

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

**ÇOCUĞUN İŞ KANUNU MADDE 71 KAPSAMINDA
SANAT, KÜLTÜR VE REKLAM FAALİYETLERİNDE
ÇALIŞTIRILMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Didem Yalçıntaş

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Murat Engin

HAZİRAN 2018

EK A3 : Tezden ayrı verilecek İngilizce kısa özet (Abstract)

University : Galatasaray University
Institute : Institute of Social Sciences
Science Programme : Private Law
Programme : Private Law
Supervisor : Prof. Dr. Murat Engin
Degree Awarded and date : MA –June 2018

ABSTRACT

**EMPLOYMENT OF A CHILD IN THE FIELDS OF ART, CULTURE AND
ADVERTISING ACCORDING TO ARTICLE 71 OF LABOUR CODE**

Didem YALÇINTAŞ

The purpose of this study is to examine the legal characteristics of child employment in the fields of art, culture and advertising activities in compliance with the article 71 of the Labor Code. With the amendment made to the Labor Code with the law no 6645 dated 04.04.2015, the law-maker had anticipated employment of the children under age fourteen in art, culture and advertising activities. This innovation actually provided legal basis for the employment of the small children, who were employed for a long time without any legal basis in the art, culture and advertising activities.

Keywords : Working children, art, culture and advertising activities
Science Code : 10195016

EK A1 : Tezden ayrı verilecek Türkçe kısa özet

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Program : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Murat Engin
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans-Haziran 2018

ÖZET

**ÇOCUĞUN İŞ KANUNU MADDE 71 KAPSAMINDA SANAT, KÜLTÜR VE
REKLAM FAALİYETLERİNDE ÇALIŞTIRILMASI**

Didem YALÇINTAŞ

Bu çalışmanın amacı İş Kanunu madde 71 uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocukların çalışmalarının hukuki niteliğini incelemek ve söz konusu bu çalışmaların tabi oldukları ayırık hükümleri ortaya koymaktır. İş Kanunu'nda 04.04.2015 tarihli 6645 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, kanun koyucu on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarını öngörmüş bulunmaktadır. Söz konusu bu yenilik, aslında uzun zamandan beri herhangi bir yasal dayanağı olmadan sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan küçük yaştaki çocukların çalışmalarını yasal dayanağa kavuşturmuştur zira bu yenilikten önce on dört yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmaları İş Kanunu uyarınca mümkün değildi. Her ne kadar kanun koyucu küçük çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarını yasal bir dayanağa oturtmuş olsa da maalesef çocukların korunması amacına tam olarak ulaşılmamıştır. Zira söz konusu çalışmaları düzenleyecek olan yönetmelik hala daha yürürlüğe girmiş değildir.

Anahtar kelimeler : Çalışan çocuklar, Sanat, kültür ve reklam faaliyetleri
Bilim Dalı Sayısal Kodu : 10195016

EK A2 : Tezden ayrı verilecek Fransızca kısa özet (Résumé)

Université : Université Galatasaray
Institut : Institut des Sciences Sociales
Département : Droit Privé
Programme : Droit Privé
Directeur de recherche : Prof. Dr. Murat Engin
Diplôme sollicité- Date : DEA –Juin 2018

ABSTRACT

LE TRAVAIL DE L'ENFANT DANS LES ACTIVITES DE L'ART DE LA CULTURE ET DE LA PUBLICITE SELON L'ARTICLE 71 DU CODE DE TRAVAIL

Didem YALÇINTAŞ

L'objectif de ce travail dans vos mains est l'examination du travail de l'enfant dans les activités de l'art, de la culture et de la publicité selon l'article 71 du Code de Travail. Selon les modifications apportées avec la loi no 6645 du 04.04.2015 au Code de Travail, le législateur a prescrit que les enfants n'ayant pas atteint l'âge de quatorze ans peuvent être employés dans les activités artistiques, culturelles et publicitaires. C'était une innovation car avant ces modifications les jeunes enfants travaillent dans ces activités travaillaient sans aucune base légale. En effet, comme on va examiner au-dessus, il n'était pas possible, en vertu du droit du travail, d'employer des enfants qui n'ont pas encore quatorze ans.

Mots-Clés : Les enfants qui travaillent, les activités de l'art, de la culture et de la publicité
Code d'enregistrement : 10195016

ÖNSÖZ

On dört yaşını doldurmamış çocukların İş Kanunu 71. madde uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarını İş Hukuku yönünden incelemek konunun niteliği gereği ilginç olduğu kadar çetrefilliydi de.

Bu süreçte beni her daim motive eden ve bana yardım eden sayın tez danışmanım ve hocam Prof. Dr. Murat Engin'e, elinde bulunan bütün kaynaklarını dilediğim gibi kullanmama müsaade eden ve tezim konusunda sıkıştığım zamanlarda hiçbir yardımı esirgemeyen sayın hocam Prof. Dr. Refik Korkusuz'a, her daim arkamda olan ve eğitim hayatımda başarılı olmam için hiçbir fedakarlıktan çekinmeyen pek sevgili aileme en içten teşekkürlerimi sunarım....

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ	vi
ABSTRACT	x
ÖZET	xiii
GİRİŞ	1
BÖLÜM I: ÇOCUĞUN ÇALIŞTIRILMASININ SINIRLARI	3
I) Çocuk Kavramı ve Bunun İş Hukukundaki Yansıması	3
II) Yaş Bakımından ve Faaliyet Alanı Bakımından Sınırlama	9
A) Çocuğu Koruma Amacı.....	9
B) Asgari Çalışma Yaşı ve İstisnaları	11
1.) ILO'nun 138 Numaralı Sözleşmesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Uyarınca	11
2.) İş Kanunu Kapsamına Giren Çalışmalarda	12
a) Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında	
Yönetmelik Uyarınca	14
i) Yönetmeliğin Küçüklerin Çalıştırılabilecekleri İşleri Sınırlı Sayıda	
Sayması	14
ii) Çocuk İşçilerin Çalıştırılabilecekleri Hafif İşler ve Zorunlu Eğitimi	
Tamamlama Şartının Kaldırılması	15
b) Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma	
Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Taslağı).....	17
2.) İş Kanunu Kapsamına Girmeyen Çalışmalarda	19
C) Çocuğun Çalıştırılamayacağı Haller ve Faaliyet Alanları	21
D) Mevzuatta Öngörülen Sınırlandırmalara Aykırılık	25
1.) Yaş ve Çalışma Faaliyeti Sınırlarının Hukuki Niteliği	25
(a) İş Hukukunda Emredici Hükümlerin Genelde Nisbi Nitelikte Olması	
27	
2.) Mevzuatta Öngörülen Sınırlandırmalara Aykırılığın Hukuki Sonucu .	27
(a) Geçersizliğin İleri Etkili Olduğu Haller	27
(b) Sözleşmenin Kısmi Geçersizliği	30
(c) Sonuç	31
BÖLÜM II: ÇOCUĞUN SANAT, KÜLTÜR VE REKLAM FAALİYETLERİNDE	
ÇALIŞTIRILMASINI ÖNGÖREN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	33
I) Çocuğun Sanat Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalışmasını Öngören	
Sözleşmenin Tanımlanması	33
A) Çocuğun Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılmasının İş	
Kanunu'nda Düzenlenmiş Olması	33
B) İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları	34
a) İş Görme Unsuru	36
b) Ücret Unsuru	40
c) Bağımlılık Unsuru.....	42
C) Çocuğun Çalıştırılmasını Öngören Sözleşmelerde Çocuğun Ehliyeti	44
1.) Sınırlı Ehliyetsizin Çalışmasını Öngören Sözleşmelerde	47
2.) Tam Ehliyetsizin Çalışmasını Öngören Sözleşmelerde	51

(a) İş İlişkisi ve İş Sözleşmesi Kurulmasına Etkisi.....	56
D) Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılmasını Öngören Sözleşmenin Nitelendirilmesinin Zorluğu ve İş Kanunu ile Uyumsuzluğu.....	58
BÖLÜM III: ÇOCUĞUN İŞ KANUNU MADDE 71 KAPSAMINDA SANAT, KÜLTÜR VE REKLAM FAALİYETERİNDE ÇALIŞTIRILMASINI ÖNGÖREN SÖZLEŞMEDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İŞİN DÜZENLENMESİ.....	63
I) Sözleşmenin Tarafları	63
A) İşçi.....	63
1.) İşçi Tarafının Yükümlülükleri.....	65
2.) Çocuğun Ücreti Üzerindeki Tasarruf Hakkı	68
B) İşveren	70
1.) İşverenin Yükümlülükleri	73
(a) Genel Olarak.....	73
(b) İşçiyi Gözetme Borcu ve Bu Kapsamda Yönetmelik Taslağında Belirtilen Yükümlülükler	73
iii) Tasarıda Öngörölmüş İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ...	75
(c) Çalışma İzni Alınması ve Çalışma İzni İçin Gerekli Belgelerin Temin Edilmesi	76
(d) Özlük Dosyası ve Günlük Çalışma Kayıt Formu Düzenleme.....	79
II) Çocuğun Çalışma ve Dinlenme Süreleri	80
A) Çalışma Süreleri	80
1.) Azami Çalışma Süresi ve Çalışma Süresinden Sayılacak Haller.....	80
2.) Fazla Çalışma Yasağı	85
B) Dinlenme ve Tatil Hakları.....	86
1.) Ara Dinlenmesi	86
2.) Tatiller ve İzinler.....	87
(a) Hafta Tatili	88
(b) Ulusal Bayram ve Genel Tatiller.....	89
(c) Yıllık Ücretli İzin	89
BÖLÜM IV: İŞ KANUNU MADDE 71 KAPSAMINDA SANAT, KÜLTÜR VE REKLAM FAALİYETLERİNDE ÇALIŞTIRILAN ÇOCUĞUN SOSYAL GÜVENLİĞİNİN KAPSAMI.....	91
I) Kural Olarak m. 4/I/a Uyarınca Sigortalı Olmaları.....	92
II) Ek Madde 6 Kapsamına Giren Haller	94
A) Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Uyarınca Çalışma.....	96
B) On Günden Az Çalışma	97
C) Maddede Sayılan Unsurları Taşımalarına Rağmen Ek Madde 6 Kapsamına Girmeyenler.....	98
SONUÇ	99
KAYNAKÇA.....	101
EKLER.....	107
ÖZGEÇMİŞ	108

KISALTMALAR

AÜY	: Asgari Ücret Yönetmeliği
BK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
c.	: cümle
ÇGİÇUEHY	: Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
DİK	: 854 sayılı Deniz İş Kanunu
dn	: dipnot
E.	: esas
f.	: fıkra
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İEK	: 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İSGK	: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
K.	: karar
m.	: madde
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
no.	: numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
SKRYT	: 13.06.2016 tarihinde ilgili kurum, kuruluşlar ve sosyal taraflar ile paylaşılmış olan Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı
SMK	: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
STİŞK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TİKK	: 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu
UHK	: 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Yön.	: Yönetmelik

RÉSUMÉ

L'objectif de ce travail dans vos mains est l'examen du travail de l'enfant dans les activités de l'art, de la culture et de la publicité selon l'article 71 du Code de Travail.

Selon les modifications apportées avec la loi no 6645 du 04.04.2015 au Code de Travail, le législateur a prescrit que les enfants n'ayant pas atteint l'âge de quatorze ans peuvent être employés dans les activités artistiques, culturelles et publicitaires. C'était une innovation car avant ces modifications les jeunes enfants travaillent dans ces activités travaillaient sans aucune base légale¹. En effet, comme on va examiner au-dessus, il n'était pas possible, en vertu du droit du travail, d'employer des enfants qui n'ont pas encore quatorze ans. Certains auteurs² ont soutenu que les activités artistiques, culturelles et publicitaires entrent dans le champ d'application de la loi no 1593 et de la loi sur les devoirs et les pouvoirs de police et que les activités de ces enfants devraient être évaluées conformément aux dispositions de ces lois. Cependant, ni la loi sur les devoirs de police et l'autorité de police ni la loi turque des obligations n'indiquent une limite d'âge minimum. Dans la doctrine, certains auteurs³ déclarent que l'âge minimum pour travailler est spécifiée dans la loi n° 1593 et il faut l'appliquer pour les travaux qui ne sont pas couvertes par le code de travail et qui entrent dans le champ d'application du droit des obligations. Selon la loi no 1593, l'âge minimum pour travailler est douze ans (l'article 173). Ainsi, même avec cette approche, les enfants n'ayant pas atteint l'âge de douze ans ne peuvent pas travailler dans les activités concernées. Toutefois, selon la convention no 138 sur l'âge minimum pour travailler de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), l'âge minimum pour travailler est quinze ans mais on peut prévoir des exemptions pour les activités artistiques. On voit également dans le droit comparé que des exceptions sont faites à l'âge minimum pour des activités similaires⁴.

¹ Çelik Nuri, Caniklioğlu Nurşen, Canbolat Talat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Basım, 2017, s. 241

² Kadriye Bakırcı, **Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından)**, İstanbul, Beta Basım, 2004, s.225; Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, İstanbul, Pegem Akademi, 2018, s.487

³ Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2014, s. 490; İlke Gürsel, "Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması" **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı 74(2), 2016, s. 449; Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İzmir, Albi Yayınları, 2017, s.126; Fevzi Demir, "*Çalışma Hayatında Çocukların Korunması*", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Özel S., 2010 (Basım Yılı: 2012), s. 565; Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2016, s.190; Ünal Narmanlıoğlu, "İş Hukukunda Çocukların Korunması", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, Yayına Hazırlayan: Zafer Gören, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s. 676; Bakırcı, s.299; Akyüz, s.487

⁴ Gerald Mayer, **Child Labor In America: History, Policy and Legislative Issues**, 2013, s.8; Frédérique Olivier, "L'enfant et la profession de mannequin", **LEGICOM**, vol. 9, no. 3, 1995, s.17; Ferreira Nuno, "Working Children in England and Wales: Waking up from Inertia" **King's Law Journal**, vol. 28, no. 3, Dec. 2017, s. 383; Jean-Luc Rongé, "La France ne respecte pas les règles relatives au travail des enfants", **Journal du droit des jeunes**, vol. 254, no. 4, 2006, s.9

Bien qu'on a fait des modifications sur l'article 71 du code de travail afin de protéger les enfants qui travaillent dans des activités artistiques, culturelles et publicitaires, ils n'ont malheureusement pas été pleinement atteints ce but. Le règlement, qui organisera les études en question, n'est toujours pas en vigueur. On peut dire que le projet final de règlement, qui a été partagé avec le peuple en 13.06.2016, était insuffisant pour atteindre cet objectif, comme nous le verrons plus tard.

Lorsqu'il s'agit d'employer des enfants moins de quatorze ans, il est nécessaire d'aborder le problème de plusieurs façons. Premièrement, il est nécessaire de comprendre la position et la nature de ces études dans le système juridique turc, l'approche du législateur vis-à-vis de l'emploi des enfants et le système qu'ils forment. Par conséquent, dans la première partie de notre travail, nous nous référerons aux limites d'âge minimum, aux interdictions de travail et aux conséquences juridiques de la violation des dispositions de la législation sur l'emploi des enfants.

Puisque l'enfant est l'un des mots clés de notre travail, ce terme doit d'abord être expliqué. Bien que le Code Civil définisse les enfants comme des enfants qui sont au dessus de l'âge dix-huit ans, selon le Code de Travail, enfant travailleur veut dire les travailleurs qui n'ont pas quinze ans. Pour les travailleurs ayant atteint l'âge de quinze ans mais n'ayant pas encore atteint l'âge de dix-huit ans, le terme du jeune travailleur est utilisé. Le terme de mineur travailleur est un terme qui couvre les jeunes travailleurs et les enfants travailleurs.

Comme on le verra à l'avenir, l'emploi de personnes n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans a été réglementé séparément dans différentes législations. Il en résulte que certains enfants qui travaillent sont exclus des protections prévues dans le Code de Travail. Cependant, comme le souligne la doctrine, un arrangement qui couvre tous les enfants travailleurs peut surmonter ce problème. Les enfants qui travaillent dans les activités d'art, de la culture et de la publicité selon l'article 71 du Code de Travail entrent sans doute dans champ d'application du Code de Travail. Selon le Code de Travail l'âge minimum de travail est quinze ans. Il existe deux exceptions à cette limite d'âge : l'emploi des enfants qui ont quatorze ans dans les travaux légers et l'emploi des enfants dans les activités artistiques, culturelles et publicitaires sans restriction d'âge.

Nous devons ouvrir une parenthèse : à notre avis, avec l'adoption de la Convention no 138, non seulement conformément au code de travail mais aussi conformément au législation Turc en totale, l'âge minimum de travail est devenu quinze ans. Car l'âge minimum prévue par la loi no 1593 est incompatible avec la convention no 138. Selon l'article 90 de la Constitution, si les codes nationaux contiennent des dispositions qui ne sont pas compatible avec les traités internationaux et si ces dispositions en question sont sur les droits et libertés fondamentaux, on doit appliquer les dispositions des traités internationaux.

Bien que l'âge minimum soit de quinze ans, cela ne signifie pas que les enfants de quinze ans peuvent être employés dans toutes sortes d'emplois. Dans la législation, il existe diverses interdictions concernant le travail des enfants n'ayant

pas atteint l'âge de dix-huit ans. En outre, le règlement sur les procédures et principes régissant le travail des enfants et des jeunes travailleurs, établi sur la base de l'article 71 du code de travail limite et précise les emplois les mineurs peuvent travailler. Les jeunes travailleurs et les enfants travailleurs ne peuvent pas être employés dans d'autres emplois. Les travaux qui ne respectent pas les limites d'âge minimum et les interdictions de travail prévues par la législation peuvent faire l'objet d'une invalidation.

Dans la deuxième partie, la nature juridique de l'emploi des enfants dans les activités d'art, de la culture et de la publicité sera examinée. Il est clairement indiqué dans le Code du Travail que les enfants de moins de quatorze ans peuvent être employés dans les activités artistiques, culturelles et publicitaires. Alors, à première vue, on peut dire que ces contrats sont le contrat de travail. Cependant, comme cela sera précisé à l'avenir, il est particulièrement difficile de reconnaître que cela se fait conformément au contrat de travail, notamment en ce qui concerne l'emploi des très petits enfants.

Après avoir déterminé la nature juridique du contrat, nous examinerons les parties du contrat, leurs obligations et la réglementation du travail. La loi prévoit des dispositions supplémentaires et discrètes afin de fournir une protection juridique aux enfants et aux jeunes travailleurs. Pour ne pas dépasser le champ de notre étude, nous allons principalement examiner les dispositions prévues seulement pour les enfants qui travaillent dans les activités d'art, de la culture et de la publicité selon l'article 71 du code de travail et s'il est nécessaire nous allons aussi parler de dispositions générales qui sont applicables aux tous les relations travaux. En résumé, les facteurs les plus fréquents sur le sujet du travail des enfants sont : l'introduction d'obligations supplémentaires de superviser l'employé enfant pour l'employeur, la limitation du temps de travail pour les mineurs par rapport aux travailleurs adultes et l'interdiction des heures supplémentaires pour les mineurs. Encore une fois, des périodes de repos et de vacances plus longues sont prévues pour les mineurs.

Une autre conséquence du travail en vertu de la loi Turque est l'assurance. Bien que notre article est principalement basé sur le droit du travail individuel, il est utile de déterminer le cadre de l'assurance des enfants employés dans les domaines de l'art, de la culture et de la publicité conformément à l'article 71 du Code du Travail. Par conséquent, dans la dernière partie de notre étude, nous déterminerons quelles dispositions de la loi no 5510 ces enfants seront assurés. Des explications supplémentaires sur ces dispositions consisteraient le sujet d'un autre article. Alors, nous déterminerons seulement l'article du code no 5510 selon le quelle les enfants employés dans les activités d'art, de la culture et de la publicité selon l'article 71 du Code de Travail seront assurés.

Il convient de rappeler que notre travail concerne les enfants qui travaillent dans les activités de l'art, de la culture et de la publicité conformément à l'article 71 du Code du travail. Par conséquent, dans notre étude, les enfants qui ne travaillent pas selon un contrat de travail ne sont pas mentionnés du tout. Les enfants qui sont employés selon un contrat de travail mais qui n'entrent pas dans le champ de notre étude ne sont référés que si cela était nécessaire pour une meilleure compréhension de l'étude. Parce que dans cet article, plutôt que d'examiner la situation des enfants

dans la vie de travail, notre objectif principal est d'examiner l'innovation apportée par la loi n ° 6645 du 04.04.2015. Parce que cette innovation est à peine étudiée dans la doctrine Turc en présent.

ABSTRACT

The purpose of this study is to examine the legal characteristics of the employment of a child who is employed in the fields of art, culture and advertising activities in compliance with the article 71 of the Labor Code.

With the amendment made to the Labor Code with the law no 6645 dated 04.04.2015, the law-maker had anticipated the employment of the children under age fourteen in art, culture and advertising activities. This innovation actually provided legal basis for the employment of the small children, who are employed in the art, culture and advertising activities without any legal basis for a long time⁵. In fact, as it shall be examined hereafter, it was not possible to employ children under the age of fourteen in compliance with the Labor Code prior to this innovation. Some authors were claiming that the art, culture and advertising activities were included within the scope of Public Health Law and the Law of Police Powers and that the employment of children was required to be considered within the scope of the provisions of these law⁶. However, a minimum age limit is not provided both in the Law of Police Powers and the Turkish Code of Obligations. Also in the doctrine, some authors state that the minimum age limit stated in the Public Health Law have the nature of a general provision and thus shall be applied to the works which are not included within the scope of the Labor Code but the Code of Obligations⁷. The minimum employment age in the Public Health Law is provided as twelve (PHL art.173). In other words, the employment of the children under the age of twelve in the relevant areas was realized without any legal grounds even in such an approach. On the other hand, Minimum Age Convention no 138 of the International Labor Organization (ILO) provides that exceptions can be brought by giving individual permits for the minimum employment age for purposes such as participating in the artistic activities. Moreover, it is observed that exceptions are brought for the minimum employment age for similar activities in comparative law⁸.

Although the lawmaker had based the employment of little children in the art, culture and advertising activities on legal grounds, unfortunately, the purpose of protection of children is not achieved in full. This is because the regulation to arrange the mentioned studies did not enter into force, yet. The draft of the regulation was shared with the relevant institutes, agencies and social parties on 13.06.2016 and it could be stated that the final version, as to be examined in future, is not sufficient for achieving this purpose.

When the issue is the employment of children under the age of fourteen, it is required to examine such issue multilaterally. First of all, it is required to determine the place and nature of such studies within Turkish Law system, to understand the approach of the lawmaker for the employment of children and the system created by it. Accordingly, the minimum age limitations anticipated in the legislation with

⁵ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 241

⁶ Bakırcı, s.225; Akyüz, s.487

⁷ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 490; Gürsel, s. 449; Demir, s.126; Demir, “Çocuklar” s. 565; Tunçomağ/ Centel, s.190; Narmanlıoğlu, Çocukların Korunması, s. 676; Bakırcı, s.299; Akyüz, s.487

⁸ Mayer, s.8; Olivier, s.17; Ferreira, s. 383, Rongé, s.9

respect to the employment of children, employment prohibitions and the legal results to arise as a consequence of contrarieties to these, shall be referred to in the first part of our study.

Since the word ‘child’ is among the keywords of our study, it shall be appropriate to explain this term first. Although the word child is defined as an individual who is under the age of eighteen in the Civil Code as a rule, child worker is defined as the workers who are below the age of fifteen in the Labor Code. The term young worker is used for the workers who are over the age of fifteen but under the age of eighteen. The term, minors, is an upper term which includes the young and child workers.

As to be seen hereafter, the employment of the children below the age of eighteen is arranged separately in different legislations. As a result of this the children employed are subjected to different arrangements as based on their fields of activity and some children employed are excluded from the scope of protection. However, as stated in the doctrine, an arrangement to cover all the children employed can solve this problem. It is beyond doubt that the children included in our subject are now within the scope of the Labor Code as a result of the mentioned innovation made. Although the minimum employment age according to the Labor Code is fifteen, two exceptions are made to this age limit. The first one is the employment of children over the age of fourteen in light works, and the second one is the employment of children in art, culture and advertising activities without any age limitation.

We are to open a parenthesis here, in our opinion, it should be stated that the minimum employment age in Turkey is fifteen in compliance with not only Labor Code but also all the Turkish labor legislation after Turkey’s adoption of the minimum age convention no 138 of the International Labor Organization (ILO), as also indicated by some authors in the doctrine. In compliance with the mentioned convention, the minimum employment age is fifteen as a rule and the minimum age provided by the Public Health Law is contrary to the minimum age provision of the convention. In compliance with the 90th article of the Constitution, if the international conventions related to basic rights and freedoms which are duly entered into force and the laws contain different provisions concerning the same issues, then the provisions of the international convention shall apply.

Although the minimum age is fifteen, this does not mean that children who are fifteen years old can be employed in all kinds of jobs. There are various prohibitions of child employment. Furthermore, the regulation on the procedures and principles of employment of children and young workers, which was issued on the basis of Article 71 of the Labor Law, limited and specified the works that young and children workers can be employed at. Works that does not comply with the minimum age limits and prohibitions stated on legislation are invalid.

In the second part, the legal nature of the child employment in the fields of art, culture and advertising activities will be examined. It is clearly stated in the Labor Code that children under age fourteen can be employed in the fields of art, culture and advertising activities. So at first glance it can be said that these contracts are the

contracts of employment. However, as it will be elaborated further, there are particular difficulties in acknowledging that. Especially when it comes to the employment of very young children.

After determining the legal nature of the contract, we will examine the parties of the contract, their obligations and the regulation of the work. The law provided additional and discrete arrangements provisions in order to provide legal protection for child and young workers. In order to not to exceed the scope of this paper we will only discuss the provisions applied only to the minors employed in the fields of art, culture and advertising activities and if it is necessary, some general provisions which are general in nature and applied to every business relation.

Another consequence of working under Turkish law is insurance. Although our paper is mainly based on individual labor law, it is useful to determine the scope of the insurance of children who are being employed in the fields of art, culture and advertising activities in compliance with the article 71 of the Labor Code. Therefore, in the last part of our study, we will determine under which provision of the Law no 5510 these children will be insured. Further explanations concerning these provisions would consist the subject of a whole other paper. Therefore we will only determine the provision under which the children who are being employed in the fields of art, culture and advertising activities in compliance with the article 71 of the Labor Code will be insured.

It should be reminded that the scope of our work is the children who are being employed in the fields of art, culture and advertising activities in compliance with the article 71 of the Labor Code. Therefore, in our study, children who do not work according to the labor contract are not mentioned at all. Children who are employed according to a labor contract but who do not fall within the scope of our study are only referred if it was necessary for better understanding of the study. Because in this paper, rather than examining the situation of children in working life, our main aim is to examine the innovation brought with the law no 6645 dated 04.04.2015. Because the said innovation is hardly studied in Turkish doctrine in the present.

ÖZET

Elinizdeki bu çalışmanın amacı İş Kanunu madde 71 uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuğun çalışmalarının hukuki niteliğini incelemek ve söz konusu bu çalışmaların tabi oldukları ayırık hükümleri ortaya koymaktır.

İş Kanunu'nda 04.04.2015 tarihli 6645 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, kanun koyucu on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarını öngörmüş bulunmaktadır. Söz konusu bu yenilik, aslında uzun zamandan beri herhangi bir yasal dayanağı olmadan sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan küçük yaştaki çocukların çalışmalarını yasal dayanağa kavuşturmuştur⁹. Gerçekten de ileride de inceleneceği üzere bu yenilikten önce on dört yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmaları İş Kanunu uyarınca mümkün değildi. Bazı yazarlar, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu kapsamına girdiğini ve çocukların bu çalışmalarının bu kanun hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmekteydi¹⁰. Ancak gerek Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda gerek Türk Borçlar Kanunu'nda asgari yaş sınırı öngörülmemiştir. Doktrinde de bazı yazarlar, İş Kanunu kapsamına girmeyip Borçlar Kanunu kapsamına giren işlerde Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda belirtilen ve genel hüküm niteliğinde olan asgari yaş sınırının uygulanacağını belirtmektedir¹¹. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda da asgari çalışma yaşı on iki olarak öngörülmüştür (UHK m. 173). Yani böyle bir yaklaşımda da on iki yaşını doldurmamış çocukların ilgili alanlarda çalışmaları yasal bir dayanak olmadan gerçekleşmiş oluyordu. Oysa Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 138 numaralı Asgari Yaş Sözleşmesi sanatsal faaliyetlere katılma gibi amaçlar için asgari çalışma yaşına münferit izinler verilmek suretiyle istisna getirilebileceğini öngörmektedir. Kaldı ki karşılaştırmalı hukukta da benzeri faaliyetler için asgari çalışma yaşına istisna getirildiği görülmektedir¹².

Her ne kadar kanun koyucu küçük çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarını yasal bir dayanağa oturtmuş olsa da maalesef çocukların korunması amacına tam olarak ulaşılmamıştır. Zira söz konusu çalışmaları düzenleyecek olan yönetmelik hala daha yürürlüğe girmiş değildir. Yönetmelik taslağının 13.06.2016 tarihli ilgili kurum, kuruluşlar ve sosyal taraflar ile paylaşılmış en son halinin ise ileride de inceleneceği üzere bu amaca ulaşmada yetersiz kaldığı söylenebilir.

Söz konusu on dört yaşından küçüklerin çalıştırılması olduğunda konuyu birçok yönden ele almak gerekir. İlk olarak, bu çalışmaların Türk Hukuku sistemindeki yerini ve mahiyetini saptamak, kanun koyucunun çocukların çalıştırılmasına olan yaklaşımını ve oluşturduğu sistemi anlamak gereklidir. Bundan dolayı çalışmamızın ilk bölümünde çocukların çalıştırılması ile ilgili mevzuatta

⁹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 241

¹⁰ Bakırcı, s.225; Akyüz, s.487

¹¹ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 490; Gürsel, s. 449; Demir, s.126; Demir, "Çocuklar" s. 565; Tunçomağ/ Centel, s.190; Narmanlıoğlu, Çocukların Korunması, s. 676; Bakırcı, s.299; Akyüz, s.487

¹² Mayer, s.8; Olivier, s.17; Ferreira, s. 383, Rongé, s.9

öngörülen asgari yaş sınırlamalarına, çalışma yasaklarına ve bunlara aykırılıkların doğuracağı hukuki sonuçlara değinilecektir.

Çocuk terimi çalışmamızın anahtar kelimelerinden olduğu için ilk olarak bu terimin açıklanmasında fayda vardır. Her ne kadar Medeni Hukukta kural olarak on sekiz yaşını doldurmamış bireyler çocuk olarak tanımlansa da İş Kanunu uyarınca çocuk işçi on beş yaşını doldurmamış işçilere denir. On beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış işçiler içinse genç işçi terimi kullanılmaktadır. Küçük işçi terimi ise genç ve çocuk işçileri kapsayan üst bir terimdir.

İleride de görüleceği üzere on sekiz yaşını doldurmamış bireylerin çalıştırılması farklı farklı mevzuatlarda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu da çalışan çocukların faaliyet alanlarına göre farklı farklı düzenlemelere tabi tutulmaları ve bazı çalışan çocukların koruma dışında bırakılmaları sonucunu doğurmaktadır. Oysa doktrinde de belirtildiği gibi bütün çalıştırılan çocukları kapsayan bir düzenleme yapılması bu sorunun önüne geçebilecektir. Konumuz kapsamına giren çocuklar, getirilen yenilikle kanaatimizce artık tartışmasız olarak İş Kanunu kapsamına girmektedirler. İş Kanunu uyarıncaysa asgari çalışma yaşı on beş olmakla beraber, bu yaş sınırına iki istisna öngörülmüştür. İlki on dört yaşını doldurmuş çocukların hafif işlerde çalıştırılması, ikinci ise kanunda öngörülen herhangi bir yaş sınırlaması olmadan çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılma halidir.

Bir parantez açmak gerekir ki kanaatimizce, doktrinde bir kısım yazarlarca da belirtildiği üzere Türkiye'nin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 138 numaralı asgari yaş sözleşmesini kabul etmesiyle sadece İş Kanunu uyarınca değil, bütün Türk çalışma mevzuatı uyarınca asgari çalışma yaşının on beş olduğu söylenmelidir. Zira ilgili sözleşme uyarınca asgari çalışma yaşı kural olarak on beştir ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülen asgari yaş, sözleşmede öngörülen asgari yaş hükmüne aykırıdır. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca ise usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Her ne kadar asgari yaş sınırı on beş olsa da bu, on beş yaşını doldurmuş çocukların her türlü işte çalıştırılabilecekleri anlamına gelmez. Mevzuatta on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar çeşitli çalışma yasakları öngörülmüştür. Kaldı ki İş Kanunu'nun 71. maddesine dayanılarak çıkarılmış olan "Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" on sekiz yaşından küçüklerin çalıştırılabilecekleri işleri sınırlı sayıda saymıştır, genç ve çocuk işçiler bu sınırlı sayıda sayılan işlerden başka işlerde çalıştırılmazlar. Mevzuatta öngörülen asgari yaş sınırına ve çalışma yasaklarına uymayan çalışmalar ise geçersizlik yaptırımına tabi tutulacaklardır.

İkinci bölümde, söz konusu çocukların ilgili faaliyetlerde çalıştırılmalarının hukuki niteliği incelenecektir. On dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmaları İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla ilk bakışta söz konusu bu sözleşmelerin iş sözleşmesi olduğu söylenebilir. Ancak ileride de detaylıca inceleneceği üzere özellikle tam ehliyetsiz çocukların çalıştırılması söz konusu olduğunda söz konusu çalıştırılmanın iş

sözleşmesi uyarınca yapıldığını kabul etmenin belirli güçlükleri vardır. Bilindiği üzere iş sözleşmesinin ücret, çalışma ve bağımlılık olmak üzere üç esaslı unsuru vardır. Çalıştırılacak olan çocuğun temyiz kudretini haiz olmaması ise akla, ifa, yani konumuz bakımından, çalışma için temyiz kudretinin gerekip gerekmediği ya da temyiz kudreti olmayan birinin nasıl olup da işverene bağımlı olacağı sorularını getirmektedir. Üstelik Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısında da çocuğun zorla çalıştırılmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Kaldı ki bir kısım yazarlar iş sözleşmesinin bireysel nitelik taşıması nedeniyle kanuni temsilcilerin tam ehliyetsizin işçi olmasını öngören sözleşme akdedemeyeceğini de belirtmektedirler.

Kanun koyucunun herhangi bir asgari yaş sınırı öngörmeden¹³ çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarını düzenleyerek, iş sözleşmesinin bireysel nitelik taşıması nedeniyle kanuni temsilcinin tam ehliyetsizin işçi olmasını konu alan sözleşme yapamayacağı görüşünü benimsemediği kabul edilebilse de tam ehliyetsizi konu alan sözleşmenin iş sözleşmesinin unsurlarını ne derece taşıdığı sorusu baki kalacaktır. Gerçi, sadece maddi fiil gerektiren hizmet sözleşmelerinde yapılan ifanın geçerli olması için temyiz kudreti aramayan görüş mevcuttur. Bağımlılık unsurunun da yasal temsilcinin üstünden gerçekleştiği de belki ileri sürülebilir.

Şayet yukarıda belirtilen ve ileride detaylıca üzerinde durulacak olan çözümler benimsenmezse söz konusu bu sorunlar kanaatimizce iki şekilde aşılabılır. İlk olarak iş ilişkisinde katılma kuramı benimsenebilir. Zira ileride de değinileceği üzere katılma kuramı uyarınca iş ilişkisinin meydana gelmesi için geçerli bir iş sözleşmesinin varlığına ihtiyaç yoktur. İş ilişkisi, işçinin fiilen işe başlaması ve böylelikle işverenin işyeri çerçevesine katılması ile başlayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, iş ilişkisinde katılma kuramı Türk doktrinde pek de benimsenen bir kuram değildir. Türk doktrinde ağırlıklı olarak iş ilişkisinin iş sözleşmesine bağlı bir kavram olduğu ve iş sözleşmesinden bağımsız bir ilişki olarak yorumlanamayacağı görüşü kabul edilmektedir. İkinci çözüm ise söz konusu bu çalışmaların açıkça İş Kanunu'nda düzenlenmesinden yola çıkılarak bunların her türlü çekinceye rağmen iş ilişkisi olduğunun kabul edilmesi olabilir.

