

İşK. m.14

KIDEM TAZMİNATININ HESABI - ASGARİ ÇALIŞMA YAŞINDAN ÖNCEKİ HİZMETLER - 18 YAŞINDAN KÜÇÜK ÇIRAKLAR

Yarg.HGK., 3.4.1991, E.1991/9-107, K.1991/168

Kıdem tazminatının hesabında, 13 yaşından önceki çalışmalar değerlendirilmez.

İşK. 67, 100

Dava: Taraflar arasındaki "ihbar ve kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti"ne ilişkin davadan dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 1. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.4.1990 gün ve 1985/997-1990/354 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 8.11.1990 gün ve 7464-11901 sayılı ilamı ile; (... Mahkemece, davacının 1975-1985 yılları arasındaki çalışması işçilikte geçmiş gibi kabul edilerek hüküm tesis edilmiş ise de, davacının 1966 doğumlu olduğu 1975 yılında 9 yaşında bulunduğu görülmektedir. 1475 sayılı İş Kanununun 67. ve 80. maddeleri de dikkate alınmak suretiyle 13 yaşından sonraki hizmetlerinin değerlendirilerek hüküm kurulması gerekirken 13 yaşını doldurduğu tarihten önceki sürenin hesaplara dahil edilmesi doğru değildir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davalı Vekili...

Karar: Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı, davalıya ait işyerinde 13.6.1975 tarihinden beri çalışmakta iken 13.4.1985 tarihinde hizmet akdinin haksız feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti olarak toplam 709.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının iddia edilen dönemde değil, 10.7.1984-31.3.1985 tarihleri arasında işyerinde çalıştığını, istenen hakların dayanaksız olduğunu, zamanaşımına uğradığını, davacının yaşı itibarıyla işçi sayılmayacağını savunmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1966 doğumlu olan davacı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği 13.4.1985 tarihinde 19 yaşında olup, 13 yaşından sonraki çalışması üç yıldan fazladır. Bu durumda ihbar tazminatının sekiz hafta üzerinden hesaplanması gerekeceği tartışmasızdır. Öte yandan fazla mesai ücreti, zamanaşımı def'i dikkate alınarak davacının 13 yaşını doldurduktan sonraki 28.6.1980-13.4.1985 tarihleri arasındaki süre için hesaplanmıştır. Özel Dairece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutularak yerel mahkeme kararının ihbar tazminatı ve fazla mesai ücretine ilişkin bölümü ilamın 1. bendi kapsamına alınmış ve dolayısıyla bu hak türleri bozma kararı dışında bırakılmıştır. Yerel mahkeme kararının sadece kıdem tazminatına ilişkin bölümü usul ve yasaya aykırı bulunarak bozulmuştur. Belirtilen nedenlerle direnme kararında ihbar tazminatı ve fazla mesai alacağı ile ilgili açıklamaları dosya içeriğiyle bağdaşmamaktadır. Bu durumda yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, sadece kıdem tazminatının hesabında 13 yaşından önceki çalışmaların değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

7.11.1982 günlü 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, önceki 1961 Anayasası gibi, güçsüzlerin ve çocukların korunması için, Devleti gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutmuştur. 25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanununda, bu Anayasal buyruk doğrultusunda küçüklerin beden ve ruh sağlığını koruyucu ayrıntılı kurallara yer verilmiştir. Gerçekten anılan yasanın 67. maddesinin birinci fıkrasında "15 yaşından aşağı çocukların çalıştırılmaları yasaktır" biçiminde genel ilkeyi koyduktan sonra, ikinci fıkrasında "Ancak çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul veya mesleki eğitim ve mesleği yöneltme programlarına devamlarına yahut öğrenimden faydalanma kabiliyetlerine zarar vermeyecek nitelikteki hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılmaları mümkündür" hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi 67. madde, 15 yaşından küçüklerin çalıştırılmaları yasaklamakla birlikte istisnai olarak hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalışmalarına olanak tanımaktadır. Bu kurallara göre İş Kanunu, çalışma yaşının alt sınırını 13 olarak saptamıştır. Aynı yasanın 80. maddesinde de, 13 den 18 yaşına kadar çocukların doktor raporu olmadan çalıştırılmalarını yasaklamakta ve bunların en az altı ayda bir doktor muayenesinden geçirilmelerini kurula bağlamaktadır. Bu kurallara aykırı davranışlar için de, 100. maddede cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Küçüklerin belli bir yaştan önce çalıştırılmaları yasağını koyan İş 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 yok-

