

**İŞİN TERKİ SURETİYLE SONA EREN HİZMET
SÜRELERİNDE KIDEM TAZMİNATI**

Yarg. 9. HD., 27.6.1984, E. 1984/5644, K. 1984/6629.

Niteliği itibariyle uzun süreler hiç ara verilmeden çalışmanın insan sağlığı için büyük tehlike yaratan işlerde işçinin işe ara verip tekrar dönmesi ve bu durumun tekrarlanması, işçi yönünden işi mutlak terk şeklinde yorumlanmamalıdır. Ancak bir yargıya varılabilmesi için hizmet sürelerinin ve ara vermelerin ^{menkul} ölçüler içerisinde birbiri ile oranlı bulunması da gerekir. Belirtilen şekilde ara vermeler kıdem tazminatında hesaba katılır; buna karşılık çalışma dönemi işçinin işi istekli terk suretiyle sona ermişse, bu kısım kıdem süresinde dikkate alınmaz.

İŞK. 14, 16.

Dava : Davacı, kıdem tazminatı farkının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Yargıtay Kararı

İş Kanununun değişik 14. maddesi bir kimsenin hangi hallerde kıdem tazminatına hak kazanacağını hükme bağlamıştır. İşçinin işini 16'ncı mad-

dede öngörülen nedenlerle bozması da yasanın 14. maddesinin ilk fıkrasının 2'nci bendi uyarınca kıdem tazminatını gerektirecek hallerdendir. İşçi tarafından işin, İş Kanununun 16'ncı maddesinde öngörülen nedenlerden biri söz konusu olmaksızın terkedilmesi kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmaz. Burada isbat hukuku yönünden de ilke olarak şu hususun özellikle belirtilmesi de zorunludur. Kıdem tazminatı davasında işçi 16'ncı maddede öngörülen nedenlerden birinin gerçekleştiğini iddia ediyorsa bu konuda isbat yükü işçiye düşer; buna karşılık 16'ncı maddede öngörülen hallerden biri söz konusu olmaksızın işveren işçinin kendiliğinden işini terkedtiğini savunuyorsa isbat yükü işverene düşer. Diğer taraftan isbat yükü kendisine düşen taraf da iddia ve savunmasını her türlü delille isbat edebilir. Böyle olmakla beraber terk savunmasında bulunan işveren de mücerret tutulması tamamen tek taraflı olarak kendi iktidarında bulunan sicil dosyasında gene sadece kendisi tarafından konulan «iş isteği ile terketti» veya benzeri şekilde bir kayda dayanamaz; başka bir anlatımla sadece bu nitelikte bir kayda dayanarak kıdem tazminatı hakkının ortadan kalktığını savunamaz.

Bu temel ilkeler açısından olayın incelenmesine gelince: yapılan iş kömür ocaklarında yeraltı işçiliğidir. İşin niteliği itibarıyla bir insanın hiç aravermeden uzun süreler çalışması insan sağlığı bakımından büyük tehlikeler doğurmaktadır ve çoğunlukla da mesleki hastalık adı verilen malûliyete düşürmektedir. Bu durumun gerek işçi ve gerekse işveren tarafından karşılıklı bilinmekte olduğu ve bu sebepten dolayı, çalışma boyunca zaman zaman ve değişik sürelerle işe ara verildiği tekrar işe dönüldüğü ve bu durumun uzun yıllar boyunca tekerrür ettiği, işverenin de bunu olağan karşıladığı anlaşılmaktadır. Ancak gene işverence tutulan sicil dosyalarında işçinin ayrılışı sırasında «iş terk» veya «istekli terk» şeklinde tek taraflı olarak bir kayıt konulduğu görülmektedir. Az önce işin niteliği ve çalışmanın zaman içerisinde sürdürülmesi açısından açıklanan durum işin özelliğine uygun düşen bir uygulama niteliğine bürünmüştür. Yukarıda kıdem tazminatına hak kazanan ve isbat yükü hakkında kısaca değinilen temel ilkelerin de yeraltı kömür ocaklarındaki özellik dikkate alınarak bir değerlendirilmesi yapılmalıdır. Şöyle ki; isbat hukuku yönünden önemli olan diğer bir husus hayatın olağan akışı içerisinde değerlendirme ilkesidir. Yeraltı kömür ocaklarının çalışmanın sürdürülmesi açısından gerçekleşen durumu hayatın doğal akışının gereği olarak tezahür etmektedir. O halde, kayıtlara «terk» şeklinde geçen aravermeler işçi açısından mutlak şekilde gerçek bir «terk iradesi» olarak yorumlanmamalı işin gereği bir aravermeye olarak kabul edilmelidir. Ancak bu yargıya da varılabilmesi için hizmet sürelerinin ve aravermelerin makul ölçüler içerisinde birbiri ile oranlı bulunması da gerekir.