Sözleşmenin hukuki niteliği belirlendikten sonra ise söz konusu bu sözleşmenin taraflarına, bunların yükümlülüklerine ve işin düzenlenmesine değinilecektir. Mevzuatta çocukların korunmasının sağlanması amacıyla söz konusu hukuki ilişkilere uygulanmak üzere ek ve ayrık düzenlemelere yer verilmiştir. Konumuzun kapsamını aşmamak adına genel nitelikte olan ve her iş ilişkisine uygulanan hükümlerden ziyade mevzuatta ve yönetmelik tasarısında sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan on dört yaşını doldurmamış çocuklarla olan ilişkilerde uygulanacağı öngörülen hükümler incelenecek, genel nitelikteki hükümlere ise ancak konunun daha iyi anlaşılması için gerekli görülen hallerde değinilecektir. Çocukların çalıştırılmasında en çok göze çarpan hususlar özet olarak işverene ek gözetim yükümlülükleri getirilmesi, çocukların çalışma sürelerinin erişkin işçilere kıyasla kısıtlanması ve çocuklar için fazla çalışma yasağı öngörülmesi

¹³ Ancak ilgili yönetmelik tasarısı uyarınca bir yaşını doldurmamış çocuklar çalıştırılmaz.

olarak sıralanabilir. Yine, çocuklar için daha uzun dinlenme ve tatil süreleri öngörülmüştür.

Türk Hukuku uyarınca çalışmanın bir sonucu da sigortalılıktır. Her ne kadar çalışmamız asıl olarak bireysel iş hukuku üzerinde olsa da, konumuz kapsamına giren çocukların sigortalılıklarının kapsamının belirlenmesinde fayda vardır. Dolayısıyla çalışmamızın son bölümünde bu çocukların hangi kapsamda sigortalı sayılacakları incelenecektir. Tabi oldukları sigorta kollarına bağlanan hükümler ise apayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacağı için sadece sigortalılıklarının kapsamının belirlenmesiyle yetinilecektir.

İş Kanunu madde 71 uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklar, hizmet sözleşmesi uyarınca çalıştırıldıkları için 5510 sayılı kanunun 4/I/a hükmü uyarınca sigortalı sayılacaklardır. Ancak aynı kanunun ek 6. maddesi; 4/II/b bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişiler hakkında ayrı hükümler öngörmüştür. İlgili 4/II/b hükmü ise bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarları yani konumuz kapsamına giren çocukları içine alan bir hükümdür. Kısaca, söz konusu bu hükümle, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklar, çalışma sürelerine göre farklı hükümlere tabi olacaklardır. Bu durum ise özellikle ek madde 6'da öngörülen hükümlerin m. 4/I/a hükmüne kıyasla daha dezavantajlı olması ve aynı sektörde çalışan kişiler arasında haksız bir ayrıma yol açtığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir¹⁴.

Hatırlatmak gerekir ki çalışmamızın kapsamını İş Kanunu m. 71 uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklar oluşturmaktadır. Bundan dolayı çalışmamızda hizmet sözleşmesi uyarınca çalışmayan çocuklara hiç değinilmemiş, hizmet sözleşmesiyle çalıştırılan ancak konumuz kapsamına girmeyen çocukların çalıştırılmalarına ise, konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için gerekli görüldüğü kadar değinilmiştir. Zira amacımız, çocukların çalışma yaşamındaki durumunu incelemekten çok, 2015 yılında kanuna getirilen yeniliği irdelemektir. Söz konusu bu yenilik, Türk doktrininde henüz daha pek irdelenmiş değildir. Hatta, daha önce de belirtildiği üzere, kanunda çıkacağı öngörülen ilgili yönetmelik de üç yıldır çıkabilmiş değildir. Ancak çalışmamızda, getirilmek istenen sisteme açıklık kazandırmak amacıyla ve bazı hususların yönetmelik çıkmadan düzeltilebilmesi umuduyla 13.06.2016 tarihinde ilgili kurum, kuruluşlar ve sosyal taraflar ile paylaşılmış olan Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı da incelenmiştir.

¹⁴ Nurşen Caniklioğlu, Ercüment Özkaraca, "Sanatçıların Sosyal Güvenliği", **İÜHFİM**, C. LXXII, S.2, 2014, s.641 vd.; Ercan Akyiğit, "Sanatçıların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu", **Hukuk ve Sanat**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s.282

GİRİŞ

Her ne kadar dizi, film ve birçok sanat ve kültür faaliyetinde küçük yaştaki çocuklar uzun yıllardan beri rol alıyor olsa da ve her ne kadar onların bu faaliyetleri yıllardan beri toplum tarafından kanıksanmış olsa da çok yakın bir tarihe kadar, İş Hukuku açısından bu çalışmalar kanuni dayanaktan yoksundu. Zira 2015 yılından önce İş Kanunu uyarınca on dört yaşını doldurmamış bir çocuğun çalıştırılması hiçbir taktirde mümkün değildi. İş Kanunu kapsamına girmeyen ve Borçlar Kanuna giren çalışmalarda ise Borçlar Kanunu'nda bu konuda asgari yaş hususunda bir hüküm bulunmadığı için bir kısım yazarlar Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülen asgari yaş sınırının uygulanması gerektiğini savunurken bir kısım yazarlar ise Anayasanın 90. maddesini gerekçe göstererek ILO'nun 138 numaralı asgari yaş sözleşmesinde öngörülen yaş sınırının uygulanması gerektiğini belirtiyordu. Ancak bu hallerde de örnek olarak üç yaşındaki çocuğun çalıştırılması mümkün değildi. Çünkü Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca asgari çalışma yaşı on ikiydi ve çocuğun sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılması bir istisna olarak öngörülmemişti. Gerçi ILO'nun 138 numaralı sözleşmesinde yetkili makamın asgari yaş sınırına sanatsal faaliyetlere katılma gibi amaçlar için münferit çalışma izinleri vererek istisnalar getirebilmesi öngörülmüştü ancak, Türk mevzuatında herhangi bir makama bu yetki tanınmış değildi.

İşte, 2015 yılında, kanun koyucu İş Kanunu 71. maddede yaptığı değişiklikle, on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilmesini öngörmüş oldu. Buna göre on dört yaşını doldurmamış çocuklar, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler. Kanun koyucu söz konusu bu çocukların azami çalışma sürelerini aynı maddede belirtmiş ve çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmelerinin, kişisel yatkınlık ve yeteneklerinin dikkate alınacağına, çocuğun gördüğü işin onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamayacağına, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremeyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu bu çalışmaların detaylıca düzenlenmesini sağlamak için de Çalışma ve Sosyal Güvenlik

Bakanlığı tarafından yönetmelik çıkarılmasını emretmiştir. Ancak maalesef bu çalışmanın yapılış tarihinde bile hala daha ilgili yönetmelik çıkmış değildir.

Çocukları alıştırılması, özellikle çocukların korunması açısından Türk doktrinde incelenmiş olmakla birlikte, on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarına pek de değinilmemiştir. İşte biz bu çalışmamızda haddimizi aşmadığımızı umarak Türk doktrine bu açıdan bir katkı sağlamayı hedefledik.

BÖLÜM I: ÇOCUĞUN ÇALIŞTIRILMASININ SINIRLARI

D) Çocuk Kavramı ve Bunun İş Hukukundaki Yansıması

Hukuk, devletçe tanınmış ve herkesçe uyulması yine devletçe yaptırıma bağlanmış olan toplumsal davranış kurallarını ifade eder. Çocuk hukuku ise, hukukun çocuklara özgü dalıdır. Çocuklarla ilgili hukuk kurallarından, bu kuralların uygulanmasından ve öğretisinden oluşur¹⁵. Ancak söz konusu bu kuralların somut olayda hangi bireylere uygulanacağını saptamak için öncelikle çocuk kavramını tanımlamak gerekecektir. Bir bireyin hukuki anlamda çocuk niteliğini haiz olduğu saptandıktan sonra hukukun çocukları ve tüm bireyleri kapsayan hükümleri söz konusu bu bireye uygulanacaktır.

Hukukta çocuk kavramı iki anlamda kullanılmaktadır. İlki, bireylerin üst soy bağıyla olan ilişkisini ifade ederken ikincisi yetişkin olmayan yani ergin olmayan bireyleri tanımlamakta kullanılır¹⁶. Söz konusu bu çalışmanın odağı, kişilerin üst soyuyla olan hukuki ilişkisi olmadığından bizi ilgilendiren işbu ikinci anlamdır.

Çocukluk, kişiliğin kazanılmasıyla başlar¹⁷. *Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer* (MK. m.28). Dolayısıyla, birey çocuk sıfatını, sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanmaktadır. Kişinin erginliğe ulaşmasıyla birlikte kural olarak çocukluk sona erer¹⁸. Gerçekten de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen ve Türkiye'nin 14 Eylül 1990 tarihinde imzalayarak 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazı kayıtlı onayladığı “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme” uyarınca, çocuğa uygulanabilecek kanun uyarınca daha erken yaşta reşit olma durumu hariç on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır. Türk Medeni Kanunu kişinin üç halde ergin

¹⁵ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.1

¹⁶ Akyüz, s.102; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s.10

¹⁷ Ali Naim İnan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, 1968, s.11; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15 Özel Sayı, 2013, s.482; Akyüz, s.103

¹⁸ Demir, **Çocuklar**, s.563; Akyüz, s. 105; Gümrükçüoğlu, s.482; İnan, s.13

olmasını öngörür. Kural, kişinin on sekiz yaşını doldurmasıyla erginliğe ulaşmasıdır (MK. m.11). Bu kuralın iki istisnası vardır: kişinin evlenmeyle ergin olması (MK. m.11) yahut hakim kararıyla ergin kılınması (MK. m.12). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bireyin evlenmeyle ya da hakim kararıyla ergin kılınması, onu bütün hukuk dallarında özel rejime tabi çocuk olmaktan çıkarmayabilir. Bazen yasa kişinin ergin olmasını değil, belli bir yaşa ulaşmasını arar. Dolayısıyla, bir ilişkide yasal ya da yargısal erginliğin mi yoksa belli bir yaşa ulaşmanın mı belirleyici olduğu ilgili hükmün söyleminden çıkarılır¹⁹.

Her ne kadar çocuk terimi kural olarak on sekiz yaşını doldurmamış bireyleri tanımlasa da İş Hukukunda kavramlar biraz daha karışıktır. İş Hukukunda on sekiz yaşını doldurmamış çalışan bireyler hakkında karşımıza “küçük işçi”, “genç işçi”, “çocuk işçi” ve “genç çalışan” gibi kavramlar çıkar ve şaşırtıcı bir biçimde “çocuk işçi” kavramı on sekiz yaşını doldurmamış işçileri tanımlamaz. Şöyle ki, İş Hukukunda on sekiz yaşını doldurmamış işçileri tanımlamak için “küçük işçi” kavramı kullanılırken, on sekiz yaşını doldurmuş işçiler için “yetişkin işçi” kavramı kullanılır²⁰. Çocuk işçi kavramına gelince, farklı uluslararası düzenlemelerde, kanunlarda ve ilgili mevzuatlarda çocuk ve genç terimi farklı yaş aralıklarını ifade etmek için kullanılabilse de günümüzde kabul olunan ve günümüz standartlarına uygun olan, on beş yaşını doldurmamış işçilerin çocuk işçi olarak kabul edilmesidir. Elbette, bu yaş sınırının yukarı çekilmesinde hiçbir sakınca yoktur zira bu, küçüğün çocuğu koruyucu hükümlerden daha uzun faydalanması anlamına gelecektir ve bu durum uluslararası hukukta ve Türk Hukuku’nda benimsenmiş olan çocuğu koruma ilkesiyle bağdaşır.

Gerçekten de ILO’nun 182 no’lu “En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi”nde²¹ çocuk, on sekiz yaşın altındaki bireyler olarak tanımlanmışken, Avrupa Birliği’nin

¹⁹ Serozan, Çocuk Hukuku, s.11

²⁰ Gümrükçüoğlu, “Genel Bir Bakış”, s. 484; Adnan Tuğ, Ulaş Baysal, “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt-2, İstanbul, Beta Basım, 2011, s.1871; Demir, Çocuklar, s.563; Tankut Centel, **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3041, Hukuk Fakültesi No: 667, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 33

²¹ RG, 03.02.2001- 24307

Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22 Haziran 1994 tarih ve 94/33/EC sayılı Konsey Direktifi’nde çocuk, on beş yaş altında olan ya da ülkenin yasal mevzuatına göre hala daha tam zamanlı zorunlu eğitim görmesi gereken kişi, ergen ise on beş yaşından büyük ve on sekiz yaşından küçük olan ve ülkenin yasal mevzuatına göre artık tam zamanlı zorunlu eğitim görmesi gerekmeyen kişi olarak açıkça tanımlanmıştır²². İş Kanunumuzun 71. maddesinde de genç işçi ve çocuk işçi kavramlarına yer verilmiş, ancak bunlar açıkça tanımlanmamıştır. 06.04.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmış olan “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ise söz konusu kavramları açıkça tanımlamıştır. Söz konusu yönetmelikte genç işçi “on beş yaşını tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamış kişi” olarak tanımlanırken, çocuk işçi “on dört yaşını bitirmiş, on beş yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi” olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelikteki çocuk işçi kavramı, 04.04.2015 tarihinde İş K. madde 71/1’e eklenen hüküm nedeniyle İş Kanunu’na göre çalışan tüm çocuk işçileri artık kapsamamaktır. Zira söz konusu hükümden önce on dört yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması İş Kanunu’na göre mümkün değildi. On dört yaşından küçükler işçi olamayacakları için de çocuk işçi terimi on dört yaşını ve hatta ilköğretimini tamamlamış²³ ancak on beş yaşını doldurmamış işçileri ifade ediyordu. Ancak 04.04.2015 tarihinde eklenen hüküm ile on dört yaşından küçük çocukların belirli şartların yerine gelmesi halinde kültür, sanat ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilmelerinin önü açılmış oldu. Yani, 06.04.2004 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış olan yönetmelik, on dört yaş altı çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilmelerinin önü açılmadan çok önce çıkarılmıştı ve bu çalışmayı yaptığımız tarihte hala kanuna getirilen yeniliğe göre uyarlanmadı.

Oysa doktrinde ağırlıklı olarak, 04.04.2015 tarihinde yapılan değişiklikten önce de küçük işçilerin çocuk işçiler ve genç işçiler olarak ikiye ayrıldığı, on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış işçilerin genç işçi²⁴, on beş yaşını

²² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01994L0033-20140325>

²³ İleride inceleneceği üzere söz konusu bu ifade “zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış” ifadesi olarak değiştirilmiştir.

²⁴ Türk hukuk sisteminde on iki ve on sekiz yaş arasında olan kişilerin genç işçi olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz: Öz Seçer, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması

tamamlamamış işçilerin ise çocuk işçi olarak nitelendirildiği belirtilmekteydi²⁵²⁶. Doktrinin bu tutumu, İş K. m. 71'in gerekçesinde dayanıldığı iddia edilen Avrupa Birliği'nin Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22 Haziran 1994 tarih ve 94/33/EC sayılı Konsey Direktifi'ne de²⁷ uygundu. Zira direktife göre genç insan on sekiz yaşın altındaki işçileri ifade ederken çocuk on beş yaş altında olan ya da ülkenin yasal mevzuatına göre hala daha tam zamanlı zorunlu eğitim görmesi gereken işçiyi ifade etmektedir. Görüldüğü üzere gerek söz konusu direktif uyarınca gerek baskın doktrin görüşü uyarınca çocuk tanımı içinde asgari bir yaş ya da tamamlanması gereken bir eğitim seviyesi yer almaz.

Konumuz dolayısıyla oldukça önemli olan ve 13.06.2016 tarihinde ilgili kurum, kuruluşlar ve sosyal taraflar ile paylaşılmış olan “Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısında” (“SKRYT”) ise çocuk, “sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan on dört yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tasarıya göre yönetmelik sadece on dört yaşını doldurmamış sanat, kültür ve reklam

ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, **Legal İHSGHD**, S.28, 2010, s.1428

²⁵ Cocquempot-Caulier, Nicole. “Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections“, **Journal du droit des jeunes**, vol. 307, no. 7, 2011, s. 13; Bakırcı, s.85; Gümrükçüoğlu, “Genel Bir Bakış”, s. 485; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2014, s. 723; Narmanlıoğlu, Çocukların Korunması, s.673; Akyüz, s. 485; Demir, “Çocuklar”, s. 563; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 491; İstar Cengiz Urhanoglu, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Genç İşçilerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 98. sayı, 2012, s. 205; Selim Gündüz, “Türkiye’de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 22, Sayı:1-2-3, Şubat-MayısAğustos 2009, s. 2 vd. Çocuk işçilerin on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış ve de on beş yaşını doldurmamış kişilerden oluşabileceği yönündeki görüş için bkz, Tuğ/Baysal, s.1871; Lütfi İncirlioğlu, **Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu Sorulu-Cevaplı ve Uygulamalı**, Legal, Mayıs 2006, s.544. Türk İş Mevzuatının bütünüyle değerlendirildiğinde, on iki yaşından küçük kişilerin çocuk olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz: Seçer, s.1428; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun on altı yaşından küçük işçileri çocuk işçi olarak kabul ettiği yönünde görüş için bkz. : Bakırcı, s.85

²⁶ Yine, doktrinde Türk İş Hukukunda mevzuatlar arasında asgari çalışma yaşı konusunda bir birlik olmadığı için belirli bir yaşın altındakilerin çocuk işçi bunun üstündekilerin de genç işçi olarak genel bir kabulün mümkün olmadığı da belirtilir. Ancak İş Kanunun iş yasaları arasında genel nitelikte temel yasa olması sebebiyle İş Kanunundaki on beş yaş sınırlamasını esas almak gerekir: Tankut Centel, “Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçi Haklarının Avrupa Sosyal Şartı’yla Korunması”, **İnsan Hakları Yıllığı Cilt 12**, Ayrı Bası, Ankara, Devlet İstatistik Enstitüsü Matbaası, 1990, s.126

²⁷ İK m. 71'in gerekçesinde 22 Haziran 1994 tarih ve 94/33/EC sayılı Konsey Direktifi'ne, “2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı” direktif denmiştir. Gerekçede yazım yanlış söz konusudur zira bahsi geçen direktifin tarihi 22 Haziran 1994’tür ve numarası “94/33/EC”dir.; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01994L0033-20140325>

faaliyetlerinde çalışanları kapsadığı için, yönetmelik tasarısında genç işçi tanımlanmamıştır.

Dikkat edilirse, İş K. m.71'e dayanılarak hazırlanmış olan ve biri 2004 tarihinden beri yürürlükte olan diğeri ise söz konusu bu çalışmanın yazıldığı tarihte hala daha tasarı aşamasında olan iki yönetmelik arasında uyumsuzluk olduğu fark edilir. Zira 2004 tarihinde çıkarılan yönetmelik on dört ve on beş yaş aralığında olup ilköğretimini tamamlamış kişileri çocuk işçi olarak tanımlarken, tasarı on dört yaşını doldurmamış ve sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışan kişileri çocuk olarak tanımlamıştır. Bu durumun iki yönetmeliğin de farklı çalışma alanlarını düzenlediği ileri sürülerek sorun yaratmayacağı düşünülebilir. Gerçekten de 2004 tarihli yönetmelik, ileride de değineceğimiz üzere belirli yaş kayıtları belirleyerek, küçüklerin çalıştırılabilecekleri işleri sınırlı sayıda belirtmiştir ve bu işler arasında sanat, kültür ve reklam faaliyetleri sayılmamıştır. Yönetmelik tasarısı ise, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışılmasını konu alır. Ancak, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışan ve on dört yaşını doldurmamış çocuklar için tasarı metin yürürlüğe girdiğinde etkili olacakken yine sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışan ancak on dört ve on beş yaş aralığında olan çocuklar ve on beş yaşını doldurmuş gençler söz konusu bu tasarı metninin öngördüğü koruma hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Söz konusu bu çocuk ve gençlerin 2004 tarihli yönetmeliğin öngördüğü koruma hükümlerinden de, söz konusu yönetmeliğin sanat, kültür ve reklam faaliyetlerini küçüklerin çalışabileceği sayılı işler arasında belirtmemesi nedeniyle yararlanamayacakları ileri sürülebilir. Ancak böyle bir yorum, kanun koyucunun küçüğü koruma amacıyla çelişen bir sonucun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Dolayısıyla, tasarı metni bu şekilde yürürlüğe girerse ya da 2004 tarihli yönetmelik güncellenmezse, her ne kadar 2004 yönetmeliğinde sanat, kültür ve reklam faaliyetleri küçüklerin çalıştırılmasına cevaz verilen işlerden olarak öngörülmemiş olsa da kanunla bu işe cevaz verildiği ve dolayısıyla bu alanlarda çalıştırılan on dört ve on sekiz yaş arasındaki çocuk ve gençlerin 2004 tarihli yönetmeliğin kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Ancak elbette en sağlıklı, Gümrükçüoğlu'nun da belirttiği gibi, Alman Hukuku örnek alınarak çocuk ve gençlerin bağımlılık ilişkisi içerisinde gerçekleştirdikleri tüm çalışmalarını kapsayan bir yasa ile düzenleme yapmaktır. Böylelikle farklı yasal düzenlemeler tabi çocuk ve

gençler arasındaki farklılıklar giderilebilir ve çalıştırılan küçüklere daha güçlü bir koruma sağlanabilir²⁸.

Belirtmek isteriz ki genç çalışan, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca, “on beş yaşını bitirmiş ancak on sekiz yaşını doldurmamış çalışanı” ifade eder (İSGK m. 3/1/e).

²⁸ Gümrukçüoğlu, “Genel Bir Bakış”, s.488; Aynı yöndeki görüş için bkz: Ercüment Özkaraca, Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 20 Sayı 1, Özel Sayı, 2014, s.374

II) Yaş Bakımından ve Faaliyet Alanı Bakımından Sınırlama

A) Çocuğu Koruma Amacı

Toplum, bireylerden meydana gelir. Şayet toplumu oluşturan bireyler mutlu, manen ve bedenen sağlıklıysa, toplumun işlevselliği ve refah seviyesi yüksek olacaktır. Toplumu oluşturan söz konusu bu bireylerin mutluluk ve sağlıklarının tohumları ise çocukluklarında atılır. Dolayısıyla, çocuk hem insan olduğu için hem de toplum için hayati yapı taşlarından birini oluşturduğu için hukuk sistemince korunur²⁹. Kaldı ki, çocukluk çağı bireyin bedensel, zihinsel ve parasal yönden en zayıf olduğu çağdır ve maalesef çocukların iş güçlerinin ve cinselliklerinin sömürülmesi sık sık karşılaşılan bir durumdur. Hukukun asıl işlevi ise zaten kendini koruyabilenleri değil, görece güçsüzleri korumaktır³⁰. İşte bütün bu nedenlerden ötürü çocuğun korunması ayrıca önem arz etmektedir.

Uluslararası bildirilerde, uluslararası anlaşmalarda ve ulusal mevzuatta, çocuğu koruyan hüküm ve ilkelere yer verilmiştir. 1990 yılında New York'ta gerçekleştirilen “Dünya Çocuk Zirvesi”nde bütün dünyaya “çocuklara birinci öncelik” ilkesinin benimsenmesi çağrısında bulunulmuştur. Söz konusu bu ilke uyarınca çocuğun yararı her zaman ve her koşulda öncelikle korunmalıdır. Bu ilkeye Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de de yer verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, “*kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir*” (m. 3/1). Görüldüğü üzere bu ilke, çocuk hukukunda karşılaşılan tüm sorunlarda çocuk yararına çözümün tercih edilmesini³¹ ve bu ilkeye uymayan hükümlerin uygulama alanı bulmamasını³² emreder.

²⁹ Akyüz, s. 3

³⁰ Serozan, Çocuk Hukuku, s.4; Bu konuda ayrıntılı ilgi için bkz: Bakırcı, s.85 vd.

³¹ Akyüz, s.12

³² Cocquempot-Caulier, s.14

Uluslararası sözleşmelerde ve ulusal mevzuatta çocuğun çeşitli alanlarda korunmasını öngören birçok anlaşma ve düzenleme olmakla birlikte çalışmamızı ilgilendirenler, çocukların çalışma hayatında korunması amacını güden düzenlemelerdir. Söz konusu bu düzenlemelere yeri geldikçe değineceğiz. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, çocukların, kölelik, fuhuş, uyuşturucu ticareti gibi ahlaka ve hukuka aykırı faaliyetlerde bulundurulmalarını engelleme amacı güden ILO'nun 182 no'lu "En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi" bir yana çalışmamız bakımından oldukça önem arz eden sözleşme, yine ILO'nun 138 no'lu Asgari Yaş Sözleşmesidir³³. Bunun dışında, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında da ³⁴ çalışan çocukları koruyucu hükümlere yer verilmiş ve devlete bu yönde düzenlemeler yapılması için yükümlülük yüklenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da çeşitli maddelerinde çocukların çalışma hayatında korunmasına hizmet edecek hükümlere yer vermiştir. Anayasa'nın 50. maddesi uyarınca *kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz* ve çocuklar çalışma şartları bakımından özel olarak korunur. "*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*" yan başlığını taşıyan 41. madde uyarınca devlet çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır (f.2), her çocuk korunma ve bakımdan yararlanma hakkına sahiptir (f.3), ve "*devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır*" (f.4). "*Eğitim ve Öğretim Hakkı ve Ödevi*" yan başlığını taşıyan 42. maddesi uyarınca ise, "*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz*" (f.1), "*İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur*" (f.5). Bu hüküm, ileride de üzerinde duracağımız üzere okul çağındaki küçük işçilerin çalıştırılması hususunda göz önüne alınmalıdır. "*Kanun Önünde Eşitlik*" yan başlığını taşıyan 10. maddesi ise, çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağına hükmetmiştir.

Ancak elbette, çocukları çalışma hayatında korumak için soyut ve çerçeve hüküm niteliğinde olan Anayasa hükümleri yeterli olmayacaktır. Bunun için somut kanunun hükümlerine ve yönetmeliklere ihtiyaç vardır. Konumuz açısından önem arz

³³ RG, 27.01.1998- 23243

³⁴ RG, 09.04.2007- 26488

eden düzenlemeler İş Kanunu'nda yer almaktadır. İş Kanunu, Anayasa'nın ilgili ilkelerini somutlaştırmak için çocukları koruyucu hükümlere yer vermiş ve çocuklara yasaklı işleri ve asgari çalışma yaşını düzenlemiştir. İş Kanunu kapsamına girmeyen çalışmalarda ise ilgili diğer kanunlar ve ileride de üzerinde duracağımız üzere ilgili uluslararası anlaşma hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Elbette etkili bir koruma için kanun hükümleri yeterli olmaz. Bundan dolayıdır ki ilgili kanun hükümlerine dayandırılarak çıkarılan yönetmelikler, uygulamada çocukların korunmasının tam anlamıyla sağlanabilmesi için büyük önem arz etmektedir.

B) Asgari Çalışma Yaşı ve İstisnaları

1.) ILO'nun 138 Numaralı Sözleşmesi ve Karşılaştırmalı Hukuk Uyarınca

ILO'nun 138 no'lu Asgari Yaş Sözleşmesi uyarınca taraf devletlerin mevzuatlarında belirlediği asgari çalışma yaşı, zorunlu öğrenimin bittiği yaşı ve her hâlükârda on beş yaşı altında olamaz³⁵ (m. 2). On beş yaşını doldurmuş ancak zorunlu eğitimini tamamlamamış kişiler ise sağlıklarına veya gelişimlerine zarar vermeyecek ve eğitimlerine devam etmelerini engellemeyecek işlerde çalıştırılabilirler (m. 7). Sözleşmede öngörülen asgari çalışma yaşına hafif işler bakımından istisna getirilmiştir. Şöyle ki, on üç ve on beş yaş aralığındaki kişilerin sağlıklarına veya gelişmelerine zarar vermeyecek, eğitimlerine devam etmelerini engellemeyecek hafif işlerde çalıştırılmalarına izin verilebilir³⁶ (m.7). Yine, asgari yaş sınırına sanatsal faaliyetlere katılma gibi amaçlar için münferit çalışma izinleri verilmek suretiyle istisnalar getirilebilir. Söz konusu bu izinler çalışma koşullarını belirlemeli ve çalışma süresini sınırlamalıdır (m. 8). Hemen belirtmek gerekir ki sözleşme uyarınca kural olarak asgari çalışma yaşı on beş olmakla birlikte, gençler niteliği veya çalışma şartları bakımından sağlıklarını, güvenliklerini veya ahlaklarını tehlikeye düşürebilecek işlerde çalıştırılmazlar. Meğer ki bu kişilere ilgili faaliyet

³⁵ Sözleşme uyarınca, ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan ülkeler varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra asgari yaşı başlangıçta 14 olarak belirleyebileceklerdir. Ancak bu imkandan yararlanan her ülke, bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası'nın 22. maddesine göre sunacağı raporda, bu belirlemenin nedenlerinin devam ettiğini ya da belirli bir tarihten sonra bu uygulamaya son vereceklerini belirtmelidir.

³⁶ Ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan ülkeler için bu yaş aralığı on iki ve on dört yaş aralığı olarak belirlenebilir.

dalında yeterli özel öğretim veya mesleki eğitim verilsin ve bunların sağlıkları, güvenlikleri ve ahlakları tam olarak güvenceye alınsın. İşte böyle bir durumda söz konusu bu işler için asgari yaş sınırı on altı olarak belirlenebilir. Gençler için tehlikeli olabilecek bu işler, ulusal mevzuat ya da yetkili makamlarca belirlenecektir (m. 3).

Sözleşmenin 4. maddesi, yetkili makamın gerektiğinde ilgili işverene ve işçi örgütlerine danıştıktan sonra özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı sınırlı istihdam ve çalışma katagorilerinin sözleşme alanı dışında tutulabileceğini öngörmüştür. Ancak 3. madde kapsamına giren yani niteliği veya yapıldığı koşullar bakımından kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek işler sözleşme alanı dışında tutulamaz.

Karşılaştırmalı hukukta da bazı işlerin asgari çalışma yaşına istisna olarak sayıldığı görülmektedir. Örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde "Adil Çalışma Standartları Yasası" (Fair Labor Standards Act) uyarınca ağır işler haricinde asgari çalışma yaşı on altıdır. Ancak çocuklar her yaşta gazete dağıtabilir, radyo, televizyon, film ya da tiyatrodaki performans sergileyebilir, ebeveyni için çalışabilir (madencilik, imalat veya tehlikeli işler hariç), çiçek (*evergreen*) toplama ve çiçek çelengi yapma (*evergreen wreath*) işlerinde çalışabilir³⁷. İngiltere ve Wales'de de yerel yetkililer on altı ve on üç yaş arası çocukların hafif işlerde çalıştırılabilmelerine, on üç yaşından küçüklerin halka açık performanslarda yer almalarına izin verebilirler³⁸. Fransa'da ise asgari çalışma yaşı kural olarak on altı olmakla birlikte, on dört yaşını doldurmuş çocukların kendilerine uygun işlerde çalışabilecekleri öngörülmüşken gösteri, reklam ya da moda faaliyetlerinde asgari yaş öngörülmemiştir³⁹.

2.) İş Kanunu Kapsamına Giren Çalışmalarda

İş Kanunumuzun asgari yaş düzenlemesi, ILO'nun 138 no'lu anlaşması ile de uyumludur. Zira "*Çalışma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı*" yan başlığını taşıyan,

³⁷ Mayer, s.8

³⁸ Ferreira, s.383

³⁹ Rongé, s.9

İş Kanunu'nun 71. maddesi⁴⁰ uyarınca on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Genel kural bu olmakla birlikte, bu kurala iki istisna getirilmiştir. İlki, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocukların; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılma halidir. İkinci ve çalışmamızın konusunu oluşturan istisna ise, çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılması halidir. Gerçekten de 04.04.2015 tarihli değişik 71. madde 1. fıkra uyarınca “...On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler”. Söz konusu bu iki istisna aşağıda detaylı olarak incelenecektir. Ancak hemen

⁴⁰ İş Kanunu 71. madde: “(Değişik birinci fıkra: 4/4/2015-6645/38 md.) On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla 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, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını 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 yönetmelikle belirlenir.

(Değişik dördüncü fıkra: 4/4/2015-6645/38 md.) Zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir.

Okul öncesi çocuklar ile 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 dördüncü fıkarda öngörülen süreleri aşamaz.

(Ek fıkra: 4/4/2015-6645/38 md.) Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamı, bu faaliyetlerde çalışacak çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

belirtmek gerekir ki, genç ve çocukların çalıştırılacakları işler, güvenliklerine, sağlıklarına, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmelerine zarar verebilecek nitelikte olamaz. Bu işler genç ve çocuklar kişisel yatkınlık ve yeteneklerine uygun işler olmalıdır. Yine, ileride de üzerinde durulacağı üzere, bu işler küçüğün okula gitmesine, mesleki eğitiminin devam etmesine engel olmamalı ve küçüğün derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar vermemelidir (İş K. m.71/2).

a) Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Uyarınca

İş K. m. 71/3 uyarınca, çocuk ve genç işçilere yasak olan işler ile bunların çalıştırılabilecekleri işler ve çalışma koşulları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenmelidir. Söz konusu yönetmelik, 2004 yılında, “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”⁴¹ adıyla çıkarılmıştır.

i) Yönetmeliğin Küçüklerin Çalıştırılabilecekleri İşleri Sınırlı Sayıda Sayması

Yönetmelik, belirli yaş aralıkları öngörerek genç ve çocuk işçilerin çalıştırılabilecekleri işleri yaş kayıtları koyarak sınırlı sayıda saymıştır. Buna göre, çocuk işçiler sadece Ek-1’de, genç işçiler Ek-2’de ve Ek-1’de sayılan işlerde çalıştırılabilirler. On altı yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış genç işçiler ise sadece yönetmeliğin Ek-1, Ek-2 ve Ek-3’ünde belirtilen işlerde çalıştırılabilirler. Bununla birlikte on altı yaşını doldurmuş bu gençler, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarından mezun iseler yönetmeliğin eklerinde belirtilen sınırlamalara bağlı kalmadan ihtisas ve mesleklerine uygun işlerde çalıştırılabilirler. Ancak bunun gerçekleşmesi için işyerinde, söz konusu genç işçilerin sağlıklarının, güvenliklerinin ve ahlaklarının tam olarak güvenceye alınmış olması gereklidir (m. 5/5). Hemen belirtmek gerekir ki, küçükler bu sınırlı sayıda sayılan işlerde kural olarak çalıştırılabilecek olsa da söz

⁴¹ RG, 06.04.2004- 25425

konusu bu işler küçüklere yasaklı işler kapsamına girecek nitelikteyse bunlarda çalıştırılmazlar (m.5/son fıkra).

ii) Çocuk İşçilerin Çalıştırılabilecekleri Hafif İşler ve Zorunlu Eğitimi Tamamlama Şartının Kaldırılması

İş. Kanunu'nun 71/1 maddesi on beş yaşını doldurmamış çocukların çalışmasını yasaklamakla birlikte on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocukların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceklerine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, on beş olan asgari çalışma yaş sınırına on dört yaşını doldurmuş olan çocuklar için istisna getirmiş ve bu istisnaya yer verirken lafzında çocuğun eğitiminin öncelikli olduğunu belirtmiştir. Zira çalışma, küçüğün okula hiç gitmemesine, öğretimini tamamlayamamasına ya da öğreniminden yeterince yararlanamamasına neden olabilen bir olgudur⁴². Ancak, bunun farkında olan ve hükmün lafzından da buna önem verdiği izlemine yaratan kanun koyucu, 04.04.2015 tarihli değişiklikle⁴³, “on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar” ibaresini, “on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar” ibaresi ile değiştirmiştir. “İlköğretimi tamamlamış” ibaresinin aksine, “zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış” ibaresi burada tamamen işlevsizdir⁴⁴. Zira İlk Öğretim ve Eğitim Kanunu uyarınca zorunlu ilköğretim çağı çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar ve 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter (İEK m.3). Yani “zorunlu ilköğretim çağı” aslında belli bir yaş aralığını ifade eder ve söz konusu bu yaş aralığı, çocuğun on üç yaşını doldurduğu bahar döneminde okulların kapanmasıyla son bulur. Dolayısıyla bir çocuk on dört yaşını doldurmadan zorunlu ilköğretim çağını

⁴² Kadriye Bakırcı, “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yayın No: 595, 2007, s.106; Akyüz, s.475

⁴³ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m. 38, RG, 23.04.2015-29335

⁴⁴ TBMM 687 Sıra Sayılı Esas Komisyon Raporu, s. 219, s.245

tamamlamış olacaktır⁴⁵. Bu, çocuğun, zorunlu ilköğretim çağını tamamlar tamamlamaz hafif işlerde çalıştırılabileceği anlamına gelmez. Zira hüküm çocukların hafif işlerde çalıştırılabilmeleri için on dört yaşını doldurmaları gerektiğini açıkça belirtmiştir. Ancak kanaatimizce yapılan bu değişiklik ile on dört yaşını bitirmiş çocukların hafif işlerde çalıştırılabilmeleri için ilköğretimlerini tamamlamış olma şartı kaldırılmıştır.

