya bilmesin yürürlüğe girmiş ve taraflar arasında uygulanmış bir iş sözleşmesinin geçersizliği her halükarda ileriye yönelik olarak hüküm doğurur. Zira iş sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme olup sözleşmenin baştan itibaren ge-

⁹⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 3, S. Sayısı: 321, 169-170.

¹⁰⁰ *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 303. Yazar başka bir yayınında isabetli olarak İş Hukukunda yasaklayıcı normların yaptırımının her zaman geçersizlik olmadığını belirtmektedir, Sosyal Kamu Düzeni, 50.

çersiz sayılması uygulamada tasfiye sorunlarının ortaya çıkmasına sebep olacaktır¹⁰¹. Bu sorunların ortaya çıkmasını engellemek için *Caniklioğlu* da hükmün yorumlanmasında işçiyi koruma amacından hareket edilmesi ve 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki esasların benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰².

Doktrinde *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden tasarı hakkında yazdığı bir makalesinde *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulunun isabetli olmadığını ifade ederken, fıkranın şu şekilde değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir: “*Geçersiz iş sözleşmesi, ortadan kaldırıluncaya kadar, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Bununla birlikte, akdin geçersizliğini bilen veya bilebilecek durumda olan işverenin geçersizlik itirazı hukuku korunmaz. Hukuki ilişkiye sonuç bağlanmasının hukuk düzeni tarafından hiçbir şekilde caiz görülemeyecek olduğu haller saklıdır.*”¹⁰³.

Caniklioğlu ve *Arslan Ertürk* de *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulunun madde metninden çıkarılması gerektiğini savunmakla¹⁰⁴ birlikte *Caniklioğlu* yukarıda da belirtildiği gibi, Kanunda değişiklik yapılsa da işçi lehine yorum ile işçinin iş sözleşmesi yapılırken durumu bilmesi halinde dahi geçersizliğin ileri etkili sonuç doğurduğunun kabulü gerektiği görüşünü ileri sürmektedir¹⁰⁵. *Yüreklî* de benzer bir yaklaşımla *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulu aranmaksızın iş sözleşmesinin ortadan kaldırılmasına kadar geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kabul edilmesi gerektiği savunmaktadır. Ayrıca yazar, iş sözleşmesinin geçersizliğini bilen veya bilebilecek durumda olan işverenin geçersizlik itirazının korunmayacağını da belirtmektedir¹⁰⁶. *Narmanlıoğlu* da iş sözleşmesinin geçersizliğinin tespit edildiği ana kadar geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi kabul edilmesi gerektiğini savunurken işin ifasını kabul ederek bundan yarar sağlayan işverenin sonradan sözleşmenin geçersizliğini geçmişe etkili olarak talep

¹⁰¹ *Güneş/Mutlay*, Genel Hizmet Sözleşmesi, 237. *Doğan Yenisey*'e göre, bu görüş cazip görünmekle birlikte açık madde hükmünün göz ardı edilmesine yol açacaktır, Hizmet Sözleşmesi, 303.

¹⁰² *Caniklioğlu*, Türk Borçlar Kanunu, 82. Ayrıca Yargıtayın da benzer yönde değerlendirmeler yaptığı kararları mevcuttur: “*Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 18.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik geçmişe değil, ileriye etkili şekilde sonuç doğurur. Bu ilke 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddenin üçüncü fıkrası ile kanuni bir kural haline gelmiş bulunmaktadır.*”, Yarg. 22. HD, 13.07.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944; Yarg. 22. HD 16.05.2012, E. 2011/18524, K. 2012/9992, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁰³ *Soyer*, Polat: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın “*Genel Hizmet Sözleşmesi*”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 149-167, 152-153; benzer yönde, Süzek, 328, dn. 84.

¹⁰⁴ *Arslan Ertürk*, Arzu: “Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, 533-559, 539.

¹⁰⁵ *Caniklioğlu*, Türk Borçlar Kanunu, 82.

¹⁰⁶ *Yüreklî*, Alt İşveren, 27. Yazar, TBK m. 394/III'ün uygulanmasında İş Kanununa tabi iş ilişkilerinin geçersizliği üzerinde durmuştur.

etmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını belirtmektedir. Ancak yazar maddenin anlatımının berrak ve başarılı olmadığını belirtirken “geçersizliğin sonradan anlaşılabilir” ibaresinin önceden bilinen geçersizlik durumunu dışarıda bıraktığını ifade etmektedir¹⁰⁷.

Süzek, TBK m. 394/III hükmü ile iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olmasının işçi tarafından durumun bilinmemesi koşuluna bağlanmasının İş Hukukunun niteliği ve koruma amacıyla örtüşmediğinden hareketle İş Kanuna tabi iş sözleşmeleri bakımından uyarılma gereği ortaya çıktığını savunmaktadır. Yazar bu bağlamda TBK m. 394/III hükmünün iş ilişkilerine aynen uygulanmamasının ve *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulu aranmaksızın geçersiz iş sözleşmesi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağına kabulü gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak, Türk Borçlar Kanununa tabi iş sözleşmeleri bakımından farklı bir değerlendirme yapmaktadır. Yazar, bu sözleşmelerin ileri etkili sonuç doğurması için TBK m. 394/III hükmünün açıklığı karşısında *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulunun aranması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁸.

Mollamahmutoğlu ve Astarlı, TBK m. 394/III hükmünün iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olması yönünde genel kabule uygun olarak düzenlemenin yerinde olduğunu belirtirken, sözleşmenin geçersizliğini bilmekle birlikte iyiniyetle işini ifa eden işçinin, geçersizlik ileri sürülünceye kadar iş sözleşmesi geçerliymişçesine iş ilişkisinden doğan işçilik haklarından yararlanmaya devam edeceğini savunmaktadır. Yazarlar, TBK m. 394/III’ün mehz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III hükmüne göre yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Buna göre, iyiniyet koşulu, işin yapılmasında aranmalı, iş ilişkisinin mevcudiyeti için aranmamalıdır¹⁰⁹.

Aşağıda mehz Kanun hükmünü ve bu hükmeye ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararları ile öğretici görüşlerini incelerken de açıklayacağımız üzere, gerekçede, Kanunda kullanılan “Geçersizliği sonradan anlaşılabilir hizmet sözleşmesi” ibarelerine ilişkin olarak yer verilen açıklamalar, hükmün düzenleniş amacı, mehz Kanundaki düzenleme ve gerekçedeki diğer açıklamalarla uyumlu değildir. Bu açıdan Kanun metninde de yer almayan bu açıklamaların dikkate alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Her şeyden önce m. 394/III hükmünde yanlış anlaşılmalara sebep olacak tarzda “Geçersizliği sonradan anlaşılabilir hizmet sözleşmesi” ibarelerinin kullanılması isabetli olmamıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere, mehz Kanunda, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayalı olarak anlamına gelecek şekilde, “auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist” ifadeleri kullanılmıştır. Burada anlatılmak istenen, hakkında bir geçersizlik nedeni bulunan,

¹⁰⁷ *Narmanlıoğlu*, 247.

¹⁰⁸ *Süzek*, 326-328.

¹⁰⁹ *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, 496; aynı yönde *Urbanoğlu İstar*, 225.

tarafar arasında yapılmış ve uygulanmakta olan bir iş sözleşmesinin sonradan geçersiz olduğunun ileri sürülmesi/ortaya çıkması durumundaki hukuki sonucu açıklamaktır. Nitekim, TBK m. 394 hükmünün gerekçesinde, daha isabetli bir çeviri olarak, “İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir iş gördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilinceye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür.” ifadelerine yer verilmiştir.

Öte yandan, gerekçede, “Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320 nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan, “iyiniyetle işgörme” koşuluna Tasarıda yer verilmemiştir.”¹¹⁰ denilerek, düzenlemenin mehzaz hükümden farklı olarak iyiniyet kavramından bağımsızlaştırıldığı açıkça ortaya konulmuştur. Yine Tasarının Genel Gerekçesinde, “Tasarının, ‘818 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Değişiklikleri ve Yenilikleri’ başlığı altında, 393 üncü maddenin son fıkrasına ‘...’ hükmü eklenerek, işçilerin menfaati korunmuştur.” denilmiştir¹¹¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmünde, iş görme ediminin iyiniyetli ifası koşulu aranmaması isabetli olmuştur¹¹². Gerçekten, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, “iyiniyetle ifa” koşuluna yer verilmemesi işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesinin gereğidir. Türk Medeni Kanunu m. 3 ve İsviçre Medeni Kanunu m. 3 hükmüne göre iyiniyet, genel olarak durumun gerektirdiği tüm özeni gösterdiği halde, bu hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin bir hukuki eksikliğin varlığının farkında olmamak şeklinde tanımlanabilir¹¹³. Türk Medeni Kanunu (ve İsviçre Medeni Kanunu) m. 3 hükmünde, Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olanın iyiniyetin varlığı (f. I) olduğu belirtilirken durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı ifade edilmiştir (f. II). Buna göre, sadece hukuki eksikliği bilen değil bilmesi gereken de iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Bu şekilde sübjektif nitelikteki iyiniyetin varlığının kabulünde bir bakıma objektif bir esas aranmaktadır¹¹⁴.