tur. Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde baştan itibaren geçersizdir. Anılan buyurucu kurallara aykırı biçimde yapılan bir hizmet sözleşmesinin ya da görülen hizmetin İş Kanununun kapsamı dışında kalması kaçınılmazdır. Böyle bir çalışmanın çıraklıkta geçmiş sayılması düşünülebilirse de, bunun için de yöntemine uygun biçimde çıraklık sözleşmesi düzenlenmesi zorunluğu yoktur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 931 sayılı İş Kanununda olduğu gibi, 1475 sayılı İş Kanunu da 18 yaşını bitirmemiş çırakları kapsamına almamıştır. Bu nedendir ki, 18 yaşına kadar çıraklıkta geçen sürenin, kıdem tazminatı hesabında gözönünde tutulması olanağı yoktur.

Bu açıklamaların ışığı altında somut olay ele alınacak olursa, 1966 doğumlu olan davacı işyerinde çalışmaya başladığını iddia ettiği 1975 yılında 9 yaşındadır. 1975 yılından 13 yaşını doldurduğu 1979 yılına kadar ki çalışması 1475 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kaldığı için, bu dönemin kıdem tazminatının hesabında gözönünde tutulması mümkün değildir. Bu durumda, sadece 1979-1985 yılları arasındaki sürenin dikkate alınmasıyla yetinilmelidir.

Bu itibarla Özel Daire bozma kararında gösterilen ve yukarıda açıklanan nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulun'ca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince (**Bozulmasına**), istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 3.4.1991 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

Kararın İncelenmesi

I. İnceleme konusu Yargıtay kararına neden olan olayda, karar metninden çıkarıldığı kadarıyla:

1. 1966 doğumlu davacı işçi; davalıya ait işyerinde 13.6.1975 tarihinden beri çalışmakta olup, 13.4.1985 tarihinde hizmet sözleşmesinin haksız feshedildiği iddiasıyla ihbar ve kıdem tazminatı ile fazla çalışma ücreti alacaklarını dava eder. Davalı işveren ise; sözkonusu işçinin, 1975-1985 yerine, 10.7.1984-3.1.1985 tarihleri arasında işyerinde çalıştığını ve davacının yaşı itibariyle ileri sürülen dönemde işçi sayılmayacağını savunur. Gerçekten, olayda özellik gösteren yön; davacı

işçinin, çalışmasını dayandırdığı 1975 yılında 9 yaşında, yani yasa (İşK. m.67) tarafından belirlenen asgari çalışma yaşının altındaki bir yaşta bulunmasıdır. Ancak, alt mahkeme, davacı işçinin kıdem tazminatına ilişkin isteğini kabul ederken; davalının buna ilişkin savunmasını, yerinde görmemiştir.

2. Alt mahkeme kararının temyiz edilmesi üzerine uyuşmazlık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise; 8.11.1990 günlü ve 7464/11901 sayılı kararında, "... 1475 sayılı İş Kanununun 67. ve 80. maddeleri de dikkate alınmak suretiyle 13 yaşından sonraki hizmetlerinin değerlendirilerek hüküm kurulması gerekirken 13 yaşını doldurduğu tarihten önceki sürenin hesaplara dahil edilmesi doğru değildir..." gerekçesiyle, daha önce alt mahkemenin verdiği kararı bozar. Buna göre, işçinin asgari çalışma yaşından önceki çalışmaları, kıdem tazminatının hesabında gözönünde bulundurulmayacaktır.

3. Kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce bozulan alt mahkeme, özel daire kararının gerekçelerine katılmayarak, direnme kararı verir. Bunun üzerine uyuşmazlık, bu kez de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne götürülür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da; vermiş olduğu kararında:

- İşK. m.67'nin, asgari çalışma yaşı olarak genelde 15 yaşı öngörüp hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılmasına izin verdiğini;

- İşK. m.80'de, 13-18 yaşları arasındaki çocukların, doktor raporu olmaksızın çalıştırılmalarının yasaklandığını;

- İşK. m.100'de, çocukları koruyucu hükümlerin, cezai yaptırım altına alındığını;

- Asgari çalışma yaşına ilişkin hükümlerin, kamu düzenine ilişkin olup, bunların aksine hizmet sözleşmesi kurulamayacağını ve bu yolda yapılan hizmet sözleşmelerinin de, baştan itibaren geçersiz olup, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kaldığını;

- 18 yaşından önceki çalışmaların, çiraklık sözleşmesine göre geçirilmiş olması düşünülebilirse de, İşK.nun 18 yaşını bitirmemiş çirakları kapsamına almadığını ve buna göre, çiraklıkta geçen sürenin, kıdem tazminatının hesabında gözönünde bulundurulamayacağını;

belirterek, direnme kararının bozulmasına karar verir ve kıdem tazminatının hesabında, 13 yaşın doldurulmasından önce geçen hizmetlerin gözönünde tutulmaması esasını benimser.