Söz konusu bu değişikliğin, temel anayasal haklardan biri olan eğitim hakkına zarar vereceğini düşünüyoruz. Bu değişiklikten önce, çocuğun zorunlu ilköğretimini bitirmeden çalıştırılması yasaktı⁴⁶. Ancak şimdi, yaş olarak zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ancak ilköğretimini henüz tamamlamamış çocukların okuldan alınarak iş yaşamına sürüklenmelerine resmen cevaz verilmiştir. Çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasına ve eğitim hakkının garanti altına alınmasına çalışıldığı günümüzde böyle bir değişiklik, geriye doğru atılan ve bizi bu amaçlardan uzaklaştıran bir adımdır.

Doktrinde, asgari çalışma yaşının zorunlu temel öğretimin tamamlandığı yaşa bağlı tutulması gerektiği belirtilmektedir. Zira zorunlu öğrenimi bitirme yaşının, asgari çalışma yaşının altında olduğu hallerde, zorunlu eğitimi bitiren küçüklerin yasa dışı olarak çalıştırılmaya başlama riski, zorunlu öğretimi bitirme yaşının asgari çalışma yaşının üstünde olduğu hallerde ise, henüz zorunlu eğitim çağına olan çocukların yine yasa dışı olarak çalıştırılmaya başlama riski mevcuttur. Yasa dışı çalışma ise küçüklerin, mevzuatın koruyucu hükümlerinden yararlanamama sonucu doğurur⁴⁷.

Şunu da eklemek isteriz ki, kanundaki “ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar” ifadesi değiştirilmiştir ancak ilgili yönetmelik olan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, henüz kanundaki ifadeye göre güncellenmemiştir. Yönetmelikte hala “ilköğretimini tamamlamış çocuklar” ifadesi

⁴⁵ Fransa’da zorunlu eğitim altı ve on yedi yaş aralığındadır. Rongé, s.7

⁴⁶ Gümrükçüoğlu, s. 486; Urhanoglu, s.206; Bakırcı, “Ayrımcılık”, s.107; Akyüz, s.487

⁴⁷ Bakırcı, “Ayrımcılık”, s.106

mevcuttur. Söz konusu bu ifadenin, kanuna uygun olarak, “zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış” olarak okunması gerekmektedir⁴⁸.

Daha önce de belirtildiği gibi on dört yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, onların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine engel olmayacak nitelikte olmalıdır. Hafif işler, ilgili yönetmelikte, *yapısı ve niteliği itibariyle ve yerine getirilmesi sırasındaki özel koşullara göre çocukların gelişmelerine, sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihmalı olmayan ve çocukların okula devamını, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programlarına katılımını ve bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işler* olarak tanımlanmıştır (ÇGİÇUEHY m.4). Her ne kadar hafif işler yönetmelikte nitelendirilmiş olsa da, çocuk işçiler bu nitelikleri taşıyan her işte çalıştırılmazlar. Çocuk işlerin çalıştırılabilecekleri hafif işler, tıpkı genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler gibi yönetmelikte sınırlı sayıda sayılmıştır (Ek-1).

Unutulmamalıdır ki, söz konusu yönetmelikte sayılan işler İş Kanunu’na tabi olarak çalıştırılan genç ve çocukların çalıştırılabilecekleri işlerdir. Çocuk ve genç işçiler sayılan bu işler dışında çalıştırılmazlar. Ancak 2015 tarihinde İş Kanunu’nda yapılan değişiklikle bu işlere bir istisna daha eklenmiş ve herhangi bir asgari yaş sınırı öngörülmeden, çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabileceklerine hükmedilmiştir.

b) Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Taslağı)

İş Kanunu’nun 71. maddesinin birinci fıkrasına 04.04.2015 tarihinde yapılan ekleme uyarınca: *“on dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler”*. Görüldüğü üzere sanat, kültür ve reklam faaliyetleri ile sınırlı olmak üzere bu alanlarda çalıştırılan çocuklar

⁴⁸ Gürsel, s. 447

için herhangi bir asgari yaş öngörmemiştir. Bu da bir bebeğin bile bu alanlarda kanunen çalıştırılabileceği sonucunu doğurur⁴⁹.

İş K. m.71 son fıkra uyarınca, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmalarını düzenleyen bir yönetmelik çıkarmalıdır. Söz konusu bu yönetmeliği, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın, Sağlık Bakanlığı'nın, Millî Eğitim Bakanlığı'nın ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşlerini alarak çıkarmalıdır. Ancak maalesef, bu çalışmanın yazıldığı tarihte çıkarılmış bir yönetmelik hala daha mevcut değildir.

Yürürlüğe girmiş herhangi bir yönetmelik bulunmamakla birlikte, 13.06.2016 tarihinde “*Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı*”, ilgili kurum, kuruluşlar ve sosyal taraflar ile paylaşılmıştır. Söz konusu tasarı, İş Kanunu’nda öngörülmemiş asgari yaş sınırını öngörmüş ve on iki aylıktan küçük çocukların hiçbir surette çalıştırılmayacaklarına hükmetmiştir (SKRYT m. 6/1/a). Yani, ancak on iki aydan büyük olan çocuklar, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilir.

Tasarı uyarınca sanat ve kültür faaliyetleri, “*sinema, televizyon, tiyatro, opera, bale, dans, folklor, edebiyat, görsel, dekoratif, müzik ve sahne sanatlarını*”, reklam faaliyetleri ise, “*bir ürünün, hizmetin, markanın, kampanyanın, eserin, kişi, kurum veya kuruluşun tanıtımı amacı ile tertip edilen her türlü defile, şov, söyleşi ile fotoğraf, katalog, broşür çekimi ve benzeri faaliyetleri*” ifade eder (SKRYT m.3).

Her ne kadar kanunda on dört yaş altındaki çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilecekleri belirtilmiş, ilgili yönetmelik tasarısında da sanat, kültür ve reklam faaliyetleri tanımlanmış olsa da çocukların çalıştırılabilecekleri sanat, kültür ve reklam faaliyetleri aynı tasarının 4. Maddesinde kalem kalem sayılarak somutlaştırılmıştır⁵⁰. Dolayısıyla, gerekli şartları sağlayan on dört yaş ve

⁴⁹ TBMM 687 Sıra Sayılı Komisyon Raporu, s. 219

⁵⁰ SKRYT m.4:

“Çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilecekleri faaliyet alanları şunlardır:

altı çocukların çalışabilecekleri sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin sınırlı sayıda belirlendiği söylenebilir.

Kanaatimizce, bir faaliyetin ilgili tasarının 4. maddesinde sayılmış olması, çocuğun o faaliyet alanına ilişkin her işte çalıştırılmasının caiz olduğu manasına gelmez. Yani, örnek olarak on dört yaşının altındaki bir çocuk bir dizi yapımında getir götür işleriyle ya da ışıklandırmayla vesaire görevlendirilemez. Zaten böyle bir sonuç kanun koyucunun sadece sanat, kültür ve reklam faaliyetleriyle sınırlı kalmak üzere on dört yaşın altındakilerin çalışmasına cevaz verme amacıyla örtüşmez zira kanun koyucunun bu istisnayı öngörmesinin nedeni, zaten fiili olarak kamera karşısında ya da sahnede çalıştırılan çocukların çalışmasını yasal bir zemine taşımak ve böylelikle söz konusu bu çocukları İş Kanunu'nu kapsamına alarak onları mevzuatın sağladığı korumalardan yararlandırmaktır⁵¹.

2.) İş Kanunu Kapsamına Girmeyen Çalışmalarda

İş Kanunu, her bağımlı çalışmayı kapsamaz. Bir çalışmanın İş Kanunu kapsamına girmediği hallerde, söz konusu çalışmayı konu alan özel nitelikte başka bir kanunun olup olmadığına bakılmalı, özel nitelikte bir kanun yoksa ya da özel nitelikteki kanunda söz konusu husus için hüküm yoksa daha genel nitelikteki kanun hükmü uygulanmalıdır. İş Kanunu'na kıyasla genel nitelikte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda asgari çalışma yaşı öngörülmemiştir. Bundan dolayı, doktrinde bazı yazarlar, İş Kanunu kapsamına girmeyip Borçlar Kanunu kapsamına giren

a) Sinema ve televizyon filmi, dizi ve benzeri sinema eserlerinin meydana getirilmesi ve icrasına yönelik faaliyetler,

b) Tiyatro, opera, bale, dans, folklor, pandomimalar gibi tüm sözlü ve sözsüz sahne eserlerinin icrasına yönelik görsel ve dekoratif faaliyetler,

ç) Resim, heykel, tasarım gibi güzel sanat eserlerinin meydana getirilmesine yönelik faaliyetler,

c) Dublaj ve seslendirme faaliyetleri,

d) Her nevi rakslar, yazılı koreografi eserleri,

e) Bir ürünün, hizmetin, markanın, kampanyanın, eserin, kişi, kurum veya kuruluşun tanıtımı amacı ile tertip edilen reklam faaliyetleri,

f) Musiki ve sair, her neviden fikir ve sanat eserinin meydana getirilmesi ve icrasına yönelik faaliyetler.

⁵¹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.241

işlerde Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda belirtilen ve genel hüküm niteliğinde olan asgari yaş sınırının uygulanacağını belirtir⁵².

Gerçekten de 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 173. maddesi uyarınca on iki yaşından küçüklerin, fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseselerinde ve maden işlerinde amele ve çırak olarak çalıştırılmaları yasaktır. Her ne kadar madde metninin lafzından on iki yaşından küçüklerin bu alanların dışında çalıştırılabileceği gibi bir sonuç çıkarılsa da doktrinde böyle bir kabulün kanunun ruhuna, toplumun ihtiyaç ve çıkarlarına uygun düşmediği belirtilmiş ve söz konusu bu hükmün on iki yaşından küçüklerin çalıştırılmasını mutlak olarak yasakladığı sonucunun çıkarılması gerektiği savunulmuştur⁵³. Özet olarak, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca asgari çalıştırılma yaşı on ikidir.

Ancak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülen asgari yaş sınırı gerek uluslararası standartlara gerek bölgesel standartlara aykırıdır⁵⁴. Dolayısıyla bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin 23.01.1998 tarihli ve 4334 sayılı kanun ile kabul ettiği ILO'nun 138 no'lu Asgari Yaş Sözleşmesi'nin asgari yaş ile ilgili hükümleri tüm işçiler bakımından doğrudan uygulanmalıdır⁵⁵. Zira sözleşme uyarınca asgari çalışma yaşı kural olarak on beştir ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda öngörülen asgari yaş, sözleşmede öngörülen asgari yaş hükmüne aykırıdır. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”* Asgari çalışma yaşının gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak

⁵² Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 490; Gürsel, s. 449; Demir, s.126; Demir, “Çocuklar” s. 565; Tunçomağ/ Centel, s.190; Narmanlıoğlu, Çocukların Korunması, s. 676; Bakırcı, s.299; Ercan Akyiğit, **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s.22

⁵³ Bakırcı, s.229; Gürsel, s.449; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.490

⁵⁴ Gümrükçüoğlu, s. 513; Murat Engin, “Gençlerin İş Güvenliği”, **Çimento İşveren Dergisi**, 8 (5), 1994, s.14; Tuğ/Baysal, s. 1871; Bakırcı, 229; Özkaraca/ Ünal, s.372

⁵⁵ Gümrükçüoğlu, s. 513; Özkaraca/Ünal, s. 375

sağlayacak bir düzeye yükseltilmesini ve çocuk işçiliğin ortadan kaldırılması amacını taşıyan (ILO 138 no.'lu sözleşme m.1) sözleşmenin temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerekir. Bundan dolayı denilebilir ki, ilgili mevzuatta daha yüksek bir asgari yaş öngörülmemişse, hukukumuzda kural olarak asgari çalışma yaşı on beştir. Ancak sözleşmede de öngörüldüğü üzere hafif işler ve sanat alanındaki işler için istisna öngörülebilir. Söz konusu istisnalardan olmayan ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda olduğu gibi on beş yaş altındaki çocukların çalışmasına cevaz veren kanun hükümleri dikkate alınmamalı ve asgari çalışma yaşının on beş olduğu kabul edilmelidir.

C) Çocuğun Çalıştırılmayacağı Haller ve Faaliyet Alanları

138 no'lu Asgari yaş sözleşmesi, on sekiz yaşından küçüklerin; sağlıklarını, güvenliklerini veya ahlaklarını tehlikeye düşürebilecek nitelikteki veya koşullardaki işlerde çalıştırılmayacaklarına hükmetmiştir. Söz konusu bu işler, ulusal mevzuatça belirlenmelidir. Yine, söz konusu bu tehlikeli faaliyetlerde on altı yaş ve üstündeki gençler yeterli özel öğretim veya mesleki eğitimin verilmesi ve sağlıklarının, güvenliklerinin ve ahlaklarının tam olarak güvenceye alınması halinde çalıştırılabilirler (m. 3). Yine, ILO'nun 15 no'lu sözleşmesi⁵⁶ uyarınca, on sekiz yaşından küçük kişiler gemilerde trimci ya da ateşçi olarak çalıştırılmazlar.

Mevzuatımızda da söz konusu bu uluslararası hükümlerle uyumlu düzenlemeler bulunmaktadır. İlk olarak, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca ilköğrenim çağında olup da söz konusu bu zorunlu ilköğrenimine devam etmeyen çocuklar, hiçbir resmi ve özel iş yerinde veya her ne surette olursa olsun çalışmayı gerektiren herhangi bir yerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılmazlar. İlköğretim kurumuna devam edenler ise ancak bunu belgelemek suretiyle ve mevzuattaki ilgili hükümlere uymak şartıyla ders zamanları dışında çalıştırılabilirler. Aynı kanunun 3. maddesi, zorunlu ilköğretim çağını 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsayan ve çocuğun beş yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlayan, on üç yaşını bitirip on dört yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biten çağ olarak tanımlar. Yani denilebilir ki, on üç yaş ve aşağısı olan

⁵⁶ RG, 02.06.1959 - 10220

çocuklar, zorunlu öğrenimlerine devam etmiyorlarsa hiçbir şekilde çalıştırılmazlar. Hatırlatmak gerekir ki söz konusu yaş grubuna giren çocuklar ancak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışabilir.

İş Kanunu uyarınca genç ve çocuk işçiler, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde çalıştırılmazlar (İş K. m. 72). İş Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış olan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte de çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacakları işler kalem kalem sıralamıştır (m.5/6). Sayılan bu işler, küçüğün bedensel, zihinsel ve ruhsal sağlığına zarar verebilecek niteliktedir⁵⁷.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca küçüklerin bar, kabare, dans salonu, kahve, gazino ve hamamlarda çalıştırılmaları belediyelerce yasaklanır (m. 176). Kanuna göre bu yasağın yürürlüğe girmesi için bu yönde mahalli belediyelerce alınmış bir karar ihtiyaç vardır, aksi taktirde söz konusu kanun uyarınca yasak gündeme gelmez⁵⁸. Uygulamada belediyeler gerek aldıkları kararlarla gerek söz konusu yasağa Zabıta Yönetmeliklerinde yer vermek suretiyle hükmün gereğini yerine getirmektedir⁵⁹. Doktrinde, 1930 yılında çıkarılmış olan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 176. maddesinin geniş yorumlanması gerektiği, yasağın sadece bar, kabare, dans salonu, kahve, gazino ve hamamları değil, günümüzde var olan ancak "sauna, clup, disco, dansing, pub" gibi değişik isimler taşıyan ve temelde "eğlence yeri" olan benzeri mekanları da kapsadığı belirtilmektedir. Zira kanun koyucudan kanunun çıkarıldığı tarihte günümüzde türemiş olan yeni eğlence mekânlarını sayması beklenemez⁶⁰. Bununla birlikte, kanun koyucu, 03.08.2002 tarihinde 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 12. maddesinde değişiklik yaparak, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde kural olarak küçüklerin çalıştırılmayacağına hükmetmiştir (m.12, f.1). Dolayısıyla kanaatimizce

⁵⁷ Akyüz, s. 486,488; Bakırcı, s.243; Serozan, Çocuk Hukuku, s.304

⁵⁸ Narmanlıoğlu, "Çocukların Korunması", s.678, dn.25; Demir, "Çocuklar", s. 568

⁵⁹ Demir, "Çocuklar", s. 568

⁶⁰ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 490; Demir, "Çocuklar", s. 568; Akyüz, s.489; Narmanlıoğlu, s.726 Centel, İş Güvenliği, s. 140

kanun koyucunun bu değişlikle Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 176. maddesini ilga ettiği ve herhangi bir belediye kararına gerek kalmaksızın küçüklerin eğlence, oyun, içki ve benzeri yerlerde çalışmasını yasakladığı söylenebilir.

Bilindiği üzere, asıl olan çalışmanın gündüz yapılmasıdır. Ancak bazen işin niteliği veya işyerinin gereklilikleri, işçilerin gece çalıştırılması gerekliliğini doğurabilir. Mesela, bar, pavyon, oyun salonları, gazino gibi yerler işin niteliği gereği geceleri çalışırlar. Bazı iş yerlerinde de faaliyetin devamı esastır ve yirmi dört saat faaliyet göstermeleri gerekir. Böyle işyerlerinde de işçiler postalar halinde dönüşümlü olarak gece de çalıştırılırlar⁶¹. Ancak kanun koyucu, çocuk ve gençlerin fiziksel gelişimlerini tamamlayabilmeleri, dinlenebilmeleri ve uykularını alabilmeleri amacıyla bunlara gece çalışma yasağı getirmiştir⁶².

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 174. maddesi uyarınca, on iki yaş arası ve on altı yaş arasında bulunan çocuklar saat 20.00'dan sonra çalıştırılmazlar. Yukarıda da belirtildiği üzere, on beş yaşından küçük çocukların çalıştırılmasının bu kanun kapsamına giren işlerde de mümkün olmaması nedeniyle söz konusu hükmü on altı yaşından küçüklerin saat 20.00'dan sonra çalıştırılmayacağı şeklinde anlamak gereklidir.

İş K. m. 73 küçüklerin sanayiye ait işlerde geceleri çalıştırılmayacağına hükmeder. Kural olarak gece, en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir (İş K. m. 69/1). Ancak kanun, bazı işlerin niteliğine ve gereğine göre ya da yurdun bazı bölgelerinin özellikleri göz önüne alınarak yönetmelikle belirli düzenlemeler getirilebileceğini öngörmüştür. Buna göre yönetmelikle, gece başlangıcı geri alınabilir yaz ve kış saatleri ayarlanabilir, gün döneminin başlama ve bitme saatleri belirtilerek birinci fıkranın uygulama şekilleri tespit edilebilir, bazı gece çalışmalarına fazla ücret ödenmesi usulü getirilebilir ya da gece işletilmelerinde ekonomik bir zorunluluk bulunmayan işyerlerinde işçilerin gece çalışmalarını yasaklayabilir (İş K. m. 69/2).

⁶¹ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 1231

⁶² Gümrükçüoğlu, s. 532; Hande Bahar Aykaç, "Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 116. sayı, 2015, s.366; Narmanlıoğlu, s.728

Doktrinde, söz ikinci fıkranın erkek, kadın ve çocuk işçiler için değişik gece saatlerinin düzenlenmesine de cevaz verdiği belirtilmektedir⁶³. İş K. m. 69 f.1, nisbi emredici nitelikte bir hükümdür, işçi aleyhine değiştirilemez⁶⁴.

Gece çalışması, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte⁶⁵ tanımlanmıştır. Buna göre, çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan çalışma, gece çalışmasıdır (m.7, f.2). Yani, işçinin çalışması hem gece hem de gündüz dönemine giren bir saat aralığında ise, söz konusu çalışmanın yarısından çoğu gece dönemine giriyorsa, bu çalışma gece çalışması sayılacaktır⁶⁶. Çalışmanın yarısından çoğu gündüz dönemine rastlıyorsa da bu çalışma gündüz çalışması sayılır. Çalışmanın gece ve gündüz dönemine eşit olarak dağılması halinde ise işçinin lehine yorum gereği çalışmanın gece yapıldığı kabul edilecektir⁶⁷.

İş Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış çeşitli yönetmeliklerde de genç ve çocuk işçiler için gece çalıştırılma yasağı öngörülmüştür. Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik uyarınca gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında küçüklerin çalıştırılmaları yasaktır (m.5). Dolayısıyla yönetmelik uyarınca sanayiye ait bir iş olup olmadığına bakılmaksızın, postalar halinde işçi çalıştırılan işyerlerinde küçükler çalıştırılmaz. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ise küçüklerin gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde çalıştırılmayacağını belirtir (m.5, f.6). Böylelikle, yönetmelik, kanunun öngördüğü gece çalışma yasağını sadece sanayiye ait işler olmaktan çıkarmış ve kapsamını genişleterek bütün iş kollarında küçüklerin gece çalıştırılmayacağına hükmetmiştir⁶⁸.

⁶³ Demir, "Çocuklar", s. 569

⁶⁴ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 1232

⁶⁵ RG, 07.04.2004-25426

⁶⁶ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2018, s. 813; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.641; Demir, "Çocuklar", s. 569

⁶⁷ Demir, "Çocuklar". s. 570; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.642

⁶⁸ Aykaç, s.367

Akla gelen bir soru ise, çalışma süresinin yarısından çoğu gündüz dönemine rastlasa bile küçüğün saat 20.00'dan sonra çalıştırılıp çalıştırılmayacağıdır. Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere bu çalışmalar gündüz çalışması sayılıyor olsa da gerek kanunda gerek yönetmelikte amaç, gece dönemine rastlayan saatlerde küçüklerin çalıştırılmamasıdır ve bu yasak mutlak bir yasaktır. Bundan dolayı, kural olarak küçükler, gece dönemi başladıktan sonra çalıştırılmazlar⁶⁹.

D) Mevzuatta Öngörülen Sınırlandırmalara Aykırılık

1.) Yaş ve Çalışma Faaliyeti Sınırlarının Hukuki Niteliği

Çocukların çalıştırılmasına ilişkin yaş ve çalışma faaliyeti sınırlamalarının niteliğine ilişkin olarak doktrinde görüş birliği yoktur. İleride de görüleceği üzere, hâkim görüş konunun ehliyet sorunu olduğunu belirtirken bazı yazarlar, konunun ehliyet sorunundan ziyade emredici hüküm ve yasaklarla ilintili olduğunu savunur.

Çocukların çalıştırılmasına yönelik söz konusu sınırlamaların ehliyet sınırlaması olduğunu savunan hakim görüş, bunların hak ehliyeti sınırlaması mı yoksa fiil ehliyeti sınırlaması olduğu konusunda fikir ayrılığına düşer. Sınırlamaların hak ehliyeti sınırlaması olduğunu kabul eden görüş, kanun koyucunun küçüklerin iş sözleşmesi yapma hakkını sınırlandırdığını belirtmektedir⁷⁰. Bu görüş, küçüklerin çalıştırılmasına yönelik yasak ve sınırlamaların amacının onları ekonomik sömürgeye karşı ya da bedensel, zihinsel ruhsal, ahlaksal veya toplumsal gelişimlerine zarar verebilecek işlere karşı korumak olduğu belirtilerek eleştirilir. Zira bu sınırlamalar, hak ehliyeti kısıtlamasından ziyade küçüğün korunmasına yönelik bir hak niteliğindedir. Kaldı ki, hak ehliyetinin temel ilkesi genellik ve eşitlik olduğu için, hak ehliyeti hususunda sınırlama getiren düzenlemelerin uygulanmasında şüpheye düşüldüğü takdirde TMK m.8'de belirtilen kişilerin hukuk düzeni içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşit oldukları ilkesindeki hukuk düzeni teriminin dar yorumlanması gerekir⁷¹.

⁶⁹ Aykaç, s. 367, dn.89; Centel, İş Güvenliği, 170,171; Bakırcı, Ayrımcılık, 111

⁷⁰ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 495; Urhanoğlu, s. 210; Ferit Saymen, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1954, s. 458

⁷¹ Özkaraca/Ünal, s. 377

Söz konusu sınırlamaların fiil ehliyetinin sınırlanması niteliğinde olduğunu savunan görüş⁷² ise sınırlı ehliyetsizlik sorunun yasal temsilcinin (ya da gerektiği durumlarda sulh mahkemesinin) rızasını almak suretiyle ortadan kalkacağı ancak İş Hukuku mevzuatından kaynaklanan asgari yaş yasağının devam edeceği belirtilerek eleştirilmektedir⁷³.

Bir diğer görüş ise, küçüklerin çalıştırılmasına yönelik sınırlamaların emredici hüküm niteliğinde ya da kanundan doğan yasaklar⁷⁴ niteliğinde olduğunu savunur. Alman Hukukunun aksine, İsviçre-Türk Hukukunda, “emredici hükümler” ve “yasaklayıcı hükümler” arasında net bir ayırım yapılmaz. Bunlar, geniş anlamıyla “emredici hükümler” olarak adlandırılır ve hukuka aykırılık kapsamına girerler⁷⁵. Bununla birlikte, emredici hükümleri yasaklayıcı hükümlerden ayırt eden temel kriterin, emredici hükümlerin geçersiz sözleşme hükmünün yerini alması ve sözleşme ilişkisine zorunlu olarak uygulanması olduğu söylenebilir. Oysa yasaklayıcı hükümlerin böyle bir özelliği yoktur. Doktrinde asgari çalışma yaşı yasaklayıcı hükümlere örnek olarak gösterilmektedir⁷⁶.

⁷² Turhan Esener, **İş Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1978, s.145; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.103; Yazar, ergin olmayan çocukların kendi başlarına sözleşme akdedemeyeceğini, yasal temsilcilerin de iş sözleşmesi akdetme açısından ancak belirli bir yaştan üstünde olan küçükleri temsil etmeye yetkili olduğunu belirtmiştir.

⁷³ Özkaraca/ Ünal, s. 379

⁷⁴ Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, Tuncay Kaplan/Senyen, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, s. 103; Bakırcı, s.159; Doğan Kübra Yenisey, “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.1, Beta Basım, İstanbul 2011, s.48; Süzek, s.320; Özkaraca/ Ünal, s.379; Özgür Avcı, “İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2010/28, s.1408; Nisbi emredici hüküm olduğu yönündeki görüş için bkz: Kenan Tunçomağ, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım, İstanbul, 1988, s.82

⁷⁵ Özkaraca/Ünal, s.380; Süzek, 2017, s.351; Kocayusufpaşaoğlu Necip, Hatemi Hüseyin, Serozan Rona, Arpacı Abdülkadir, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s.539; Doğan Yenisey, s.47; Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 20 Sayı 1, Özel Sayı, 2014, s.132

⁷⁶ Süzek, 2017, s.352; Özkaraca/Ünal, s.381; Doğan Yenisey, s.48

Bilindiği üzere, İş Hukukunda temel ilke sözleşme serbestisidir (TBK m.26⁷⁷). Küçüklerin çalışmalarına getirilen sınırlamaların emredici hüküm ya da kanundan doğan yasaklar niteliğinde olduğunu savunan görüş, bu sınırlamaların söz konusu bu sözleşme serbestisinin sınırlandırılması niteliğinde olduğunu söyler.

(a) İş Hukukunda Emredici Hükümlerin Genelde Nisbi Nitelikte Olması

Emredici hükümler, nisbi emredici hükümler ve mutlak emredici hükümler olarak ikiye ayrılır. Aksi sadece işçi lehine kararlaştırılabilen hükümler, nisbi emredici hükümleri ifade ederken, taraf iradesiyle aksini kararlaştırılması mümkün olmayan hükümler mutlak emredici hükümleri ifade eder⁷⁸. Doktrinde, mutlak emredici hükümlere bir örnek olarak, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarını düzenleyen İş K. m. 21 verilmektedir⁷⁹. Zira söz konusu maddenin son fıkrasına göre, *“maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir”*. Nisbi emredici hükümlere ise örnek olarak İş K. m.71’de belirtilen azami çalışma saatleri verilebilir. Zira küçüklerin öngörülen bu saatlerden fazla çalışmasını öngören sözleşme hükümleri geçersiz olacak ve söz konusu sözleşme hükümleri yerine İş K. m. 71 uygulanacaktır. Küçüklerin İş K. m. 71’de öngörülen saatlerden az çalışmasını öngören sözleşme hükümleri ise geçerliliklerini koruyacaktır⁸⁰. Belirtmekte fayda vardır ki, İş Hukukunda emredici hükümler çoğunlukla nisbi niteliktedir⁸¹.

2.) Mevzuatta Öngörülen Sınırlandırmalara Aykırılığın Hukuki Sonucu

(a) Geçersizliğin İleri Etkili Olduğu Haller

Tarafların tam ehliyetsizliği, sözleşmenin konusunun; emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olması, imkansız

⁷⁷ TBK m. 26: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”.

⁷⁸ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.15; Süzek, Geçersizlik, s.132; Özkaraça/ Ünal, s.380; Narmanlıoğlu, s.13; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.15; Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.25; Akyiğit, 1990, s.21

⁷⁹ Süzek, 2017, s.351; Özkaraça/Ünal, s.380

⁸⁰ Özkaraça/Ünal, s.381

⁸¹ Narmanlıoğlu, s.13; Süzek, 2017, s.350

olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekil şartına uyulmaması ve sözleşmede muvazaa bulunması sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur⁸².

İş sözleşmesinin hükümsüzlüğü, iş sözleşmesi bireysel bir nitelik taşıdığı ve sürekli borç ilişkisi oluşturduğu için özellik arz eder zira kural olarak kesin hükümsüz sözleşmeler baştan itibaren sonuç doğurmazlar. Taraflar edimlerini ifa etmişlerse, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca söz konusu bu edimleri geri vermek ve hukuki durumu eski haline çevirmekle yükümlü olurlar. Ancak söz konusu iş sözleşmesi olduğunda, bu ilkenin uygulanması hem korunmak istenen işçinin aleyhine sonuçlar yaratacak (mesela işçinin bu süre zarfında kazandığı sosyal güvenlik hakları ve iş kanunundan doğan diğer hakları zedeleneyecektir), hem de iş sözleşmesinin niteliği itibarıyla ifa edilen edimlerin iadesi büyük güçlük teşkil edecektir⁸³. İşte bundan dolayıdır ki doktrinde eskiden beri tarafların geçersiz bir iş sözleşmesine dayanarak ifaya başladığı hallerde bu geçersizliğin, kural olarak ileri etkili sonuç doğurduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Henüz ifaya başlanmadığı hallerde ise iş sözleşmesi baştan itibaren geçersiz sayılacaktır⁸⁵.

Yeni Borçlar Kanunu'yla kanun koyucu da bu yönde hareket etmiş ve eski kanunda olmayan bir hüküm getirerek, *“geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”* ifadesine yer vermiştir (BK m.394/3). Ancak, hükümde yer alan, *“geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi”* ifadesi eleştirilere sebep olmuştur. Zira, hükmün lafzı uygulanırsa, geçersizliğin ileri etkili sonuç doğurması ancak tarafların sözleşmenin geçersizliğini bilmediği ve bunu sonradan öğrendiği durumlarda söz konusu olacaktır. Bu ise iş

⁸² Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 175; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2012, s.146; Selahattin Suhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1985, s.514; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.255; Narmanlioğlu, s.243; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.560; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.111; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.255; Süzek, Geçersizlik, s.132; Akyiğit, 1990, s.5

⁸³ Münir Ekonomi, **Ferdi İş Hukuku**, Cilt 1, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1984, s.160; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.112; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.561; Narmanlioğlu, s.244; Süzek, Geçersizlik, s.136

⁸⁴ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.562; Aktay/ Arıcı/ Kaplan/ Senyen, s. 114; Ekonomi, s. 160; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.112; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.256

⁸⁵ Bakırcı, s.423; Narmanlioğlu, s.244

ilişkilerinde uygulanan işçiyi koruma ilkesi ve amacıyla bağdaşmaz. Bundan dolayıdır ki birçok yazar, işçiyi koruma ilkesinden ve mehz kanununda geçersizliğinin sonradan anlaşılmasının aranmamasından yola çıkarak, geçersizliğin sonradan anlaşılması ifadesini, “geçersizliğin sonradan ileri sürülmesi” olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürer⁸⁶. Gerçekten de İsviçre mehz kanunda, geçersizliğin sonradan anlaşılması değil, işçinin iyiniyetli olması aranmıştır. İşçinin iyi niyeti ise, sözleşmenin geçerliliğini bilip bilmeme hususunda değil, sözleşmeyi ifa etmesinde yani iyi niyetli bir biçimde çalışmasında aranır.

Kaldı ki kanun koyucu BK m. 394’ün gerekçesinde de bir karışıklığa mahal vermiştir. Önce, işçinin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bildiği hallerde iyi niyetli sayılmayacağını ve maddede yer verilen geçersizliğin sonradan anlaşılması şartının gerçekleşmeyeceğini, dolayısıyla, sözleşmenin geriye etkili olarak geçersiz olacağını belirtmiş, bu ifadelerin devamında ise hükmün düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 320’inci maddesinin gözetildiğini ve mehz kanunun aksine iyi niyetle iş görme koşuluna yer verilmediği ve bu şekilde işçinin harcadığı emeğin gözetilmesi ilkesinin korunduğunu ileri sürmüştür. Ancak, işçinin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bildiği hallerde sözleşmeyi başından itibaren geçersiz saymak pek tabii işçinin emeğinin gözetilmesi ilkesiyle bağdaşmaz.

Belirtmekte fayda vardır ki iş sözleşmelerinin geçersizliği kural olarak ileri etkili hüküm doğurmakla birlikte, bu durum hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı düşecekse, kamu düzenini ve ahlakı ağır bir biçimde ihlal edecekse ya da cezai bir yasağı çiğnediği hallerde geçersizliğin geçmişe etkili hüküm doğuracağı kabul

⁸⁶ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.565; Narmanlıoğlu, s.247; Aksi görüş için bkz: Süzek, s.340,341; Süzek, Geçersizlik, s.138. Yazar, hükümde açıkça geçersizliğin sonradan anlaşılması koşuluna yer verildiğini belirtmiş ve yargı organı tarafından bir uyarılma yapılması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Buna göre İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulu aranmaksızın, geçersiz iş sözleşmesi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği kabul edilmelidir.; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Faruk Acar, Burak Özen, 14. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2016, s. 476. Yazar, işçinin geçersizliği bildiği hallerde BK m.394/3 hükmünün sonuçlarından yararlanamayacağını, ancak sözleşmenin geçersizliğini bilerek işçiyi çalıştıran işverenin de sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyeceğini ve geçerli bir sözleşme varmış gibi işçiye karşı sorumlu olacağını belirtir.

edilir⁸⁷. Bu hallere örnek olarak; birinin fuhuş, kaçakçılık, kalpazanlık ya da vatana hıyanet için işe alınması örnek verilebilir. Ancak, iş ilişkisinin başından beri hükümsüz sayılması için her iki yanın da ahlaka aykırılığı veya cezai sorumluluk yaratan durumu bilmesi gerekir⁸⁸.

İş sözleşmesinin yaş küçüklüğü nedeniyle geçersiz olması hususu konumuz açısından ayrıca önem teşkil etmektedir. Her ne kadar Yargıtay kararlarında ve doktrinde Borçlar Kanunu'na getirilen hükümden önce de iş sözleşmesinin ileri etkili olarak geçersiz olacağı kabul ediliyor idiyse de Yargıtay bazı kararlarında yaş küçüklüğü nedeniyle hükümsüz olan sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz sayılacağına hükmetmiştir⁸⁹. Bu yöndeki kararlar ise doktrinde, çocuğun emeğinin hiçe sayılması ve işçiyi koruma ilkesiyle bağdaşmadığı için haklı olarak eleştirilmektedir⁹⁰.