¹¹⁰ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 , S. Sayısı: 321, 170.

¹¹¹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), TBMM, Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 , S. Sayısı: 321, 17.

¹¹² *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, 152; *Aynı Yazar*: “Genel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, 165-208, 167-168; *Arslan Ertürk*, Yeni Türk Borçlar Kanunu, 538. İyiniyetli ifa koşuluna ilişkin İsviçre Hukukundaki tartışma için bkz. *Soyer*, Yeni Türk Borçlar Kanunu, 168, dn. 153.

¹¹³ Doktrindeki iyiniyet tanımları için bkz. *Akkanat*, Halil: **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul 2010, 31 vd.; *Oğuzman*, Kemal/*Barlas*, Nami: **Medeni Hukuk**, İstanbul 2013, 241.

¹¹⁴ *Akipek*, Jale G./*Akıntürk*, Turgut/*Ateş Karaman*, Derya: **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul 2011, 161; *Akkanat*, 18; *Oğuzman/Barlas*, 233; benzer yönde, bkz. *Serozan*, Rona: **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013, 260.

Mehaz hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 320 hükmündeki gibi Türk Medeni Kanunu m. 394/III'te de "iyinietli ifa" koşulu aransaydı özellikle çalışma yasakları bakımından çalıştırılmasının yasak olduğunu bilen veya bilebilecek durumda olan kişiler hakkında TBK m. 394/III hükmü uygulanmayabilecekti. Başka bir ifadeyle çalıştırılmasının yasak olduğunu bilmesi gereken (gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda bulunan) kişilerin, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olarak hüküm doğurması imkanından yararlanması mümkün olmayabilecekti. Çünkü TMK m. 3/II hükmüne göre, "durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniet iddiasında bulunamaz."

Görüldüğü gibi, kanun koyucu geçersiz iş sözleşmelerinde işçilerin menfaatinin koruyacak bir düzenleme getirmek amacıyla hareket etmiş ve İsviçre Borçlar Kanunu'nu esas aldığı bu düzenlemede, mehaz hükümden farklı olarak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesini üstün tutarak iyinietle ifa koşuluna yer vermemiştir. Ancak tüm bu anlatılanlarla uyumsuz bir şekilde ve salt mehaz hükmün isabetli olmayan çevirisine dayanarak, aynı gerekçede, işçinin sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmesi halinde, iyinietli sayılmayacağı ve geçersizlik sonradan anlaşılmadığı için bu hükümden yararlanamayacağı belirtilmiştir¹¹⁵. Kanun koyucunun iyinietini aramadığını, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesini daha üstün tuttuğunu açıkça belirtmesi karşısında, işçinin sözleşmenin geçersizliğini bilip bilmemesinin bir önem taşımadığı kanaatindeyiz. Aksi kabul edilerek, işçinin geçersizliği bilmesi durumunda bu hükümden yararlanamayacağı söylenirse, iyinietle ifa koşuluna yer verilmemiş olmasının sonucu da açıklanamayacaktır. Bu sonucu, sadece sözleşmenin geçersizliğini baştan yani sözleşmenin kurulmasından itibaren bilen işçilerin düzenlemeden yararlanamayacağı, geçersizliği başlangıçta bilmemekle birlikte iş ilişkisinin kurulmasından sonra iyinietini kaybeden işçilerin ise düzenlemeden yararlanabileceği şeklinde açıklamanın tutarlı olmayacağı kanısındayız. Nitekim, İsviçre Hukukunda gerek başlangıçtaki gerek sözleşmenin devamı sırasındaki bilgi durumu, işçinin iyinietli olması koşulu kapsamında incelenmektedir¹¹⁶.

Esasen, aşağıda açıklanacağı üzere, İsviçre Hukukunda, işçinin geçersizliği bilip bilmemesi kapsamındaki tartışmaların sebebi Kanunda kullanılan, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayalı olarak anlamındaki, "auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist" ibareleri

¹¹⁵ İyinietli ifa koşuluna kanun metninde bilinçli olarak yer verilmemesine rağmen madde gerekçesinde iş sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilen işçinin iyinietli olmaması sebebiyle geçersizliğinin ileri etkili hüküm doğurmasına ilişkin bu düzenlemeden yararlanamayacak olduğunun belirtilmesi doktrinde "inanılmaz" bir çelişki olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda bkz. *Soyer*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, 152; Aynı Yazar, Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri, 168; *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 303; *Süzek*, 324, dn. 73; *Arslan Ertürk*, Yeni Türk Borçlar Kanunu, 539; benzer yönde *Mollamahmutoglu/Astarlı*, 496; *Urhanoglu İstar*, 223.

¹¹⁶ *Stahelin*, Adrian: Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 4. Auflage, Zürich 2006, OR 320, N. 30; *Streiff/von Kaenell Rudolph*, OR 320, N.11.

değil; kanun koyucumuzun işçinin emeğini üstün tutarak aramadığı, işçinin iyiniyetle iş görmesi anlamındaki “Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit” ibareleridir¹¹⁷. Üstelik, iyiniyetle ifa koşulunun arandığı İsviçre Hukukunda dahi, salt işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açan nedeni bilmesi, -işverenin de bu durumu bilip bilmemesinden bağımsız olarak- Federal Mahkeme kararlarında işçinin bu hükümden yararlanmasına engel görülmemektedir. Başka bir deyişle, böyle bir durumda da, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ex nunc sonuç doğuracağı kabul edilmektedir. Aşağıda bu konu üzerinde durulacaktır.

b. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III Hükümü ve Uygulaması

aa. Yasal Düzenleme ve Öğreti Görüşleri

Maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, TBK m. 394/III hükümü, TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin diğer pek çok hükmünde olduğu gibi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri esas alınarak düzenlenmiştir. İsv. BK m. 320/III'e göre, “*İşçi, sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesine dayalı olarak işverene bağımlı bir şekilde iyiniyetle iş gördüğü takdirde; sözleşmenin geçersizliği sebebiyle biri veya diğeri tarafından sözleşmeye son verilinceye kadar, her iki taraf da iş ilişkisinden kaynaklanan borçlarını geçerli bir sözleşme varmış gibi aynı şekilde ifa etmekle yükümlüdür*”.

Görüldüğü gibi, TBK m. 394/III'ün mehazı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III hükmünde, işçinin bu hükümden yararlanabilmesi için, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir iş sözleşmesi çerçevesinde iyiniyetli olarak iş görme borcunun ifa edilmesi koşulu aranmaktadır. İsviçre Hukukunda, işçinin sözleşmenin geçersiz olduğunu bilip bilmemesine ve bu bilgi durumunun geçersizliğin hangi andan itibaren sonuç doğuracağına etkisine ilişkin tartışmalar da tamamen bu koşul nedeniyle yapılmaktadır. Yoksa, hükümden sonradan geçersiz olduğu ortaya çıkan bir iş sözleşmesinden söz edilmiş olması nedeniyle değil¹¹⁸. Başka bir açıdan değerlendirildiğinde, iş sözleşmesinin geçersizliğinin hangi andan itibaren sonuç doğurduğu, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ortaya çıkması ile ilgili değil, işçinin iyiniyetle ifasının ne zamana kadar sürdüğü ile ilgilidir.

Belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanunu m. 320/III hükümü, Kanuna 1972 yılında eklenmiş olup, önceki dönemde, geçersiz iş sözleşmelerinden kaynaklanan problemler, sebepsiz zenginleşmenin veya bir haksız fiilin varlığı kabul edilerek çözülmüştür¹¹⁹. Sürekli borç ilişkilerinin belirtilen kurumlar çerçevesinde tasfiyesinin

¹¹⁷ *Portmann*, Wolfgang; in *Basler Kommentar*, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, OR 320, N. 24; *Streiff von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *Portmann, Wolfgang/Stöckli*, Jean-Fritz: *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Zürich 2007, N. 125.

¹¹⁸ *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24; *Streiff von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11.

¹¹⁹ *Streiff von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.8; ayrıca bkz. *Geiser/Müller*, Rn. 295.

yarattığı güçlükler, düzenlemeye 1972 yılında eklenen bu hükümlerle geçersizliğin ileriye etkili (ex nunc) olarak kabul edilmesi suretiyle aşılacak istenmiştir. Bu düzenleme sayesinde işçinin aldığı ücreti iade etmesine ve işverenin ifa edilmiş olan iş görme ediminden sağladığı yararların karşılığı olarak işçi için bir tazminat belirlenmesine gerek kalmadığı belirtilmektedir¹²⁰.

İsviçre Hukukunda m. 320/III’te düzenlenen sonucun kabulü için dört koşulun gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir: (i) iş sözleşmesinin kurulması, (ii) bu iş sözleşmesinin geçersiz olması, (iii) işçinin kötünietli olmaması ve (iv) geçersiz olan bu sözleşme nedeniyle iş görme ediminin ifa edilmiş olması. Şayet sözleşmenin geçersizliği henüz işçi işe başlamadan ileri sürülürse, bu takdirde geçersizlik baştan itibaren (ex tunc) söz konusu olacak ve bu konuda genel kurallar uygulanacaktır¹²¹. Görüldüğü gibi, koşullar arasında sözleşmenin geçersizliğin sonradan anlaşılması gibi bir koşul bulunmamaktadır. Şüphesiz geçersizliğin baştan bilinip bilinmediği hususuna İsviçre Hukukunda da sonuç bağlanmaktadır. Ancak, bu tartışmalar Kanunda aranan işçinin iyiniyetli olması koşulu kapsamında yapılmaktadır.