II. İnceleme konusu Yargıtay kararı bakımından, çözülmesi gereken hukuki sorun; görüldüğü üzere, ilkin, yaşküçüklüğünün hizmet

sözleşmesinin kurulmasına olan etkisi ve sonra da, asgari çalışma yaşına uyulmayarak yapılan hizmet sözleşmelerinin geleceği noktalarında toplanmaktadır. Bütün bu konular ise, temelde hizmet sözleşmesinin geçersizliğini yakından ilgilendirir. Nitekim, asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemelere ters düşen sözleşmelerin geleceği, hizmet sözleşmesinin geçersizliğine ait görüşlerle yakın ilişki içerisindedir. Bu nedenle, ilkin, belli yaştan küçük işçi çalıştırma yasağına ilişkin koruyucu hükümlerin ve sonra da, bunlara aykırılığın sonuçları üzerinde durmakta yarar vardır.

1. Türk iş mevzuatında çok sayıdaki hükümlerle, çocukların belirli bazı işlerde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Ancak, Türk iş mevzuatının, asgari çalışma yaşı bakımından, sektörler arasında bir yeknesaklığa sahip olduğu görülmez. Nitekim, İşK. m.67/I; genel olarak, 15 yaşından aşağı yaştaki çocukların çalıştırılmasını yasaklar. Buna göre, İşK.nun uygulandığı işlerde (İşK. m.2, 5) asgari çalışma yaşı; kural olarak, 15 yaştır. Ancak, istisnaen; 13 yaşını dolduran çocukların, hafif işlerde çalıştırılmasına izin verilir. Bunun için de, hafif işlerin, "çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul veya mesleki eğitim ve mesleğe yöneltme programlarına devamlarına yahut öğrenimden faydalanma kabiliyetlerine zarar vermeyecek" nitelikte olması gerekir (İşK. m.67/II).

Deniz işleri için, Deniz İşK.'nda asgari çalışma yaşını belirleyen bir hükme rastlanmamasına karşın; "Deniz işlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tesbiti Hakkında 58 Sayılı Sözleşme (1936 tadili)", Türkiye tarafından 25.5.1959 günlü ve 7293 sayılı Yasa'yla (RG.2.6.1959, No.10220) onaylanıp, iç hukuka aktarılmıştır. Söz konusu uluslararası çalışma sözleşmesine göre de, "... gemilerdeki işlerde 15 yaşından aşağı çocuklar çalıştırılmaz" (m.2/bend 1).

Deniz işi sayılmayan ve İşK. uygulanmayan işlerde ise, 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (Umumi HK.) m.173/ı hükmü uygulama alanı bulur. Söz konusu hükme göre de, asgari çalışma yaşı, 12 yaştır. Ancak, "on iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü san'at müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnudur" anlatımını taşıyan Umumi HK. m.173/ı hükmünün, günümüzde sanayi ve maden işlerine uygulanması düşünülmaz. Çünkü, sanayi ve maden işlerine ilişkin iş ilişkilerinde uygulanacak olan hüküm, halen İşK. m.67'dir. Belirtilen hükmün, sonraki yasa hükmü olması nedeniyle; Umumi HK. m.173/ı hükmünün, sanayi ve maden işlerindeki asgari çalışma yaşını belirleme bakımından düzenleme etkisini yitirdiği belirtilmelidir. İşK. m.67'nin 29.7.1983

günlü ve 2869 sayılı Yasa (RG. 30.7.1983, No.13120) m.15'le değiştirilip asgari çalışma yaşını düzenler biçime getirilmesinden önceki dönemde ise; karşıt kavram kanıtına başvurularak, sanayi ve maden işlerinin dışında kalan tüm işlerde, 13 yaşından küçükleri çalıştırma yasağının geçerli olmayacağı ileri sürülmüş ve bu görüşe karşı da, 12 yaşından küçükleri koruma amacını taşıyan Umumi HK. m.173/1'in, mutlak nitelikte bir yasak koyduğu belirtilmiştir (Ayrıntılı bilgi için bak. **T. Centel**, Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, 136-137). Bu görüşlerden ikincisini benimseyip; halen, deniz işi sayılmayan ve İşK.'nin uygulanmadığı işlerdeki asgari çalışma yaşının, 12 yaş olduğunu savunmak mümkündür (Bak. **M. Ekonomi**, İş Hukuku I, İstanbul 1987, 95 dn.94; **M. Kocaoğlu**, "Çocuk ve Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu İle Korunması", Türk Kamu-Sen I, 4 (Haziran 1988), 15; **K. Tunçomağ**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1990, 189).