(b) Sözleşmenin Kısmi Geçersizliği

Yukarıda da belirtildiği üzere, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür (BK. m.27/1). Ancak, söz konusu aykırılıklar sözleşmenin sadece belirli hükümlerini oluşturuyorsa sadece bu hükümler geçersiz sayılacak, sözleşmenin geri kalan kısmı ayakta tutulacaktır. Meğer ki butlan olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı söylensin. Şayet hükümsüz sayılan sözleşmeler olmaksızın iş sözleşmesinin yapılmayacağı açıksa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz sayılır (BK. m.27/2). Bu kural, sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde ayakta tutacak çözümlere üstünlük tanımak gerektiğini belirten “favor contractus” ilkesiyle bağdaşan nitelikte bir kuraldır. Ancak elbette bu kuralın dürüstlük kuralına, işçiyi koruma ilkesine ve iş güvencesi ilkesine uygun olarak kullanılması gerekir. İşçinin korunması için getirilmiş olan hükümlerin, işçinin işini kaybetme sonucunu mümkün olduğunca doğurmamalıdır. Dolayısıyla, iş akdinin kısmi geçersizliğinin söz konusu olduğu durumlarda, boşluğun doldurulmasında, uygulanabilecek yasa ya

⁸⁷ Süzek, s.341; Ekonomi, s. 161; Aktay/ Arıcı/ Senyen/ Kaplan, s.114; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.563; Narmanlioğlu, s.245; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.113

⁸⁸ Tunçomağ, s.98; Aktay/ Arıcı/ Senyen/ Kaplan, s.115

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

⁹⁰ Özkaraca/ Ünal, s.358; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.257

da toplu iş sözleşmesi hükmü yoksa, söz konusu boşluk, işçiyi gözetme borcu ile doldurulur. Örnek olarak, ağır ve tehlikeli bir işte ya da gece çalıştırılması yasak olan bir işçiye daha hafif bir iş ya da gündüz işi verilmelidir⁹¹

(c) Sonuç

Sonuç olarak, bir iş sözleşmesi hukuka aykırı ise öncelikle bu aykırılığın niteliği belirlenmelidir. Eğer sözleşme hükmü, kanunun emredici nitelikteki hükümlerine aykırıysa ve bu aykırılık tüm sözleşmeye intikal ediyorsa, sözleşme ileriye etkili olarak geçersiz sayılacaktır. Şayet, sözleşme aykırı hükümlerin geçersizliğine rağmen ayakta tutulabiliyorsa, ilgili aykırı sözleşme hükmü yerine, kanunda öngörülen emredici hüküm uygulanacaktır. Mesela iş sözleşmesinde, örgün öğretimine devam etmeyen ve sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan on yedi yaşındaki küçüğün günde dokuz saat ve haftada 45 saat çalışması öngörülmüş ise bu sözleşme hükmü nisbi emredici nitelikte olan İş K. m.71/4'e aykırı olduğu için ilgili sözleşme hükmü geçersiz olacak ve yerine İş K. m.71/4 uygulanacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir küçüğün fiilen kanunda izin verilenden daha fazla çalıştırılması onun fazla çalışma ücretine hak kazanmasını engellemeyecektir.

Sözleşme hükmünün kanunun yasaklayıcı hükümlerine aykırı olduğu hallerde ise bir sonuca varmak daha da zordur. Zira emredici hükümlerin aksine, yasaklayıcı hükümlere aykırılık her zaman geçersizlik sonucunu doğurmaz. Bazı yasaklayıcı hükümler için idari veya cezai yaptırımlara ilaveten geçersizlik yaptırımı uygulanırken, bazıları için sadece idari veya cezai yaptırımlar uygulanır⁹². Şayet hükmün anlam ve amacından, aykırı hukuki işlemlerin geçersiz olacağı anlaşılıyorsa

⁹¹ Süzek, Geçersizlik, s. 140,141

⁹² Doğan Yenisey, s.50,51. Yazar, yasaklayıcı hükümlerin sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmadığı hallere örnek olarak, asıl işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeksizin alt işverene verilmesi halini vermiştir. Bu kanuna aykırı bir sözleşme teşkil edecektir ve böyle bir halde alt işveren işçisi, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi kabul edilecektir. Ancak asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin geçersiz sayılmasına gerek yoktur zira kanunun amacı işçiyi korumaktır, asıl işverenle alt işveren arasındaki istisna, taşıma veya işletme kirası niteliği taşıyan sözleşmeyi geçersiz saymak değil. İşçinin korunması amacına da, işçinin başından beri asıl işverenin işçisi sayılmasıyla ulaşılmaktadır. Burada, kanuna aykırı sözleşmenin yaptırımı geçersizlik değil, alt işverenin işyeri tescilinin iptali ve idari para cezası verilmesidir.

ya da hükümde, aykırı işlemlerin geçersiz olacağı açıkça belirtilmişse bu durumda yasaklayıcı hükme aykırı işlemler geçersizdir⁹³.

Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun İdari Ceza Hükümleri başlığını taşıyan sekizinci bölümünde kanununda öngörülen hükümlere aykırılık halinde uygulanacak idari para cezaları öngörülmüştür. Dolayısıyla, geçersizlik yaptırımının yanında idari para cezası yaptırımı da söz konusu olabilir.

⁹³ Süzek, 2017, s.352

BÖLÜM II: ÇOCUĞUN SANAT, KÜLTÜR VE REKLAM FAALİYETLERİNDE ÇALIŞTIRILMASINI ÖNGÖREN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

D) Çocuğun Sanat Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalışmasını Öngören Sözleşmenin Tanımlanması

A) Çocuğun Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılmasının İş Kanunu'nda Düzenlenmiş Olması

Çocuklar, her ne kadar bu konuda insanı rahatsız eden bir husus olsa da hukuken kendi nam ve hesaplarına çalışabilecekleri, yani ekonomik faaliyetlerde bulunabilecekler gibi, bir başkasına bağlı olarak da çalıştırılabilirler. Yine, bir başkasına bağımlı olarak çalıştırılma memurlarda olduğu gibi kamu hukukunun uygulama alanına girebileceği gibi, özel hukuk ilişkisinin bir sonucu da olabilir. Ancak konumuz, çalışmamızın başlığından da açıkça anlaşılacağı üzere İş Kanunu madde 71 uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklardır.

İş Kanunu m. 71'in çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasının düzenlenmiş olması da doğal olarak bu çocukların İş Kanunu kapsamına girdiği ve iş sözleşmesi uyarınca çalıştırıldığı sonucuna varılmasını gerektirecektir. Ancak ileride de detaylıca değinileceği üzere tam ehliyetli bir çocuğun iş sözleşmesi uyarınca çalıştığını ve İş Kanunu kapsamına girdiğini kabul etmek, İş Hukuku'nun temel ilkeleri ve tanımları incelendiğinde o kadar da kolay olmayacaktır.

İş K. madde 1 uyarınca İş Kanunu, aynı kanunun 4. maddesinde sayılan istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır. Gönderme yapılan 4. madde, kanunun kapsamına almadığı işleri sınırlı olarak (numerus clausus) sayar. Öyleyse, 4. madde kapsamına girmeyen ve iş akdine dayalı olarak yapılan

bütün işler İş Kanunu'nun kapsamına girecektir⁹⁴. Sanat, kültür ve reklam faaliyetleri ise, İş Kanunu madde 4'te belirtilen istisnalar arasında yer almadığı gibi, 71. madde de düzenlemiştir. Öyleyse sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuğun uyarınca çalıştırıldığı sözleşme incelenmelidir.

B) İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

Günümüzde ağırlıklı görüş, iş sözleşmesi (iş akdi) ve hizmet sözleşmesi (hizmet akdi) terimlerinin aynı hukuki ilişkiyi ifade ettiği yönündedir⁹⁵. Gerçekten de çeşitli kanunlarda iş sözleşmesi, gerek iş akdi terimiyle gerek hizmet sözleşmesi terimi ile ifade edilmektedir. Örnek vermek gerekirse İş Kanunu “iş sözleşmesi” (m. 8) terimine yer verirken, Borçlar Kanunu “hizmet sözleşmesi” (m. 393 vd.) terimini kullanmıştır. Yine Deniz İş Kanunu'nda “hizmet akdi” (m. 5) terimi kullanılırken, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununda (Basın İş Kanunu) “iş akdi” (m. 4) terimi kullanılmıştır. Her ne kadar çoğunlukta kalan yazarlar iş sözleşmesi ile iş akdinin aynı kurumu ifade eden terimler olduğu yönünde görüş bildirerek bu tartışmanın eskilerde kalmış ve önemini yitirmiş bir tartışma olduğunu belirtse de bazı yazarlar, bu ikisinin özdeş olduğu fikrini benimsememektedir⁹⁶. Biz, esaslı unsurlarının aynı olması nedeniyle ağırlıkta kalan doktrin görüşünü benimseyerek iş sözleşmesi ile hizmet akdinin aynı hukuki kurumu ifade ettiğini düşünüyoruz. Söz konusu sözleşmelere farklı hükümlerin uygulanması ise kanaatimizce bu sözleşmelerin farklı müesseseleri ifade etmesinden dolayı değil, hukuki ilişkinin özelliklerine göre farklı kanunların kapsamına girmelerindendir. Çalışmamızın kapsamına İş Kanunu uyarınca çalıştırılan çocuklar girdiği için çalışmamızda İş Kanunu'nda kullanılan terimi, yani iş sözleşmesi terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

İş sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde, “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana*

⁹⁴ Süzek, s. 220; Ekonomi, s.65; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.50

⁹⁵ Ekonomi, s.75; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.336; Süzek, s. 245; Narmanlıoğlu, s. 164; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.811; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.425

⁹⁶ Çenberci Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s.31

veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. İş Kanunu ise iş sözleşmesini, “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” olarak tanımlamıştır (İş K. m.8/1). Doktrin ve yargı kararları, iş sözleşmesinin varlığının kabulü için üç esaslı unsurun birlikte bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Bunlar, iş görme edimi, ücret ve bağımlılık unsuru olarak sayılabilir⁹⁷. Bu unsurların hepsini birden taşımayan bir sözleşme, taraflar her ne kadar aksi bir adlandırmada bulunsalar da iş sözleşmesi niteliğini haiz olmayacaktır⁹⁸.

Değinmek gerekir ki, bazı yazarlar⁹⁹, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının yanında ayrıca süre unsurunu da iş sözleşmesinin esaslı unsurları arasında sayarken bazıları¹⁰⁰, süre unsurunun bağımsız bir unsur olmadığını, bağımlılık unsurunun saptanmasında yardımcı bir ölçüt olduğunu belirtir. Süre unsuruna, borçlar kanundaki hizmet sözleşmesi tanımında açıkça yer verilmiştir. Bu unsur, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi öngören bir sözleşme olduğunu belirtir. Gerçekten de iş sözleşmesiyle işçi ile işveren arasında sürekli bir ilişki kurulmuş olur ve işveren, işçinin zamana yayılmış sürekli ve ard arda edimi sonucunda ifadan beklediği yarara kavuşur¹⁰¹. Süre unsuru, belirsiz bir süreyi ifade edebileceği gibi belirli bir süreyi de ifade edebilir. Süre unsurunun yani iş akdinin sürekli borç ilişkileri yaratan bir sözleşme olmasının, sözleşmenin sürekli veya süreksiz¹⁰² olmasıyla ilgisi yoktur. İş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması ya da sürekli ya da süreksiz olması bu devamlılık özelliğini etkilemez zira bunlarda da işverenin ve işçinin edimleri devamlılık gösterir¹⁰³. Yine iş görme sözleşmesinde işçi tüm zamanını işverene ayırmak zorunda değildir, iş sözleşmesi tam süreli çalışmayı

⁹⁷ Ercan Güven, Ufuk Aydın, **İş Hukuku**, Eskişehir, 1998, s.33; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.58; Esener, s.127; Ekonomi, s.74

⁹⁸ Narmanlıoğlu, s.165

⁹⁹ Zevkliler/ Gökyayla, s. 427; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.345,346; Sabahattin Yürekli, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Seçkin, Ankara, 2011, s.28,29; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2017, s.536

¹⁰⁰ Süzek, s.235

¹⁰¹ Murat Engin, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**,1993, s. 44; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.346,347; Süzek, s. 245; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 62; Güven/ Aydın, s.35; Yavuz, s.471

¹⁰² Süreksiz iş, niteliği bakımından en çok otuz iş günü süren işe denir (İş K. m.10).

¹⁰³ Süzek, s.245

öngörebileceği gibi kısmi süreli çalışmayı da öngörebilir¹⁰⁴. Önemli olan, bu çalışmanın bir zaman içinde yapılmış olmasıdır.

Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan bir çocuğun iş sözleşmesi uyarınca iş görüp görmediğinin saptanmasında süre unsurunun gözden kaçırılmaması gerekir. Örnek olarak, bir dizi, film ya da tiyatro oyununda (tiyatro oyunları da üzerinde uzun süre çalışılması gereken eserlerdir) oyunculuk yapmak, genelde iş sözleşmesinde gerekli olan süre unsurunu karşılayacak nitelikte bir çalışmaya ihtiyaç duyar. Ancak mesela, sadece bir kereliğine bir fotoğrafçıya modellik yapmak ya da çok kısa bir çekimde rol almak, iş sözleşmesinin varlığı için gerekli olan süre unsurunu kanaatimizce karşılamaz.

İş görenin iş sözleşmesini hür iradesiyle yapması gerekmektedir. Kanuni zorunluluk dolayısıyla yapılan iş görme faaliyeti, iradi olarak yapılmadığı için iş sözleşmesinin konusunu oluşturmaz¹⁰⁵. Zira, özel hukuk alanına tabi olan iş sözleşmesi, kural olarak BK m.1 vd. hükümlerine tabidir.

a) İş Görme Unsuru

İş görme, yani çalışma, gerçek bir kişinin ihtiyaçların giderilmesine yönelik her türlü planlı, fiziki, fikri veya hem fiziki hem fikri emeğine denir¹⁰⁶. Kişinin, söz konusu faaliyeti gerçekleştirirken herhangi bir vasıta (makine vs.) kullanılması işin kişi tarafından yapılma niteliğine zarar vermez¹⁰⁷. Faaliyetin türü ya da yorucu olup olmaması önemli değildir¹⁰⁸. Düşünsel, bedensel, teknik, sanatsal, bilimsel vs. olabilir¹⁰⁹. Dolayısıyla, sanat, kültür ve reklam faaliyetleri alanlarında çalışma, iş sözleşmesinin varlığı için aranan çalışma unsurunun karşılayacaktır.

¹⁰⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.346,347

¹⁰⁵ Narmanlıoğlu, s. 167

¹⁰⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 534

¹⁰⁷ Güven/ Aydın, s.34; Esener, s. 50; Zevkliler/Gökyayla, s.427; Narmanlıoğlu, s. 166

¹⁰⁸ Yavuz, s.471

¹⁰⁹ Eren, Özel Hükümler, s.534; Süzek, s. 236; Narmanlıoğlu, s. 167

İş görme eyleminin varlığı olumlu bir eyleme ihtiyaç duyar. Yani, katlanama ya da hiçbir şey yapmamak iş görme olarak nitelendirilemez¹¹⁰. Örnek olarak, rekabet etmemek ya da sır yaymamak tek başına iş görme olarak tanımlanamaz. Ancak, hiçbir şey yapmama ile eylemsizlik gerektiren iş görme edimi birbirine karıştırılmamalıdır. Bu bağlamda, bir ressama modellik yapmak, her ne kadar hareketsiz durmayı gerektirse de iş görme edimi niteliğini haiz olacaktır¹¹¹. Yine, işverenin emrine hazır bir biçimde bekleme, iş görme olarak nitelendirilir¹¹². Dolayısıyla, süreklilik, bağımlılık, ücret gibi diğer unsurlara sahip olan bir iş sözleşmesinde, işçinin işverenin emrine hazır olarak beklediği zaman dilimleri de çalışma olarak nitelendirilir.

İş görme edimi, kişisel bir edimdir¹¹³. İşçi, iş sözleşmesinin ifasında kendi emeğini ortaya koyar. Bundan dolayıdır ki işçi sıfatıyla sözleşmeye taraf olan tarafın kendi emeğini vaat etmesi gerekmektedir. Sözleşmede bir başkasının emeği vaat ediliyorsa, o sözleşme iş sözleşmesi olarak tanımlanamaz. Örnek olarak bir eğlence yerinde eğlence yeri, bir şef ya da orkestrayı idare eden kişi ile anlaşıyorsa ve bu kişi ile iş şartları hakkında karar kılındıktan sonra eğlence yeri ile anlaşılan kişi sanatkarları temin ediyorsa sanatkarlar ve eğlence yeri arasında iş sözleşmesi bulunmaz. İş sözleşmesi sanatkarlar ile şef ya da orkestrayı idare eden arasındadır¹¹⁴.

İş görme edimi içinde, işin özenli bir şekilde ifa edilmesi borcunu taşır ve bu borç iş görme edimini tamamlayan bir yükümlülüktür. İşçinin işi özenli bir şekilde yerine getirmemesi, ya da işi görmemesi, asli edim yükümlülüğü olan iş görme borcunun ihlali anlamına gelecektir¹¹⁵. Özen borcu, Borçlar Kanunu'nda işçinin borçları ana başlığı altında, bizzat çalışma borcu, teslim ve hesap verme borcu, fazla çalışma borcu, düzenlemelere ve talimata uyma borcu alt başlıklarının yanında yer alan özen ve sadakat borcu alt başlığı altında kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere iş sözleşmesinde işçinin asli edimi, işverenin yararına olarak iş görmektedir. Söz konusu bu yükümlülüğün varlığı, iş sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için

¹¹⁰ Zevkliler/Gökyayla, s.427; Güven/ Aydın, s. 34

¹¹¹ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.813

¹¹² Akyiğit, s. 229; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.812; Güven/ Aydın, s. 34

¹¹³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s.35

¹¹⁴ Saymen, s.392

¹¹⁵ Süzek, s. 354

zorunludur ve bu asli edim, sadakat borcu, özen borcu, işverenin düzenleme ve talimatlarına uyma borcu gibi Borçlar Kanunu'nda da açıkça kaleme alınmış olan ve zaten dürüstlük kuralının da gereklilikleri olan bir takım yan edimleri de kapsamaktadır.

Ancak söz konusu on dört yaşının altındaki çocukların çalıştırılması olduğu zaman, iş görme yükümlülüğünün varlığından bahsetmek pek de mümkün değildir. Yaş küçüklüğü nedeniyle temyiz kudreti olmayan ve dolayısıyla tam ehliyetsiz olan çocukların iş görme yükümlülüğünün varlığı birkaç sorunla karşılaşmaktadır.

İlk olarak iş görmenin tam ehliyetsiz bir birey tarafından yapılıp yapılamayacağı sorunu karşımıza çıkar. Bilindiği üzere, hukuk düzenimiz, tam ehliyetsizin iradesine sonuç bağlamaz zira temyiz kudreti olmayan bir bireyin iradesinin sağlıklı olduğunu ya da iradesinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu durumda tam ehliyetsizin herhangi bir iradesi olmadan gerçekleştirdiği fiillerle iş görme edimini ifa ettiğini söylemek ne derece doğru olacaktır? İş görme edimini ifa etmek için irade gerekli midir yoksa irade olmadan yerine getirilen fiillerle de iş görme edimi yerine getirilebilir mi?

Bu sorunun cevaplamak için ifanın hukuki niteliğini incelemek gereklidir. Doktrinde bu konuda genel olarak üç görüş mevcuttur: genel sözleşme görüşü, maddi fiil görüşü ve sınırlı sözleşme görüşü¹¹⁶. Genel sözleşme görüşü uyarınca ifanın ilk ayağı, borçlunun edinimin ifasını önermesi alacaklının da bu öneriyi kabul etmesi, yani sözleşme ayağıdır. Tarafların iradelerinin ifa sebebi üzerinde birbirine uygun olması gerekmektedir yani ifanın yerine getirilirken borçlu da alacaklı da bunun ifa olduğu konusunda anlaşmalıdır. İfanın ikici ayağıysa edimin fiili olarak yerine getirilmesidir. Yani, bu görüşe göre ifanın iki unsuru vardır: edimin yerine getirilmesi fiili ve akdi unsur, yani hukuki işlem. İfa, bu iki unsurun bir arada bulunması halinde sonuç doğurur. Yine, bu görüşe göre ifa hukuki işlemi içinde

¹¹⁶ Bu konuda bilgi için bkz: Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017 s.934-940; Oğuzman/Öz, s.256, 257

barındırdığı için tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Sonuç olarak, bu görüşe göre tam ehliyetsiz çocuk, iş görme edimini ifa edemeyecektir¹¹⁷.

Diğer bir görüş ise ifanın maddi bir fiil olduğunu savunur. Buna göre ifa, edimle istenilen sonuca ulaşmayı sağlayan ve borcu sona erdiren maddi fiildir. Edimin hukuki işlem gerektirdiği sözleşmelerde bile, bu husus değişmez. Söz konusu hukuki işlem, edimle istenilen sonucuna ulaşmak için bir araçtır, ifanın bir unsurunu teşkil etmeyecektir. Bu görüşe göre ifa hukuki bir işlem olmadığı için tarafların fiil ehliyetini haiz olması gerekmez. Dolayısıyla, tam ehliyetsiz çocuk iş görme edimini ifa edebilecektir. Ancak hatırlatmak gerekir ki, hukuki işlemleri gerçekleştirebilmek için tarafların fiil ehliyetlerinin varlığı şarttır¹¹⁸.

Nihayet üçüncü görüş, her iki görüşün de harmanlanmasıdır. Buna göre, ifayı maddi fiil ya da sözleşme olarak kesin bir şekilde nitelemek yanlıştır. Edimle istenilen sonuca göre ifanın niteliği belirlenir. Gerçekten de bazı edimleri yerine getirmek sadece maddi bir fiilin varlığını gerektirir. Söz konusu edimle istenilen sonuca ulaşmak için gerçekleştirilen fiillerde borçlunun iradesini aramak fuzulidir. Bazı edimleri yerine getirmek içinse hukuki işlem, bazı hallerde de tasarruf işlemi gerekir. İşte, edimin sadece maddi bir fiili gerektirdiği hallerde tarafların ehliyeti herhangi bir önem taşımayacakken edimin hukuki işlem gerektirdiği hallerde hukuki işlemi yapması gereken tarafa göre tarafların fiil ehliyeti önem arz edecektir. Şayet ifa için tasarruf işlemi gerekiyorsa, tasarruf işlemi yapacak tarafın ayrıca tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir¹¹⁹. Hizmet sözleşmelerinde birçok halde edimle istenilen sonuca maddi fiillerle ulaşılır¹²⁰. Dolayısıyla, tam ehliyetsiz çocuk iş görme edimini ifa edebilecektir.

İkinci sorun ise, ayırt etme gücü olmayan bir bireyin özen borcu, sadakat borcu, emir ve talimatlara uyma borcu gibi yukarıda sayılan ve iş görme borcunun yan edimlerini oluşturan borçlardan sorumlu tutulamamasıdır zira söz konusu bu

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, s.256, 257; Eren, s.934-940

¹¹⁸ Eren, s.934-940; Oğuzman/Öz, s.256, 257

¹¹⁹ Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2017, s. 294; Reisoğlu, s.291; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.392; Oğuzman/Öz, s.256, 257; Eren, s.924-940

¹²⁰ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.395; Eren, s.936

bireyler bu borçların mahiyetini anlamaktan acizdirler. Örnek olarak, iş gördüğünün bile bilincinde olmayan üç yaşındaki bir çocuktan işini özenle yapması ya da işverenin ticari sırlarını saklaması beklenemez. Kaldı ki, temyiz kudreti olmayan bir çocuktan iş görme edimini yerine getirme yükümlülüğü altında olduğunun bilincinde olması da beklenemez. Dolayısıyla tam ehliyetsiz çocuğun kişisel bir edim niteliğinde olan iş görme edimiyle yükümlü olması mümkün değildir. Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısında da bu çıkarımı destekler bir biçimde isabetli olarak çocuğun hiçbir surette çalışmaya zorlanamayacağına hükmedilmiştir (SKRYT m.12/1). İş sözleşmesinin varlığı için iş görme yükümlülüğünün varlığı şartken tam ehliyetsiz çocuğun böyle bir yükümlülüğünün olmaması ise, yasal temsilcinin tam ehliyetsizin sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasına dair akdettiği sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olmadığına dair ilk argümanı oluşturabilir.

b) Ücret Unsuru

İş sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İşçinin borcu iş görmekken işverenin borcu, işçinin çalışmaları karşılığı işçiye ücret ödemektir¹²¹. Genel anlamda ücret, bir iş karşılığında işveren ya da bir üçüncü kişi tarafından sağlanan ve para ile ödenen meblağdır (İş K. m.32/1). Her ne kadar teknik olarak ücret kavramı, çalışma karşılığı edimi ifade etse de genelde işçinin tek geçim kaynağını oluşturması nedeniyle sosyalleşerek genişlemiştir. Kanun koyucu işçinin çalışmadığı hafta tatili, yıllık izin gibi bazı hallerde de işçiye ücret ödenmesini öngörmüştür¹²². Doktrinde bu tür ödemeler için “sosyal ücret” kavramı kullanılırken, “dar anlamda ücret”¹²³ ya da “çıplak ücret”¹²⁴ kavramları, çalışmanın karşılığını oluşturan ücreti ifade eder. Yine, belirli tazminatların hesaplanmasında ya da işin sona ermesi hallerinde yapılan diğer ödemelerde esas alınan ücrete “geniş anlamda ücret”¹²⁵ denir. Geniş anlamda ücret, temel ücrete ek olarak işçiye sağlanmış olan

¹²¹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.292; Ekonomi, s.74; Narmanlioğlu, s.281

¹²² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.349; Ekonomi, s.130; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.319; Güven/ Aydın, s.55

¹²³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.141; Demir, s. 172; Narmanlioğlu, s.283

¹²⁴ Demir, s.172; Ekonomi, s.130

¹²⁵ Narmanlioğlu, s.283; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.141

para ve parayla ölçülmesi mümkün olan sözleşmeden ya da kanundan doğmuş yan menfaatleri de kapsar¹²⁶.

İş sözleşmesinde, ücret unsurunun varlığının zorunlu olması onun vekalet sözleşmesinden ayıran bir ölçüttür¹²⁷. Zira vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu unsur değildir ancak taraflar dilerlerse ya da teamüller bu yöndeysen ücret öngörülür (BK m.502). Yine, tarafların ücreti sözleşmede açıkça belirtmemiş olması, iş sözleşmesinin yokluğu anlamına gelmez. Söz konusu çalışmanın karşılığında ücret ödenmesi gerekli ve olağan ise, tarafların ücretin varlığını kararlaştırdığı ancak miktarı belirtmediği kabul edilir. Bu durumda ise BK m. 401 uyarınca işçiye, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret ödenir.

İş Kanunu m. 32, ücretin para ile ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu maddeye göre bono ile, kuponla, yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle ya da başka herhangi bir biçimde ücret ödemesi yapılamaz. Yine aynı madde, iş sözleşmelerinin sona ermesinde işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün olan menfaatlerinin tam olarak ödenmesinin zorunlu olduğunu belirtir. Dolayısıyla doktrinde, iş kanunu uyarınca dar anlamda ücretin para ile ödenmesi gerektiği ancak ücretin eki niteliğinde olan ücretin yani geniş anlamda ücretin aynı olarak ödenmesinin mümkün olduğu görüşü mevcuttur¹²⁸.

Taraflar, sözleşme serbestisi gereği ücret üzerinde anlaşma yetkisine sahipse de tamamen özgür değildir. İş Kanunu, İş Kanunun kapsamında olsun ya da olmasın, iş sözleşmesi ile çalışan bütün işçilere asgari ücretten az bir ücret ödenemeyeceğine hükmetmiş (İş K. m.39) ve işçinin ücretini koruyucu muhtelif hükümler öngörölmüştür. Amaç, işçinin gahine uğramasını engelleyerek işçiyi korumaktır¹²⁹.

Asgari ücret Yönetmeliği uyarınca asgari ücret, “*işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi*

¹²⁶ Ekonomi, s.130

¹²⁷ Sözek, s.236

¹²⁸ Güven/ Aydın, s.55; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.153; Demir, s.174; Ekonomi, s.131

¹²⁹ Esener, s.160,161

zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücrettir”(AY m.4/d) ve en az iki yılda bir Asgari cret Tespit komisyonunca belirlenir (İş K. m. 39/1, AY m.7/1). Anayasamız *asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde* bulundurulması gerektiğine hükmetmiştir (AY m.55/3). Söz konusu bu asgari ücretler, temel ücrete ilişkindir, ek ücretler veya sosyal yardımlar dikkate alınmaz¹³⁰.

Hemen belirtmek gerekir ki, 19.04.2014 tarihli 28977 sayılı Resmi Gazete ile Asgari cret Yönetmeliğinde değişiklik yapılmadan önce işçilerin on altı yaşını doldurmuş olup olmadıklarına göre asgari ücret ayrı ayrı belirlenmekteydi. Ancak söz konusu değişiklikle bu ayırım ortadan kalmış oldu. Böylelikle bütün küçük işçiler yetişkin işçilerle aynı asgari ücrete tabi olmuş oldu.

c) Bağımlılık Unsuru

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsurdur. Bu unsur işçinin, işverene kişisel olarak bağımlı olmasını ifade eder. Gerçekten de iş sözleşmesinde işçi, işverenin otoritesi altındadır, onun emir ve talimatlarına uymakla ykmlndr ve işverenin iş organizasyonunda iş grr¹³¹.

İşçinin kişisel bağımlılığının derecesi, işçinin niteliğine ve yapılan işin niteliğine göre deđiřecektir¹³². rnek olarak işverenin ya da işveren vekilinin niteliksiz işçi sıfatını haiz bir fabrika işçisine işin nasıl yapılacağını adım adım göstermesi söz konusu olabileceken, mimar ya da avukat olan işçisine nasıl proje yapacağını ya da dilekçe yazacağını göstermesi beklenemez.

Emir ve talimatlar, sadece işin nasıl yapılacağı hususunu kapsamaz. İşe saat kaçta gelinip gidileceği, iş yerinde uyulması gereken kurallar gibi unsurlar da işverenin işçi üzerindeki otoritesini gösteren unsurlardır. Ancak kabul etmek gerekir

¹³⁰ Ekonomi, s.139; Narmanlıoğlu, s.288

¹³¹ Engin, Murat, “Türk İş Hukukunda Evde alışma”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 5, Sayı:3, 2000, s.271; Esener, s.127; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.354,355; Süzek, s.238,239; Narmanlıoğlu, s.167,168; Eren, zel Hükümler, s.535

¹³² Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.60; Süzek, s.239; Narmanlıoğlu, s.171; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.353

ki, günümüze özgü olan, tele çalışma, internet üzerinden çalışma, eve iş verme, çağrı üzerine çalışma gibi işçinin evden çalışmasına olanak tanıyan ya da esnek çalışma süreleri öngören çalışma şekillerinde, klasik anlamdaki bağımlılık unsuru oldukça zayıflamıştır. Örnek olarak, evden çalışarak işverenin verdiği metinleri çeviren bir çevirmenin işverenin emir ve otoritesi altında olduğunu söylemek pek güçtür zira bu işçinin ne işyerinde uymak olduğu kurallar vardır, ne işi nasıl yapması gerektiği söylenmektedir, ne de çalışmak zorunda olduğu zaman aralığı mevcuttur. Doktrin ve yargı kararları böyle bir halde, yardımcı bir unsur olarak işçinin, işverenin iş organizasyonunda çalışıp çalışmadığının saptanması gerektiği görüşündedir. İş organizasyonu, işverenin işi belirlemesini, çerçevesini çizmesi ve organize etmesi anlamına gelir. İşçi, bu organizasyon içinde işverene bağlı bir şekilde, işveren yararına iş görür. İşveren, işçinin edimini örgütler. Yani, kişisel bağımlılık zayıf da olsa devam etmektedir¹³³.

Bağımlılığı belirleyen tek yardımcı unsur iş organizasyonu değildir. Bunun dışında, işçinin işi yaparken işverene ait olan araç gerek ve hammaddeyi kullanması da bağımlılık unsurunu tespitite yardımcı bir kıstastır. Ancak elbette gelenekler işçinin kendi araç gereçlerini ya da hammaddeyi kullanmasını yönündeyse ya da taraflar bu yönde anlaşmışsa bir iş ilişkisinde, işçinin kendi malzemeleriyle çalışması söz konusu olabilir. Bütün bunlarla birlikte, özellikle klasik anlamda bağımlılık unsurunun zayıf olduğu işlerde, çalışanın işçi mi yoksa bağımsız çalışan mı olduğunu saptarken dikkatli davranılmalıdır. Şayet çalışanın kendi müşterileri varsa, çalışma zamanının tümünü sadece bir işveren için ayırmıyorsa, faaliyetinin kapsamını tek başına belirleyip karar verme özgürlüğü varsa ve işletmesinin ekonomik riskini üstleniyorsa bu kişi işçi değildir¹³⁴. Yine, işçiler edim sonucundan sorumlu tutulmazlar zira, kişisel bağımlılık ilişkisi içinde işverenin yönetim ve denetimine tabidirler. Dolayısıyla, işçinin edim sonucundan sorumlu olduğu hallerde de iş ilişkisinden söz edilemeyecektir¹³⁵.

¹³³ Narmanlıoğlu, s.172; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.359; Engin, Evde Çalışma, s.271; Süzek, s.239-241; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 2016/3E., 2017/4 K., 09.06.2017

¹³⁴ Engin, Evde Çalışma, s. 271,272; Süzek, s. 241; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 2016/3 E., 2017/4 K., 09.06.2017

¹³⁵ Engin, Evde Çalışma, s.272; Aksi yöndeki görüş için bkz: Süzek, s.242

Bağımlılık unsuru, çalışmamız açısından ayrıca önem arz etmektedir zira konumuz kapsamına henüz temyiz kudretini haiz olamayacak kadar küçük çocuklar girmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, talimatlara uyma borcu bağımlılık unsurunun doğal ve zorunlu bir sonucudur. Temyiz kudretini haiz olmayan bir çocuğun ise talimatlara uyma yükümlülüğü altında olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Talimatlara uyma borcunun olmadığı hallerde de bağımlılık unsurunun varlığını kabul etmek ne derece isabetli olacaktır? Kaldı ki iş görme unsurunu açıklarken belirttiğimiz üzere yönetmelik tasarısı uyarınca iş görme yükümlülüğü bile bulunmayan çocuğun gerek talimatlara uyma yükümlülüğünden gerek işverenle bağımlılık ilişkisinin bulunduğundan bahsetmek ne derece mümkündür? Bağımlılığın yasal temsilcisi aracılığıyla gerçekleştiği kabul edilebilir mi?

Kısaca tam ehliyetsiz çocuğun işverenle kişisel bağımlılık ilişkisi içinde olmadığına kabul edilmesi halinde yasal temsilcinin bu çocuğun sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasına dair akdettiği sözleşmenin iş sözleşmesi niteliği şüpheli hale gelecektir.

C) Çocuğun Çalıştırılmasını Öngören Sözleşmelerde Çocuğun Ehliyeti

Ehliyet, Türk Hukukunda hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Hak ehliyeti, yani bir diğer adıyla hukuksal kişilik, kişinin haklara ya da borçlara sahip olma yetisini ifade eder¹³⁶. Medeni Kanun uyarınca, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” (MK. m.28/1). Tamamıyla doğma, bedenin anadan tam anlamıyla ayrılmasını ifade eder. Ancak kordonun kesilip kesilmemesi, tamamıyla doğmuş sayılmada herhangi bir önem ifade etmez¹³⁷. Dolayısıyla, ana bedeninden bütün uzuvlarıyla ayrılan çocuk ayrılma tamamlandığında sağ ise, kişiliği başlamış olur. Bununla birlikte hak ehliyeti, geriye

¹³⁶ Aydın Zevkliler, Beşir Acarbey, Emre Gökyayla , **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.230; Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.4; Reisoğlu, s.54; Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk Genel Prensipler -Kişinin Hukuku**, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984, s.188; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s.25; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 2011, s.381; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.110; Serap Helvacı, Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk- Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s. 65

¹³⁷ Köprülü, s.234; Özsunay, s.13

dönük olarak, ana rahmine düştüğü andan itibaren başlamış sayılacaktır (MK m. 28/2).

İstisnasız her insan yani her kişi hak ehliyetini haizdir ve hukuk düzeni sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada diğer insanlarla eşittir (MK m.8). Hükümde kullanılan “hukuk düzeninin sınırları içinde” ifadesi bazı durumlarda hak ehliyetinin hukuk düzeni tarafından kısıtlanabileceğini belirtir¹³⁸. Hukukumuzda bu kısıtlamalar yaş, cinsiyet, uyrukluk gibi bazı özellikler temel alınarak yapılmıştır. Kadınların evlenirken kocasının soyadını almak zorunda olmaları¹³⁹, evlenme yaşı, ya da yabancıların taşınmaz mülk edinmesindeki kısıtlamalar bunlara örnek olarak gösterilebilir. Yine, daha önce de belirtildiği üzere asgari çalışma yaşını hak ehliyeti kısıtlanması olarak kabul eden görüşler de mevcuttur.

Fiil ehliyeti ya da bir diğer adıyla hukuki işlem ehliyeti, kişinin herhangi bir yasal temsilcinin aracılığına gerek duymaksızın doğrudan doğruya kendi iradesi ve eylemleriyle kendisi için hukuksal sonuçlar doğurma yeteneğidir¹⁴⁰. Medeni Hukukta fiil ehliyeti, hem hukuka uygun fillerde bulunabilme ehliyetini hem de hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyetini kapsar¹⁴¹¹⁴². Her insanın hak ehliyeti vardır ancak aynı fiil ehliyeti için söylenemez. Fiil ehliyetine sahip olmak için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması, ergin olması ve kısıtlı olmaması gerekmektedir (MK m.10, m.14). Bu sayılan üç unsurdan birinin eksik olması halinde kişinin eksik olan unsura göre tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetli olması söz konusu olacaktır. Bu üç unsurun tam olduğu hallerde ise kişi tam ehliyetlidir. Kendi eylemleriyle hak kazanabilir ya da borç altına girebilir.