İncelememiz açısından önem taşıyan işçinin iyiniyetli olması koşulu açısından İsviçre Hukukunda, üçüncü fıkradaki bu yeni düzenlemenin işçinin durumunu iyileştirmek amacıyla getirildiğinden ve işçinin kural olarak iyiniyetli sayılacağından hareket edilmesi gerektiği ancak iş sözleşmesinin geçersizliğine kötünietli olarak kendisi neden olan işçinin bu korumadan yararlanamayacağı belirtilmektedir¹²².

Hukukumuzdan farklı olarak işçinin iyiniyetli olmasını arayan düzenlemenin kapsamı konusunda öğretide değişik görüşler bulunmaktadır. Buradaki iyiniyet açısından İsv. MK m.3/II hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı, yani işçinin gerekli özeni göstermesi durumunda geçersizliği bilebilecek durumda olmasının kötünietli kabul edilmesi için yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır¹²³. Şayet işveren işçinin iyiniyetli olduğuna ilişkin karinenin aksini ispat edebilirse, iş sözleşmesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye edilecektir¹²⁴. İşçi başlangıçta iyiniyetli olmakla birlikte, işe girdikten sonra bu iyiniyetini kaybederse, bu tarihten sonraki çalışması için sözleşmeden kaynaklanan taleplere hak kazanamayacaktır¹²⁵.

¹²⁰ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.8; *Portman/Stöckli*, N. 129.

¹²¹ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.8; *Geiser/Müller*, Rn. 298.

¹²² *Geiser/Müller*, Rn. 296; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11; *Staehein*, N. 30.

¹²³ Bu konudaki tartışmalar için *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24.

¹²⁴ *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 11.

¹²⁵ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin iyi ya da kötünietli olmayacağı gerekçesiyle, iş sözleşmesinin işçinin ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle geçersiz olduğu durumlarda, iyi niyet koşulunun aranmaması hakkında bkz. *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11. Bu konuda ayrıca bkz. *Doğan Yenisey*, Hizmet Sözleşmesi, 303; *Akkanat*, 30

Kanunda düzenlenmemiş olan iş sözleşmesinin her iki tarafının da geçersizliğe yol açan nedeni bilmesi ihtimali ile ilgili olarak, inceleme konumuzu oluşturan yaş küçüklüğü sebebi ile çalışması yasak olan kişiler örnek verilmekte ve bu durumda da m. 320/III hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, işçi iyiniyetli olmamakla birlikte işveren de aynı şekilde iyiniyetli değildir ve bu nedenle iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi İsv. BK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olacaktır¹²⁶.

ab. Federal Mahkemenin Konuya İlişkin İçtihadı

İsviçre Federal Mahkemesi, İsv. BK m. 320/III'ye ilişkin kararlarında, oldukça işçi lehine bir tutum izlemekte ve mümkün olduğunca m. 320/III hükmünün uygulanması, yani geçersizliğin ileriye etkili sonuç doğurması yönünde kararlar vermektedir. Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararında bu konuda öğreti görüşlerine de yer verilerek ayrıntılı açıklamalarda bulunulmuştur. Mehz hükümde Hukukumuzdan farklı olarak iyiniyetle ifa koşulu aranmasına rağmen, İsviçre Hukukunda geçersizliğin baştan itibaren kabulünün oldukça sınırlı durumlarda söz konusu olduğunu göstermesi açısından söz konusu karara değinmekte fayda görüyoruz.

Karara konu olayda, davacı A.C., 1976-1986 yılları arasında çalıştığı işyerinin C. AŞ'ye devrini müteakip 31.03.2001 tarihine kadar otuzun üzerinde işçinin amiri olarak bu işyerinde çalışmıştır. Davacı A.C., 1999 yılına kadar çalışma belgelerini düzenlemekle de görevli iken, bu tarihten itibaren aynı işyerinde çalışan kardeşi D.C. bu konuda görevlendirilmiştir. Davacı şirketten ayrıldığında kardeşleri D.C. ve P.C. kendisine 01.06.2000 tarihli bir çalışma belgesi vermişlerdir. Ancak davacı belgeyi beğenmeyerek daha iyi bir belge düzenlenmesi amacıyla mahkemeye başvurmuştur. Davacı, (davalı) X Kooperatifindeki müdürlük pozisyonuna başvurduğunda, mahkeme henüz sonuçlanmamıştır. Bununla birlikte, davacı A.C., işe başvuru evrakı arasında kardeşleri tarafından düzenlenen 01.06.2000 tarihli çalışma belgesini değil, kendisinin hazırlayıp eşinin imzaladığı 08.05.2000 tarihli bir çalışma belgesini sunmuştur. Bu çalışma belgesinde, davacı hakkında ne C. AŞ tarafından düzenlenen 01.06.2000 tarihli ne de iş mahkemesinin 09.12.2002 tarihli kararında düzenlenmesi öngörülen çalışma belgesinde yer alan üstün özelliklere yer verilmiştir. Davacı 07.08.2000 tarihli iş sözleşmesi ile işletme müdürü olarak işe alınmıştır.

Davalı X Kooperatifi 29.06.2001 tarihinde davacının iş sözleşmesini süreli feshi bildirimi ile feshetmiştir. 2001 yılı Ağustos ayı başında davalı işveren, C. AŞ'nin düzenlediği 01.06.2000 tarihli çalışma belgesinden haberdar olmuş ve bu belgede kendisine sunulan belgeden farklı hususların olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine davalı işveren, 13.09.2001 tarihli yazı ile davacıya feshedilen iş sözleşmesinin bağlayıcı olmadığını bildirmiştir.

¹²⁶ *Geiser/Müller*, Rn. 297; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N.11; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24.

Davacı 24.06.2002 tarihinde Ağustos ila Kasım aylarının ücreti ve 13. aylığın kistelyevm usulü ile hak ettiği kısmı için 21.443 Frank talepli bir dava açmıştır. İş mahkemesi, davalının iradesi sahte çalışma belgesi ile fesada uğratılmasaydı sözleşmeyi bağtılamayacağını kabul etmekle birlikte, m. 320/III'e dayanarak davacıya Ağustos ayından işverenin sözleşme ile bağlı olmadığını açıkladığı 13 Eylül 2001 tarihine kadarki ücreti ve 13. aylığı için 14.741 Frank ödenmesine karar vermiştir.

Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi, 30.06.2005 tarihli kararında, işçinin işvereni hile ile yanılttığı konusunda iş mahkemesinin görüşünü benimsemiş, ancak davacı işçinin iş görme borcunu iyiniyetle ifa etmiş olmadığını, bu nedenle m.320/III'ün uygulanamayacağını kabul etmiştir. Buna göre, hile ile sözleşmenin yapılmasını sağlayan davacı en azından olası kasıt ile hareket etmiştir. Bu sebeple, sözleşmenin iptali ex tunc sonuç doğuracak ve iş sözleşmesinin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde tasfiyesi gerekecektir. Davacı bu hükmü temyiz etmiştir. Bunun üzerine İsviçre Federal Mahkemesi, 23.11.2005 tarihli kararında:

“4.1 Kural olarak, irade fesadına uğrayan tarafça iptal edilen sözleşme ex tunc geçersizdir. İfa edilmiş edimlerin iadesi gerekir. Aynı edimler açısından aynı talep (vindikasyon) ilkesi, diğerleri açısından sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanır. Burada sözleşmeye dayalı bir tasfiye ilişkisinin bulunduğundan hareket etmek gerekir...

4.2 Sürekli bir borç ilişkisinin aynı talep ilkesi ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesi her halükarda önemli uygulama sorunlarının ortaya çıkmasına neden olur, hatta bazen buna imkan olmaz. Bu nedenle, Kanunda m. 320/III hükmünde iş sözleşmesi için bir istisna öngörülmüştür. Federal Mahkeme bu hükmün tüm sürekli borç ilişkileri açısından uygulanacağını kabul etmiştir (BGE 129 III 320)... Bu hükme göre, iş ilişkisinin iptali tıpkı bir fesih gibi ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğuracaktır.

4.2.1 Madde 320/III hükmünün uygulanabilmesinin ilk koşulu, bağtlanan iş sözleşmesinin geçersiz olmasıdır. Dava konusu olayda işçinin işverenin iradesini hile ile fesada uğratması sonucu bu koşul gerçekleşmiştir. Hükmün uygulanabilmesi için ayrıca işçinin işe başlamış olması gerekir. Bu koşul da gerçekleşmiş olup, davacı 07.08.2000 tarihli sözleşmeye dayanarak işletme müdürü sıfatıyla bir yılı aşkın süre çalışmıştır. Son olarak, hükmün uygulanabilmesi için işçinin iş görme edimini iyiniyetle ifa etmiş olması gerekir. Somut olayda da, davacının davalıya karşı iş görme edimini iyiniyetle ifa edip etmediği uyumsuzluk konusunu oluşturmaktadır.