Türk iş mevzuatındaki bu belli yaştan küçük işçi çalıştırma yasaklarının dışında; bazı işler için de, çocuk ve genç işçi çalıştırma yasağının getirildiği görülür. Nitekim, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu m.12; "kız ve kadınların gazino, bar, kafeşantan ve bunlara benzer içki kullanılan yerlerle banyo, hamam ve plajlarda çalışabilmeleri"ni, "o yerin en büyük mülkiye amirinin izni"ne bağlamış (f.1) ve "yirmi bir yaşından küçük yaştaki kadın ve erkekler hiçbir suretle bu yerlerde çalıştırılmaz" (f.2) hükmüne yer vererek (Karş. Umumi HK. m.176), neşeli ve hoşça zaman geçirmeye ilişkin eğlence işlerinde çocuklar ile gençler için çalışma yasağı öngörmüştür. Aynı doğrultuda olmak üzere, İşK. m.68; "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 çalıştırılmaları yasaktır" hükmüne yer vererek, yeraltında yapılan işlerde çocuk ve genç işçi çalıştırma yasağını içerir. Sonra, 8.5.1991 günlü ve 3729 sayılı Yasa'yla (RG. 21.5.1991, No.20877) onaylanması uygun bulunmasına karşın henüz bir kararnameyle yürürlüğe konulması kabul edilmemiş olan "Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında 123 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi"nde, aynı anlamdaki bir yasağa yer verilir. Ancak, 123 sayılı Sözleşme'nin içerdiği asgari çalışma yaşı, 16 yaştır (m.2/bent 3). Bunun dışında, 151 sayılı Yasa m.2'de, "... maden ocakları dâhilinde on sekiz yaşından dün olanların istihdamı memnudur" diyerek, yürürlükte olduğu yöredeki maden ocaklarında çocuklar ile gençlerin işe alınmalarını yasaklar. Nihayet, Türkiye tarafından 25.5.1959 günlü ve 7292 sayılı Yasa'yla (RG. 2.6.1959, No.10220) onaylanıp iç hukuka aktarılmış olan "Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaş Haddinin Tes-

bitine Dair 15 Sayılı Sözleşme"; 18 yaşından küçüklerin, trimci veya ateşçi olarak gemilerde çalıştırılmamalarını öngörür (m.2).