¹³⁸ Özkaraca/Ünal, s. 376

¹³⁹ Bu konunun haklı eleştirisi için bkz. Serozan, Medeni Hukuk, s.385

¹⁴⁰ Refik Korkusuz, Halit Korkusuz, **Hukuk Başlangıcı**, İstanbul, Beta Basım, 2016, s.110; Serozan, Medeni Hukuk, s.391; Köprülü, s.199; Reisoğlu, s.54; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.298; Serozan, Çocuk Hukuku, s.92; Hatemi, s.14; Özsunay, s.30; Helvacı/Erlüle, s.67; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s.239; Nomer, s.69

¹⁴¹ Helvacı/Erlüle, s.68; Feyzioğlu, s.298; Reisoğlu, s.54; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.111; Özsunay, s.31

¹⁴² Bununla birlikte kişiye kusur isnad edilip sorumlu tutulabilmesi için kişinin temyiz kudretini haiz olması için yeterlidir. Hatemi, s.26

Kişinin fiil ehliyetinin incelenmesi, çalışmamız için ayrı bir önem arz etmektedir zira kişi ancak tam ehliyetliyse kendi başına hukuki işlemde bulunabilir yani iş sözleşmesi akdedebilir. Sanat kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklar düşünsel olgunluklarına göre ya sınırlı ehliyetsiz ya da tam ehliyetsiz olacaklardır. Bu da bu kişilerin nasıl iş sözleşmesi akdedebileceklerini ya da akdedip akdedemeyecekleri sorularını akla getirir.

Sınırlı ehliyetsizlik ve tam ehliyetsizlik hallerini incelemeden önce, sınırlı ehliyete konumuzu ilgilendirmediğinden sadece kısaca değinmekle yetineceğiz. Doktrindeki ismiyle sınırlı ehliyetliler, MK m. 429'da belirtilen önemli hukuki işlemlerde görüşü alınmak üzerine kendilerine yasal danışman atanmış ergin ve temyiz kudretini haiz kişilerdir¹⁴³. Zira söz konusu madde uyarınca, kişinin kısıtlanması için yeterli sebep bulunmayan ancak korunması için fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerektiği hallerde durumunun gerekliliklerine göre kişiye ya oy danışmanı ya da yönetim danışmanı atanacaktır. Kişinin her ikisine de ihtiyaç duyduğu hallerde bir danışmana hem yönetim danışmanı hem de oy danışmanı yetkileri verilebilir¹⁴⁴.

Oy danışmanı söz konusu maddede sayılan işlerde¹⁴⁵ görüşü alınmak üzere atanır. Oy danışmanının temsil yetkisi yoktur, sınırlandırılan kişiyi temsilen işlem yapamaz, sınırlandırılan kişinin yaptığı işleme katılamaz. Sınırlanan kişi ise sınırlandırıldığı konularda ancak oy danışmanın oluru varsa işlem yapabilir, aksi halde söz konusu işlem askıda kalacaktır¹⁴⁶.

¹⁴³ Reisoglu, s.57; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.107,108; Kanunda aile konutu üzerindeki bazı tasarruf işlemlerini gerçekleştirebilmek için gerçekleştirmek için eşin olurunun gerektiğini belirterek evli kişilerin de sınırlı ehliyetli sayılacağı yönündeki görüş için bkz: Korkusuz/ Korkusuz, s.113; Evli kişileri için bir ehliyet sınırlaması değil de yasak işlem öngörüldüğü yönündeki görüş için bkz: Hatemi, s.21

¹⁴⁴ Nevzat Koç, "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt 7 Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, 2005, s. 107; Yargıtay 2. HD. 1994/2054 E., 1994/2859 K., 23.03.1994

¹⁴⁵ Dava açma ve sulh olma, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, bağışlama, kambiyo taahhüdü altına girme, kefil olma

¹⁴⁶ Yargıtay 2. HD. 1994/2054 E., 1994/2859 K., 23.03.1994

Yönetim danışmanı atanan durumlarda ise kişinin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılmıştır. Mallarının yönetimi ile ilgili işlemleri danışmanı işleme katılmadan yapamaz. Danışman söz konusu bu işlemler için temsil edilenin yasal temsilcisi konumundadır. Dolayısıyla sınırlananı temsilen tek başına işlem yapabilir¹⁴⁷.

1.) Sınırlı Ehliyetsizin Çalışmasını Öngören Sözleşmelerde

Daha önce de belirtildiği üzere, kişinin kendi işlemleriyle hukuki sonuç doğurabilmesi için tam ehliyetli olması gerekmektedir. Tam ehliyetli olması içinse, ayırt etmem gücünü haiz olması, ergin olması ve kısıtlanmış olmaması gerekmektedir. Kişinin ayırt etme gücünü haiz olduğu ancak ergin olmadığı ya da kısıtlı olduğu hallerde sınırlı ehliyetsiz olduğundan bahsedilecektir.

Kısıtlanma, temyiz kudretini haiz olan ergin kişilerin, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (MK. m.405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, malvarlığını kötü yönetmesi (MK m.406), bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmesi (MK. m.407) nedenlerinden dolayı ya da kendi istekleri üzerine yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık nedenleri dolayısıyla (MK. m.408) kendilerine vasi atanması durumunu ifade eder. Konumuzu çocuklar teşkil ettiği ve kısıtlanma ergin bireyler için söz konusu olabildiği için kısıtlanma haline değinmeyeceğiz.

Kural olarak, erginlik kişinin on sekiz yaşını doldurmasını ifade eder. Ancak, on sekiz yaşını doldurmamış kişi evlenme ya da hâkim kararıyla ergin kılınabilir. Yani, henüz on sekiz yaşını doldurmamış ve evlenmemiş veya hakim kararıyla ergin kılınmamış çocuklar sınırlı ehliyetsizdirler.

Hemen belirtmek gerekir ki, vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında sınırlı ehliyetsizlere, küçük ya da kısıtlı olduklarına bakılmaksızın aynı temsil hükümleri uygulanmalıdır (MK m.342/3). Sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcileri,

¹⁴⁷ Koç, s.109; Reisoğlu, s.57

küçüklerde velileri yani ebeveynleri (MK m.335, m.336, m.342), kısıtlılarda ise vasilerdir (MK m.413, m.448)¹⁴⁸. Yasal temsilciler, kural olarak bu kişiler adına hukuki işlemlerde bulunabilir (MK m.343, m.448, m.462), ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları¹⁴⁹ ya da MK m.449’da belirtilmiş olan yasak işlemleri¹⁵⁰ bu kişiler adına gerçekleştiremezler. Kanununda yasal temsilcinin, görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğini haiz küçükler adına önemli hukuki işlemleri yaparken bunların görüşlerini alma yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir (MK m.450/1, m.339/3). Ancak yasal temsilcinin bunların görüşünü almadan yaptığı işlemler yine de geçerli olacaktır¹⁵¹.

Sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleriyle borç altına giremezler (MK m.16). Rıza, işlemin yapılmasından önce işleme izin vermeyi ya da işlemin yapılmasından sonra işlemi onaylamayı ifade eder. Kanunda aksi belirtilmedikçe, söz konusu bu rıza, açıkça verilebileceği gibi örtülü olarak da verilebilir (MK. m.451, m.342/3). Hükümde kullanılan borç altına girme ifadesi, MK m.451’de vesayet altındaki kişilerin vasinin rızasıyla yükümlülük altına girebileceği ya da bir haktan vazgeçebileceği belirtilmesi de dikkate de alınarak geniş yorumlanmalı ve bunların, yasal temsilcilerin rızası olmadan kendileri için sakıncalı işlemleri yapamayacakları kabul edilmelidir. Bu işlemlere örnek olarak hak kaybına yol açabilecek nitelikteki tasarruf, feragat, makbuz verme işlemleri, külfet altına sokabilecek bildirimlere ve yenilik doğurucu bildirimlere muhatap olma verilebilir¹⁵².

Yasal temsilcilerin rızası olmadan kendileri için sakıncalı işlem yapamayan sınırlı ehliyetsizler, karşılıksız kazanma işlemlerinde ya da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmada yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymazlar (MK m.16). Karşılıksız kazanma ifadesi de geniş yorumlanmalı ve kendileri için sakıncasız veya yararlı işlemler olarak anlaşılmalıdır. Bu bağlamda icaplara, feragatlere muhatap olmada, her türlü hakkı edinmede, bir edimi almada, bir alacağı tahsilde, ihtar

¹⁴⁸ Serozan, Medeni Hukuk, s.395

¹⁴⁹ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2016, s.325; Reisoğlu, s.62; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.117; Nomer, s.72

¹⁵⁰ Kefil olmak, vakıf kurmak, önemli bağışlarda bulunmak

¹⁵¹ Tufan Ögüz, “Çocuk Ve Genç İşçiler İle Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, s.9 İstanbul 2008, s.25; Nomer, s.72

¹⁵² Serozan, Medeni Hukuk, s.399,400

çekmede, ayıbı ihbar etmede, verdikleri öduncü ve ariyeti geri sağlayıcı bildirimlerde bulunmada yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymazlar¹⁵³.

Yine, MK 16 uyarınca, sınırlı ehliyetsizler haksız fillerinden sorumlu olacaklardır.

Görüldüğü üzere, sınırlı ehliyetsizler kendilerine külfet yükleyen hukuki işlemleri yapabilmek için yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duyarlar. Aksi taktirde işlem önce askıda hükümsüz sayılacak, yasal temsilci işleme onay vermediğini beyan eder ya da karşı tarafın veya hâkimin belirlediği sürede askıda olan bu işlemi onaylamazsa, işlem hükümsüz sayılacaktır (MK m.451/2).

Çalışmamızın konusu gereği bizi iş sözleşmeleri ilgilendirmektedir. İş sözleşmeleri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden oldukları için, sınırlı ehliyetsiz olan küçüklerin bu sözleşmeyi akdedebilmeleri yasal temsilcilerinin rızasının varlığına bağlıdır. Ancak sınırlı ehliyetsiz çocuğun bir meslek ya da sanatla bağımsız olarak uğraşmasına izin verilmişse bu çocuk bununla ilgili her türlü olağan işlemi yapmaya yetkilidir (MK. 453). Dolayısıyla böyle bir durumda veli veya vasisinin oluru olmadan da iş mevzuatının öngördüğü koşullar altında iş sözleşmesi akdedebilir¹⁵⁴. Aynı sonuç, ana babasının izniyle ailenin dışında yaşayan küçük için de geçerlidir zira küçüğün ev dışına çıkmasına izin verilmesi bu yaşamın gerektirdiği sözleşmelerin yapılmasına izin verilmesi anlamını taşır¹⁵⁵.

Bununla birlikte Çocuk ve Genç işçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, sözleşmenin “*çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisi ile yazılı*” yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Doktrinde bir görüş söz konusu hükmü işverenin doğruca küçüğün taraf olduğu bir iş sözleşmesi yapamayacağı şeklinde yorumlarken¹⁵⁶ bir görüş ise kendisi iş sözleşmesi yapabilen çocuk ve gençlerin durumunun göz ardı edildiği, bu çocukların veli ya da vasinin oluruna ihtiyaç duymadıkları için söz konusu çocuklarla yapılan sözleşmelerde şekil şartı aranmadığı

¹⁵³ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.117; Serozan, Medeni Hukuk, s.400; Özsunay, s.61

¹⁵⁴ Bakırcı, s.159

¹⁵⁵ Bakırcı, s.159

¹⁵⁶ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.492; Gümrükçüoğlu, s.525

ancak bu çocuklara İş K. m. 8/3 uyarınca yazılı belge verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir¹⁵⁷. Fransa'da ise, on üç yaşından büyük çocukların çalıştırılabilmesi için ayrıca bunların yazılı onaylarına ihtiyaç vardır. Elbette bu çocuklar ancak mevzuat tarafından izin verilen işlerde çalıştırılabilirler¹⁵⁸.

Yasal temsilciler, sınırlı ehliyetsizler adına, onların katılımı olmadan, onları temsilen kanundaki sınırlamalara uymak kaydıyla geçerli bir şekilde iş sözleşmesi akdedebilirler¹⁵⁹. Doktrinde, sınırlı ehliyetsizin bu sözleşmeyi hemen feshedebileceğini ve katılımının olmamasının dürüstlük kuralı (MK m.2) uyarınca haklı sebep teşkil edeceği belirtilmektedir. Zira, iş görme ediminin şahsi nitelik taşımaktadır ve aksinin kabulü sınırlı ehliyetsizi rızası dışında çalıştırma anlamına gelir¹⁶⁰.

İş sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi oluşturduğu için ve iş hukuku işçiyi korumayı amaçladığı için, ani edimli sözleşmelere uygulanan ilkeler bütünüyle iş ilişkilerine uygulanamaz. Dolayısıyla belirtmeliyiz ki, yasal temsilcinin henüz sözleşmeye onay vermediği yani sözleşmenin askıda olduğu bir iş sözleşmesinde küçüğün ifaya başladığı durumlarda, küçük, işçi sıfatını haiz olacak, buna bağlı haklardan yararlanacak ve iş sözleşmesi, yasal temsilcinin onay vermediği durumlarda, ani edimli sözleşmelerin aksine, ileriye etkili bir biçimde hükümsüz sayılacaktır. Küçüğün henüz işe başlamadığı durumlarda ise iş sözleşmesi baştan beri hükümsüz sayılacaktır¹⁶¹. Bu ikinci halde MK m. 452 uyarınca, taraflar ifa ettikleri edimleri geri isteyebileceklerdir. Ancak yine aynı madde uyarınca, sınırlı ehliyetsizler sadece kendi menfaatine harcanan ya da geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarını ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkardıkları miktarı geri vermekle yükümlüdürler. Şayet, bunlar fiil ehliyetine sahip oldukları hususunda karşı tarafı yanıltmış iseler, karşı tarafın uğradığı zarardan sorumlu olurlar.

¹⁵⁷ Bakırcı, s.160

¹⁵⁸ Cocquempot-Caulier, s.16

¹⁵⁹ Yasal temsilcinin küçük adına yaptığı iş sözleşmesinin geçerli olmasının küçüğün çıkarlarını zarara uğratmayan bir sözleşme olmasına bağlı bulan ve söz konusu sözleşmenin küçüğün ergin olacağı yaşa kadar geçerli olacağı yönündeki görüş için bkz.: Tunçomağ, s.82; Bu görüşü eleştiren görüş için bkz.: Ögüz, s.25

¹⁶⁰ Ögüz, s.25

¹⁶¹ Ögüz, s.26

Sınırlı ehliyetsiz küçük, yasal temsilcisinin oluruyla çalışmaya başladıktan sonra, edindiği kazançlar üzerinde tasarruf hakkına sahiptir. Yine, söz konusu işle ilgili tüm olağan işlemleri yasal temsilcinin rızasına gerek duymadan gerçekleştirebilir (MK m. 359, m.453, m.455)

2.) Tam Ehliyetsizin Çalışmasını Öngören Sözleşmelerde

Kişinin tam ehliyetsiz olması, kural olarak yaptığı hukuki işlemlerin hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder¹⁶². Medeni Kanunumuz uyarınca ayırt etme gücü bulunmayanların fiilleri kanunda gösterilen istisnalar saklı olmak üzere hukuki sonuç doğurmaz (MK. m.15). Yani, ayırt etme gücü bulunmayanlar tam ehliyetsizdirler.

Ayırt etme gücü, bir diğer adıyla temyiz kudreti, akla uygun bir biçimde davranma yeteneğidir (MK m.13). Akla uygun bir biçimde davranma, kişinin davranışlarının nedenini veya sonucunu doğru olarak kavraması ve buna uygun olarak davranması demektir¹⁶³. Kanunda ayırt etme gücü yoksunluğu nedenleri; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebepler olarak sayılmıştır (MK m.13). Dolayısıyla bir kimsenin tam ehliyetsiz olduğundan bahsedebilmek için, akla uygun bir biçimde davranma yeteneğinin bu sayılan nedenlerden biri ya da benzer bir nedenle kaybetmiş olması gerekmektedir.

Ayırt etme gücü göreceli bir kavramdır. Her olaya özgü olarak irdelenmelidir. Örnek olarak yedi yaşındaki bir çocuk bir kalem satın alma hususunda ayırt etme gücünü haiz olabilecekken, bir taşınmaz satın alma hususunda ayırt etme gücüne sahip değildir. Zira biyolojik olarak küçüklerin bilinçleri ve idraki yavaş yavaş gelişir. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, gelişimi ve yaşı dikkate alınarak her işlem için ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹⁶⁴.

¹⁶² Reisoğlu, s.58; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 515; Özsunay, s.50; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 346

¹⁶³ Köprülü, s.201; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.55; Helvacı/Erlüle, s.69

¹⁶⁴ Korkusuz/ Korkusuz, s.111; Özsunay, s.35; Hatemi, s.23; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.57; Reisoğlu, s.55,56; Helvacı/Erlüle, s.70; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s.252

Bununla birlikte akla gelen bir soru da iş sözleşmesi açısından çocukların temyiz kudretine eriştiğini kabul edebileceğimiz bir yaş karinesinin olup olmayacağıdır. Örnek olarak Alman ve Avusturya Hukuku uyarınca çocukların yedi yaşının altındaki çocuklarda hiçbir surette temyiz kudreti yoktur. Bu sistemler uyarınca kişilerin temyiz kudretine ulaşma yaşı yedidir¹⁶⁵. Hukukumuzda bu şekilde genel bir asgari temyiz yaşı öngörülmemiş olmakla birlikte, hafif işler için asgari yaşı on dört olarak öngörülmesi, söz konusu bu yaş sınırının iş sözleşmeleri için temyiz kudretini haiz olma karinesi olduğunu düşündürebilir. Ancak kanaatimizce Türk Medeni Hukukunda temyiz kudretini haiz olmanın göreceli olduğu ve her durum açısından ayrı ayrı incelenmesi gerektiği kabul edilmişken böyle bir sonuca ulaşmak pek de isabetli olmayacaktır. Kaldı ki, sanat, kültür ve reklam faaliyetleriyle sınırlı olmak üzere bu yaş sınırı kaldırılmıştır. Üstelik, daha önce de belirtildiği üzere on dört yaşındaki çocuklar bütün hafif işlerde değil sadece ilgili yönetmelikte sayılan hafif işlerde çalıştırılabilirler. Hatemi de Kişiler Hukuku'nda temyiz kudretine değinirken Alman Kanunu'nda olduğu gibi yedi yaşını bitirmiş olma ölçütünün değil de her somut olayda ayırt etme gücünün araştırılmasının daha yerinde olduğunu belirtmiştir¹⁶⁶.

Kişi ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olabileceği gibi, geçici olarak da yoksun olabilir. Mesela akli dengesini tamamen kaybetmiş bir kişi sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksunken, çok sarhoş ya da uyuşturucu madde altındaki bir kişi, alkol ya da madde etkisi geçene kadar ayırt etme gücünden yoksun olacaktır. Bazı akıl hastalıkları kişinin sadece kriz anlarında akli dengesini kaybetmesine neden olmaktadır. Bunun dışındaki zamanlarda kişinin ayırt etme gücü mevcuttur¹⁶⁷. Epilepsi hastası bir erginin kriz esnasında hareketlerini kontrol edememesi ve akli melekelerini yitirmesi buna örnek olarak verilebilir.

Ayırt etme gücü olmayan kişiler, yukarıda da belirtildiği üzere fiilleriyle hak ve borç altına giremezler. Bu kişiler davranış ve sonuçlarının mahiyetini anlamadıkları

¹⁶⁵ Köprülü, s.202; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s.251; Özsunay, s.35; Hatemi, s.23. Yazar, BGB'de "ayırt etme gücü" terimi yerine "işlem ehliyetsizliği" ölçütü için "yedi yaşını tamamlamamış olma" ve ya "iradeyi bertaraf eden marazi ve sürekli arza etkisi altında olma" arandığını belirtmiştir.

¹⁶⁶ Hatemi, s.23. Aynı yönde: Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s.251, 252

¹⁶⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s.306; Hatemi, s.22

için kanun koyucu onların fiillerine kural olarak sonuç bağlamamıştır ancak hukuk düzeninin öngördüğü istisnalar saklıdır. Tam ehliyetsizler kural olarak ancak edilgen konumda, herhangi bir işlemde bulunmadan hak ve borç elde edebilirler, mesela mirasçı ve malik olabilirler. Yine, kanunun iradeye değil de maddi eylemlere ve somut durumlara sonuç bağladığı hallerde, mesela dölleme veya eşyayı işleyip başkalaştırma gibi durumlarda bu kişiler hukuki etkiler doğurabilecektir. Yine, bunların sebepsiz zenginleşmeyi ya da haksız olarak elde ettiği zilyetliği iade sorumluluğu da unutulmamalıdır¹⁶⁸.

Tam ehliyetsizler, hukuki işlem yapamayacakları gibi haksız fiillerinden de sorumlu olmayacaklardır. Ancak kanunun kusur aramadığı sorumluluk hallerinde yani kusursuz sorumluluk hallerinde ya da hakkaniyetin gerektirdiği hallerde (BK m.65) tazminattan sorumlu olmaları söz konusu olabilir¹⁶⁹. Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği durumlarda ise kişi ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat etmedikçe verdiği zararlardan sorumlu sayılacaktır (BK. m.59). Örnek olarak, kendi iradesiyle uyuşturucu alan ve uyuşturucu maddenin etkisindeyken bir kimseyi maddi zarara uğratan kişi, bu zararı tazminle yükümlü olacaktır. Ancak kişiye kendi iradesi dışında uyuşturucu madde verildiyse, kişi bu durumu ispat ederek zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulur.

Her ne kadar kanun, ayırt etme gücü bulunmayanların fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağına hükmetmiş olsa da doktrinde bu kişilerin yaptığı işlemlerin hukuki sonucu konusunda görüş ayrılığı mevcuttur. Ağırlıklı görüş, işlemin mutlak butlan niteliğinde olduğunu savunur. Yani, işlemin geçerli olmadığı bütün ilgililerce ileri sürülebilir, hakim butlanı re'sen göz önüne alır, yasal temsilcinin rızası işlemi geçerli hale getirmez ve tam ehliyetsizle işlem yapan kişinin iyi niyeti korunmaz. Bu işlemle ulaşılmak istenen hukuki sonuca ancak işlemin tam ehliyetsizin yasal temsilcisi tarafından tekrar yapılması ile ulaşılabilir, yoksa mutlak butlan olan işlemin tamiri mümkün değildir¹⁷⁰. Ancak, tam ehliyetsiz kişinin gerçekleştirdiği bütün hukuki

¹⁶⁸ Özsunay, s.52; Serozan, Medeni Hukuk, s.395,398

¹⁶⁹ Serozan, Medeni Hukuk, s.395,398; Hatemi, s.26; Özsunay, s.54,55; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 357

¹⁷⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, Tıpkı Ek 3. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.241,242; Serozan, Medeni Hukuk, s.397,398; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul,

işlemlerin mutlak butlan sayılması MK 15'in tam ehliyetsizi koruma amacıyla bağdaşmaz. Bundan dolayıdır ki bu mutlak butlan ilkesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile törpülenir¹⁷¹. Buna örnek olarak tam ehliyetsizlik iddiasının işlem ifa edildikten çok sonra bir tarihte ileri sürülmesi verilebilir¹⁷². İşlemin karşı tarafını hakkın kötüye kullanılmasından koruma sadece tam ehliyetsizin lehine olmayacaktır. Yargıtay, temyiz kudretine sahip olmayan kimsenin, temyiz kudretine sahip olsa idi aynı şekilde hareket edeceği söylenebiliyorsa bu kişinin ehliyetsizliğini ileri süremeyeceğine hükmetmektedir¹⁷³. Bunun dışında hatırlatmak gerekir ki, sosyal menfaatler gereğince¹⁷⁴ evlilik ve ölüme bağlı işlemlerde butlan yerine iptal edilebilirlik öngörülmüştür (MK m.156, m.557)¹⁷⁵.

Azınlıkta kalan görüş ise kanun koyucunun MK. 15'de teknik bir dil kullanmadığını, mutlak butlan terimine yer vermediğini ve genel bir ilke koymakla yetindiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre kanun koyucunun amacı, tam ehliyetsiz kişilerin işlemlerini her halükârda mutlak butlana hükmetmekten çok, tam ehliyetsizin çıkarlarını korumak için her somut olayın ayrı ayrı yorumlanmasıdır. Buna göre şayet işlem tam ehliyetsizin yararına ya da hukuki işlemin geçerli olmadığı ileri sürülmesi tam ehliyetsizin menfaatini çiğneyecekse bu işlemin iptalini haklı gösterecek bir sebep yoktur¹⁷⁶.

Fiilleriyle kural olarak kendisi adına yeni bir hukuki durum yaratamayan tam ehliyetsizi onun yasal temsilcisi temsil eder ve onun adına hukuki işlemlerde bulunur. Ancak elbette tıpkı sınırlı ehliyetsizde olduğu gibi burada da yasal temsilcinin yapamayacağı işlemler mevcuttur. Örnek olarak, yasal temsilciler, tam ehliyetsizler adına mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanamazlar. Yani, söz konusu bu haklar ne tam ehliyetsizin kendisi tarafından ne de yasal temsilcileri tarafından kullanılabilir. Bundan dolayıdır ki doktrinde tam ehliyetsizlerin bu

Nurgök Matbaası, 1963, s.192; Reisoğlu, s.146; Erzan Erzurumluoğlu, **Borçların Genel Kuralları**, Ankara, Kalite Matbaası, 1978, s.14; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.516; Hatemi, s.27; Özsunay, s.51; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 348 vd.

¹⁷¹ Hatemi, s.28; Özsunay, s.53; Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 355

¹⁷² Zevkliler/ Acarbey/ Gökyayla, s. 355, 356; Akipek/ Akıntürk, s.307

¹⁷³ Yargıtay 19. HD. 2013/16226 E. 2014/12206 K., 02.07.2014

¹⁷⁴ Velidedeoğlu, s.192

¹⁷⁵ Serozan, Medeni Hukuk, s.399; Hatemi, s.27

¹⁷⁶ Özsunay, s.53; Akipek/Akıntürk, s. 308,309

haklar konusunda adeta hak ehliyetine sahip olmadığı belirtilir¹⁷⁷. Ancak bu konu çalışmamızın kapsamı dışında olduğu için detaya girmeyeceğiz. Yine, yasal temsilciler tam ehliyetsizler adına MK m.449'da belirtilmiş olan yasak işlemleri yapamazlar. Serozan, yasal temsilcilerin yapamayacakları yasak işlemlerin bu derece kısıtlı sayılmasını eleştirmekte ve bu yasaklara aykırılıkların butlan yaptırımına tabi tutulmalarını tutarsız bulmaktadır. Zira, tam ehliyetsiz adına kefil olamayan, vakıf kuramayan, önemli bağışlarda bulunamayan yasal temsilci, örnek olarak, küçük çocuğu ömür boyu borç altına sokabilecek, onu yıkıma götürebilecek kredi sözleşmeleri yapabilecek, mirastan feragat edebilecek ya da mirası kabul edebilecek ve konumumuz açısından oldukça önemli olarak, tam ehliyetsiz adına hizmet sözleşmesi akdedebilecektir¹⁷⁸.

Gerçekten de kanun koyucu İş K. m. 71'e getirdiği yenilikle, on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabileceklerini öngörmüş, ancak bu çocuklar için herhangi bir asgari yaş sınırı belirlememiştir. Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı'nda ise bu yaş sınırı on iki ay olarak belirlenmiştir. Ancak mesela iki yaşındaki bir çocuğun henüz temyiz kudretine sahip olmadığı aşıkardır. Bu durumda, yasal temsilcisi, tam ehliyetsiz çocuk adına iş sözleşmesini akdedecektir. Oysa doktrinde tam ehliyetsiz adına iş sözleşmesi akdedilip akdedilemeyeceği hususunda görüş ayrılığı mevcuttur. Belirttiğimiz üzere, azınlıkta kalan görüş tam ehliyetsiz adına hizmet sözleşmesinin akdedilmesinin mümkün olduğunu belirtirken, birçok yazar, temsil edilenin işçi taraf olduğu hallerde, yasal temsilcinin ancak ayırt etme gücüne sahip kişiler adına iş sözleşmesi yapabileceğini ileri sürer. Yani, işçinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı hallerde yasal temsilcisi onun adına geçerli bir iş sözleşmesi kuramayacaktır çünkü iş sözleşmesi, niteliği

¹⁷⁷Hatemi, s.10,30; Kılıçoğlu, s.244; Serozan, Medeni Hukuk, s.397; Aksi görüş için bkz. Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, s.366. Yazar, sezgin küçük ve sezgin kısıtlıların kişiye sıkı biçimde bağlı hakları tek başlarına kullanabileceğini belirten hükmün ters anlamından yola çıkarak tam ehliyetsizlerin bu çeşit hakları temsili aracılığıyla kullanabilmesine izin verilmesi gerektiğini ifade eder. Bunda hakkın kullanılmasının tam ehliyetsizi zararlı bir sonuçtan kurtarmasına ya da ona önemli yararlar sağlamasına bakılır.; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.517. Yazar kanuni temsilcinin sadece nişanlanma, evlenme gibi mahiyeti gereği temsil kabul edilemeyecek işlerde münhasıran şahsa bağlı hakları kullanamayacağını belirtir.

¹⁷⁸ Serozan, Medeni Hukuk, s.395,39; Yasal temsilcinin küçükler adına, onların çıkarını haksız zarara uğratmamak ve onların rüşte ereceği yaşa kadar geçerli olmak koşuluyla hizmet sözleşmesi yapabileceği görüşü için bkz: Tunçomağ, s.82; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.831

gereği kişinin bizzat ifa etmesi gereken bir sözleşmedir ve işçinin kişiliği önemlidir¹⁷⁹.

(a) İş İlişkisi ve İş Sözleşmesi Kurulmasına Etkisi

Konumuz gereği iş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarının farkını ortaya koymamız gereklidir zira çocukların çalışmasını öngören sözleşmelerde iş sözleşmesinin geçerliliğinin kabul edilmediği hallerde bazı hakların iş ilişkisi kavramına dayanılarak talep edilmesi söz konusu olabilir.

İş ilişkisi ve iş sözleşmesi, Yargıtay'ın bu konudaki tutumunun aksine farklı kavramlardır. Nitekim İş Kanunu m.2/1, iş ilişkisini, iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçi ve işvereni arasındaki ilişki olarak tanımlamıştır. Yani, İş Kanunu uyarınca iş ilişkisi, iş sözleşmesine bağlı bir kavramdır. İş sözleşmesi ise İş K. m.8'de açıkça belirtildiği gibi işçinin işverene bağımlı olarak iş görmeyi işverenin ise ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir.

Doktrinde iş ilişkisinin hukuki niteliği üzerinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşleri temel olarak katılma kuramı ve akit kuramı olarak ikiye ayırabiliriz. Katılma kuramı uyarınca, iş ilişkisinin varlığı, iş sözleşmesinin varlığından bağımsızdır. İş ilişkisi, işçinin fiilen işe başlaması ve böylelikle işverenin işyeri çerçevesine katılması ile başlar. İş ilişkisinin iş sözleşmesinin varlığından bağımsız olmasından mütevellit, sözleşmenin geçersizliği iş ilişkisinin kurulmasına engel değildir. Yine, katılma kuramı uyarınca iş sözleşmesinin kurulmasıyla işçinin işveren için çalışmaya başlama, işverenin ise işçiyi işe alma yükümlülüğü doğar. Bunların ihlali halinde ise tarafların tazminat borcu söz konusu olur. Ancak salt iş sözleşmesinin akdedilmesiyle iş ilişkisi kurulmadığı için işçinin sadakat ve özen borcu doğmaz ve işçi ücret talep edemez. Akit kuramı uyarınca ise iş ilişkisi, iş sözleşmesinin kurulmasıyla meydana gelmiş sayılır¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Ögüz, s.24; Narmanlıoğlu, s.183, 59. dn.; Süzek, 2017, s.327; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.488; Saymen, s.462; Avcı, s.1407; Aktay/ Arıcı/ Kaplan/ Senyen, s.101; Süzek, Geçersizlik, s.124

¹⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Engin, İşveren, s.52 vd.; Esener, s.142; Narmanlıoğlu, s.242, 243; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.146 vd.

Günümüzde Türk Hukukunda ağırlıkla kabul edilen görüş iş ilişkisinin iş sözleşmesine bağlı bir kavram olduğu ve iş sözleşmesinden bağımsız bir ilişki olarak yorumlanamayacağı yönündedir. Kıdem tazminatı gibi bazı haklar bakımından işe başlama tarihinin esas alınması, iş ilişkisinin iş sözleşmesinden bağımsız bir kavram olduğu anlamına gelmez¹⁸¹. Ancak, iş ilişkisinin iş sözleşmesinin kurulmasıyla başladığı da söylenemez. İş sözleşmesiyle taraflar taahhüt altına girerler, bir borç ilişkisi kurulmuş olur. İş sözleşmesine dayanılarak çalışmanın başlanmasıyla ya da çalışmaya hazır durumda beklemenin başlamasıyla da iş ilişkisi kurulmuş olur. Yani, her iş ilişkisinin temelinde iş sözleşmesi bulunmakla beraber, ki İş Kanunu'ndaki iş ilişkisi tanımı da bunu destekler, her iş sözleşmenin kurulmasıyla iş ilişkisinin başladığı söylenemez¹⁸².

Yargıtay ise, kanaatimizce hukuka aykırı olarak iş sözleşmesinin kurulmasını, iş ilişkisinin kurulmasına bağlamaktadır. Zira Yargıtay kararlarında, taraflar arasında iş sözleşmesinin akdedildiği ancak işçinin fiilen işe başlamadığı hallerde, fiili çalışma olgusu gerçekleşmediğinden iş sözleşmesinin kurulmadığı, tarafların işçi ve işveren sıfatını kazanmadığı ve dolayısıyla davanın iş mahkemelerinde açılmayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁸³. Yargıtay'ın bu kararlarla, iş sözleşmelerinin kurucu unsurlarına bir de fiilen işe başlama şartı getirdiği ileri sürülebilir. Şöyle ki,

¹⁸¹ Engin, İşveren, s.58; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.364;; Reisoğlu, s.10; Aksi görüş için bkz; Demir, Çocuklar, s.564; Karşı görüş için bkz.: Tunçomağ/Centel, s. 47; Yazar, iş sözleşmesinin iş ilişkisini yaratan bir sözleşme olduğunu ancak iş ilişkisinin oluşması için mutlaka bir iş sözleşmesinin varlığının gerekli olmadığını belirtir. Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 147: Yazarlar hukukumuzda kural olarak iş ilişkisinin iş sözleşmesinin yapılmasıyla başlayacağını belirttikten sonra kanunun bazı konularda katılma teorisine uygun düzenlemelere yer verdiğini belirtmiştir.

¹⁸² Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.364; Narmanlıoğlu, s.166 (dipnot 10)

¹⁸³ Yargıtay 22. HD. 2013/25149 E. 2014/34675 K., 08.12.2014, “Esasen davacının davalı işveren işyerinde hiç çalışmadığı mahkemenin de kabulündedir. O halde taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin varlığına rağmen çalışma olgusu gerçekleşmemiş ve fiilen iş ilişkisi kurulmamıştır. İş sözleşmesi kurulmadığından davacının sözleşmenin kalan süresine ait ücret talep etmesi de mümkün değildir. Gerçekten bakiye süreye ait ücret hakkından söz edilebilmesi için iş sözleşmesinin süresi içinde feshedilmiş olması şarttır.”; Yargıtay 9. HD, 2004/28726 E. 2005/19957 K., 30.05.2005, “Taraflar arasında noterde tanzim olunan taahhütname başlıklı sözleşme her ne kadar iş sözleşmesi ile çalışmayı öngörmüş ise de davacının davalıya ait işyerinde fiilen çalışmadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. İş sözleşmesi tanzim edilmiş olsa da işçi fiilen çalışmaya başlamadan iş sözleşmesinin kurulduğundan söz edilemez.5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunun 1.maddesine uyarınca İş Mahkemeleri iş sözleşmesinden ve iş kanunundan doğan uyumsuzluklara tarafların işçi ve işveren olması halinde bakmakla görevlidir. Yukarıda gösterildiği üzere taraflar arasında iş sözleşmesi kurulmadığından işçi alacağı ile ilgili bir dava bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece davanın genel hukuk mahkemesinde görülmek üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.”

bir özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmelerinin kurulması kural olarak BK m.1 vd. hükümlerine tabi olacaktır. Zira bu hükümler genel hükümler niteliğindedir ve sözleşmenin kurulmasını düzenler. MK m.5 uyarınca Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Söz konusu bu hükümlere göre sözleşmenin kurulması için ifa edilmesine başlanması gerekmez. Ancak Yargıtay'ın kararlarında yaptığı gibi iş sözleşmesinin kurulmasını çalışmanın varlığına bağlamak, iradelerin uyuşmasının yanında kurucu bir unsur olarak çalışmanın varlığını da aramak demek olur.