4.2.2 Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi esas olarak, davacının iş sözleşmesinin sona ermesine İsv. BK m. 28 anlamında hilesi ile sebep olduğu gerekçesiyle iyiniyet koşulunun gerçekleşmediğini ve bu nedenle m. 320/III'ten yararlanamayacağını kabul etmiştir. Davacı ise, buna karşı, “iş görme borcunu iyiniyetle ifa” koşulunun m.320/III'ün uygulanmasına engel olabilmesi için, işçinin sözleşmenin kurulması aşamasında sadece eksikliği bilmesinin yeterli olmadığını, buna ek olarak eksikliğin hukuki sonucunun sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığı hususunda da bilgi sahibi olması gerektiğini ileri sürmüştür.

4.2.3 Geçersiz iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülünceye kadar geçerli bir sözleşme gibi işlem görmesi kuralı, sadece işçinin iyiniyetle iş görmüş olması halinde geçerlidir. Öğretide, MK m. 3/I uyarınca, iyiniyetin varlığının asıl olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur... Buna karşılık, işçinin iyiniyetinin MK m. 3/II ışığında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda görüşler farklılaşmaktadır. Öğretinin bir kısmı, işçinin kendisinden beklenen özeni göstermesi durumunda eksikliği bilebilecek durumda olması halinde iyiniyete dayanamayacağını, işçinin kanunu bilmediğini ileri süremeyeceğini kabul etmektedir¹²⁷. Öğretideki diğer görüş, sadece işçinin sözleşmenin geçersizliği hakkında bilgisi olduğunun ispatlanması halinde iyiniyete dayanılmayacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre işçi, somut olarak sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığını ve böylece sözleşmeden kaynaklanan taleplerin söz konusu olmayacağını bilmelidir¹²⁸.

4.2.4 BK m. 320/III hükmünün yorumlanmasında, kanun koyucunun bu düzenleme ile iş ilişkilerinin tasfiyesini kolaylaştırmak istediğinden hareket edilmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, iş ilişkisinin geçersizliğinin geçmişe etkili (ex tunc) sonuç doğurması, uygulanması büyük güçlükler neden olacak hatta imkansız olabilecek şekilde, sözleşmenin aynı talep ilkesi ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesine yol açacaktır. BK m. 320/III hükmünün ratio legis'i ise, her iki tarafça ifa edilmiş olan bir iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesine kadar tüm etkilerini doğurmasıdır. İş sözleşmesinin geçersizliğinin sonuçları ancak ve ancak ileriye etkili olarak yani taraflardan birinin buna dayanmasından itibaren uygulama alanı bulur. Çoğu zaman güçlükle uygulanabilen aynı talep ilkesi ve sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine her iki taraf geçersizliğin ileri sürüldüğü ana kadar sözleşmeden kaynaklanan taleplere sahip olur. Salt iş ilişkisinin kolaylaştırılmış tasfiyesi dahi, BK m. 320/III hükmünün uygulanabilme koşullarının dar yorumlamamasını ve iyiniyetin varlığını kabul için ağır koşullar ileri sürülmemesini gerektirir.

Bunun dışında, işçinin iyiniyetle çalışıp çalışmadığının tespitinde MK m.3/II hükmünün uygulanmasının adil olmayan sonuçlara yol açabileceği dikkate alınmalıdır. İş sözleşmesinin geçersiz olduğu pek çok olayda, örneğin işçinin fiil ehliyetine sahip olmaması veya yasal çalışma yasaklarına aykırılık halinde, kural olarak, işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açan sebebi bildiği veya en azından gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olacağından hareket edilebilir. Ancak öğretide, örneğin sözleşme konusu işi yapması mümkün olmayan bir genç veya geçerli çalışma izni olmadan çalışan bir yabancıdan da, iş sözleşmesinin geçersizliğine yol açan nedeni bilmesine veya

¹²⁷ *Jürg Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 13 zu Art. 320 OR; *Frank Vischer*, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl., Basel 2005, S. 82 f.; *Adrian Staehelin*, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N. 34 zu Art. 320 OR; *Duc/Subilia*, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998, N. 13 zu Art. 320 OR; *Gabriel Aubert*, Commentaire romand, CO I, Basel 2003, N. 5 zu Art. 320 OR). Federal Mahkeme kararının metninde atf yapılan öğreti görüşlerine, kararda yer aldıkları biçimiyle, dipnotlarda yer verilecektir.

¹²⁸ *Manfred Rebbinder*, Berner Kommentar, Bern 1985, N. 47 zu Art. 320 OR; *Bruno Pellegrini*, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Willensmängeln, Diss. Zürich 1983, S. 161 ff., insbes. S. 165 f.

gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olmasına rağmen BK m. 320/III hükmünden yararlanabileceği konusunda birlik bulunmaktadır¹²⁹. Bu tür durumlar da dikkate alınarak, **BK m. 320/III hükmünün şu şekilde yorumlanması gerekir: İşçinin sadece sözleşmenin kurulması aşamasında eksikliği bildiğinin değil, aynı zamanda bu eksikliğin hukuki sonucu olarak sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığını bildiğinin somut olarak ispatlanması halinde Kanunda aranan işçinin iyiniyetli olması koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.**

Öte yandan, BK m. 320/III hükmünün tarihsel gelişimi de bu yorum biçimini doğrulamaktadır. Pellegrini'nin belirttiği gibi, Kanunu ihlal eden bir iş ilişkisinin geçmiş dönem için nasıl mevcut sayılacağı ve -geçerli bir iş ilişkisinin varlığından bağımsız olarak- işçinin sebepsiz zenginleşme talebi yerine ücret talep hakkı nasıl gerçekleştirilebileceği şeklinde iki sorunun yanıtlanması gerekiyordu. "İyiniyetle" ibaresinin kullanılmasının arkasında özel bir amaç bulunmamaktadır. Pellegrini, haklı olarak buradan, kanun metni haline gelen "iyiniyetle iş görme" ibarelerine sadece, işçinin sözleşmenin geçersizliğini bildiğinin somut olarak ispatlanması halinde BK m. 320/III hükmüne dayanamayacağı anlamı yüklemektedir.

4.2.5 Özet olarak, işçi sadece sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmadığını bildiğinin somut olarak ispatlanabilmesi durumunda BK m. 320/III hükmüne dayanamayacaktır. Böylece, sadece kanuna aykırılığın değil, aynı zamanda bunun hukuki sonucunun bilinmesi aranmaktadır. Bu çerçevede iyiniyetin korunmasının sınırı konusundaki genel kural olan MK m. 3/II İş Hukuku alanında uygulanma alanı bulunmamaktadır.

4.3 Somut olayda, davacının bilinçli olarak kendisi tarafından hazırlanan ve eşi tarafından imzalanan bir çalışma belgesini kullandığı ve böylece davalının iş sözleşmesi kurmasını sağladığı ortaya konmuştur. Buna karşılık, yerel mahkeme kararını bozan kararda, davacının yaptığı hilenin hukuki sonuçlarını bildiği sonucu çıkarılabilecek herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Davacının her iki tarafça aylarca ifa edilen iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olduğunu bildiğini gösterebilecek herhangi bir bulgu bulunmamaktadır. Davacının hilesinin varlığı halinde hukuki sonucunu bildiği ispatlanamadığından, davacının sözleşme ile kararlaştırılan ücret karşılığında iş görme edimini yerine getirme hususunda iyiniyetli olduğu kabul edilmelidir. Aargau Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin davacının, davalının sözleşme ile bağlı olmadığını açıkladığı 13.09.2001 tarihine kadarki ücret talebini reddederek BK m. 320/III hükmüne aykırı hareket etmiştir. Bu nedenle temyiz talebi kısmen haklı olup, davalı iş mahkemesinin 27.06.2003 tarihli kararına uygun olarak davacıya 14.741.20 Frank ödemekle yükümlü tutulmalıdır".