İşte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun incelenen kararı; herşeyden önce, asgari çalışma yaşına ilişkin, bütün bu sektörel farklılıkları gözardı eden bir karardır. Gerçekten, uyumsuzluk konusu olayda, davacı işçinin çalışmış olduğu işin niteliği karardan anlaşılammakla birlikte; Yargıtay kararında, hafif işler için geçerli olan asgari çalışma yaşının (13 yaşın) temel alındığı görülür. 13 yaşın temel alınışında, iki değişik noktadan hareket edilmiş olunabilirdi. Bunlardan birincisi; davacı işçinin çalışmış olduğu işin niteliği, yani hafif iş oluşu gözönünde bulundurularak, 13 yaşından önceki hizmetlerin hesaba katılmayacağına söylenmiş olmasıdır. İkincisi de, Yargıtayın birçok olayda uygulamış olduğu hakkaniyet adaleti yoludur. Buna göre, 15 yaş kuralına oranla 13 yaşın kabulünün işçi bakımından daha adil bir sonuca götüreceği benimsenmiş olabilir. Ancak, karardaki "... İş Kanunu, çalışma yaşının alt sınırını 13 olarak saptamıştır..." tümcesinden; her iki düşünüş biçiminin de, Yargıtayca benimsenmediği sonucu çıkmaktadır. Gerçekten, Yargıtay; İşK. m.67/II'deki istisnadan hareket ederek, çalışma yaşının asgari sınırının 13 yaş olarak belirlendiğini gerekçe göstermektedir. Söz konusu gerekçenin yerinde olmayışı biryana, mevzuat karşısında doğruluğu dahi, tartışmaya açıktır. Nitekim, Türk iş mevzuatındaki asgari çalışma yaşına ilişkin hükümler yukarıya alınırken; çalışma yaşına ait alt sınırın, İşK. m.67/I uyarınca, kural olarak 15 yaş olduğu ve istisnaen, İşK. m.67/II'ye göre, ancak hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılmasının da hukuken mümkün bulunduğu, daha önce belirtilmiş bulunuyor. Bu bakımdan, sözkonusu Yargıtay kararının; doğru olmasa bile, enazından kendi mantığı içerisinde, genel bir asgari sınır yerine, sektörel farklılıklar nedeniyle, işçinin gördüğü işi temel alması ve alt mahkemeden, bunu araştırıp incelemesini, gerekirse bilirkşi incelemesine gitmesini istemesi gerekirdi. Bunu yapmayan Yargıtay, 15 yaş yerine 13 yaş temel alışı, hukuken geçerli görülebilecek bir temele dayandıramaz duruma düşmüştür. Esasen, kıdem tazminatının hesabına gözönünde bulundurulacak hizmet sürelerinin 15 yaştan (İşK. m.67/I) veya 13 yaştan (İşK. m.67/II) ya da işçinin gördüğü işe göre bir başka yaştan başlatılması, haksız ve doğru olmayan sonuçlara ulaştırır. Çünkü, asgari çalışma yaşı; enazından yapılan iş bakımından, sektörel farklılık gösteren bir faktördür. Böylesi değişken bir faktörün temel alanışı ise, ister istemez, genelde herkese karşı aynı olması gereken kıdem tazminatı koşullarının farklılaşması sonucunu yaratır. Nitekim, belirtilen mantık silsilesi içinde, kimi küçük işçinin 12 yaşından ve kiminin de 13 veya 15 ve hatta 18 yaşından

önceki hizmet sürelerinin, kıdem tazminatının hesabında gözönünde bulundurulmaması gerekecektir ki; bunun adil olmadığı ve yasayla (İşK. m.14) bağdaşmadığı, açıktır. Bu da bize, kıdem tazminatının hesabında sadece asgari çalışmaya yaşından sonraki hizmetlerin gözönünde tutulması olanağının olmadığını göstermektedir.

2. Asgari çalışma yaşına ilişkin mevzuat hükümleri; genel olarak, çocukların ve giderek, gençlerin korunması amacını taşır. Söz konusu amacın gerçekleşmesi ise, ilgili mevzuat hükümlerinin hukuki ve cezai yaptırımlara bağlanmasını zorunlu kılar. Nitekim, İşK. m.100; incelenen Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeyi (İşK. m.67) cezai yaptırım altına sokmuştur. Bunun dışında, asgari çalışma yaşına ilişkin hükümler, olumlu veya olumsuz yönde hizmet sözleşmesinin konusunu biçimlendiren düzenlemelerdir. Gerçekten, işverenin, asgari çalışma yaşına ilişkin hükümlerin koymuş olduğu yasaklara aykırı biçimde, çocuklar ile gençleri işçi olarak çalıştırması hukuken imkânsızdır. Çünkü, söz konusu yasakların gözönünde bulundurulmayışı, anılan hükümlerin buyurucu (zorlayıcı) nitelikleri nedeniyle, yasaya aykırılık oluşturur, asgari çalışma yaşına ilişkin yasa hükümlerine aykırı olan hizmet sözleşmesi de, bu nedenle batıl sayılır (BK. m.20/1) Bak. **U. Brennerberger-H. Bauernfeind**, Das Jugendarbeitsschutzgesetz mit Nebenbestimmungen, Darmstadt 1960, 95; **Centel**, 197-198; **H. Gross**, "Arbeitsschutz und Arbeitsverhältnis", AuR III, 3 (Mart 1955), 78; **A. Hueck-H.C. Nipperdey**, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, Berlin-Frankfurt a. M. 1963, 142; **A. Knopp**, "Der Jugendarbeitsschutz in privatrechtlicher Sicht", DB XII, 24 (17.6.1959), 680; **D. Lingenberg**, Die privatrechtliche Bedeutung des neuen Jugendarbeitsschutzgesetzes, Bonn 1965, 83; **A. Nikisch**, Arbeitsrecht I, Tübingen 1961, 188-190). Nitekim, incelenen Yargıtay kararındaki "... Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde ... geçersizdir" tümcesiyle, bu anlatılmak istenmiştir.