Oysa her ne kadar Yargıtay aksi bir tutum gösterse de, kanaatimizce iş sözleşmesinin kurulması için iş ilişkisinin varlığı gerekmez. İş sözleşmesi, İş K. m. 8'de de açıkça belirtildiği üzere tarafların birbirlerine taahhütte bulunduğu bir sözleşmedir. Tarafların, iş görme, görünen iş karşılığı ücret ödeme ve bağımlılık unsurları üzerine karşılıklı taahhütleri, iş sözleşmesinin kurulması için yeterli olacaktır. Gerek mevzuatta gerek doktrinde, kurucu unsur olarak çalışmanın fiilen başlaması, iş sözleşmesinin kurulması için aranmamaktadır.

D) Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılmasını Öngören Sözleşmenin Nitelendirilmesinin Zorluğu ve İş Kanunu ile Uyumsuzluğu

Söz konusu sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan tam ehliyetsiz çocuklar olduğunda sözleşmenin nitelendirilmesi birçok açıdan zorlaşmaktadır. İlk olarak bu nitelendirme, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırmaktan ileri gelir. Zira tam ehliyetsiz çocuklar bir yana, sanatçıların içinde bulundukları hukuki ilişkinin kendisi öteden beri tartışmalı bir husustur. Sanatçı faaliyetlerinin kendine has nitelikler taşıması, bir hukuki nitelendirme yapmayı güçleştirir. Gerçekten de sanatçıların birçok meslek grubundan farklı çalışma koşullarına tabi olmaları, işverenleriyle bağımlılık ilişkilerinin saptanmasının fabrika ya da büroda çalışan işçilere kıyasla daha zor olması, sanatçıların kendilerinin dahi işçi sıfatını haiz olduklarının bilincinde olmaması, genellikle meslek makbuzu ile çalışmaları ve

gerçekleştirdikleri faaliyetlerin bazen çok kısa sürmesi gibi nedenler bunların tabi olduğu hukuki ilişkiyi saptamayı zorlaştıran nedenler arasındadır¹⁸⁴.

Doktrinde iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyan bir ilişkinin bağımlılık ilişkisini az da olsa barındırması halinde iş ilişkisi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir zira bağımlılık ilişkisinin az ya da çok olması, iş sözleşmesinin niteliğini etkilemez¹⁸⁵. Kaldı ki bir sanatçının sanatını icra ederken bir miktar kendi tarzını, kendi yorumunu ortaya koyması ancak az çok bir serbesti içinde olmasıyla mümkün olabilir. Dolayısıyla bağımlılığın saptanmasında, ölçütlerinden biri olan ve yukarıda da bahsettiğimiz, işletme rizikosunun üstlenilmesi ölçütü kullanılabilir. Böylelikle, müşterinin çok olduğu zaman daha fazla az olduğu zaman daha az ücret alan ancak her hâlükârda ücret alan bir sanatçının, işletmenin rizikosunu üstüne almadığı için iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilebilir. Ancak, örnek olarak, konser veren ve konsere gelenlerden elde ettiği gelirlerden konser giderlerini karşılayacak olan ve konser gelirlerinin yeterli olmaması halinde borçlarını ödeyemeyecek olan sanatçının bağımsız çalışan olduğu kabul edilebilecektir. Yine, kendi müzisyenlerini bulan ve organize eden bir orkestra şefinin bir düğün ya da müzik salonunda düğün ya da gün başına ücret alması ya da sezonluk anlaşma yapması halinde söz konusu orkestra şefinin bağımsız çalışan olduğu ancak orkestrada görev alan ve karşılığında standart ücret alan müzisyenler işçi niteliğini haiz olacaklardır¹⁸⁶.

Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde bağımlı olarak çalıştırılan çocuklara gelince, yukarıda da incelediğimiz üzere, bunların iş ilişkisi içerisinde olduğunu söylemek daha da zordur. Şöyle ki, tam ehliyetsiz olan çocuğun iş görme yükümlülüğünün ve işverenle bir bağımlılık ilişkisinin olmadığını saptadıktan sonra, çocuğun iş sözleşmesi uyarınca çalıştığını söylemek hukuk mantığı içerisinde pek de mümkün değildir. Ancak, on dört yaşından küçük çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabilmelerinin İş Kanunu'nda öngörülmüş olma gerçeği de yadsınamaz bir gerçektir. İş Kanunu uyarınca, 4. maddede sınırlı sayıda sayılan *istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren*

¹⁸⁴ Caniklioğlu/Özkaraca, s.638

¹⁸⁵ Engin, İşveren, s. 68; Burhan Özdemir, "Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri ve Hizmet Borçlanmaları", **Çimento İşveren Dergisi**, Sayı:3, Cilt:13, Mayıs 1999, s.34

¹⁸⁶ Özdemir, s.34

vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır (m. 1/2). Yani, İş Kanunu'nun uygulanabilmesi için işçi, işveren ve işveren vekili sıfatlarını haiz olmak gereklidir¹⁸⁷. Doktrinde, söz konusu bu sıfatların varlığı için iş sözleşmesinin varlığının zorunlu olduğu belirtilir¹⁸⁸ zira İş K. m. 2 uyarınca işçi, iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişidir. Ancak, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan tam ehliyetsiz çocukların, unsurları bulunmadığı için iş sözleşmesi uyarınca çalışmadığı kabul edilirse, İş Kanunu'nda düzenlenmiş bir çalışmanın, İş Kanunu kapsamına girmediği gibi garip bir sonuca ulaşılacaktır.

Bu durum kanaatimizce iki şekilde çözülebilir. İlk çözüm, yukarıda da bahsettiğimiz ve doktrinde de ağırlıkla olarak kabul edilen, iş ilişkisinin ve dolayısıyla işçi ve işveren sıfatlarının iş sözleşmesine dayanması gerektiği görüşünü kabul etmeyip, 2. maddedeki “*iş sözleşmesi*” terimini amaca uygun yorumlayarak iş ilişkisi olarak anlamak ve iş ilişkisinin varlığı için de iş sözleşmesinin varlığı aramayıp işçinin işverenin bilgisi dahilinde işyerine katılması ve orada çalışmasını yeterli bulmaktır¹⁸⁹. Yani, iş ilişkisinde katılma kuramı benimsenecektir. Çünkü buradaki hukuki sorun, tam ehliyetsizin çalışmasını öngören söz konusu sözleşmenin, iş sözleşmesi unsurlarını taşımadığı için, iş sözleşmesi olmamasıdır. Katılma kuramı daha önce de belirtildiği gibi, kişiyi iş ilişkisi içinde kabul etmek için iş sözleşmesinin varlığını şart koşmaz ve çalışan çocuğu iş ilişkisi içinde kabul eder. Böylelikle çocuğun çalışması iş sözleşmesine dayanmasa bile işyerine katılma ve çalışma ile çocuk işçi sıfatını haiz olacak ve İş Kanunu kapsamına girerek, işçiyi koruyan hükümlerden faydalanacaktır. Oysa bu şartlar altında akit kuramının benimsenmesi çocuğun işçi sıfatını haiz olmadığı ve dolayısıyla işçilik haklarından yararlanamayacağı sonucunu doğurur. Çünkü akit kuramı, iş ilişkisinin temelini iş sözleşmesi olarak kabul eder ve işçilik sıfatının ve dolayısıyla buna bağlı hakların varlığı için iş sözleşmesinin varlığını arar. Doktrinde de, Alman Hukukunda genelde kabul edildiği gibi, uygulamada olayların devamlı olarak bu teorilerden sadece birine dayanılarak çözülmesi yerine, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak

¹⁸⁷ Tunçomağ/ Centel, s.33; Yazar, tarafların iş sözleşmesinin hüküm doğurmasıyla işçi ve işveren sıfatını kazanacaklarını belirtmiştir.

¹⁸⁸ Süzek, s. 137; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 26; İhsan Erkul, **Türk İş Hukuku Dersleri 931 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.105

¹⁸⁹ Bu yöndeki görüş için bkz: Tunçomağ/Centel, s.47

yürürlükteki hukuk kuralları ve ilkelerine göre, bu teorilerden olaya uygun olanının seçilmesinin doğru olduğu yönündeki görüş¹⁹⁰ böyle bir yaklaşımı destekleyecektir.

İkinci çözüm ise, her ne kadar iş sözleşmesi unsurlarını taşımasa da İş Kanunu'nda öngörüldüğü için ve ilgili madde de (İş K. m.71/1) sözleşme terimi kullanıldığı için söz konusu sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunun kabul edilmesidir. Böylelikle çocuk, işçi sıfatını haiz olacaktır ve İş Kanunu'nun ve ilgili mevzuatının kendisini koruyan hükümlerinden faydalanabilecektir.

Ancak, tam ehliyetsiz çocuğun çalışmasının iş ilişkisine dayandığı kabul edilse bile bu sefer de yine yukarıda incelediğimiz, yasal temsilcinin tam ehliyetsizi temsilen iş sözleşmesi akdedip akdedemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği üzere, doktrinde kanuni temsilcinin iş görme ediminin kişisel bir borç olması nedeniyle tam ehliyetsiz bir çocuk adına iş sözleşmesi akdedemeyeceği görüşü ağırlıktadır. Böyle bir kabul ise, akdedilen sözleşmenin geçersiz olduğu anlamına gelir. Bu halde, kanaatimizce bu sorun birkaç şekilde çözülebilir; ilk olarak kanun koyucunun doktrindeki ağırlıklı görüş yerine azınlıkta kalan görüşü benimsediği ve yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına iş sözleşmesi yapabileceğini kabul ettiği ve sözleşmenin geçerli olduğu söylenebilir. İş K. m.71 ise, bu görüşün bir yansıması olacaktır.

Eğer yasal temsilcinin tam ehliyetsiz adına iş sözleşmesi yapamayacağı görüşü benimsenirse, bu durum iki şekilde çözülebilir: ilk seçenek kanun koyucunun İş K. m.71 ile bir istisnaya yer vererek yasal temsilcilerin ayırt etme gücü olmayacak kadar küçük işçileri temsilen sanat, kültür ve reklam faaliyetlerini konu alan iş sözleşmesi akdetmelerine cevaz verdiğini kabul etmektir. İkinci seçenek ise bunun bir istisna olmadığı zira edimi ifa ettiğini idrak bile edemeyecek tam ehliyetsizin, işçi tarafından kişisel olarak ifa edilmesi gereken hizmet sözleşmenin tarafını oluşturmasının mümkün olmadığını kabul etmektir. Bu durumda kanunun, İş K. m. 71 ile geçerli bir iş sözleşmesi öngörmediğini ancak tam ehliyetsiz olacak kadar küçük bir çocuğun çalıştığı hallerde ortaya çıkacak olan iş ilişkisini düzenlediği ve

¹⁹⁰ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.147; Karşı görüş için bkz: Engin, İşveren, s. 59. yazar, böyle bir yaklaşımın hukuksal güvenliğe ters düşen bir nitelikte olduğunu belirtir.

bu surette işçiyi korumayı amaçladığı söylenebilir. Geçersiz iş sözleşmesine rağmen çocuğun İş Kanunu'ndaki ve ilgili mevzuatındaki hükümlerden faydalanması da Borçlar Kanunu'nda öngörülen, geçersiz hizmet sözleşmesinin hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir hizmet ilişkisinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kuralıyla (BK m.394/3) sağlanabilir¹⁹¹.

Ancak bütün bu teorik tartışmalar bir yana, İş K. m. 71, tam ehliyetsiz çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabileceklerini öngördüğü ve buna bağlı düzenlemelerde bulunduğu için, yasal temsilcinin akdettiği sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olmadığı kabul edilip akit kuramı benimsense bile kanaatimizce çocuk, işçiyi koruyan hükümlerden yararlandırılmalıdır. Ancak çocuğun bu hükümlerden yararlanma nedeni iş hukukunun sistemi ve mantığı değil, kanunun bu sistem ve mantığı görmezden gelen açık hükmü olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, sınırlı ehliyetli çocukların temyiz kudretleri bulunduğundan ve yasal temsilcilerin bunlar adına hizmet sözleşmesi yapabilmesinden ötürü yukarda belirtilen sorunlar ortaya çıkmayacaktır.

¹⁹¹ Engin, İşveren, s.57; Erkul, s.106

BÖLÜM III: ÇOCUĞUN İŞ KANUNU MADDE 71 KAPSAMINDA SANAT, KÜLTÜR VE REKLAM FAALİYETERİNDE ÇALIŞTIRILMASINI ÖNGÖREN SÖZLEŞMEDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE İŞİN DÜZENLENMESİ

Her ne kadar İş Hukuku sistemi ile uyumsuz olsa da, İş Kanunu tam ehliyetli çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasına açıkça cevaz vermiştir. Bu durumda kanaatimizce bütün uyumsuzluğuna ve iş sözleşmesinin esaslı unsurlarını taşınamamasına rağmen, kanuni temsilcinin tam ehliyetli çalışmasını öngören sözleşme, geçerli bir iş sözleşmesi sayılmalıdır.

Aşağıda, çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasını öngören sözleşmenin tarafları, işverene çocukların korunması amacıyla yüklenen ek yükümlülükler ve çocukların hangi şartlar altında çalıştırılabileceği incelenecektir. Bu incelemeyi yaparken, çalışmamız kapsamını çok aşmamak adına özellikle çocukları koruma amacıyla ayırık hükümler öngören İş Kanunu ve ilgili yönetmelik tasarısında öngörülen hükümler incelenecek, yetişkin işçileri koruyan hükümlere ayrıca değinilmeyecektir. Zira amacımız, söz konusu çocukların ve özellikle tam ehliyetli çocukların tabi olacakları ayırık hali incelemektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki çocuklar bu ayırık hükümlerin yanı sıra, yetişkin işçileri koruyan hükümlerden de faydalanır¹⁹².

I) Sözleşmenin Tarafları

A) İşçi

İşçiyi koruma saikiyle gelişen iş Hukuku'nun korumayı amaçladığı asli süjesi pek tabii işçidir¹⁹³. Bu amaç, konumuz bakımından ayrıca önem arz etmektedir zira küçükler, yetişkinlere kıyasla daha çok korumaya ihtiyaç duymaktadır. İş Kanunu'nda işçi, *bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi* olarak tanımlanmıştır (İş K. m.2). Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere iş sözleşmesi ya

¹⁹² Tunçomağ/ Centel, s. 189

¹⁹³ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.3; Süzek, s. 15; Mollamahmutoğlu/ Astarlı /Baysal, s.334; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.22

da diğer adıyla hizmet sözleşmesi ise daha önce de belirttiğimiz gibi sadece İş Kanunu'na özgü bir kavram değildir. Dolayısıyla, her iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçi (ve konumuz uyarınca çocuk), İş Kanunu uyarınca işçi sayılmaz. İş Kanunu uyarınca işçi niteliğini haiz olmak için, bu kanunun kapsamında giren bir işte, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmak gerekmektedir¹⁹⁴. Yukarıda ise söz konusu bu husus konumuz bakımından incelenmiştir.

Kısaca denilebilir ki, işçi niteliğini haiz olmak için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir: gerçek kişi olmak ve iş sözleşmesine dayanarak çalışmak. İşçinin gerçek kişi olması gerekliliği, yüklendiği işi bizzat ifa etmekle yükümlü olmasından ileri gelir¹⁹⁵. 475 sayılı mülga İş Kanunu'nda işçi, “*bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişi*” olarak tanımlanmaktaydı. Yani eski kanunda, işçinin gerçek kişi olması gerektiği belirtilmemişti. Ancak doktrin işçinin ancak gerek kişi olabileceğini, aksinin kabulünün işçiye düşen edimlerin mahiyeti ve iş sözleşmesinin kişisel karakteri ile bağdaşmayacağını belirtmekteydi¹⁹⁶. 4857 sayılı kanun açıkça işçinin ancak gerçek kişi olabileceğini belirtmiştir.

İş sözleşmesine dayanarak çalışma şartı ise kişinin gerek Borçlar Kanunu gerek İş Kanunu gerekse bir başka kanunun kapsamında iş sözleşmesinde dayanarak çalışmasını ifade eder¹⁹⁷. Zira daha önce de belirtildiği gibi, iş sözleşmesi sadece İş Kanunu kapsamına giren sözleşmeleri ifade etmez. Önemli olan, sözleşmenin esaslı iş sözleşmesi unsurlarını taşımasıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda, söz konusu kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmelerine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet gösteren gerçek kişilerin de işçi sayılacağı belirtilmiştir.

¹⁹⁴ Narmanlıoğlu, s.96

¹⁹⁵ Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, s.63; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s.179

¹⁹⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.179

¹⁹⁷ Hükümde yer alan iş sözleşmesi kavramını amaca uygun yorumlayarak iş ilişkisi olarak anlayıp yorumlamak gerektiği yönündeki görüş için bkz: Tunçomağ/ Centel, s.47

Yine, işçi ile memur ve kamu görevlisi kavramları karıştırılmamalıdır. Anayasa'nın 128. maddesinde memur ve kamu görevlisi; devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kişiler olarak tanımlanmıştır. Mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere bunların atanmaları, görevleri, yetkileri, hakları, yükümlülükleri, aylıkları, ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Görüldüğü üzere, kamu görevlileri statü hukukuna tabiyken¹⁹⁸ işçiler özel hukuk ilişkisine tabidir, iş sözleşmesini kurarken kanuni sınırlar çerçevesinde iş yasalarında öngörülen çalışma koşullarını değiştirme olanağına sahiptirler¹⁹⁹. Hatırlatmak gerekir ki özel hukuk ilişkisine tabii olmak için mutlaka özel kesime ait işyerinde çalışılması gerekilmez, işveren bir kamu kuruluşu da olsa çalışanla yapılan sözleşme iş sözleşmesi ise çalışan kişi işçi sıfatını haizdir²⁰⁰.

Bunun dışında, iş sözleşmesine dayanarak çalışma şartında kullanılan çalışma kelimesine dikkat çekmek isteriz. Bu unsur kanaatimizce, kişinin işçi sıfatını kazanması için iş sözleşmesinin kurulmasının yeterli olmadığını, kişinin işe başlamasının gerekli olduğunu belirtir. Zaten iş ilişkisi, çalışmanın başlamasına bağlıdır²⁰¹. Yargıtay'ın, iş ilişkisinin kurulmadığı hallerde işçi ve işveren niteliğinin kazanılmayacağı yönündeki kararı ise bu düşüncemizi destekler niteliktedir²⁰². Ancak kanaatimizce bunun nedeni, daha önce de belirtildiği gibi iş sözleşmesinin kurulmamış olması değil, işçi ve işveren sıfatının kazanılması için İş K. m.2/1'in çalışma olgusunu aramasıdır.

1.) İşçi Tarafının Yükümlülükleri

Çalışmamız özellikle tam ehliyetsiz çocukları kapsadığından, işçi tarafının yükümlülükleri konusu karışık bir hal almaktadır. Zaten bundan dolayı bu kısmın yan başlığını “işçinin yükümlülükleri” yerine “işçi tarafının yükümlülükleri” olarak belirledik.

¹⁹⁸ Demir, s.44; Süzek, s.146

¹⁹⁹ Süzek, s.146

²⁰⁰ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.70; Süzek, s.144

²⁰¹ Narmanlioğlu, s.166 (dipnot 10); Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s.364

²⁰² Yargıtay 9. HD. 2014/34769 E. 2016/5955 K., 14.03.2016

Söz konusu temyiz kudretini haiz çocuk işçiler ise bunların yükümlülüklerini belirlemede bir zorluk yoktur. Bunların yetişkin işçilerde²⁰³ olduğu gibi işverene karşı sadakat, işi bizzat görme, işi özenle görme ve itaat borcu altında olduklarını söylemekte sakınca yoktur. Meğer ki mevzuatta aksi öngörülmüş olsun. Ancak söz konusu temyiz kudreti olmayan çocuklara geldiğinde temyiz kudreti yoksunluğunun mahiyeti gereği aynı şeyi söylemek pek de mümkün değildir. Bu duruma ilgili başlıklarda da değinmiştik. Peki bu durumda çocuğun yasal temsilcisinin söz konusu bu yükümlülükler altında olduğunu söylemek mümkün olabilir mi? Mesela, yasal temsilcinin, çocuğun işverenin talimatlarını uymasını sağlamakla yükümlü olduğu söylenebilir mi?

Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısında çocuğun yasal temsilci için bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Şöyle ki çocuklar, yanlarında yasal temsilci olmadan çalıştırılmazlar ve yasal temsilci çocuğun her daim görebileceği ve ulaşabileceği şekilde faaliyet alanın hazır olmak zorundadır (m. 12/4). Yani yasal temsilci çocuğun çalıştırıldığı sürelerde çocuğa refakat etmekle yükümlüdür. Çocuğun çalışma izni için gereken belgeler arasında çocuğun çalıştırıldığı sürelerde kendisine refakat edecek olan yasal temsilcinin kimlik bilgilerinin sayılması (m.17/3/ç) ve çocuğun yasal temsilcisinin gözetimi altında evinden alınarak faaliyet alanına getirilmesi ve ardından tekrar eve bırakılması gerektiği (m.15) yönündeki hükümler de bu yükümlülüğün bir yansımasıdır. Bunun dışında tasarı, yasal temsilcinin kaza, yaralanma, istismar gibi olası yaşanabilecek riskli durumlarda acil olay kayıt formu doldurmak ve 3 gün içerisinde bunu bakanlığa bildirmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir (m. 24/1/f).

Her ne kadar yönetmelikte açıkça belirtilmiş olmasa da şahsi kanaatimiz, yasal temsilcinin çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığının koruma ve eğitiminin devamını sağlama yükümlülüğü, yani çocuğu koruma ve gözetme yükümlülüğünün olduğu yönündedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca *taraf devletler, çocuğun*

²⁰³ Cevdet İlhan Günay, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayınlar, Ankara, 2015, s.108

yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler (m.18). Medeni Kanun uyarınca ise çocuğun bakımı ve eğitimi ana babanın temel yükümlülüklerinin başında gelir²⁰⁴, çocuğun on sekiz yaşını dolduruncaya kadar bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana baba tarafından karşılanır (MK m.327/1, 328/1). Yine, çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyen ana baba için ilgili kanunlarda çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Örnek olarak Medeni Kanun'da hakimın çocuğun korunması için gerekli önlemleri alması, çocuğun aileden alınması ya da velayetin kaldırılması gibi önlemlere yer vermiştir (m.346 vd.). Ya da İlköğretim ve Eğitim Kanunu uyarınca çocuğu okula yollamamakta ısrarcı olan veli ya da vasiye idari para cezası verilir (m.56).

Çocuğun iş ilişkisi içinde olması elbette veli ya da vasilerinin yükümlülüklerini bertaraf etmez. Yönetmelik tasarısında da yasal temsilciye; çocukta fiziksel ve ruhsal problemlerin oluşması ya da çocuğun eğitiminde meydana gelebilecek aksaklıklar gibi sebeplerle uzun süreli ilişkilerde bir ay önceden ihbar bildiriminde bulunmak suretiyle sözleşmeyi her zaman feshedebilme (m.12/8), çocuğun ara dinlenme süresini uzatabilme(m.8), süresi bir ayı geçen işlerde tüm masrafları işverence karşılanmak üzere çocuğun psikolojik destek almasını talep etme (m.12/7) imkanlarının verilmesi ve işverenin yasal temsilciye çocuğun çalıştırılacağı faaliyet, karşılaşılabileceği riskler ve alınan önlemler hakkında yazılı bilgi verme zorunluluğunun öngörülmesi (m.23/3) kanaatimizce yasal temsilcinin çocuk işçiyi gözetme yükümlülüğünün bir yansımasıdır. Söz konusu bu yükümlülükler elbette işverenin alması gereken önlemleri işveren yerine alma şeklinde değil ancak çocuğun bedensel ve ruhsal sağlığına ve eğitimine zarar veren ya da zarar verme ihtimali bulunan faaliyetlerde çalışmasına izin vermemek şeklinde yerine getirilecektir. Tasarıda bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen yasal temsilci aleyhine yaptırım öngörülmemiştir ancak söz konusu bu yükümlülüklerin ihlalinin

²⁰⁴ Bakırcı, s.65

ilgili kanunlarda öngörülen yükümlülüklerin ihlalini oluşturması halinde yasal temsilciye ilgili yaptırımların öngörüleceği kuşkusuzdur.

Bir parantez açmak isteriz ki kanaatimizce yönetmelik tasarısında öngörülmüş olan yasal temsilcinin uzun süreli ilişkilerde bir ay önceden ihbar bildiriminde bulunmak suretiyle feshedebilme imkanı (m.12/7), fesih ihbar süresi öngörülmesi sebebiyle hasebiyle kanuna aykırı bir hükümdür. Zira söz konusu bu imkan çocukta fiziksel ve ruhsal problemlerin oluşması ya da çocuğun eğitiminde meydana gelebilecek aksaklıklar gibi sebeplerde öngörülmüştür. Bu tür durumlarda bir aylık bir fesih ihbar süresi öngörmek, çocuğun bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimlerine zarar verecek bir işte bir ay boyunca çalıştırılması anlamına gelir ki²⁰⁵ böyle bir sonucun çocukların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimlerine zarar verecek işlerde çalıştırılmasını yasaklayan İş K. m.71'e aykırı olduğu açıktır. Kaldı ki tasarı hükmünde bahsedilen “uzun süreli iş” söylemiyle ifade edilmek istenin ne olduğu açık değildir, tanımlanması gerekmektedir²⁰⁶.

2.) Çocuğun Ücreti Üzerindeki Tasarruf Hakkı

Kendi emeğini ortaya koyarak ücrete hak kazanan çocuğun bu ücret üzerindeki tasarruf hakkını da incelemekte fayda vardır. Yukarıda da belirtildiği üzere sınırlı ehliyetsiz küçükler kural olarak yasal temsilcilerinin izni ya da onayı olmadan kendi işlemleriyle borç altına giremezler (TMK m.16). Ayırt etme gücünü haiz olmayan çocukların ise yasal temsilcinin izni ya da rızası olsa dahi hukuki işlem yapma yetileri yoktur. Bunların yasal temsilcileri bunlar adına hukuki işlem yapar. Kural olarak çocuğun yasal temsilcileri velayetleri devam ettiği sürece ana ve babasıdır (MK m.335). Bunlar çocuk üzerindeki velayetlerini birlikte kullanırlar (MK m. 336).

Çocuğun mal varlığı, ana ve babasının mal varlığından ayrı ve bağımsızdır ancak çocuğun mal varlığını korumak, yönetmek yetki ve görevi ile bunları kullanma hakkı ana ve babasıdır. Malları yönetmek kavramı, çocuğun malvarlığı içine giren

²⁰⁵ Yaşar Mert, Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı İle İlgili Görüşler, s.12

²⁰⁶ Yaşar, s.12

tüm unsurların korunması, bakımı, onarımı, iyileştirilmesi ve ekonomik amaca uygun bir biçimde işletilmesine yönelik bütün iş ve işlemlerin yapılmasını ifade eder²⁰⁷. Bununla birlikte, kanun koyucu, çocuğun ergin olduğunda mallarını bağımsız olarak yöneteceğini göz önüne alarak onu bu bağımsızlığa hazırlamak ve deneyim kazanmasını sağlamak amacıyla çocuğun serbest malları üzerinde çocuğa serbestçe tasarruf etme yetkisi tanımıştır. Çocuğun serbest malları, ana babanın, yönetim ve kullanma hakkının olmadığı ya da bu haklardan sadece birinin olduğu mallardır²⁰⁸.

Çocuğun serbest mallarının hangileri olduğu ve ana babasının bunlar üzerindeki yetkileri kanunda sayılmış olmakla birlikte (MK m. 357- 359), konumuz açısından bizi ilgilendiren, çocuğun kişisel kazancının serbest mallardan sayılmasıdır. Kişisel kazanç, kişinin iş görme faaliyetleri sonucu elde ettiği, bedeni veya fikri emek ürünü olan edimleri ve bunların yerine geçen değerleri ifade eder²⁰⁹. MK m. 359 uyarınca, *“ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması halinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler”*.

Dolayısıyla, çocuğun sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde işçi olarak çalışması karşılığında kazandığı ücret, kişisel kazancını oluşturacaktır ve çocuk bunlar üzerinde ana babasının onayı olmaksızın tasarrufta bulunabilecektir. Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısında da, Medeni Kanunun çocuğun kişisel kazancının serbest mallardan sayılacağına ilişkin hükmüne uygun olarak, çocuğun ücretinin banka aracılığıyla çocuğun hesap numarasına yatırılacağı öngörülmüştür (SKRYT m.23/2). Ancak hatırlatmak gerekir ki söz konusu yönetmelik, on dört yaşını doldurmamış çocukları kapsamaktadır.

²⁰⁷ Akyüz, s.250

²⁰⁸ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.586; Akyüz, s. 267

²⁰⁹ Hayrunnisa Özdemir, Ahmet Cemal Ruhi, **Çocuk Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.1179

Temyiz kudretini haiz sınırlı ehliyetsiz çocukların kişisel kazançları üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecekleri kanun hükmüne dayanılarak rahatlıkla söylenebilir de kanaatimizce aynısını temyiz kudretini haiz olmayan tam ehliyetsiz çocuklar için söylemek mümkün olmamalıdır. Söz konusu bu kazancın çocuğun malvarlığına girdiğini, ücretin çocuğun banka hesabına yatırılması gerektiğini kabul etmekle birlikte tam ehliyetsiz çocuğun bunlar üzerinde serbestçe tasarruf etmesinin, tam ehliyetsizlik kurumu gereğince mümkün olduğunu düşünmüyoruz zira irade yokluğu nedeniyle, yasal temsilcilerinin oluruyla bile işlem yapamayan, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanamayan ve yukarıda bahsedildiği gibi ancak kanunda açıkça belirtilmiş ya da irade aranmayan hallerde hukuki durumunda değişiklik yapabilen tam ehliyetsizlerin ücretleri üzerinde tam ehliyetsiz gibi tasarrufta bulunmalarının hukuken mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Tam ehliyetsiz çocuğun serbest malları üzerinde tasarruf etme hakkının olmadığını kabul etmekle birlikte, ana babasının bu mallardan yararlanma hakkının olmadığını da kabul etmek gerekir. Zira, ana babanın çocuğun kişisel kazancının üzerindeki yönetim ve yararlanma hakkının kaldırılmasındaki bir amaç da bunların çocuğun zorlu çalışmalarının sonucu olan kişisel kazanımlarından faydalanmalarını engellemek²¹⁰, böylelikle çocuğun sömürülmesinin önüne geçmektir. Dolayısıyla, kanaatimizce, ana baba kendileriyle yaşayan tam ehliyetsiz çocuğun kazanımlarından ancak çocuğun bakımı için uygun bir miktarda yararlanabilmeli (MK m. 359/2), bu yararlanmadan arta kalan miktarı içinse MK m. 357 hükmü kıyas yoluyla uygulanmalı ve çocuk bunlar üzerinde tasarruf edebilecek yaşa gelene dek ana babanın söz konusu bu malları yönetebileceği kabul edilmelidir.

B) İşveren

İş Kanunu'nda işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır (İş K. m.2). Görüldüğü üzere işçinin, işverenin aksine gerçek kişi olma zorunluluğu hatta bir hukuk kişisi olma zorunluluğu yoktur. Adi ortaklıklar gibi bir tüzel kişilik taşımayan ancak işçi çalıştıran kuruluşlar da işveren sıfatını haiz olabileceklerdir.

²¹⁰ Seçer, s.1449

Yine, İş Kanunu uyarınca işveren sıfatını haiz olabilmek için özel hukuk kişisi ya da kurumu olmak ile kamu hukuku kişisi ya da kurumu olmak arasında bir fark yoktur²¹¹. Önemli olan söz konusu iş ilişkisinin özel hukuk ilişkisi olmasıdır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda işveren kavramının İş Kanunu'nda tanımlandığı gibi kabul edilmesi gerektiği ancak bunun yanında söz konusu kanunun uygulanması bakımından işveren vekillerinin de işveren sayılacağı belirtilmiştir (STİŞK m.2/2,3). Deniz İş Kanunu uyarınca ise işveren, gemi sahibi ya da geminin sahibi olmamakla birlikte gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kişidir (DİK m.2/A).

İşveren, iş sözleşmesinin tarafı olarak, işçinin iş görme ediminin alacaklısıdır ve işçiye en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahiptir²¹². Ancak bazı durumlarda iş görme ediminin alacaklısı ile emir ve talimat verme yetkisine sahip olan kişi farklı kişiler olabilir. Örnek olarak, fiil ehliyeti olmayan işletme sahibi iş görme ediminin alacaklısıyken, emir ve talimat verme hakkı yani yönetim hakkı ise bunun yasal temsilcisinde olacaktır. Yine, iş sözleşmesinin tarafının tüzel kişi olduğu hallerde iş görme ediminin alacaklısı tüzel kişilikten emir ve talimat verme yetkisi tüzel kişinin yetkili organındadır zira MK m.50 uyarınca tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla açıklar ve organlar işlem ve fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. İşte, iş görme ediminin alacağı ile işçiye yönetme yetkisinin aynı kişi ya da kuruluş üzerinde toplanmadığı hallerde, soyut ve somut işverenin varlığı gündeme gelir. Soyut işveren, iş görme ediminin alacaklısıdır. Yani verdiğimiz örneklerde tüzel kişi ve fiil ehliyeti bulunmayan işveren soyut işverendir. Somut işveren ise, emir ve talimat verme yetkisini haiz olan kişi ya da organdır. Dolayısıyla verdiğimiz örnekte yasal temsilci ve tüzel kişinin organı somut işverendir. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu iş ilişkisinden doğan hukuki sorumluluk soyut işverenin omuzlarındadır. Ancak elbette soyut işverenin, aralarındaki iç ilişkiye istinaden somut işverene rücu etmesi söz konusu olabilir²¹³.

²¹¹ Engin, İşveren, s.32,33; Narmanlıoğlu, s. 108; Tunçomağ/Centel, s.55, Demir, s.49; Çelik/Caniklioğlu/ Canbolat, s.80; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, 2017, s.62

²¹² Engin, İşveren, s. 40; Günay, s.73; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.29

²¹³ Süzek, s.152-154,161; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, 2017, s.63

Bir parantez açmak gerekir ki özellikle sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde söz konusu olan ve uygulamada organizatör olarak anılan kişiler ile işverenler birbiriyle karıştırılmamalıdır. İşverenler, iş sözleşmesinin tarafıdır. Organizatörler ise sanatçılara iş ve sanatçı arayanlara sanatçı olarak onları iş görüşmesi yapmak üzere bir araya getiren ve bazen de onlar adına veya onlarla birlikte iş sözleşmesi akdeden kişilerdir²¹⁴. Organizatörler söz konusu bu hukuki ilişki içinde iş aracısı ya da sanatçının veya sanatçı arayanın temsilcisi gibi çeşitli hukuki rollere bürünebilirler. İş aracıları, iş arayanları elverişli oldukları işlere yerleştirmeye ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık etmekle görevli kuruluşlardır. Türkiye İş Kurumu ve bu kurumun izin verdiği özel istihdam büroları ülkemizde iş aracısı olarak faaliyet gösterebilir (İş K. m.90, TİKK m.2).

İşverenlerle ilgili konumuzu ilgilendiren önemli bir husus da, bunların çocuklara karşı işlenmiş suçlardan ya da yüz kızarıcı suçlardan hüküm giymiş olmaları halinde çocukları çalıştıramayacak olmalıdır (SKRYT m.22, ÇGİÇUEHY m.11). Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin aksine, yönetmelik tasarısında işveren vekilleri söz konusu bu yasağın kapsamında açıkça zikredilmemiştir. Ancak şahsi kanaatimiz işveren vekillerinin de bu yasak kapsamında olduğu yönündedir. Kaldı ki İş Kanunu uyarınca işveren için öngörülen her türlü sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır (İş K. m. 2/5). Bununla birlikte, kanaatimizce taslakta öngörülmüş olan hüküm, çocukların korunması için oldukça yetersiz bir hükümdür. Sadece işverenin değil, çocuğun çalışma ortamında bulunacak olan kişilerin ve özellikle çocukla doğrudan iletişime geçecek olan kişilerin de söz konusu suçlardan hüküm giymemiş olması sağlanmalıdır zira amaç, çocuğu olası zararlara karşı korumaktır. Belirtmek gerekir ki doktrinde isabetli olarak böyle bir yasaklamanın yönetmelikle değil, kanunla öngörülmesi gerektiği belirtilmektedir²¹⁵.