Görüldüğü gibi, Kanunda açıkça işçinin iyiniyetle iş görmesi koşulunu arayan İsviçre Hukukunda, Federal Mahkeme, sürekli borç ilişkilerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiyesinin güçlüğü de dikkate alarak, işçinin geçersizlik nedenini bilmesine bağlı olarak geçersizliğin baştan itibaren sonuç doğurmasını

¹²⁹ *Streiff/Von Kaenel*, a.a.O., N. 11 zu Art. 320 OR; *Staehelin*, a.a.O., N. 35 zu Art. 320 OR; *Vischer*, a.a.O., S. 83; *Brühwiler*, a.a.O., N. 13 zu Art. 320 OR.

oldukça sınırlı durumlarda kabul etmektedir. Hatta bir kişinin sadece geçersizlik sebebini değil, bunun hukuki sonucu olarak sözleşmenin bağlayıcı olmadığını da bildiğinin ispatının güçlüğü de dikkate alındığında, baştan itibaren geçersizliğin, örneğin işçinin hukukçu olması gibi durumlar dışında, hiç uygulanmadığı sonucuna dahi varılabilecektir. Yüksek Mahkeme'nin buradaki yaklaşımı Hukukumuz bakımından da dikkate alınması gereken bir yaklaşımdır. Geçersiz iş sözleşmesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye etmek yerine, sözleşmeye dayalı taleplere öncelik verilmesi daha isabetli ve uygulanması sorunlara yol açmayan pratik bir yaklaşım olacaktır. Bu sonucun kabulü ile işçiye başkaca özel bir fayda da sağlanmış olmamaktadır. Zira, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde, sözleşme bir fesih beyanı ile sona ermediği için işçinin feshe bağlı haklar olan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatından yararlanması veya işe iade davası açabilmesi söz konusu olmayacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Hukukumuzda işçinin emeğinin korunması ilkesi üstün tutularak İsviçre Hukukundaki tartışmalara neden olan iyiniyetle ifa koşuluna yer verilmemiştir. Buna rağmen, gerekçede sanki bu koşul Hukukumuzda da mevcutmuşçasına yer verilen açıklamaların uygulama açısından belirleyici olmaması gerekir. İş sözleşmesinin geçersizlik sebebini bilen işçiye sadece gerekçede belirtilen, işverenin de bu sebebi bilmesi hali ile sınırlı koruma sağlamak düzenlemenin amacı ile uyumlu olmadığı gibi, Hukukumuz açısından 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile oluşan hukuki koruma düzeyi açısından da bir geriye gidiş anlamına gelecektir.

c. İleriye Etkili Sonuç Doğuracak Geçersizliğin İleri Sürülmesinin Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu m. 394/III hükmü uyarınca iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi ile birlikte sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkacak ve tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan borçları, yani işçinin iş görme işverenin de ücret ödeme borçları sona erecektir. Burada iş sözleşmesi bir fesih beyanı ile sona ermediğinden¹³⁰, işçi ya da işveren feshe bağlı haklara sahip olmayacaktır. Örneğin, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin geçersizliğinin işçi tarafından ileri sürülmesi halinde işveren, İş Kanunu m. 17'ye aykırı hareket ettiği gerekçesiyle işçiden ihbar tazminatı talep edemeyecek; aynı durum işçi açısından da geçerli olacaktır¹³¹. Bu-

¹³⁰ İsviçre Hukukunda geçersizlik nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde fesih bildirim sürelerine uyulmasına gerek olmadığı yönünde, *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 12; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 25. Alman Hukukunda aynı yönde, *Preis*, Ulrich : in *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz*, 4. Auflage, München 2012, 1. Teil, K. Rn. 1.

¹³¹ İsviçre Hukukunda, işçinin hemen iş bulamaması nedeniyle uğradığı zararı duruma göre culpa in contrahendo kapsamında talep edilebileceği yönündeki görüş için bkz. *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 25; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, OR 320, N. 12. İş sözleşmesinin geçersizliğinin işe başlamadan önce ileri sürülmesi durumunda tarafların zararlarını aynı ilke kapsamında talep edebileceği yönünde, *Geiser/Müller*, Rn. 298.

nun gibi, geçersizliğin işveren tarafından ileri sürülmesi durumunda, işçi işverene bağlı olarak bir yıldan uzun süre çalışmış dahi olsa, iş sözleşmesi 1475 sayılı İş K. m. 14'te belirtilen hallerden biri nedeniyle sona ermediği için kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Aynı şekilde, bir fesih işlemi söz konusu olmadığından, işçinin işveren tarafından iş sözleşmesinin geçersiz olduğu gerekçesiyle sona erdirilmesinden itibaren bir ay içinde işe iade davası açma hakkı da söz konusu olmayacaktır¹³².

Buna karşılık, iş sözleşmesi, sözleşmenin geçersizliği ileri sürülmeksizin, kıdem tazminatına hak kazandıran bir fesih nedeni veya işçinin ölümü nedeni ile sona ermişse, işçi kıdem koşulunu da yerine getirmiş olmak kaydıyla, kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. İşçinin feshe bağlı olmayan hakları açısından ise, ileriye etkili olarak geçersiz olan iş sözleşmesinin geçerli bir iş sözleşmesinden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Örneğin, iş sözleşmesinin geçersizliği ileri sürüldüğünde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izinlerinin bulunması halinde, bunların karşılığının son ücreti üzerinden ödenmesi gerekir.

Belirtelim ki, işçinin iş güvencesi kapsamında oluşu, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesine engel değildir. Şüphesiz geçersizliğin ileri sürülebilmesi için bunun için geçersizlik sebebinin hala mevcut olması gerekir¹³³. İnceleme konumuz açısından bakıldığında, yaş küçüklüğü nedeniyle iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürme hakkı, kanaatimizce işçinin kanunun aradığı yaşa ulaşmasına kadar söz konusu olup, bundan sonra sözleşme kurulurken işçinin gerekli yaşın altında olduğu ileri sürülerek iş sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi mümkün değildir¹³⁴. Aynı şekilde, artık iş sözleşmesinin işçinin yaşının küçük olduğu dönemle sınırlı olarak da geçersiz olduğu sonucuna varılamayacaktır. İş sözleşmesinin işçinin kanunun aradığı yaş koşulunu tamamlamasından sonra feshedilmesi ve işçinin bu feshe bağlı olarak örneğin kıdem veya ihbar tazminatına hak kazanması halinde, işçinin aranan yaş sınırının altında kalan hizmet süresi de bu tazminatlara esas hizmet süresinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Aynı ilke, örneğin iş güvencesi tazminatının miktarının tayini gibi işçinin hizmet süresinin esas alındığı tüm haklar açısından geçerlidir. Belirtelim ki, uygulamada Yargıtay'ın bu temel ilkelere uygun kararlarına rastlanıldığı gibi, bunlardan sapma niteliğinde isabetsiz kararlarına da rastlanmakta olup, aşağıda bu kararlar detaylı olarak değerlendirilecektir.

3. Konuya İlişkin Yargıtay İçtihadının Değerlendirilmesi

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2012 tarihli bir kararında, devamsızlık yaptığı tarih itibarıyla akıl hastası olduğu Adli Tıp Kurumu raporu ile sabit olan davacının

¹³² Alman Hukukunda da işçi iş sözleşmesinin geçersizlik nedeniyle sona erdirilmesi halinde feshe karşı koruma hükümlerinden yararlanamamaktadır. Bu konuda bkz. *Müller-Glöge*, Rudi: in Münchener Kommentar zum BGB, Band 4, 6. Auflage, München 2012, § 611 BGB, Rn. 639. İsviçre Hukukunda aynı yönde, *Portmann/Stöckli*, N. 128.

¹³³ *Portmann/Stöckli*, N. 128; *Geiser/Müller*, Rn. 295; *BaslerKom/Portmann*, OR 320, N. 24.

¹³⁴ Aynı yönde, *Sümer*, 160.

iş sözleşmesinin TBK m. 394/III hükmü gereği davacının akıl hastalığına yakalanması ile ileriye etkili olarak geçersiz hale geldiği yönünde karar verilmiştir. Karara göre, “...İş sözleşmesi, kuruluşunda geçerlilik koşullarından birini taşımyorsa genel hükümlere göre yaptırımı geçersizdir. Geçersizlik, kural olarak, hukuki işlemi geçmişe etkili şekilde hükümsüz kulan bir yaptırım ise de, 30.09.1958 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 18.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkilerinde geçersizlik geçmişe değil, ileriye etkili şekilde sonuç doğurur. Bu ilke 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 394. maddenin üçüncü fıkrası ile kanuni bir kural haline gelmiş bulunmaktadır. Buna göre, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesi, iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu açıdan geçersizlik, taraflardan birinin öne sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olacaktır.”¹³⁵.

Görüldüğü gibi, Özel Daire bu kararda 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına atıfta bulunmuş ve bu kararda benimsenen ilkenin TBK m. 394/III ile kanun hükmü haline geldiğini açıklayarak, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmesinin iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirtmiştir.

Oysa, ayırt etme gücünü sonradan kaybeden işçi bakımından *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşulu değil, geçersizliğin sonradan ortaya çıkması söz konusudur. Bu durumda TBK m. 394/III hükmünün uygulanması, hükmün lafzından hareketle değil, amaçsal yorum metodunun benimsenmesi ile mümkün olacaktır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2013 yılında verdiği başka bir kararda asgari çalışma yaşından önce çalışmaya başlayan bir işçi bakımından aynı yaklaşımın benimsenmemiş olması eleştiriye açıktır. Kararda çalışma yaşının kanuni alt sınırından önce iş sözleşmesi kurulma olanağı olmadığı belirtildikten sonra, kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde kurulan böyle bir iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olduğunu sonucuna ulaşılmıştır.

Söz konusu karara göre, “...her ne kadar davacı tanıkları davacının 1996 yılından işyerinde çalışmaya başladığını beyan etmişlerse de, 01.02.1985 tarihinde doğmuş olan davacının 1996 tarihinde onbir yaşında olduğu görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71. maddesinde, onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu, ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Bu kurala göre çalışma yaşının alt sınırı ondört yaş olarak belirlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.04.1991 tarih 1991/9-107 esas sayılı kararında da belirtildiği üzere, ondört yaşından küçük çocuklarla iş sözleşmesi kurulma olanağı bulun[ma]maktadır.