Genel olarak sözleşmelerin butlanı kesin olup, baştan itibaren hükümlerini doğurur. Ancak, butlanın geçni işe etkili olarak hüküm doğurması, devamlı ve kişisel bir ilişki kuran hizmet sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra, tatmin edici olmayan sonuçlara yolaçar. Gerçekten, henüz yürürlüğe girmemiş, yani yanların edimlerini yerine getirmeye başlamadıkları bir hizmet sözleşmesinde butlanın geçmişe etkili kılınması, sakınca yaratmaz. Buna karşılık, yürürlüğe giren hizmet sözleşmesi başlangıçtan itibaren geçersiz sayılıp, nedensiz zenginleşme esaslarına göre yanların yerine getirdikleri edimlerin değerlerinin geri verilmesi mümkün bulunursa da; bu değer, her zaman tam bir karşılık niteliğini taşıyamaz (**Ekonomi**, 160-161; **Hueck-**

Nipperdey, 184). Bu nedenle, yürürlüğe giren hizmet sözleşmesinde butlanın, geçmişe etkili biçimde hüküm doğurmaması kabul edilir. Buna göre, hizmet sözleşmesinin butlanı, sadece geleceğe yönelik olarak etkisini gösterir ve hukuken geçersiz olan hizmet sözleşmesi de, o zamana kadar tıpkı geçerli bir hizmet sözleşmesi gibi hükümlerini doğurur (Bak. **H. Brox**, Arbeitsrecht, Stuttgart 1989, k. no.65-67; **D. Gaul**, Das Arbeitsrecht im Betrieb, Heidelberg 1986, 96-97 k.no. 30 ve 33; **P. Hanau-K. Adomelt**, Arbeitsrecht, Frankfurt a. M. 1988, 172-173; **Hueck-Nipperdey**, 183 vd.; **W. Kaskel-H. Dersch**, Arbeitsrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957, 25; **Niklsch**, 215 vd.; **G. Schaub**, Arbeitsrechts-Handbuch, Münih 1987, 151). Bu anlamda, asgari çalışma yaşına ilişkin yasa hükümlerine aykırılık oluşturan hizmet sözleşmesi yerine getirilmiş, yani küçük işçi işverenin işinde çalışmaya başlamışsa; bu durumda, hizmet sözleşmesinin batıl olmasına rağmen, hukuken geçerli bir hizmet ilişkisi doğar. Çünkü belirtilen durumda hizmet ilişkisi; asgari çalışma yaşına aykırı olan ve dolayısıyla da, hukuken geçersiz sayılan hizmet sözleşmesinin yerine, küçük işçinin, işverenin işyerine veya yaşam alanına katılmasıyla ortaya çıkmıştır (Bak. **HueckNipperdey**, 191; **Niklsch**, 215. Ayrıca bak. **Ekonomi**, 96; **Tunçomağ**, 191).

Belirtilen esaslar, geçmişte vermiş olduğu önemli bir içtihadı birleştirme kararıyla, Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Gerçekten, sözkonusu içtihadı birleştirme kararında Yargıtay; "... İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belli işte çalışması yaşı veya kadın olması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine aykırı olacağına ve iş aktinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin aktin hükümsüz sayılmasıyla korunmak 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..." (YİBK., 18.6.1958-20/9-RG. 30.9.1958, No.10020) gibi gerekçelerle, hizmet sözleşmesinin geçersizliğine rağmen hizmet ilişkisinden doğan hakların gözönünde bulundurulması gerekeceğini kabul eder. Ancak, yıllar önce Yargıtayca benimsenen bu esaslar; inceleme konusu karardaki

"... Böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde **baştan itibaren** (altını ben çizdim) geçersizdir..." tümcesiyle, görmezlikten gelinmiştir. Oysa, yürürlüğe girmiş hizmet sözleşmesinde butlanın, geçmişe etkili hüküm doğurmaması esasına; sadece, yürürlükteki hukuk düzeninin temel esaslarına aykırı düşen ve böylece, mevcut sisteme ağır aykırılık oluşturan durumlarda, o da istisnaen olmak üzere, geçerlik tanınmaz. Bunlara örnek olarak da, konusu ahlaka veya cezai yasaklara aykırı olan hizmet sözleşmeleri ile çalıştırma yasağına rağmen bir yabancı- nın çalıştırılması durumları gösterilir (Bak. E. Akyıldız, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, 39; Brox, k.no.69; M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 64-65; Ekonomi, 161; Hanau-Adomeit, 175; Hueck-Nipperdey, 191192; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri 1, Ankara 1988, 146; Niklsch, 216-217; S. Reisoğlu, Hizmet Akdi, Ankara 1968, 139; Schaub, 153; Tunçomağ, 98; T. Uygur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar-Yargılama, Ankara 1980, 22). İşte, incelenen kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; asgari çalışma yaşına ilişkin hükümleri "kamu düzeni"ne ilişkin buyurucu kurallar niteliğinde görerek, belli yaştan küçük işçi çalıştırma yasağına aykırılığı yürürlükteki hukuk düzeninin temel esaslarına aykırı düşen ağır bir aykırılık biçiminde değerlendirmektedir. Oysa, dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de, eğitim ve oyun çağındaki binlerce çocuğun, ağır işlerde ve düşük ücretle çalıştırıldığı bir gerçektir. Söz-konusu gerçek karşısında ise, "fiili hizmet ilişkisi" kuramı temel alınarak, bunların işçilik haklarından yararlandırılması ve giderek, adil bir sosyal düzenin kurulmasına çalışılması gerekir. Bu anlamda, incelenen karardaki Yargıtay görüşü, toplum gereksinmelerine ters düşen ve adaletli olmayan sonuçlara yolaçan bir düşünceyi beraberinde getirmiştir. Gerçekten, çocuk ve genç işçi ailelerinin yoksul olup temel öğrenim yükümünün tam anlamıyla uygulanmadığı ve devlet denetim örgütünün yetersiz kaldığı Türkiye'de, çocuk çalıştırma olgusu ve çocuk emeğinin istismarı bir ülke gerçeğidir, fiili bir olgudur. Belli yaştan küçük işçinin çalışmayacağı ise, yasaca kabul edilen bir karine olup, aksi her zaman çürütülebilecek olan bir yasal durumdur. Sözkonusu karineye ilişkin gerçeğe araştırarak olan ise, alt mahkemeler ve onları bu yönde yönlendirecek olan da, Yargıtayın yetkili organlarıdır. Fiili gerçek karşısında; bunların işçi sayılmayıp işçilik haklarından yararlandırılmaması, sosyal korumadan yoksun bir ortamda çocuk işçi çalıştırmayı özendirme anlamını taşır. Sonra, mevzuata aykırı biçimde çalıştırılan küçük, nedensiz zenginleşme esaslarına göre hakkını aramaya kalktığına; hizmet sözleşmesinin özelliği gereği, tam bir karşılık elde edemeyecektir. Oysa, geçersizliğe rağmen, küçüğün bu yaştaki

hizmetlerinin kıdem tazminatının hesabında gözönünde bulundurulması, tam bir karşılık yerine geçer. Bu bakımdan, belirtilen Yargıtay içtihadı birleştirme kararı, ülke gerçeklerini gözönünde bulundurup çocukların çalıştırılmasını önlemeye çalışan ve bu yönüyle de, adil bir görüşü simgelerken; inceleme konusu Yargıtay kararı, bunlara tamamen ders düşen bir sonuca ulaşmıştır.