²¹⁴ Akyiğit, s.244

²¹⁵ Gümrükçüoğlu, s.523

1.) İşverenin Yükümlülükleri

(a) Genel Olarak

İş Hukuku uyarınca işverenin borçlarını; ücret ödeme borcu, işçiyi gözetme borcu, eşit davranma borcu ve diğer borçlar olarak başlıklandırabiliriz. Diğer borçlar içinde; alet ve malzeme sağlama borcunu, işçinin buluşu halinde karşılık ödeme borcunu, giderleri karşılama borcunu²¹⁶, çalışma belgesi verme borcunu, işi kabul borcunu²¹⁷ ve işçiyi dinlendirme borcunu²¹⁸ barındırmaktadır.

Çocuklar erişkinlere kıyasla daha çok korumaya ihtiyaç duydukları için mevzuatta çocukları çalıştıran işverenler için ek yükümlülükler öngörülmüştür. Çalışmamızın kapsamını aşmamak adına sadece konumuz için önem arz eden yükümlülükler ve sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çocukları çalıştıran işverenler için öngörülmüş ek yükümlülükler değinilecektir.

(b) İşçiyi Gözetme Borcu ve Bu Kapsamda Yönetmelik Taslağında Belirtilen Yükümlülükler

İşverenin işçiyi gözetme borcu mevzuat hükümleri, dürüstlük ve iyi niyet kuralları ile belirlenip sınırlanan geniş kapsamlı bir borçtur. Bu borcun kapsamına giren hususları önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir²¹⁹ ancak bu borcun işçiyi korumak, işverenin çıkarları doğrultusunda görülen iş dolayısıyla işçinin uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almak ve işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zarar verici davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülüklerden oluştuğu söylenebilir²²⁰. Mevzuatımızda işçiyi gözetme borcu ile ilgili birçok hükme yer verilmiş olmakla birlikte, borcun kapsamını belirleyecek genel bir hüküm olmadığı için kapsamı her iş ilişkisinde ayrıca belirlenmelidir²²¹.

²¹⁶ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 753,754,763

²¹⁷ Tunçomağ/ Centel, s. 142 vd.

²¹⁸ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s.403

²¹⁹ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 171; Süzek, s.436

²²⁰ Narmanlıoğlu, s.320; Ekonomi, s.154

²²¹ Narmanlıoğlu, s.321

Borçlar Kanunu uyarınca işveren, iş ilişkisinde *işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür* (BK. m. 417/1). İşçinin kişiliğinin korunması onun kişilik değerlerine dahil olan her türlü hakkın korunmasını gerektirir²²². Yani, ruhsal ve bedensel bütünlüğünün yanında kişisel bilgilerin de korunması bu borç kapsamındadır. Bundan dolayı kanun, işverenin işçiye ait kişisel verileri kural olarak *ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde* kullanabileceğine (BK. m. 419) hükmetmiş ve işverenin işyerinde işçilerin iş sağlığı ve güvenliklerinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almaları, araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmaları gerektiğini belirtmiştir (BK m. 417/2). İş Kanunu'nda ise, işverenin, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü olduğuna hükmedilmiştir (İş K. m.75/2).

İşçiyi koruma borcu altında olan işveren, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin önlemleri almakla da yükümlüdür. İş Kanunu'nda bulunan ilgili hükümler 2012 tarihinde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle mülga olmuştur. 6331 sayılı kanunun kural olarak sadece işçileri değil, memurlar, çıraklar, kamu görevlileri, stajyerler, sözleşmeli personeller de dahil olmak üzere tüm çalışanları kapsar²²³, *işverenlerin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü* olduklarına ve her türlü tedbiri almaları gerektiğine hükmeder (İSGK m.4).

Görüldüğü üzere işveren iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli her türlü tedbiri almak zorundadır. Söz konusu bu tedbirler, bilim, teknik ve tecrübenin o an ulaştığı duruma ve düzeye göre belirlenmelidir. Yani işveren, mevzuatta öngörülmemiş ama bilim teknik ve tecrübe uyarınca alınması gereken önlemleri de almakla yükümlüdür²²⁴. Yine, işveren, tecrübesizlik, parasızlık, bilgisizlik gibi

²²² Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.321

²²³ Süzek, s.450

²²⁴ Tunçomağ/ Centel, s.133; Süzek, s.451; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.367

sübjektif nedenlerle ya da diğer işyerlerinde bu tedbirlerin uygulanmaması gibi gerekçelerle bu sorumluluktan kurtulamaz²²⁵ .

6331 sayılı kanunda öngörülen hükümler, çalışmamız kapsamına giren çocukları çalıştıran işverenler için de uygulanacaktır. Ancak bütün bunları kalem kalem burada belirtmek fuzuli olduğu kadar çalışmamızın kapsamını aşar. Bundan dolayı aşağıda sadece Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı'nda öngörülmüş olan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine değinilecektir.

iii) Tasarıda Öngörülmüş İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri

Çocuğun sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılması, söz konusu işin onun bedensel, sosyal ve ahlaki gelişimine ve okuluna engel olmayacak nitelikte olmasına bağlıdır (İş K. m.71/1). Yani çocuklar ancak fiziksel, zihinsel, psikolojik ve ahlaki gelişimlerine zarar vermeyen, eğitimlerini aksatmayacak ve sağlık ve güvenlik açısından risk içermeyen koşullarda çalıştırılabileceklerdir (SKRYT m. 12/2).

Yönetmelik tasarısında da, çocukları korumak ve çalıştırılırken zarar görmelerini engellemek amacıyla bir takım somut kurallara yer verilmiştir. Çocuğu korumayı amaçlayan bu hükümleri, pozitif yükümlülük getiren hükümler ve yasaklayıcı hükümler olarak ikiye ayırabileceğimiz kanaatindeyiz. Pozitif yükümlülükler, işverenin aktif eylemini gerektirirken, yasaklayıcı hükümler, işverenin kaçınması gereken davranışları kapsar.

Tasarıda işveren için öngörülmüş pozitif yükümlülükler; çocuklara yaşlarına ve gelişimlerine uygun dinleme, oyun ve çalışma alanları tesis edilmesi (m. 12/3), çocuğun çalışma ortamında konusunda uzmanlaşmış bir çocuk psikoloğu veya bir eğitim bilimci ile çocuk oyuncu koçu bulundurulması (m. 12/5), çocuklara kapalı mekanlarda ayrı bir oda, açık mekanlarda ise çalışma koşullarına uygun olarak bir kabin ya da karavan tesis edilmesi (m. 12/6), süresi bir ayı geçen işlerde, çocuğun ya da yasal temsilcinin talebi üzerine bütün masrafları işverence karşılanmak üzere

²²⁵ Süzek, s.451

çocuğun psikolojik destek almasının sağlanması (m. 12/7), çocuklar için ayrı bir giyinme odası düzenlenmesi (m. 13/2), çocuğun yaşına ve gelişimine uygun bir beslenme içeriği ve düzeni sağlanması (m. 13/6) ve çocuğun (yasal temsilcisinin gözetimi altında) evinden alınarak faaliyet alanına götürülmesi ve çalışma saatinin bitiminde tekrar eve götürülmesi (m.15) olarak sıralanabilir.

İşverenin kaçınması gereken davranışlar ise çocuğun; yanında yasal temsilcisi olmadan çalıştırılması (m. 12/4), kostüm makyaj, ses ışık ve sair teknik ayrıntıların hazır edilmesi için faaliyet alanında bekletilmesi (m. 7/2), alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin kullanıldığı ya da silah ve şiddet içeren korkutucu sahneler ya da fiziksel ve ruhsal gelişimi için sakıncalı olabilecek diğer sahnelerin çekimi esnasında çalışma ortamında bulundurulması (m.13/1), yetişkinlerle aynı ortamda giyinip soyunmaya zorlanması (m.13/2), sigara ve sair tütün mamulü dumanına maruz bırakılması (m. 13/3), anti-hijyenik kıyafetler giymeye zorlanması (m.13/4), deneme çekimi esnasında bekletilmesi (m. 14) ve on yaşından küçük çocukların üzerinde kozmetik malzeme kullanılmasıdır²²⁶ (m.13/5).

(c) Çalışma İzni Alınması ve Çalışma İzni İçin Gerekli Belgelerin Temin Edilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, çocuğun sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılması, söz konusu işin bedensel, sosyal ve ahlaki gelişimine ve okuluna engel olacak nitelikte olmamasına bağlıdır. Bunun dışında, kanun, yazılı sözleşme yapılmasına ve her bir faaliyet için ayrı ayrı izin alınmasına hükmetmiştir (İş K. m. 71/1). İlgili yönetmelik taslağında da söz konusu bu hükmün gereklilikleri detaylandırılmıştır.

Kanunda öngörülen yazılı şekil şartının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu yönünde doktrinde görüş ayrılığı vardır. Bilindiği üzere iş sözleşmelerinde asıl olan şekil serbestisidir (İş K m.8/1). Ancak kanun bazı ayırık hallerde

²²⁶ Ancak çok gerekli durumlarda cilde zarar vermeyen ürünler ile makyaj yapılabilir (SKRTY m.13/5).

sözleşmenin yazılı olarak yapılmasına hükmetmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar²²⁷ söz konusu bu ayırık hallerin ispat şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini zira geçerlilik şartı olarak kabul edilmesinin işçiyi koruma ilkesine ters düşen sonuçlara yol açacağını ve Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğunu belirtirken, bir kısım yazarlar²²⁸ ise söz konusu şekil şartının, kanunda öngörülen şekil şartlarının kural olarak geçerlilik şartı olduğunu öngören BK m.12/2 gereğince geçerlilik şartı olduğunu, bu kabulün işçinin haklarına halel getirmeyeceğini zira iş sözleşmesinin geçersizlik yaptırımının ileri etkili olarak hüküm ve sonuç yaratacağını belirtir. Doktrinde bir görüş de²²⁹ yazılı olarak yapılması gerekirken bu şarta uyulmadan akdedilmiş belirli süreli iş sözleşmeleri söz konusu olduğunda bunların belirsiz süreli iş sözleşmesine tahvil edilerek geçersizlikten kurtarılabilceğini belirtir. Ancak bu son görüş, on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmasını öngören sözleşmelerin yazılı yapılması şartına bir çözüm getirmemektedir.

Yönetmelik tasarısının 23. maddesi, işveren ile çocuğun yasal temsilcisi arasında yazılı sözleşme akdedilmesi gerektiğini hükme bağlandıktan sonra, sözleşmede bulunması gereken unsurları sayar. Buna göre sözleşmede; işin süresi, koşulları, çalışma saatleri, çocuğun alacağı ücret, ücretin yatırılacağı çocuğun banka hesap numarası açıkça belirtilmiş olmalıdır. Bunun dışında işverenin yasal temsilciye çocuğun çalıştıracağı faaliyet, karşılaşılabileceği riskler ve alınan önlemler hakkında yazılı olarak bilgi vermesi gerekmektedir.

Yine, işverenin çalıştıracağı çocuk için uygunluk raporu alması gerekir. Bu rapor, uzman bir psikolog ve çocuk doktorunun çocuk ile birebir görüşmesi sonucu tam teşekkülü hastane ya da üniversite hastanesinden alınır. Psikolog ve doktor, çocuğun uygunluğunu değerlendirirken çocuğun yaşını, fiziksel, zihinsel, psikolojik gelişimini ve diğer sağlık koşullarını göz önünde bulundurur ve çocuğun çalışmaya rızası olup olmadığına bakar. Uzmanlar dilerlerse rapora, çocuğun tekrar görülmesi gereken süre hakkında bir hüküm koyabilirler. Raporda, çocuğun yapacağı iş, işin

²²⁷ Demir, s. 84

²²⁸ Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 492; Tunçomağ/ Centel, s.83; Süzek, s.331; Narmanlıoğlu, s.192; Aktay/ Arıcı/ Kaplan/Senyen, s.102; Gümrükçüoğlu, s.525

²²⁹ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.106

süresi, çalışacağı ortam ve çalışma koşulları yer alır (m. 3/e, m.16). Yönetmelik tasarısında, uygunluk raporunun ve izin talep formunun ekte yer aldığı belirtilmiş olmakla birlikte, söz konusu bu ekler kamuoyuyla maalesef henüz paylaşılmamıştır.

Her bir faaliyette çalıştıracağı her bir çocuk için ayrı ayrı çalışma izni alma yükümlülüğünde olan işveren, bu izni Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan alır. İşveren başvuruyu, uygunluk raporunu aldığı tarihi takiben otuz gün içinde e-devlet üzerinden yapar ve başvurunun ekine yönetmelik tasarısında sayılmış olan belgeleri²³⁰ ilştirir (SKRYT m.17). Dikkat edilirse, sayılan belgeler arasında, çocuğun okulundan alınan izin belgesi de yer almaktadır. Tasarıda okuldan alınan izin belgesinin içeriğine tam olarak yer verilmemiştir ancak çalışma iznin ya da iznin uzatılmasının reddedileceği halleri düzenleyen maddede okuldan alınan belgede çocuğun eğitiminde yeterli başarıya sahip olmadığı veya bir önceki dönemde çalıştırıldığı sürede eğitimini aksattığı yönünde bir ibarenin bulunması haline yer verilmiştir. Bu durumda, okuldan alınan izin belgesinde, çocuğun eğitiminde yeterince başarılı olduğu ve çalışmasının eğitimine hanel getirmeyeceği yönünde ibare bulunması gerektiği söylenebilir. Zaten kanun, çocuğun çalışmasını eğitime engel olmama şartıyla kabul etmektedir. Dolayısıyla, eğitim aldığı kurumdan, çalışmasının aldığı eğitime hanel getirmeyecek nitelikte olduğuna dair bir onay alınması gerekmesi pek tabiidir.

Bakanlık, usulüne uygun olarak yapılmış ve hiçbir eksiği bulunmayan başvuruları en geç otuz gün içinde sonuçlandırır. Bakanlık vereceği izin süresini tayin ederken ekte bulunan uygunluk raporundaki görüşleri dikkate alır ancak bir ila beş yaş arasındaki çocuklar için bir yılı, altı ile on dört yaş arasındaki çocuklar içinse iki yılı aşkın izin veremez (SKRYT m.17). İşveren, çocuğun çalışma iznin dolmasından otuz gün önce yenilenmiş uygunluk raporu ve okuldan alınan izinle çalışma izninin uzatılmasını talep edebilir (SKRYT m.19). Okuldan alınan izin belgesinde çocuğun eğitiminde yeterli başarıya sahip olmadığı veya bir önceki

²³⁰ İlgili hükümde başvuruda yer alması gereken belgeler: yönetmeliğin ek-1'nde yer alan izin talep formu, çocuğun nüfus cüzdanı, ek-2'de yer alan uygunluk raporu, çocuğun çalıştırıldığı sürede kendisine refakat edecek olan yasal temsilcinin kimlik bilgileri, çocuğun okulundan alınan izin belgesi, işverenin en son sermaye ve ortaklık yapısını gösteren Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi, işverenin çocuğun sağlık, güvenlik ve çalışma koşullarını uygun standartlarda sağlayacağına dair taahhüdü, taraflar arasında imzalanmış iş sözleşmesinin bir örneği olarak sayılmıştır.

dönemde çalıştırıldığı sürede eğitimini aksattığına dair ibarenin bulunması, çocuğun çalışacağı iş için hazırlık gerektiren durumlarda hazırlık için harcanması gereken zamanın eğitimini etkileyecek kadar fazla olması, sözleşmede çocuk için uygun olmayan hükmün yer alması ya da çocuğun bir yıl içinde yer aldığı iş sayısının fazla olması halinde, bakanlık, çalışma izni ya da çalışma izninin uzatılma talebini reddeder (SKRYT m.20).

İşverenin çocuğu yönetmelik hükümlerine aykırı bir şekilde çalıştırdığının tespiti halinde bakanlık, çocuğun çalışma iznini iptal eder ve işveren bir yıl içinde tekrar herhangi bir çocuk için çalışma izni talebinde bulunamaz. Bunun dışında işverene idari para cezası da uygulanır (SKRYT m.21).

(d) Özlük Dosyası ve Günlük Çalışma Kayıt Formu Düzenleme

Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden biri de özlük dosyası düzenlemektir (İş K. m. 75). Çalıştırdığı her bir işçi için bu dosyayı düzenlemek zorunda olan işveren, yine, talep halinde bunu yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır.

Yönetmelik tasarısı uyarınca, işçinin özlük dosyasında, bakanlık izin belgesi, uygunluk raporu, çocuğun kimlik bilgileri, yasal temsilcinin kimlik bilgileri, çocuğun okulundan alınmış izin belgesi, iş sözleşmesinin bir örneği, kaza, yaralanma, istismar gibi olası yaşanabilecek riskli durumlarda yasal temsilci tarafından doldurularak bakanlığa üç gün içinde bildirilmesi gereken acil olay kayıt formu ve günlük çalışma kayıt formu bulunması gerekir. Söz konusu özlük dosyası yasal temsilci, işveren ve bakanlık nezdinde saklanır (SKRYT m.24).

Çocuğun özlük dosyasında bulunması gereken günlük çalışma kayıt formu, işyeri denetimlerinde göstermek üzere, çocuğun yasal temsilcisine imzalatılan bir form olup, içinde; tarih, çocuğun ismi, çocuğun çalışmaya geldiği saat ve çalışmanın sona erdiği saat, çalışma süresi, dinlenme süreleri, çocuğun kime teslim edildiği ve çalışma ortamında bulunan uzmanlaşmış çocuk psikoloğu veya eğitim bilimci ile çocuk oyuncu koçunun isim soy isim ve imzalarını barındırır (SKRYT m.23).

II) Çocuğun Çalışma ve Dinlenme Süreleri

A) Çalışma Süreleri

1.) Azami Çalışma Süresi ve Çalışma Süresinden Sayılacak Haller

Çalışma süresi kavramı İş Kanunu'nda tanımlanmamış olmakla beraber, İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği çalışma süresini “*işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre*” olarak tanımlamıştır (m.3).

Hemen belirtmek gerekir ki, çalışma süresini, işçinin sadece fiilen iş gördüğü süre olarak değil, işçinin iş görmek amacıyla iş gücünü işverenin emrine tahsis ettiği süre olarak anlamak gerekir. Yani, işverenin, işyerinde bulunan ve iş gücünü işverene tahsis etmiş işçiye iş vermediği ya da işçiye çıkacak iş için beklettiği süreler de çalışma süresinden sayılır²³¹. Kaldı ki bu husus, İş K. madde 66'da çalışma süresi sayılan hallerin²³² arasında belirtilmiştir. Bunların yanında Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı'nda da çocukların çalışma süresinden sayılacak hallere yer verilmiştir. Buna göre, faaliyet alanında geçirilecek yemek molası ve çocuğun talebi (ki kanaatimizce bu ifadeyi çocuğun ya da yasal temsilcisinin olarak anlamak gereklidir zira tasarının 8. maddesinde “*çocuğun veya yasal temsilcisinin talebi halinde*” dinlenme süresinin uzatılacağı belirtilmiştir) ile verilmiş dinlenme süreleri hariç her türlü süre çalışma

²³¹ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.267

²³² a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler.

b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler.

c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler.

d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.

e) Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler.

f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.

İşin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz.”

süresine dahildir. Çalışma süresi çocuğun faaliyet alanına vardığı anda başlar ve yolda geçen süreler, çalışma süresine dahil değildir. Ancak elbette, taslakta sözü edilen yolda geçen süreyi, İş K. m. 66 ile uyumlu anlamak gereklidir. Zira, söz konusu madde uyarınca, işçinin işveren tarafından işyerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süre, çalışma süresinden sayılır (İş K. m. 66/1/b).

İş K. m. 63, çalışma süresinin kural olarak en fazla kırk beş saat olabileceğine hükmetmiştir. Ancak söz konusu bu hüküm küçük işçiler için uygulama alanı bulmaz. Kanun koyucu çocukları koruma amacı ile 71. maddede bunların çalışma süreleri ile ilgili özel düzenlemelerde bulunmuştur. Bu maddede çocukların azami çalışma sürelerini iki kıstasa göre belirlenmiştir. Bunlar, küçüğün eğitim durumu ve yaşıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu maddede kullanılan çocuk terimi kafa karışıklığına yol açabilir. Şöyle ki, daha önce Medeni Hukukta “çocuk” kavramının on sekiz yaşının altındaki bireyleri tanımladığını belirtmiştik. İş Hukukunda ise “çocuk işçi” kavramı on beş yaşını doldurmamış işçileri tanımlarken, “genç işçi” kavramı on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış işçileri tanımlamaktadır. Kaldı ki kanun koyucu İş K. m. 71/3’te “*on beş yaşını tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin*”, “*on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların*”, “*on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin*” ifadelerine yer vererek bunu açıkça ortaya koymuştur²³³. Ancak, aynı maddenin asgari çalışma saatlerine yer veren 4. fıkrasında “*on beş yaşını tamamlamış çocuklar*” terimini kullanmıştır. Bu da akla, 71. maddenin sadece çocuk teriminin kullanıldığı fıkralarında on beş yaşını doldurmamış işçilerin mi yoksa on sekiz yaşını doldurmamış işçilerin mi kastedildiği sorusunu getirebilir.

Gerçekten de İş K. m. 71/4 uyarınca, “*zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve*

²³³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s. 491. Centel ise, kanun koyucunun genç işçi ve çocuk işçi kavramlarını teknik anlamda ele almadığını belirtir: Centel, Avrupa Sosyal Şartı, s. 127

haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir”.

İş K. m. 71/5 ise “*okul öncesi çocuklar ile 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 dördüncü fıkra da öngörülen süreleri aşamaz*” hükmüne yer vermiştir.

Kanaatimizce 4. fıkra da “çocuk” terimiyle ifade edilmek istenen on sekiz yaşını doldurmamış işçidir. Aksini savunmak, kanun koyucunun aynı fıkranın birinci cümlesinde çocuk terimiyle sadece on beş yaşını tamamlamamış kişileri ifade ettiğini savunurken, ikinci cümlesinde on sekiz yaşını doldurmamış bireyleri ifade ettiğini savunmak olur ki böyle bir çıkarım yapmak isabetli olmayabilir. 4. fıkra da “çocuk” teriminin on sekiz yaşını doldurmamış işçiler için kullanıldığını kabul ettikten sonra 4. fıkra gibi çalışma saatlerini düzenleyen ve 4. fıkrayı hemen takip eden 5. fıkra da ve 2. fıkra da da “çocuk” teriminin on sekiz yaşını doldurmamış işçileri ifade ettiğini savunmak gerekecektir²³⁴. Kaldı ki, böyle bir görüşü benimsemek küçük işçilerin yararına bir yorum olacaktır.

İş K. m. 71/4 ve 71/5, on sekiz yaşını doldurmamış işçilerin çalışma saatlerini belirlerken eğitimlerine devam edip etmemelerine ve on beş yaşını doldurup doldurmamış olmalarına göre farklı hükümler getirmiştir. Buna göre, on beş yaşından küçük, zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma süresi günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olamaz. Şayet bu kişiler sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılıyorsa bu süre günde beş saatten ve haftada otuz saatten fazla olamayacaktır. Eğer işçiler on beş yaşını tamamlamış gençlerse bu süreler günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir.

Eğitim, küçüklerin topluma yararlı bir birey haline gelebilmeleri ve sağlam bir gelecek kurabilmeleri için çok önemlidir. Bundan dolayı kanun koyucu okullarına

²³⁴ Aksi görüş için bkz: Narmanlıoğlu, s.727. Yazar, 2. fıkradaki “*Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez.*” hükmünün on dört yaşını dolduran küçükleri kapsadığını belirtmiştir.

devam eden küçüklerin eğitim dönemindeki çalışma sürelerini, günde en fazla iki saat ve haftada en fazla on saat olarak belirlemiştir. Bu çalışma saatleri eğitim saatleri dışında olmak zorundadır. Bu hususa hem 5. fıkra da açıkça yer verilmiş hem de 2. fıkra da “*çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olmaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar vermez*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde ise İş K. m. 71/4 uygulama alanı bulacaktır.

Okul öncesi çocuklar ise her halükarda günde en fazla iki saat ve haftada en fazla on saat çalıştırılabilirler. Bu noktada on dört yaşından küçüklerin sadece sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılabileceklerini hatırlatmak isteriz. Kanunun ifadesi okul öncesi çocukların çalıştırılma sürelerinde biraz kafa karıştırıcı olabilmektedir²³⁵. Okuyucu sanki okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma sürelerinin okula devam eden çocuklarda olduğu gibi arttırılabileceği sonucunu çıkarabilir. Ancak kanaatimizce okula gitmeyen bir çocuğun çalışma saatlerini okulun açılma ve kapanma dönemlerine göre ayarlandığını varsaymak isabetli olmayacaktır. Henüz tasarı aşamasında olan Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca bir ile beş yaş arasındaki çocukların bir günde iki saatten fazla çalıştırılmayacağına ilişkin hüküm ise bu yaklaşımımızı doğrular niteliktedir. Belirtmek gerekir ki on iki aylıktan küçük çocuklar ise hiçbir surette çalıştırılmazlar (İlgili Yönetmelik Tasarısı m. 6).

Sonuç olarak İş Kanunu ve Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı’nın 6. maddesini incelediğimizde bu alanlarda çalıştırılan çocukların azami çalışma sürelerinin aşağıdaki gibi olduğunu söyleyebiliriz. Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışmayan çocuklar konumuz kapsamı dışında olduğundan bunların çalışma sürelerine aşağıda yer verilmemiştir.

- 0-1 yaş arası çocuklar hiçbir şekilde çalıştırılmayacaklardır.

²³⁵ İş K. m. 71/5 “Okul öncesi çocuklar ile 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 dördüncü fıkra da öngörülen süreleri aşamaz.”

- 1-5 yaş arası çocuklar bir günde iki saatten fazla ve haftada 10 saatten fazla çalıştırılmayacaklardır. Söz konusu bu çalışmalar sabah 10.00 ile akşam 18.00 arasında olmak zorundadır. Bu zaman aralığı dışında çalıştırılmazlar.
- 6-13 yaş arası çocuklar zorunlu ilköğretim çağındaki çocuklardır. SKRYT m. 6/1/c uyarınca *“6 ila 14 yaş arası çocuklar sabah 10.00 ile akşam 22.00 arasında olmak ve eğitim saatlerinin dışında kalmak şartı ile okul günlerinde iki saatten fazla; okul günleri dışında ise beş saatten fazla çalıştırılmaz”*. Kanaatimizce bu hüküm iki nedenden ötürü İş K. m. 71’e uygun değildir.

İlk olarak, kanunda “okulun kapalı olduğu dönemlerde” ifadesini kullanmışken ilgili yönetmelikte “okul günleri” dışında ifadesi kullanılmıştır. Milli Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği uyarınca dönem, *“derslerin başladığı tarihten yarıyıl tatiline, yarıyıl tatili bitiminden ders kesimine kadar geçen süreyi”* tanımlar (İlgili Yönetmelik m.4/1/g). Yani, İş Kanunu’na göre okulların açık olmadığı Cumartesi, Pazar günleri de söz konusu çocuklar günde 2 saatten fazla çalıştırılmayacaktır. Zira kanun, çocukların eğitim dönemlerindeki çalışma sürelerinin eğitim saatleri dışında olmak kaydıyla günde en fazla iki ve haftada en fazla on saat olabileceğine hükmettikten sonra, bu sürelerin okulun kapalı olduğu *dönemlerde* en fazla dördüncü fıkra da belirtilen sürelerle çıkarılabileceğini belirtmiştir. Oysa yönetmelikte “okul günleri” ifadesi kullanıldığı için yönetmeliğe göre, çocuklar Cumartesi ve Pazar günleri günde beş saate kadar çalıştırılabileceklerdir. Bu da kanuna aykırıdır.

İkinci aykırılık da, yönetmelikle bu çocukların gece saat 22:00’ye kadar çalıştırılabilmesine cevaz verilmesidir. Her ne kadar İş Kanunu’nda sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklar için gece çalışma yasağı bulunmasa da Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca 16 yaşından küçüklerin saat 20.00’den sonra çalıştırılmaları yasaktır (UHK m. 174). Yani, burada da kanun hükmüne açık aykırılık vardır zira, İş Kanunu’nda boşluk bulunan hallerde, iş hukukunun özel niteliğine aykırı düşmedikçe Borçlar Kanunu’nda öngörölmüş olan hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler ve genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır²³⁶.

²³⁶ Sözek, 244

Borçlar Kanunu'nda da konuyla ilgili hüküm yoksa, İş Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşıyan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun hükmü uygulama alanı bulur.

Her ne kadar çalışmamız on dört yaşını doldurmamış çocukları kapsasa da, daha büyük olup sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocukların azami çalışma sürelerine de değinmekte fayda vardır;

- 14 yaşında olup okula devam eden çocuklar için bir önceki maddede belirtilen hususlar geçerli olacaktır. Zorunlu ilköğretim çağını bitirmiş ve okullarına devam etmeyenler ise günde en fazla beş, haftada en fazla otuz saat çalıştırılabilirler.
- 15 yaş ve üzeri olan ve eğitimlerine devam eden küçükler, okul döneminde eğitim saatleri dışında günde en fazla iki saat, haftada en fazla on saat çalıştırılabilirler. Okul dönemi dışında ise bu saatler günde sekiz ve haftada kırk saate kadar çıkartılabilir.
- 15 yaş ve üzeri olan ve eğitimlerine devam etmeyen küçükler, günde en fazla sekiz haftada en fazla sekiz saat çalıştırılabilirler.

2.) Fazla Çalışma Yasağı

Fazla çalışma, İş K. m. 41 uyarınca haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır. *Fazla sürelerle çalıştırma* ise sözleşmeyle kırk beş saatin altında bir çalışma süresi öngörülmüşse ve işçi bundan daha fazla ancak kırk beş saatten az çalıştırılmışsa söz konusu olur. Fazla süreli çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş oranında yükseltilmiş haliyken, fazla çalışmada bu oran yüzde elli yükseltilir. İşçi dilerse bu çalışmalarının karşılığını zamlı ücret olarak değil, serbest zaman olarak alabilir. Böylece fazla çalışmalarda fazla çalıştığı her bir saat için 1 saat 30 dakika, fazladan çalışmalar içinse 1 saat 25 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. Söz konusu bu serbest zaman altı ay içinde, çalışma süreleri içinde ve ücretinden bir kesinti olmaksızın kullanılır (İş K. m. 41).

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere söz konusu bu kırk beş saat yetişkin işçiler için belirlenmiştir ve kanunda küçük işçiler için azaltılmış çalışma süreleri

öngörölmüştür. Bundan dolayı doktrinde söz konusu küçük işçiler olduğunda fazla çalışmanın, kanunda bunlar için öngörölmüş olan çalışma sürelerini aşan çalışmalar olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir²³⁷. İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin²³⁸ 8/1/a hükmü uyarınca on sekiz yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılamaz. Bu hüküm, küçüklerin fazla çalışma ücretine hak kazanmasını engellemez zira söz konusu yasağın amacı, küçükün çalışma süresini sınırlandırarak onu korumaktır. Her ne kadar kanunda kırk beş saatin üzerinde yapılan çalışmalara yüzde elli oranında fazladan ücret ödeneceği öngörölse de, fazla çalışma küçük işçiler için kanunda öngörülen saatlerden fazla süren çalışmaları kapsadığı için bu sürelerin aşılması halinde yüzde elli oranında fazladan ücret ödenmelidir²³⁹. Kanunda öngörülen sürelerden az ama sözleşmede öngörülen süreden uzun çalışma durumunda, yani fazla sürelerle çalışma durumunda ise bu oran yüzde yirmi beştir²⁴⁰.

B) Dinlenme ve Tatil Hakları

1.) Ara Dinlenmesi

Ara dinlenmesi, yasal günlük çalışma süresi içinde işçilere verilen dinlenme zamanını ifade eder. Böylelikle işçiler söz konusu bu zamanda yeme, içme, tuvalet ve dinlenme gibi gereksimlerini giderebilirler²⁴¹. Ara dinlenmesi, çalışma süresinden sayılmamakla birlikte, doktrinde, işverenlerin kanununda öngörülen ara dinlenme süreleri haricinde sigara molası, çay molası gibi işçilere verdikleri ara dinlenmelerin çalışma süresinden sayılması gerektiği görüşü mevcuttur²⁴². İş K. m.68 uyarınca, ara dinlenmesi günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında, o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanarak verilir. Dört saat veya daha kısa süreli işler için en az on beş dakika, dört saat ila yedi buçuk saat süreli işlerde en az yarım saat, yedi buçuktan daha uzun süreli işlerde ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmesi gereklidir. Ara dinlenmesi, kural olarak aralıksız verilir ancak iklim, mevsim, o

²³⁷ Aykaç, s.370

²³⁸ RG 06.04.2004- 25425

²³⁹ Bakırcı, s.298; Aykaç, s. 370

²⁴⁰ Aykaç, s. 370

²⁴¹ Tunçomağ/Centel, s.167

²⁴² Erkul, s.268; Tunçomağ/ Centel, s.168; Aksi yönde: Çenberci, s. 738;

yerdeki gelenekler ve işin niteliği göz önüne alınarak sözleşmeyle aralı olarak kullanılması kararlaştırılabilir (İş K m. 68).

Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı uyarıncaysa çocuğa, her bir saatlik çalışmanın ardından on beş dakikalık mola vermesi zorunludur (SKRYT m.8/1). Molanın süresi çocuğun ya da yasal temsilcinin talebi üzerine uzatılır (SKRYT m.6). Ancak belirtmek gerekir ki, taslakta dinlenme süreleri pek özenli düzenlenmemiştir. Şöyle ki yukarıda da belirtildiği üzere faaliyet alanında geçirilecek yemek molası ve çocuğun talebi ile verilmiş dinlenme süreleri hariç her türlü süre, çalışma süresine dahildir ve İş Kanunu uyarınca ara dinlenmeler çalışma süresinden sayılmaz. Bu durumda, örnek olarak o gün 5 saat çalıştırılacak olan çocuğun sadece yemek yediği ara çalışma saatinden sayılmayıp diğer ara dinlenmeler çalışma süresinden mi sayılacaktır? Bir diğer çıkarım da taslakta yemek molası deyimiyle kastedilenin ara dinlenmesi olduğu yani belirtilen her birer saatin ardından gelen on beş dakikalık molaların, ara dinlenmesi niteliğinde olduğu ve kanunda kural olarak aralıksız verilmesi gereken bu ara dinlenmenin hem kanuna kıyasla daha uzun tutulduğu hem de aralıklı olarak verilmesinin öngörüldüğü yönünde olabilir. Daha önce de belirtildiği gibi, hem İş Hukuku'nda hem de Çocuk Hukuku'nda esas olan işçiyi, çocuğu korumaktır. Dolayısıyla mevzuat yorumlanırken bunların lehine olarak yorumlanmalıdır. Bundan dolayı kanaatimizce çocuğun sadece yemek yediği ara çalışma saatinden sayılmayıp diğer molalar çalışma süresinden sayılmalıdır.

Bunun dışında yönetmelik, çocuğun çalışma süresinin ardından bir günlük zaman diliminde kesintisiz on dört saat dinlenmesi gerektiğine hükmetmiştir (SKRYT m.8/1).

2.) Tatiller ve İzinler

Anayasamız uyarınca dinlenmek çalışanların hakkıdır ve ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ile şartları kanunla düzenlenir (m.50). İş Kanunu'nda Anayasanın bu hükmüne istinaden gerekli düzenlemeler yapılarak işçilere hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde hiçbir çalışma karşılığı

olmaksızın ücretlerini alarak dinlenme imkanı sunulmuştur²⁴³. Aşağıda bu dinlenme sürelerine değinilecektir.

(a) Hafta Tatili

İş K. m. 46 uyarınca “*işçilere tatil gününden önce 63’üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir*”. İşçi, çalışmadığı hafta tatili için ücrete hak kazanır (İş K. m.46/2).

Yetişkin işçilere hafta tatili yirmi dört saat olarak verilmişken bu süre çocuklar için uzatılmıştır. Şöyle ki yönetmelik tasarısına göre “*çocuk, önceki iş günlerinin tamamında çalışmış olması kaydıyla, çalıştığı günlerdeki çalışma süresine bakılmaksızın kesintisiz kırk saatten az olmamak üzere hafta tatiline hak kazanır*” (m.9). Görüldüğü üzere, çocuğun haftalık tatile hak kazanması için çalıştığı günlerde ne kadar süre çalıştığının bir önemi yoktur. Önemli olan iş günlerinin tamamında çalışmış olmasıdır. Yani, o hafta sözleşmede öngörülen sürenin altında çalışmış olsa bile, hafta tatiline hak kazanacaktır yeter ki iş günlerinin tamamında çalışmış olsun.