¹³⁵ Yarg. 22. HD, 13.07.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944, Kazancı İçtihat Bankası.

Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde yapılan hizmet sözleşmesi 4857 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, mahkemece hizmet süresinin 31.10.1996-14.09.2010 tarihleri arasında belirlenmesi isabetsizdir...¹³⁶.

Kararda atıfta bulunulan 1991 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre de “*Küçüklerin belli bir yaştan önce çalıştırılmaları yasağını koyan iş Kanununun bu kuralları koruyucu nitelikte olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu kurallar uyarınca, 15 yaşından ve kimi koşullarda hafif işlerde 13 yaşından küçük çocuklarla hizmet sözleşmesi kurulması olanağı yoktur. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir.*”¹³⁷.

Önemle vurgulayalım ki, söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararı ve buna atıfta bulunan 22. Hukuk Dairesi kararı birçok yönden isabetsizdir. Her şeyden önce, Hukuk Genel Kurulu'nun Yargıtay Kanunu m. 45 uyarınca bağlayıcı nitelikteki İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı karar vermiş olması yerinde değildir.

Özel Daire'nin kararına konu olayda da, davacının iş sözleşmesi 14.09.2010 tarihinde, yani davacı 25 yaş 7 ay 13 günlük iken feshedilmiştir. Davalı işveren, iş sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını davacının 14-15 yaşını doldurmasından önce ileri sürmemiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, geçersizliğin ileri sürülebilmesi için, ileri sürme anında geçersizlik sebebinin mevcudiyetini koruyor olması gerekir. Davacı kanunda aranan yaşa ulaştıktan sonra artık bu nedenle, ileriye etkili de olsa iş sözleşmesinin geçersiz kılınması mümkün değildir. Böyle bir durumda, kararda varılan sonucun aksine, işçinin gerekli yaş sınırının altında iken geçirdiği hizmet sürelerinin dışlanması uygulamasının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Konunun 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı ile ilişkilendirilmiş olması da isabet taşımayan bir diğer yöndür.

Ayrıca, İş Hukuku mevzuatında asgari çalışma yaşı kural olarak 15, istisnaen 14 olarak öngörülmüşken söz konusu kararda 14 yaşından küçüklerle iş sözleşmesi kurulması olanağından bahsedilmesi istisnanın kural gibi yansıtılmasıdır. Gerçekten, küçüğün yaptığı işin hafif işler arasında olup olmadığına ve ilköğretimi tamamlayıp tamamlamadığına ilişkin değerlendirme yapılmadan 14 yaşın asgari çalışma yaşı olarak kabullenilmesi hukuka uygun değildir.

Özel Daire, yukarıda yer verdiğimiz 2012 tarihli kararında, 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına ve bu kararda benimsen ilkeyi kanun hükmüne dönüştürdüğünü belirttiği TBK m. 394/III hükmüne atıfta bulunmuşken, daha sonrasında verdiği bu kararda söz konusu hüküm ve karara yer vermemiştir.

¹³⁶ Yarg. 22. HD, 21.05.2013, E. 2012/16405, K. 2013/11851, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 624-626.

¹³⁷ Yarg. HGK, 03.04.1991, E. 1991/9-107, K. 1991/168, Kazancı İçtihat Bankası; kararın eleştirisi için bkz. *Soyer*, Değerlendirme, 1-2; *Doğan Yenisey*, Değerlendirme, 16.

Öte yandan, kararda, kanunda belirtilen yaş sınırının altındaki kişilerle yapılan iş sözleşmelerinin baştan itibaren geçersiz olduğunun bir faraziyeymiş gibi belirtilmiş olması da isabetsizdir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanaatimizce böyle bir iş sözleşmesinin geçersizliği, işçi henüz kanuni yaş sınırının altındayken ileri sürülmüş olsa dahi, ileriye etkili (ex nunc) olacaktır.

İşçilerin harcadığı emeğin korunması ilkesine iyiniyete oranla üstünlük tanınmasının benimsendiği bir hukuk sisteminde, küçük işçilerin emeğinin göz ardı edilmesi sonucunu doğuran aksi yaklaşımın isabet derecesi tartışmalıdır. Kurulan iş sözleşmesinin hukuken geçerli olup olmadığı ile ilgilenebilecek gelişmişlikte dahi olmayan, ruhi, fiziksel koşulları el vermemesine rağmen kendisinin veya ailesinin geçimini sağlamak zorunda kaldığı/bırakıldığı için çalışan çocukların asgari yaş sınırının altında geçen çalışma süresinin kıdemlerine dahil edilmemesi, çocuğun emeğinin hükmün ratio legis'ine aykırı olarak yok sayılması anlamına gelmektedir. Çocuk işçiliğinin sakıncaları ve önlenmesi gereği tartışma dışıdır. Ancak bu yasağa aykırı olarak çocuk işçi çalıştırılması halinde, geçersizliği baştan itibaren etkili kabul edip, hizmet süresini yok sayarak çocuğa emeğinin karşılığını vermemek bu amaçla hizmet etmekten çok, yasağa aykırı davranan işvereni ödüllendirmek sonucunu doğuracaktır.

Normun konulma amacına uygun olarak yorumlanıp uygulanması gerekir. Bu konuda tam ehliyetsizler hakkındaki bir İçtihadı Birleştirme Kararında yer verilen açıklamalar son derece önemlidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 09.03.1955 tarihli kararına göre, "*Medeni Kanunun onbeşinci maddesindeki hükmün vazında asıl gaye ve maksadın Medeni hakları kullanmaktan gayri mümeyyizlik sebebiyle mahrum olan kimselerin korunması olduğu meydandadır (Züricîh şerhi tercümesi şahsın hukuku madde-Onsekiz No : Onüç) şu halde bu kanun hükmünü, sevk gayesine münafi olarak, mümeyyiz olmıyanın aleyhine tefsir etmek, mesela, mümeyyiz olmıyan kimsenin alacağını temin etmek için yapılmış kefalet veya mümeyyiz olmıyan kimseye yapılan hibeyi muteber saymamak bu gayenin dışında kalan neticeler olacaktır. Bundan başka, mümeyyiz olmıyan kimsenin yaptığı bir iş akti, batıl sayıldığı takdirde iş veren, yalnız mamelekinde husule gelen zenginleşmeden dolayı bir miktar para verecek, mukavele edilen ücretle mülzem bulunmıyacaktır. Ayrıca bu kimseyi, iş akti hükümsüz olduğundan- İşçi Sigortalarından ve işçiyi koruyan diğer kanun hükümlerinden istifade ettirmemek vaziyeti hasıl olacaktır. Keza mümeyyiz olmıyan bir kimsenin satın aldığı piyango biletine ikramiye isabet etse, satış hükümsüz olduğu için, ikramiyenin de kendisine ait olmaması nitecesine varmak icabedecektir. Görülüyor ki, onbeşinci maddenin mümeyyiz olmıyan kimse aleyhine olarak dermeyan edilmesi, bu hükmün konması maksadına aykırı ve adil olmıyan neticeler doğurmaktadır.*"¹³⁸. Öğreti de, ayırt etme gücü iş sözleşmesinin kurulması anında olmayan bir kişi bakı-

¹³⁸ Yarg. İBK, 09.03.1955, E. 1954/22, K. 1955/2, RG, 27.06.1955, 9039.

mından geçersizliğin ileri etkili olduğunun kabulü gerektiğini savunmaktadır¹³⁹. Bu durum dürüstlük kuralının da bir gereğidir. Zira, baştan itibaren geçersizliği ileri sürme hakkının ayırt etme gücü olmayan işçiyi koruma amacından saptırılarak kullanılmasını, TMK m. 2/II hükmü engeller ve iş sözleşmesi tam ehliyetsiz biri tarafından yapılmış olmasına rağmen geçerli olur¹⁴⁰.

Söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve buna paralel öğreti görüşü, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçük gibi, ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen kanunun çalışmayı yasakladığı yaştaki bir küçük ile yapılan iş sözleşmelerinin geçerliliği bakımından da dikkate alınmalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesinin ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse aleyhine ileri sürülmesi, bu hükmün konulma amacına aykırı olduğu gibi, İş Kanunu m. 71 vd. hükümlerindeki küçüklerin çalışmasına ilişkin yasaklamaların küçük aleyhine ileri sürülmesinin de, küçüğü koruma amacına aykırı olduğu açıktır. Her iki durumun da adil olmadığı tartışma götürmeyecek bir gerçektir. Bu durum, uluslararası sözleşmeler ve Anayasadan kaynaklanan yükümlükler kapsamında küçük işçilerin emeklerinin korunması ilkesine de aykırıdır. Yine, baştan itibaren geçersizliği ileri sürme hakkının kanunun küçük işçinin emeğini koruma amacından saptırılarak kullanılması dürüstlük kuralına da aykırıdır. Tekrar hatırlatalım ki, İş Hukuku mevzuatındaki küçük işçilere yönelik yasaklayıcı ve sınırlayıcı düzenlemelerin amacı küçüklerin ekonomik sömürüye karşı korunmasıdır; sömürülen küçüklerin mağduriyetin artırılması değildir. Oysa söz konusu karar aksi bir tablo yaratmıştır.