Aslında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, ülkedeki çocuk emeğinin istismara açık olduğunun farkındadır. Nitekim, incelenen kararda yeralan "... Böyle bir çalışmanın çıraklıkta geçmiş sayılması düşünülebilirse de, bunun için de yöntemine uygun biçimde çıraklık sözleşmesi düzenlenmesi zorunluğudur..." anlatımı, tamamen bunu gösterir. Çünkü, 13 yaşından küçüklerin işçi olarak çalıştırılmayacağını belirten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 13 yaşından küçüklerin çırak olarak da hukuken çalıştırılmayacağını (Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu m.10/bent a) bildiği varsayılır. Burada sözkonusu olan; olsa olsa, iş ve sosyal güvenlik mevzuatının öngördüğü yükümlerden kurtulmak için uygulamada yaratılan yapay çırak-(genç) işçi ayırımıdır. Bu konuda, yaratılan yapay ayırımla çıraklığın yozlaştırılması tehlikesi, daha önceden Yargıtay tarafından da görülmüştür. Nitekim, sözkonusu endişeyle Yargıtay, son derece isabetli olarak, "... sözleşmede yeralan çırak-çıraklık sözcükleri bir yana bırakılarak, işyerindeki gerçek çalışma biçimine, işverenle olan ilişkilerin boyutlarına bakmak..." (Y10HD., 20.2.1975-321/982-İHU., SSK. m.3 No.2. Aynı görüş, Yargıtayın daha önceki kararlarına da hakimdir: bak. Y4HD., 24.11.1956-7158/7634-S. **Olgaç**, Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu II, İstanbul 1970, 851; Y9HD., 28.3.1973-1972-36098/6625Gıda işveren, 82 (Ocak 1974); Y10HD., 29.11.1974-5703/6922-İHU., SSK. m.3 No.1) gereğini vurgulamıştır. Bu konuda, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de, ilgilinin yaşı, çalıştığı işin öğrenilme süresi (Bak. **N. Çelik**, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtayın 1977 Yıllı Kararlarının Değerlendirilmesi" -İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi (yay.), Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1977, İstanbul 1979, 7-8'de belirtilen kararlar), alınan ücretin ve karşılığında yapılan işin niteliği gibi etkenlerin gözönünde bulundurularak, "... çıraklık sözleşmesinin aslında gizlenmiş bir hizmet akdi olup olmadığı..." (Y10HD., 24.6.1976-9933/4992-M. **Çenberci**, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, 926-927) araştırılmasını öngörmüştür. Aynı endişelerle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da; inceleme konusu kararında, usulüne uygun (yazılı) bir çıraklık sözleşmesinin bulunmayışı üzerinde durmaktadır. Ancak, Yargıtayın daha önce belirtilen kararları, incelenen Yargıtay kararından

özde farklıdır. Şöyle ki; daha önce yollama yapılan kararlar; çırak adı altında çocuk ve genç işçi çalıştırılmasına ilişkin yaygın ülke gerçeğini görüp, bu uygulamayı bunların işçi sayılması yoluyla önlemeyi amaçlayan kararlardır. İncelenen Yargıtay kararı ise, olaya "kamu düzeni" ve "baştan itibaren geçersizlik" kavramlarıyla yaklaştığı için, böyle bir önleme amacını taşımaz. Nitekim, eğer böyle bir amaç taşımış olsaydı, alt mahkemeden gerekli araştırma ve incelemeyi yapıp gerçek durumu ortaya çıkarması istenirdi ki; sözkonusu kararda, bu yapılmamış ve salt "yöntemine uygun biçimde çıraklık sözleşmesi düzenlenmesi zorunluğu"ndan sözedilmiştir.

4. İnceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, 1958 tarihli Yargıtay İçtihadı birleştirme kararıyla çelişerek, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığı sorununu da gündeme getirmektedir. Gerçekten, Yargıtay Kanunu'nun "İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini bağlar" (m.45/V) diyen hükmü karşısında, içtihadı birleştirme kararlarının "ilke kararı" niteliğinde oldukları söylenebilir. Bu anlamda, iş hukukuna ilişkin içtihadı birleştirme kararlarının, uygulamada "yeni bir hukuk kuralı" niteliğini taşımadıkları ve mevcut uygulamaları bir esasta toplamadan öteye gitmedikleri görülür. Nitekim, sözkonusu içtihadı birleştirme kararlarının, yürürlükteki hukuk kurallarının (iş mevzuatının) anlamını saptayıcı özelliğe sahib oldukları belirtilmek gerekiyor (Bak. T. Centel, "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri", Yargıtay Dergisi XV, 1-4 (Ocak-Ekim 1989), 362-363). Yargıtay Kanunu'nun buyurucu nitelikteki belirtilen hükmü karşısında da, Yargıtay daireleri ile kurullarının, mevcut içtihadı birleştirme kararlarının tersine bir doğrultuda karar vermeleri, hukuken mümkün değildir. Buna göre, Yargıtay daireleri ile kurulları, mevcut içtihadı birleştirme kararları değiştirilmediği veya kaldırılmadığı (Yargıtay Kanunu m.45/III) sürece, bunlarla bağlı olup uygulamayı bunlar doğrultusunda sürdürmekle yükümlüdür. Bu itibarla, incelenen karar, Yargıtay Kanunu'nun belirtilen açık buyurucu hükmüne de aykırıdır.

III. Sonuç itibarıyla; inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını, daha önceki 1958 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararının bağlayıcı etkisini hiçe sayıp toplum gereksinmelerine ters düşmesi ve uygulamada çocukları sosyal korumadan yoksun bir ortama itecek olması yüzünden, adaletsiz ve hukuka aykırı bir karar olarak değerlendirdiğimi belirtmek isterim.

Doç. Dr. Tankut Centel