İşçiye haftalık tatilin verilmesi zorunlu olmakla birlikte Anayasanın 50. maddesinin de bir gereğidir²⁴⁴. Zira, Anayasanın 50. maddesi uyarınca “*dinlenmek, çalışanların hakkıdır*”. Ancak, uygulamada işçilerin hafta tatilinde de çalıştırılmasına maalesef rastlanmaktadır. Bu her ne kadar hukuka aykırı bir çalışma teşkil etse de işçiyi koruma ilkesi ve iş ilişkisinin niteliği gereğince bunlara fazladan ücret ödenmesi söz konusu olacaktır. Şöyle ki daha önce de belirtildiği gibi, kanun uyarınca işçi haftalık tatile hak kazandıysa, söz konusu gün için herhangi bir çalışma karşılığı olmaksızın kendisine ücret ödenir. İşçi hafta tatilinde çalıştığı taktirde ise, günlük ücretinin yanında bir de çalışma günü ücretine hak kazanacaktır. Ancak işçi, hafta tatilinden önceki günlerde zaten yasada ya da sözleşmede öngörülen süre kadar çalışmışsa, hafta tatilinde yaptığı çalışma, fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma niteliğinde olacaktır. Bu durumda da, yukarıda da belirtildiği üzere zamlı ücrete hak

²⁴³ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.676

²⁴⁴ Süzek, s. 857

kazanacaktır. Yani işçi, çalışmadan hak kazandığı günlük ücretinin üstüne bir de zamlı günlük ücretine hak kazanır²⁴⁵. Konumuz kapsamına giren çocuklar için de bu husus geçerlidir.

(b) Ulusal Bayram ve Genel Tatiller

Yönetmelik tasarısına göre çocuk, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştırılmaz (SKRYT m.10). Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun²⁴⁶, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin neler olduğunu düzenlemiştir. Buna göre resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü genel tatil günleriyken 29 Ekim günü Ulusal Bayramdır.

İş Kanunu uyarıncaysa asıl olan işçilerin genel tatil günlerinde çalıştırılmaması olup aksi kararlaştırılabilir (İş K. m. 44). Ancak 29 Ekim günü çalıştırılmaları mümkün değildir zira Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun uyarınca, ulusal bayram olan 29 Ekim günü özel işyerlerinin²⁴⁷ kapanması zorunludur. Görüldüğü üzere, yönetmelik taslağıyla İş Kanunu'nun hükmünden farklı bir düzenleme getirilmiş ve çocukların genel tatil günlerinde de çalıştırılmayacağına hükmedilmiştir. Bu yasağa uyulmadığı takdirde elbette İş K. m. 47 uygulama alanı bulmalıdır.

(c) Yıllık Ücretli İzin

Yıllık ücretli iznin amacı, işçinin dinlenerek sağlığını ve işgücünü koruması ve yeniden güç kazanmasını sağlamaktır²⁴⁸. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez (İş K. m. 53/2) ve işçi yıllık ücretli iznindeyken bir işte ücret karşılığı çalışamaz. Aksi taktirde bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir (İş K. m. 58). Böylelikle kanun koyucu, işçinin ücretli izninden gereği gibi faydalanabilmesini güvence altına almak istemiştir. Doktrinde, 58. maddenin sadece tam süreli iş sözleşmeleri için uygulama alanı bulması gerektiği zira söz konusu

²⁴⁵ Süzek s. 858

²⁴⁶ RG, 19.03.1981 -17284

²⁴⁷ Özel işyeri teriminden anlaşılması gereken, özel sektör işyeri değil, İş Kanunu ve diğer özel hukuk hükümlerine tabi işyerleridir. Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.329

²⁴⁸ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.331

hükümün sadece tam süreli iş sözleşmeleri göz önünde bulundurulmak suretiyle getirildiği ve birden çok iş ilişkisi içine girilen durumlar ile kısmi süreli iş sözleşmelerine dayanarak çalışan işçilerin durumuna uygun düşmediği belirtilmektedir²⁴⁹.

Sanat, kültür ve reklam faaliyetinde çalıştırılan çocuklara İş Kanunu'nda öngörülen ilgili hükümler uygulanacak olmakla birlikte ilgili yönetmelik tasarısıyla bazı düzenlemelerden sapılmıştır. Şöyle ki yönetmelik tasarısı uyarınca çocuk, iş ilişkisinin bir yıl ve daha uzun sürmesi halinde yirmi sekiz günden az olmamak üzere yıllık ücretli izne hak kazanır. Söz konusu bu iznin kesintisiz kullandırılması gerekmektedir. Şayet çocuk okula ya da eğitimine devam ediyorsa, yıllık ücretli iznin okulların tatil olduğu ve çocuğun kursa ve diğer eğitim programlarına devam etmediği dönemlerde verilmesi gerekmektedir (m.11). Bu düzenlemeyle, çocuğa yetişkin işçilere kıyasla daha uzun dinlenme süresi verilmiş ve çocuğun iş ve okul gibi kendisini yoran sorumlulukları olmadan dinlenmesine olanak tanınmak istenmiştir.

Küçük bir parantez açmak gerekir ki, öngörülen en az yirmi sekiz günlük yıllık ücretli izinle Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile yakalanamamış olan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı²⁵⁰ standartı bu konuda yakalanmış olmaktadır. Zira Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 7. maddesinde devlete on sekiz yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkı tanınmasını sağlama ödevi yüklenmiştir. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte ise bu süre en az 20 gün olarak öngörülmüştür.

²⁴⁹ Tunçomağ/ Centel, s.183

²⁵⁰ RG, 09.04.2007- 26488

BÖLÜM IV: İŞ KANUNU MADDE 71 KAPSAMINDA SANAT, KÜLTÜR VE REKLAM FAALİYETLERİNDE ÇALIŞTIRILAN ÇOCUĞUN SOSYAL GÜVENLİĞİNİN KAPSAMI

Söz konusu İş K. m.71 uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklar olduğunda akla bunların sosyal güvenlikleriyle ilgili çeşitli sorunlar gelmektedir. İlk olarak bunların yaşı sigortalılıklarına etki edecek midir? Şayet cevap etmeyeceği yönündeyse, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmaları hangi hükümler uyarınca sigortalı olmalarına vesile olacaktır?

5510 sayılı kanunun m. 6/I/h hükmü uyarınca, normalde m. 4/I/b ve 4/I/c kapsamına girmesi gerekenlerden on sekiz yaşını doldurmamış olanlar sigortalı sayılmazlar meğer ki meslek ve sanat okulunu bitirip öğrenimiyle ilgili bir görevde çalışsınlar ve mahkemece ergin kılınmış olsunlar. Ancak söz konusu bu hüküm, m. 4/I/a kapsamına girenler, yani iş sözleşmesi uyarınca çalışanlara ilişkin değildir. Yukarıda da incelendiği üzere konumuz kapsamına giren çocukların iş sözleşmesi uyarınca çalıştırıldıkları kabul edilmelidir. Dolayısıyla m.6/I/h hükmü, bunların sigortalı sayılmasına engel olmaz.

Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar on beş yaşının altındaki çocukların iş sözleşmesiyle çalıştırılırsalar dahi sigortalı sayılmayacağını belirtmiştir²⁵¹. Ancak kanaatimizce yasa koyucu, on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışabileceklerini öngördükten sonra bu çocukların da sigortalı olduklarını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, çalışmamız kapsamına giren çocuklar, on sekiz yaşını doldurmamış olsalar dahi sigortalı sayılacaklardır. Ancak bu çalışma süreleri sigortalılık süresine eklenmez, sadece prim ödeme gün sayısına eklenir²⁵².

²⁵¹ Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s.338

²⁵² Refik Korkusuz, Suat Uğur, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ekin Yayınevi, 2016, s.269; Tuncay/Ekmekçi, s.338

D) Kural Olarak m. 4/I/a Uyarınca Sigortalı Olmaları

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca zorunlu sigortalılar 3 gruba ayrılmıştır (m. 4). Bunlar, m. 4/I/a'lılar yani, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, m. 4/I/b'liler yani kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar ve son olarak m. 4/I/c'liler yani devlet memurları ve kamu görevlileri olarak sayılabilir. Ancak bazı çalışma faaliyetleri, nitelikleri itibarıyla yukarıda sayılan bu üç kategoriye de girmezler. Bunların da sosyal sigorta şemsiyesi altına girmesini isteyen kanun koyucu, söz konusu bu faaliyetleri ilgili kategorilerle ilişkilendirmiş, böylece bu kişilerin de sosyal güvenceye sahip olmasını sağlamıştır. Örnek vermek gerekirse, işçi sendikası ile sendika başkanı arasındaki ilişki iş akdine dayanmaz ancak kanun koyucu bunların m. 4/I/a kapsamında değerlendirilmelerine hükmetmiştir. Yine, başbakan veya bakanlar da kamu görevlisi ya da devlet memuru niteliğinde değildir. Ancak kanun koyucu bunların m. 4/I/c kapsamına almıştır. İşte, aynı şekilde m. 4/II/b hükmü ile sanatçı, düşünür ve yazarlar da m. 4/I/a kapsamına alınmıştır²⁵³.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 5510 sayılı kanunun m. 4/I/a hükmü uyarınca, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, sigortalı sayılırlar. Hemen belirtmek gerekir ki, hüküm kapsamına sadece İş Kanunu anlamında işçi sayılanlar değil, kural olarak bütün iş yani hizmet sözleşmesi uyarınca çalışanlar girmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar iş sözleşmesinin unsurları arasında ücret bulunsun da doktrin ve Yargıtay, kanunun sistematığı ve maddelerin düzenleniş şekli uyarınca anılan unsurun sigortalı niteliğini kazanabilmek için zorunlu olmadığını belirtmektedir. Zira iş sözleşmesinin ayırt edici ve belirleyici özelliği zaman ile bağımlılık unsurlarıdır kaldı ki 5510 sayılı kanunun 82. maddesinin 2. fıkrası bu görüşe dayanaktır kabul edilebilir²⁵⁴.

Kısaca, bir çalışanın m.4/I/a uyarınca sigortalı sayılması için; çalışma ya da iş ilişkisinin kural olarak hizmet sözleşmesine dayanması, çalışmanın işverene ait

²⁵³ Caniklioğlu/Özkaraca, s. 637

²⁵⁴ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Basım, 2016, s. 80; 10. HD, 2012/23901 E., 2013/14733 K., 28.06.2013

organizasyon kapsamında yapılması ve çalışanın 6. maddede sayılan kişilerden olmaması gerekmektedir²⁵⁵. Söz konusu bu unsurlardan birinin eksik olması, aksi yönde bir hüküm yoksa, kişinin m.4/I/a uyarınca sigortalı olmasına engel olur²⁵⁶.

Madde 4/I/a uyarınca sigortalılık, kişinin çalışmaya, meslekî ve teknik eğitime, meslekî ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimine, staja veya bursiyer olarak göreve başladıkları tarihten itibaren başlar (m. 7/1/a). Sigortalılık statüsünün oluşumu için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir, resmi veya yazılı bir sözleşme biçimi şart değildir. Asıl olan sigortalının çalışmaya başlamasıdır. Fiili çalışmayla sigortalılık statüsü kendiliğinden oluşur²⁵⁷. Kişi fiili olarak çalışmaya başlamamışsa yani gerçek bir çalışma söz konusu değilse sigortalılık statüsü oluşmaz²⁵⁸. Zaman zaman basına yansıyan çocukların sigortalılıklarının iptal edildiği yönündeki haberler de²⁵⁹ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın söz konusu bu çalışmaların gerçeği yansıtmadığı yönündeki tespitinden ileri gelmektedir. Yargıtay uyarınca kurum sigortalılık tescilini iptal etme yetkisini haizdir²⁶⁰. Sigortalılık başlangıç tarihi ve hizmet tespitine yönelik davalar kamu düzenini ilgilendirir ve bu sebeple hakim davayı özel bir duyarlılık ve özenle yürüterek çalışma olgusunun varlığını ya da yokluğunu detaylıca araştırarak net bir şekilde ortaya koymalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispat edilebilir²⁶¹.

Yukarıda da değinildiği gibi, İş K. m. 71 uyarınca sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocukların, iş sözleşmesi uyarınca çalıştıklarının kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kural olarak bu çocuklar m.4/I/a uyarınca

²⁵⁵ 10. HD, 2006/6493 E., 2007/4738 K., 27.03.2007; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 80

²⁵⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.80

²⁵⁷ 21. HD, 2016/9347 E., 2017/10923 K., 21.12.2017

²⁵⁸ 10. HD, 2012/23901, 2013/14733 K., 28.06.2013

²⁵⁹ Örnek olarak 2012 yılında basında binlerce çocuğun sigortalılıklarının iptal edildiği yönünde haberler yer aldı. SGK'nın 140 bin bebeğin reklam ajansı ve matbaa gibi yerlerde çalışma kaydının bulunduğunu tespit ettiği ve 127 binin sigortasını iptal ettiği yönündeki haber için bkz: <http://www.haberturk.com/ekonomi/is-yasam/haber/759685-besikte-sucustu>; <http://www.gazete5.com/haber/127-bin-bebegin-sigortasi-iptal-edildi-230186>; 12 bin 601 “artist çocuğun” sigortalılıklarının iptal edildiğine dair haber için bkz: <https://www.haberler.com/12-bin-artist-cocugun-sigortasi-iptal-3613686-haberi/> ; 127 bin çocuğun sigortalılığının iptal edildiği yönündeki haber için bkz: <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2012/07/17/cocuk-sigortalilarin-yuzde-90i-iptal>

²⁶⁰ 10. HD, 2010/6607 E., 2010/10507 K., 08.07.2010

²⁶¹ HGK, 2015/10-3342 E., 2017/1452 K., 29.11.2017

sigortalı sayılacaklardır. Ancak aynı kanunun m.4/II/b ve ek madde 6 hükmü, bazı çocuklar açısından ayırık düzenlemelere neden olmuştur.

II) Ek Madde 6 Kapsamına Giren Haller

5510 sayılı kanunun m. 4/II/b hükmü uyarınca “*bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar*” hakkında m.4/I/a hükmü uygulanır. Ancak zaten söz konusu bu kişiler bu çalışmalarını hizmet sözleşmesi kapsamında gerçekleştiriyorlarsa herhangi özel bir hükme gerek kalmadan m. 4/I/a kapsamında sayılırlar. Bundan dolayı doktrinde, iş sözleşmesi ile çalışan sanatçıların²⁶² zaten 4/I/a kapsamında oldukları, dolayısıyla m. 4/II/b hükmünün, iş sözleşmesiyle çalışan sanatçıları değil, iş sözleşmesi dışında vekalet, eser sözleşmesi gibi iş görme sözleşmeleriyle çalışan sanatçıları kapsadığı belirtilmiştir²⁶³. Bir kısım yazarlar ise, söz konusu maddenin kapsamında olanların bir bölümünün sözleşmesine göre çalıştığını, öteki bölümünün ise iş sözleşmesine göre çalışmadıklarını belirterek aslında söz konusu hükmün iş sözleşmesi uyarınca çalıştırılanları da kapsadığını belirtir²⁶⁴.

Doktrinde, m. 4/II/b hükmünün, iş sözleşmesiyle çalışan sanatçıları kapsamadığının savunulmasının aslında iki nedeni vardır. İlki yukarıda da belirtildiği gibi iş sözleşmesi uyarınca çalışanların halihazırda m. 4/I/a kapsamına girmeleridir. İkincisi ise, kanunda yapılan değişikliğin bu görüşü destekler bir değişiklik olarak yorumlanmasıdır. Şöyle ki, 5510 sayılı kanunun ilk halinin m.4/2/b hükmünde, sanatçılardan hizmet akdiyle çalışanların m.4/1/a’lı olarak sigortalı sayılacağı belirtilmiş ancak kanun henüz yürürlüğe girmeden 5754 sayılı kanunla yapılan değişiklikle m.4/2/b’de yer alan hizmet akdiyle çalışan ibaresi yasadan

²⁶² Sanatçı terimini “film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarları” kapsayacak bir biçimde kullanılmaktadır. Dolayısıyla, sanatçı kavramını tanımlamayı gerekli bulmuyoruz.

²⁶³ Korkusuz/ Uğur, s. 217; Tuncay/Ekmekçi, s. 302; Caniklioğlu/Özkaraca, s.639,640

²⁶⁴ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s.91

çıkarılmıştır²⁶⁵. Bu da doktrinin ve Yargıtay’ın bu durumu, hizmet sözleşmesiyle çalışan sanatçıların zaten m.4/I/a kapsamında oldukları bundan dolayı m.4/2/b kapsamına giren sanatçıların iş sözleşmesi dışında bir iş görme sözleşmesiyle çalışan sanatçılar olduğu şeklinde yorumlamaları sonucunu doğurmuştur²⁶⁶.

Bununla birlikte, 2011 tarihinde getirilen ek madde 6 uyarınca “....4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları, bu madde kapsamında kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanır.” Görüldüğü üzere söz konusu maddede, m.4/2/b kapsamına giren ve diğer şartların yanında “iş sözleşmesi” uyarınca çalışan kişilerden bahsetmektedir. Dolayısıyla şahsi kanaatimiz, kanunun getirdiği söz konusu bu yenilikten sonra m.4/2/b hükmünün hem iş sözleşmesi uyarınca hem de diğer iş görme sözleşmeleri uyarınca çalışan işçileri kapsadığını kabul etmek olmalıdır.

Ek madde 6 ile getirilen yenilik, doktrinde isabetli olarak oldukça çok eleştirilmektedir²⁶⁷. Sosyal güvenlik sistemi, herkesin sosyal güvenceye sahip olmasını sağlayan, mümkün olduğunca çok risk kapsayan bir sistem olmalıdır²⁶⁸. Ancak söz konusu yenilikle, bazı sanatçıların sosyal güvenceye sahip olmaları hem zorlaştırılmış hem de sosyal güvencelerinin kapsamı daraltılmıştır. Şöyle ki; normalde, iş sözleşmesi uyarınca çalışan bir sanatçı m.4/I/a uyarınca bütün uzun ve kısa vadeli sigorta kollarından yararlanacak ve bunun sigorta primleri, işveren tarafından ödenecektir. Ancak ek madde 6’ de belirtilen şartlarda çalışan kişiler, ancak primlerini otuz gün üzerinden kendileri ödemeleri şartıyla m.4/I/a uyarınca sigortalı sayılırlar ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına zorunlu olarak, işsizlik sigortasına ise isteğe bağlı tabi olurlar²⁶⁹. Yani, otuz gün üzerinden prim ödemelerine rağmen yine de sigortalılıklarının kapsamı diğer m. 4/I/a’lılar

²⁶⁵ Akyiğit, s.281

²⁶⁶ Caniklioğlu/Özkaraca, s.639; Akyiğit, s.282

²⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Caniklioğlu/ Özkaraca, s.641 vd.; Akyiğit, s.282

²⁶⁸ Caniklioğlu/ Özkaraca, s.637

²⁶⁹ Tuncay/Ekmekçi, s.329

kadar geniş değildir. Zira bunlar, malullük, yaşlılık, ölüm ve genel sağlık sigortasından yararlanmakla birlikte (ek madde 6/3) kısa vadeli sigorta kolları olan, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortasından yararlanamazlar²⁷⁰.

5510 sayılı kanunun 6. ek maddesi kapsamına girenler ise ilgili maddede sayılmıştır. Şöyle ki şayet kişi;

- film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlardan yahut düşünür ya da yazar olup,
- Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 25.05.2012 tarihli 2012/8 sayılı "Sanatçı Olarak Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi Onayına İlişkin Usul ve Esaslar" isimli Genelgesinin ek-1'inde yer alan işlerde,
- kısmi süreli bir iş sözleşmesi uyarınca,
- bir ay içinde on günden az olarak çalışıyorsa,

sigortalılığı kendisi tarafından 30 gün üzerinden prim ödenmesi halinde sağlanır. Bu şartlardan on günden az çalışma ile kısmi süreli çalışmaya değinmekte fayda vardır.

A) Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Uyarınca Çalışma

Kısmi süreli iş sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nda, *"işçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler"* olarak tanımlanmıştır (BK m. 393). İş Kanunu uyarınca ise kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olduğu sözleşmedir (İş K. m13/1). Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesi uyarınca çalışan kişi olarak tanımlanmıştır. Şayet söz konusu işyerinde emsal işçi bulunmazsa, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen ve belirsiz süreli iş sözleşmesi uyarınca çalışan işçi dikkate alınacaktır (İş K. m. 12/3).

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu'na tabi olan sözleşmelerde bir sözleşmenin kısmi süreli sayılması için önemli ölçüde daha az çalışma kriteri aranmazken, İş

²⁷⁰ Caniklioğlu/ Özkara, s.655

Kanunu'na tabi olan sözleşmelerde bu kriter aranır. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği²⁷¹ uyarınca ise kısmi süreli çalışma, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmalardır (m.6). 5510 sayılı kanununda ise kısmi süreli iş sözleşmeleri tanımlanmamıştır. Ancak Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde²⁷² sigortalının normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre üçte ikisi oranından daha az belirlendiği çalışmaların kısmi süreli çalışmalar olduğu belirtilmiştir (m.101).

Ancak unutmamak gerekir ki, yetişkin işçileri için öngörülen azami çalışma süreleri ile küçük işçiler için öngörülmüş azami çalışma süreleri farklıdır. Dolayısıyla çocuğun iş sözleşmesinin kısmi süreli olup olmadığı saptanırken bu farklılık göz önüne alınmalı ve hesaplama buna göre yapılmalıdır. Yani, yetişkin işçilerin haftada 45 saat çalıştığı bir işyerinde 30 saat çalışan bir yetişkin kısmi süreli sayılacaktır. Ancak zaten sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan on beş yaşını doldurmamış işçilerin haftada 30 saatten fazla çalıştırılması kanunen hiçbir surette mümkün değildir. Dolayısıyla örnek olarak, haftada 30 saat çalışan yetişkin bir sanatçının kısmi süreli olarak çalıştığı kabul edilecekken on dört yaşındaki sanatçının tam süreli çalıştığı kabul edilmelidir. Bu kişinin kısmi süreli olarak çalıştığı kabul edilmesi için 20 saat ya da daha az çalışması gerekmektedir.

B) On Günden Az Çalışma

5510 sayılı kanunun ek madde 6 hükmü uyarınca, çalışma günü, kişinin ay içerisindeki çalışma saati süresine göre hesaplanacaktır. Aynı kanunun 80/I/h maddesi uyarınca, *“Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir. Ancak, işveren ve sigortalı arasında kısmî süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine*

²⁷¹ RG, 06.04.2004 -25425

²⁷² RG, 12.05.2010 - 27579

göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir.”

Doktrinde İş Kanunu uyarınca haftalık çalışma süresinin 45 saat olması ve İş Hukuku uygulamasında cumartesi gününün de çalışma günü kabul edilmesinden cihetle günlük çalışma süresinin 7,5 saat ($45/6 = 7,5$) olarak belirlenmesi gerektiği ve kişinin aylık çalışma gün sayısının, ayda çalıştığı toplam saatin 7,5' e bölünerek bulunması gerektiği belirtilir. Çıkan sayının kesirleri de bir gün kabul edildikten sonra sonuç 10'dan az olursa bu kişinin ek madde 6 kapsamına girecektir²⁷³.

Ancak elbette, yetişkin işçiler için öngörülen haftalık ve günlük çalışma süreleriyle yapılan hesaplamanın çocuk işçiler için de geçerli olması kabul edilemez. Bundan dolayı bu erişkin olmayan işçiler için yapılan hesaplamanın, kanundaki ayırık hükümler gözetilerek yapılması gerekmektedir.

C) Maddede Sayılan Unsurları Taşımalarına Rağmen Ek Madde 6 Kapsamına Girmeyenler

Tam süreli çalışmaları nedeniyle uzun vadeli sigorta kollarına tabi olanlar, 506 sayılı kanunun 20. maddesi kapsamında sigortalı olanlar ve kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almakta olanlar, yukarıda sayılan unsurları taşıyalar bile ek madde 6 kapsamında ayrıca sigortalı olmazlar (ek madde 6/7).

²⁷³ Caniklioğlu/ Özkaraca, s.646

SONUÇ

Görüldüğü üzere, çocukların çalışmaları faaliyet alanlarına göre farklı farklı kanunlar kapsamına girmekte, böylelikle farklı kanun hükümlerine tabi olmaktadır. Bu durum ise, çalışan çocuklar arasında adaletsizliğe yol açmaktadır üstelik, kanun koyucu çocukların en çok çalıştığı alanları İş Kanunu dışında bırakarak onların ilgili korumalardan yararlanmalarının önüne geçmiştir²⁷⁴.

On dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılması ise ancak 2015 yılında İş Kanunu kapsamına alınarak, yıllardan beri zaten hali hazırda yapılan çalışmalar kanuni dayanağa kavuşturulmuştur. Ancak maalesef yapılan atılımlar bununla sınırlı kalmış, üç yıldan beri çıkması öngörülen yönetmelik hala daha çıkmamış ve bu konu adeta unutulmuştur. Kaldı ki hazırlanan yönetmelik tasarısı da özenden uzak bir tasarıdır, İş Kanunu'nda olmayan terimlere ve kanuna aykırı hükümlere yer vermiştir. Dolayısıyla kanaatimizce, yönetmelik tasarısı ancak ciddi bir revizyondan geçirildikten sonra yürürlüğe sokulmalıdır.

Temyiz kudretine haiz olmayan çocukların çalışmalarının iş sözleşmesine dayandırılması iş sözleşmesinin bireysel nitelik taşıması ve unsurları nedeniyle tartışmalı olabilecekken, İş Kanunu'nun bu çalışmalara açıkça cevaz vermesi ve bunları düzenlemesi kanaatimizce bu ilişkileri iş sözleşmesine dayanan iş ilişkileri olarak kabul etme zorunluluğunu doğurur. Teknik hukuk açısından bu durum göze batsa da yapılan bu düzenlemeyle, ilgili çalışmalar kanuni dayanağa oturtulmuş ve çocukların İş Kanunu ve ilgili mevzuatta öngörülen işçiyi koruyucu hükümlerden faydalanmaları sağlanmıştır. Dolayısıyla bütün eksiklik ve özensizliklere rağmen yapılan bu düzenlemeyi sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocukların korunması için atılan bir adım olarak değerlendirebiliriz. Ancak üzücü bir şekilde bu tarihe kadar sadece atılan bu adımla yetinilmiş ve ivedilikle ihtiyaç duyulan sonraki adımlar hala daha atılmamıştır.

²⁷⁴ Akyüz, s.484

Bilindiği üzere işçi, iş ilişkisinde zayıf olan, korunmaya ihtiyaç duyan taraftır. Bundan dolayı İş Kanunu işçiyi korumayı amaçlamış ve bu yönde birçok hüküm öngörmüştür. İşçinin çocuk olduğu hallerde ise koruyucu tedbirlerin de evleviyetle artırılması gerekir. Zira çocuklar toplumun en savunmasız, zayıf ve korunmaya ihtiyaç duyan kesimlerinden birini oluşturur ve dolayısıyla erişkin bir işçiye kıyasla daha fazla korunmaya ihtiyaç duyarlar. Bundan dolayı İş Kanunu'nda on sekiz yaşını doldurmamış işçiler için ayrı hükümler öngörülmüş, örnek olarak bunlar için çalışma yasakları, kısaltılmış azami çalışma süreleri, ek iş sağlığı ve güvenliği hükümleri, yazılılık şartı gibi düzenlemeler öngörülmüştür. Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısında da benzer koruyucu hükümlere yer verilmekle birlikte tasarı hala daha yürürlüğe girmemiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi ilgili tasarı yürürlüğe girene kadar Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin uygulanması düşünülebilir.

Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışan çocukların sigortalılıklarında kanun koyucu talihsiz bir ayrıma gitmiştir. Doktrinde sıkça eleştirilen 5510 sayılı kanunun 6. ek maddesine belirtilen hallerde çocuklar, diğerlerinin aksine m.4/I/a kapsamında değil, daha dezavantajlı olan ek madde 6 kapsamına gireceklerdir. Bu ise doktrinde sıkça eleştirilen bir durumdur.

Sonuç olarak denilebilir ki, on dört yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılması hukukumuzda oldukça atıl durumda kalmış bir konudur. Şayet bu alanlarda çalışan küçük çocukların gerçek anlamda korunması dleniyorsa bu konuya ivedilikle eğilinmelidir.

KAYNAKÇA

Akipek Jale G., Akıntürk Turgut, Ateş Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2016

Aktay Nizamettin, Arıcı Kadir, Kaplan/Senyen Tuncay, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013

Akyiğit Ercan, **Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990

Akyiğit Ercan, “Sanatçıların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu”, **Hukuk ve Sanat**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s.215-290

Akyüz Emine, **Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, İstanbul, Pegem Akademi, 2018

Avcı Özgür, “İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2010/28, s.1397-1424

Aykaç Hande Bahar, “Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 116. sayı, 2015, s.335-386

Bakırcı Kadriye, “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, **Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları**, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yayın No: 595, 2007 (Ayrımcılık)

Bakırcı Kadriye, **Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından)**, İstanbul, Beta Basım, 2004

Caniklioğlu Nurşen, Özkaraca Ercüment, “Sanatçıların Sosyal Güvenliği”, **İÜHFM**, C. LXXII, S.2, 2014, s. 637-664

Cengiz Urhanoğlu İftar, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Genç İşçilerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 98. sayı, 2012, s.203-230

Centel Tankut, “Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçi Haklarının Avrupa Sosyal Şartı’yla Korunması”, **İnsan Hakları Yıllığı Cilt 12**, Ayı Bası, Ankara, Devlet İstatistik Enstitüsü Matbaası, 1990 (Avrupa Sosyal Şartı)

Centel Tankut, **Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3041, Hukuk Fakültesi No: 667, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982 (İş Güvenliği)

Cocquempot-Caulier, Nicole. "Enfants artistes, diversité des dons, égalité des protections ", **Journal du droit des jeunes**, vol. 307, no. 7, 2011, s. 13-18

Çelik Nuri, Caniklioğlu Nurşen, Canbolat Talat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Basım, 2017

Çenberci Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976

Demir Fevzi, "Çalışma Hayatında Çocukların Korunması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Özel S., 2010 (Basım Yılı: 2012, s.547-577 ("Çocuklar"))

Demir Fevzi, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İzmir, Albi Yayınları, 2017

Ekonomi Münir, **Ferdi İş Hukuku**, Cilt 1, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1984

Engin Murat, "Gençlerin İş Güvenliği", **Çimento İşveren Dergisi**, 8 (5), 1994 ("Gençler")

Engin, Murat, "Türk İş Hukukunda Evde Çalışma", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 5, Sayı:3, 2000, s.269-287 (Evde Çalışma)

Engin Murat, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**,1993

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2017 (Özel Hükümler)

Erkul İhsan, **Türk İş Hukuku Dersleri 931 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970

Erzurumluoğlu Erzan, **Borçların Genel Kuralları**, Ankara, Kalite Matbaası, 1978

Esener Turhan, **İş Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1978

Eyrenci Öner, Taşkent Savaş, Ulucan Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, İstanbul 2017

Ferreira Nuno, "Working Children in England and Wales: Waking up from Inertia" **King's Law Journal**, vol. 28, no. 3, Dec. 2017, s. 381-402.

Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979 (Aile Hukuku)

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976

Gümrükçüoğlu Yeliz Bozkurt, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15 Özel Sayı, 2013, s.481-545 (“Genel Bir Bakış”)

Günay Cevdet İlhan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yetkin Yayınlar, Ankara, 2015

Gündüz Selim, “Türkiye’de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 22, Sayı:1-2-3, Şubat-MayısAğustos 2009, s.1-28

Gürsel İlke, “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı 74(2), 2016, s. 415-464

Güven Ercan, Aydın Ufuk, **İş Hukuku**, Eskişehir, 1998

Güzel Ali, Okur Ali Rıza, Canıklıoğlu Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Basım, 2016

Hatemi Hüseyin, **Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017

Helvacı Serap, Erlüle Fulya, **Medeni Hukuk- Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018

İnan Ali Naim, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No:3, 1968

İncirlioğlu Lütfi, **Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu Sorulu- Cevaplı ve Uygulamalı**, Legal, Mayıs 2006

Kılıçoğlu Ahmet, **Medeni Hukuk**, Tıpkı Ek 3. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Hatemi Hüseyin, Serozan Rona, Arpacı Abdülkadir, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017

Koç Nevzat, “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt 7 Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, 2005, s. 99-120

Korkusuz Refik, Korkusuz Halit, **Hukuk Başlangıcı**, İstanbul, Beta Basım, 2016

Korkusuz Refik, Uğur Suat, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ekin Yayınevi, 2016

Köprülü Bülent, **Medeni Hukuk Genel Prensipler -Kişinin Hukuku**, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984

Mayer Gerald, **Child Labor In America: History, Policy and Legislative Issues**, 2013, Çevrimiçi erişim: <https://fas.org/sqp/crs/misc/RL31501.pdf>

Mollamahmutoğlu Hamdi, Astarlı Muhittin, Baysal Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku**, Ankara, Lykeion Yayınları, 2017

Mollamahmutoğlu Hamdi, Astarlı Muhittin, Baysal Ulaş, **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2014

Narmanlıoğlu Ünal, “İş Hukukunda Çocukların Korunması”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Yayına Hazırlayan: Zafer Gören, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000, s.669-681 (“Çocukların Korunması”)

Narmanlıoğlu Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2014

Nomer Haluk, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2017

Oğuzman Kemal, Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017

Oğuzman Kemal, Seliçi Özer, Oktay-Özdemir Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016

Olivier Frédérique, “L'enfant et la profession de mannequin”, **LEGICOM**, vol. 9, no. 3, 1995, s. 16-20

Öğüz Tufan, “Çocuk Ve Genç İşçiler İle Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, s.9 İstanbul 2008, s.23-26

Özdemir Burhan, “Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri ve Hizmet Borçlanmaları”, **Çimento İşveren Dergisi**, Sayı:3, Cilt:13, Mayıs 1999

Özdemir Hayrunnisa, Ruhi Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012

Özkaraca Ercüment, Ünal Canan, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 20 Sayı 1, Özel Sayı, 2014, s. 355-410

Özsunay Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979

Reisoğlu Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2012

Rongé Jean-Luc. “ La France ne respecte pas les règles relatives au travail des enfants “, **Journal du droit des jeunes**, vol. 254, no. 4, 2006, pp. 7-15

Saymen Ferit, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1954

Seçer Öz, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, **Legal İHSGHD**, S.28, 2010, s.1425-1452

Serozan Rona, **Çocuk Hukuku**, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017

Serozan Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 2011

Süzek Sarper, **İş Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2018

Süzek Sarper, **İş Hukuku**, 13. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul, Beta Basım, 2017

Süzek Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 20 Sayı 1, Özel Sayı, 2014, s. 123-141 (Geçersizlik)

TBMM 687 Sıra Sayılı Komisyon Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf>

Tekinay Selahattin Suhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk, Altop Atilla, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1985

Tuğ Adnan, Baysal Ulaş, “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt-2, İstanbul, Beta Basım, 2011

Tuncay Can, Ekmekçi Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2017

Tunçomağ Kenan, Centel Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2016

Tunçomağ Kenan, **İş Hukukunun Esasları**, Beta Basım, İstanbul, 1988

Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977

Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963

Yaşar Mert, **Sanat, K t r ve Reklam Faaliyetlerinde  ocukların  alıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı İle İlgili Görüşler**, 28.06.2016, *online* *erişim:* [http://www.academia.edu/27530917/ Sanat Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde  ocukların  alıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı Hakkında Görüşler](http://www.academia.edu/27530917/Sanat_K lt r_ve_Reklam_Faaliyetlerinde_ ocukların_ alıştırılma_Usul_ve_Esasları_Hakkında_Y netmelik_Taslağı_Hakkında_G r şler)

Yavuz Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri ( zel Hükümler)**, Faruk Acar, Burak  zen, 14. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2016

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

Yürekli Sabahattin, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Seçkin, Ankara, 2011

Zevkliler Aydın, Gökyayla Emre, **Borçlar Hukuku  zel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017

Zevkliler Aydın, Acarbey Beşir, Gökyayla, Emre, **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999

EKLER

Ek : 13.06.2016 tarihinde ilgili kurum, kuruluşlar ve sosyal taraflar ile paylaşılmış olan Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Tasarısı

ÖZGEÇMİŞ

Didem Yalçıntaş, 21.05.1991 tarihinde Suudi Arabistan'ın Cidde ilinde dünyaya gelmiştir. Lise eğitimini Notre Dame de Sion Fransız lisesinde tamamladıktan sonra Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinde hukuk öğrenimi görmüştür.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Didem Yalçıntaş
Tez Başlığı : Çocuğun İş Kanunu Madde 71 Kapsamında Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalıştırılması
Savunma Tarihi : 19 / 06 / 2018
Danışmanı : Prof. Dr. Murat Engin

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Murat Engin

Prof. Dr. Refik Korkusuz

Dr. Öğr. Üyesi Sedef Koç



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