SONUÇ

Küçüklerin çalıştırılması bütün dünyada önlenmek istenmekle birlikte kısa vadede önlenmesi mümkün olmayan ve önleninceye kadar bazı küçüklerin uygun çalışma koşulları içinde çalışmasına razı olunan bir açmazdır. Konu hakkında uluslararası ve ulusal düzeyde birçok yasaklayıcı veya sınırlayıcı düzenleme olmasına rağmen ülkemizde ve çoğu ülkede küçüklerin ekonomik sömürüye maruz kaldığı bir gerçektir. Oysa, söz konusu düzenlemeler ile küçüklerin tehlikeli işlerde çalıştırılmamaları, çalışmalarının eğitimlerine zarar vermemesinin sağlanması ve sağlıklarını ve bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve sosyal gelişimlerini olumsuz etkilemeyecek şekilde çalıştırılmasının sağlanmasına yönelik düzenlemelerle küçüklerin erişkinlere göre farklı koşul ve durumlarda çalışmasının sağlanması amaçlanmaktadır.

Türk Hukukunda asgari çalışma yaşı ve küçüklerin çalıştırılmasında çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler ile küçük işçilerin korunması hedeflenirken mev-

¹³⁹ Nomer sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olan bir kişinin iş sözleşmesine dayalı olarak belirli bir süre çalışması halinde geçersizlik sebebi ortaya çıkıncaya kadar iş sözleşmesinin hüküm doğuracağını belirtmektedir. Yazar, TBK m. 394/III hükmüne yer vermeden bu sonuca ulaşmıştır *Nomer*, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, 41.

¹⁴⁰ *Dural/Öğüz*, 72-73.

zuatta farklı kanunlarla farklı esasların benimsenmesi hedeflenenin gerçekleşmesi önünde bir engel oluşturmaktadır. Mesela İş Kanununda asgari çalışma yaşı kural olarak 15, istisnaen 14 yaş olarak öngörülürken Deniz İş Kanununda çalışılan işe göre 16 veya 18 yaş kabul edilmekte, Basın İş Kanununa ve Türk Borçlar Kanununa tabi olarak çalışan küçükler bakımından ise Umumi Hıfzısıhha Kanununun uygulanması gereği kural olarak 12 yaş benimsenmektedir. Bu farklılıklar ne yapılan işin niteliğinden kaynaklanmaktadır, ne de öngörülen esaslar Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygundur.

Küçüklerin ağırlıklı olarak çalıştırıldıkları alanların Türk Borçlar Kanunu kapsamında olması ve dolayısıyla Umumi Hıfzısıhha Kanununun uygulanması, küçük işçilerin büyük ölçüde korunmaması anlamına gelmektedir. Yaratılan bu ülke tablosunda, mevzuat ile küçük işçilerin korunmasına ilişkin korumanın yetersiz olduğunu söylemek gerekir. Amaç doğrudur; ancak önemli bir araç niteliğindeki mevzuat mevcut haliyle bu amacı gerçekleştirme elverişli değildir.

İlk olarak, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin de gereği olarak hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın, asgari çalışma yaşı tekrar düzenlenmeli ve küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin düzenlemelere yeknesaklık kazandırılmalıdır. Bu kapsamda, asgari çalışma yaşı tehlikeli işler haricinde kural olarak 15 yaş olarak benimsenmeli, tehlikeli işlerde ise 18 olarak öngörülmeli ve her halükarda küçüklerin çalışması zorunlu eğitimin tamamlama koşuluna bağlanmalıdır. Bu konuda zorunlu eğitimi tamamlama yaşı ile asgari çalışma yaşı arasında uyum sağlanması da büyük önem taşımaktadır. 2012 yılında yapılan mevzuat değişikliği ile zorunlu eğitimi tamamlama yaşının 13'e indirilmesi asgari çalışma yaşının da fiiliyatta 13'e inmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumun sıkıntılı olduğunu söylemeye dahi gerek yoktur. Yapılması gereken, zorunlu ilköğretimi tamamlama yaşının indirilmesi değil, bilakis asgari çalışma yaşı olan 15 yaşa yükseltilmesi idi.

Küçük işçilerin korunmasında en az mevzuat kadar önemli olan diğer husus, uygulamaya ilişkindir; mevzuattaki yasak ve sınırlamalara rağmen çalıştırılan küçüklerin emeklerinin korunması gerekmektedir.

Küçükler, gayet de tehlikeli işlerde çalıştırılmakta; çalıştırılmaları sonucunda eğitimleri zarar görmekte, sağlıkları ve/veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve/veya sosyal gelişimleri olumsuz etkilenmektedir. Biz de, çalışmamızda yasaklara ve sınırlamalara rağmen çalıştırılan küçüklerin iş sözleşmelerinin akıbeti tartıştık. Amacımız, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu hukuka aykırı durumu, başta uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ışığında küçüğün yararını gözeterek çözümlenmeye çalışmak olmuştur.

Bu kapsamda Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin çalışmamızda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz 2013 tarihli kararı önemlidir; çünkü birçok yönden eleştirilecek niteliktedir. Söz konusu kararda, 11 yaşında çalıştırılmaya başlayan küçük ile asgari

çalışma yaşından önce “iş sözleşmesi kurulması olanağının olmaması” gerekçesiyle 14 yaşından önceki çalışmalarının yok sayılması küçüklerin çalıştırılması sorununa gözlerini kapamak olarak yorumlanabilir.

Özel Dairenin bu isabetsiz yaklaşımı, 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararına da terstir. Söz konusu içtihadı birleştirme kararında yerinde olarak iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili (ex nunc) olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Konu hakkında Türk Borçlar Kanununda (m. 394/III) yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Özel Daire, kararın ilişkin olduğu dönemde yürürlükte olmamakla birlikte, diğer kararlarında değinmesine rağmen bu kararında söz konusu düzenlemeden bahsetmemiştir. Bu düzenlemenin, kaleme alınışında özensizlik nedeniyle uygulaması öğretilerde tartışmalara sebep olsa da, mehzaz hüküm olan İsviçre BK m. 320/III hükmü dikkate alınarak yorumlandığında somut olayda iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkili olduğu kabul edilmelidir.

Gerçekten, TBK m. 394/III hükmünün lafzında geçersizliğin ileri etkili sonuç doğurmasında *geçersizliğin sonradan anlaşılması* koşuluna yer verilmiştir. Yasak ve sınırlamalara aykırı olarak küçüklerin çalıştırıldığı durumlarda geçersizliğin sonradan anlaşıldığını söylemek ilk bakışta mümkün gözükmemektedir. Ancak, -varlığı kabul edildiği takdirde- bu koşulun uygulanması sorunlara yol açacaktır. Zira, bu koşul karşısında “geçersizlik kim tarafından anlaşılacaktır, geçersizliğin anlaşılması olması ne demektir, bunun tespiti nasıl olacaktır?” şeklinde sorular akla gelmektedir. Bu ve benzeri soruların cevaplandırılması kolay değildir. Hatta bu durumun mehzaz hükümde yer verilen “iyinietli ifa”nın ispatından dahi daha belirsiz bir tablo yarattığını söylemek yanlış olmaz. Madde gerekçesinde açıkça maddede işçinin emeğinin korunması amacıyla iyinietli ifa koşuluna yer verilmediği belirtmiştir. İşçinin geçersizlik nedenini bilip bilmemesi ise İsviçre Hukukunda, iyinietle ifa koşulunun aranması nedeniyle tartışılmaktadır. Yoksa kanun metninde geçersizliğin sonradan ortaya çıkması ibarelerinin bulunması nedeniyle değil. Öte yandan, Hukukumuzdan farklı olarak iyinietle ifa koşulunun aranmasına rağmen, Federal Mahkeme, bu koşulu oldukça dar yorumlamakta ve işçinin sadece geçersizlik nedenini değil, bunun doğurduğu hukuki sonucu da bildiğinin ispatlanması durumunda geçersizliğin geçmişe etkili olduğunu kabul etmektedir. Bu kapsamda İsviçre Federal Mahkemesinin ve öğretisinin yaklaşımı Hukukumuz bakımından da dikkate alınmalı; iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri etkisi (ex nunc) bakımından ağır koşulların varlığı kabul edilmemelidir.

Küçüğün iş görme edimini ifa etmeye başladığı durumlarda iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülmesi halinde iş sözleşmesinin ileri etkili olarak sona erdiği kabul edilmeli, asgari çalışma yaşından küçükken yapılan çalışma da geçerli bir çalışma olarak işçinin kıdemine dahil edilmelidir. Aksi durum, yasağa aykırı davranan işvereni ödüllendirmek, yasağa rağmen çalışma zorunda kalan küçüğün de mağduriyetini perçinlemektir.

KAYNAKÇA

- Akın**, Levent: "Working Conditions of the Child Worker in Turkish Labour Law", **Employee Responsibilities and Rights Journal**, Volume 21, Number 1, March 2009, 53-67 (Working Conditions).
- Akıpek**, Jale G./**Akımtürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul 2011.
- Akkanat**, Halil: **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, İstanbul 2010.
- Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen Kaplan**, E. Tuncay: **İş Hukuku**, Ankara 2012.
- Akyiğit**, Ercan: **İş Hukuku**, Ankara 2013 (İş Hukuku).
- Akyiğit**, Ercan: **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul 1990 (Kesin Hükümsüzlük).
- Arslan Ertürk**, Arzu: "Yeni Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına ve Tarafların Borçlarına İlişkin Esasları", **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, 533-559 (Yeni Türk Borçlar Kanunu).
- Avcı**, Özgür: "İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/28, 1397-1424 (Hükümsüzlük).
- Bakırcı**, Kadriye: **Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması**, İstanbul 2004.
- Barnard**, Catherine: **EC Employment Law**, Newyork 2000.
- Bayram**, Fuat: "AB İlerleme Raporundaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2007/13, 51-96 (AB İlerleme Raporu).
- Blanpain**, Roger: **European Labaour Law**, Lahey 2003.
- Canbolat**, Talat: "Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2007/13, 187-220 (Belirli Süreli İş Sözleşmesi).
- Caniklioğlu**, Nurşen: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi", **Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri**, 20-21 Eylül 2011, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2011, 78-109 (Türk Borçlar Kanunu).
- Centel**, Tankut: "182 sayılı ILO Sözleşmesi'nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi", **TÜHİS 2002**, 10-17 (ILO Sözleşmesi).

Centel, Tankut: “Çalışan Çocukların Hakları ve Türkiye”, **MHB**, Y. 16, S. 1-2, 1996, 19-38 (Türkiye).

Centel, Tankut: **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul 1982 (Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği).

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.

Demir, Fevzi: “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Özel Sayı, 2010, Basım Yılı 2012, 547-577 (Çocukların Korunması).

Demir, Fevzi: **İş Hukuku ve Uygulaması**, İzmir 2013.

Doğan Yenisey, Kübra: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006**, İstanbul 2008, 9-100 (Değerlendirme).

Doğan Yenisey, Kübra: “Hizmet Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler**, İstanbul 2012, 297-336 (Hizmet Sözleşmesi).

Doğan Yenisey, Kübra: “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C. 1, İstanbul 2011, 33-82 (Sosyal Kamu Düzeni).

Dural, Mustafa/**Öğüt**, Tufan: **Türk Özel Hukuku C. 2 Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013.

Ekonomi, Münir: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, **Kamu-İş**, C. 7, S. 3/2004, 1-14.

Elçin Grassinger, E. Gülçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 1, İstanbul 2010, 823-846 (Çocuğun Menfaati).

Engin, Murat: “Gençlerin İş Güvenliği”, **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül 1994 (İş Güvenliği).

Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2011.

Ertan, İ. Mert: “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve Türk Hukukunda Asgari Çıracılık Yaşı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2008/2, 173-198 (Asgari Çıracılık Yaşı).

European Commission, **Turkey 2013 Progress Report, Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014**, Brussels 16.10.2013, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/tr_rapport_2013.pdf (Erişim tarihi: 6.12.2013).

Eyrenci, Öner /**Taşkent**, Savaş/ **Ulucan**, Devrim: **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul 2006.

- Geiser*, Thomas/*Müller*, Roland: *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern 2012.
- Gülçubuk*, Bülent: “Tarımda Çocuk Emegi Sömürüsü ve toplumsal Duyarlılık”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2012/2, S. 33, 75-94 (Tarımda Çocuk).
- Güneş*, Başak/*Mutlay*, F. Barış: “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/3, S. 30, 231-288 (Genel Hizmet Sözleşmesi).
- Hatemi*, Hüseyin/*Kalkan Oğuztürk*, Burcu: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2013.
- International Labour Office, **Making Progress against Child Labour, Global Estimates and trends 2000-2012**, International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), Geneva 2013, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_221513.pdf (Erişim tarihi: 13.1.2014).
- International Labour Organization (ILO), **The End of Child Labour: Within Reach, Global Report Under The Follow-up to The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 2006**, International Labour Conference, 95th Session, Report I (B), Geneva, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-b.pdf> (Erişim tarihi: 12.12.2013)
- Kar*, Bektaş: **Deniz İş Hukuku**, Ankara 2012.
- Kılıç*, Cem: “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Programı-IPEC)” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1-2, Yıl 2001, 49-63.
- Kılıç*, Şebnem: **Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Kavramı ve Çocuk İşçinin Hakları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Kocayusufpaşaoğlu*, Necip/*Hatemi*, Hüseyin/*Serozan*, Rona/*Arpacı*, Abdülkadir: **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul 2008.
- Koç*, Sedef: “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, C. 1, İstanbul 2004, 586-604 (Borçlar Kanunu Tasarısı).
- Kökkılınç Eraltuğ*, Ayşegül/*Fırat Şimşek*, Ayşe: “Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2009/21, 89-118 (Çocuk ve Genç İşçi).
- Mollamahmutoğlu*, Hamdi/*Astarlı*, Muhittin: **İş Hukuku**, Ankara 2011.
- Narmanlıoğlu*, Ünal: **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, İstanbul 2012.
- Nomer*, Haluk: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2011.
- Oğuzman*, Kemal/*Barlas*, Nami: **Medeni Hukuk**, İstanbul 2013.

- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1**, İstanbul 2011.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: **Kişiler Hukuku (Geçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2010.
- Öğüz**, M. Tufan: “Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, **Sicil**, Mart 2008, 23-26 (Ehliyet).
- Öngel**, F. Serkan: “4+4+4 Çocuk İşçi Yaşını 13’e Düşürür”, **Bianet**, 9.6.2012, <http://www.bianet.org/biamag/cocuk/138949-4-4-4-cocuk-isci-yasini-13-edusurur> (Erişim tarihi: 12.12.2013) (Çocuk İşçi Yaşı).
- Portmann**, Wolfgang: in **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011.
- Portmann**, Wolfgang/**Stöckli**, Jean-Fritz: **Schweizerisches Arbeitsrecht**, Zürich 2007.
- Preis**, Ulrich: in Ascheid/Preis/Schmidt, **Kündigungsgerecht**, 4. Auflage, München 2012.
- Richardi**, Reinhard/**Dörner**, Hans-Jürgen/**Weber**, Cristoph: **Personalvertretungsgerecht**, 4. Auflage 2012.
- Saymen**, Ferit H.: **Türk İş Hukuku**, İstanbul 1954.
- Seçer**, Öz: “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010/28, 1425-1453 (Çocuk ve Genç İşçi).
- Selçuki**, Sabih: **İlmi-Kazi İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 1967.
- Serozan**, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul 2013.
- Soyer**, M. Polat: “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991**, İstanbul 1993, 1-30 (Değerlendirme).
- Soyer**, Polat: “Genel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları**, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, 165-208 (Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri).
- Soyer**, Polat: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul 2008, 149-167 (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı).
- Staubelin**, Adrian: **Obligationenrecht, Der Arbeitvertrag**, Art. 319-330a, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 4. Auflage, Zürich 2006.

Streiff, Ullin/*von Kaenel*, Adrian/*Rudolph*, Roger: **Arbeitsvertrag – Praxiskommentar** zu Art. 319-362 OR, Zürich 2012.

Sümer, Haluk Hadi: **İş Hukuku Uygulamaları**, Konya 2010.

Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, İstanbul 2013.

Süzek, Sarper: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (1)**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, 57-98 (Hukuka Aykırılık).

Taşkın, Ahmet: “Uluslararası Çalışma Örgütü ve ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka Etkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2011/30, 451-490 (ILO Sözleşmeleri).

Tekinay, Selahattin Sulhi/*Akman*, Sermet/*Burcuoğlu*, Haluk/*Altop*, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.

Tuğ, Adnan/*Baysal*, Ulaş: “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. 2, İstanbul 2011, 1869-1880 (Çocuk ve Genç İşçi).

Tunçomağ, Kenan: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 1988.

Tunçomağ, Kenan/*Centel*, Tankut: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul 2008.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Thirty-second Session** (13 - 31 January 2003), 23 June 2003, CRC/C/124, <http://www.refworld.org/docid/417679f44.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013)

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), **Report of the UN Committee on the Rights of the Child: Twenty-seventh Session** (Geneva, 21 May-8 June 2001), 23 July 2001, CRC/C/108, <http://www.refworld.org/docid/3f487f254.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013).

UN Committee on the Rights of the Child, **Ninth Session** (Geneva, 22 May-9 June 1995), 9 June 1995, CRC/C/43, <http://www.refworld.org/docid/3f4773d34.html> (Erişim tarihi: 12.12.2013).

Urhanoğlu Cengiz, İftar: “4857 sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak-Şubat 2012, Y. 24, S. 98, 203-230 (Ehliyet).

Uşan, Fatih: **Çıraklık Sözleşmesi**, Konya 1994.

Yamakoğlu, Efe: **Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma**, İstanbul 2011.

Yürekli, Sabahattin: “Alt İşveren Taraf Olduğu Toplu İş Sözleşmesinin Muvazaa Nedeniyle Hükümsüzlüğünün Geçmişe Etkili Olmaması”, **Sicil**, 2013, S. 30, 93-102 (Alt İşveren).