Burada tıpkı manevi tazminatın hâkim tarafından takdirinde olduğu gibi kesin ölçüler konulamaz. O halde, hâkim «terkin» gerçek bir terk iradesine tekabül etmediğini, her olayın özelliğine hizmet ve aravermeye sürelerine göre değerlendirecektir.

Bu açıklamaların ışığında değerlendirme yapıldığında davacının çalışma

döneminin ... ile ... kısmı işi istekli terk suretiyle sona erdiğinin kabulü ile bu kısmının kıdem tazminatına katılması usul ve yasaya aykırı olduğundan karar bozulmalıdır.

Sonuç : Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27.6.1984 günün oyçokluğuyla karar verildi.

Karşı oy yazısı : Davacının dosyaya mübrez şahsi dosyasında muhtelif tarihlerde işi terk ettiğine dair formlar davalı işveren tarafından tek yönlü tanzim edilmiştir. İşçinin imzasını taşımayan bu belgeler davalı lehine davacı aleyhine delil olamaz. İşçinin işi terk ettiğini yani iş aktinin işçi tarafından feshedildiğini veya devamsızlık nedeni ile iş aktinin kendileri tarafından bozulduğunu iddia eden davalı işveren, kabule elverişli delillerle bunu ispat zorundadır. Söz konusu çalışmaya ara verme sürelerinin uzunca olması iş aktinin davacı işçi tarafından feshedildiğine karine olamaz. Hayatın olağan akışı işçinin bulunduğu işte sürekli çalışmasıdır. Bunun aksini iddia eden yani çalışmayı kesenin işçi olduğunu ileri süren işveren olduğuna göre işverenin bunu tereddüde yer vermeyecek açıklık ve kesinlikle ispatlaması gerekir.

Aksi halde iş aktinin işveren tarafından bozulduğunu kabul etmek icap eder. Bu kabul tarzı iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine de uygun düşer. Bu davada davalı, iş aktinin işçi tarafından zaman zaman feshedilmesi sebebiyle inkıtalarla devam ettiğini isbat edememiştir. Şu halde mahalli mahkemenin inkıtalardan önceki süreleri de çalışma süresine ilave ederek kıdem tazminatının hesaplanmasında bir yanlışlık yoktur.

Kararın İncelenmesi

I. Giriş

1. Olay

a) Davacı işçi, davalı işverene ait kömür ocağı veya ocaklarında, aralı olarak çalışmıştır. Son olarak geçen hizmet süresinin hangi nedenle sona erdiği, karar metninden anlaşılmamaktadır. Ancak, açılmış bulunan dava, «kıdem tazminatı farkının ödenmesi»ne ilişkin bulunduğundan, mevcut hizmet sözleşmesinin, kıdem tazminatına hak kazandırır biçimde sona erdiği; buna karşılık, kıdem tazminatının miktarına esas olacak kıdem süresinin hesabında tarafların uyuşmazlığa düştükleri sonucu dolaylı olarak karardan çıkmaktadır.

b) Davacının kıdem tazminatı farkının ödenmesine ilişkin isteği, da-

valı idare tarafından yerine getirilmemiştir. Davalının, kıdem tazminatı farkının ödenmesine ilişkin isteği reddedişinin gerekçeleri, karar metninde yazılı bulunmamakla birlikte; yine dolaylı olarak, bu konuda davalı idarenin, kendisince tutulan davacıya ait kişisel sicil dosyasındaki «iş terk» veya «istekli terk» biçiminde düşülen kayıtları temel aldığı anlaşılmaktadır.

2. Çözümlemesi gereken hukuki sorun

İnceleme konusu Yargıtay kararında çözümlenmesi gereken hukuki sorun; önce, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde, fasılalarla çalışma halinde kıdem hesaplanması ve sonra da, kıdem tazminatı isteme hakkının doğumunu sağlayan, hizmet sözleşmesinin yasa da belirlenen nedenlerden biriyle sona ermesi koşulunda ispat yükünün hangi tarafa düşeceğini belirleme konuları üzerinde toplanmaktadır.

3. Adli mercilerin hukuki sorunu çözüm biçimleri

a) Alt mahkeme; davacının kıdem tazminatı farkının ödenmesine ilişkin isteğini, kısmen de olsa, kabul etmiştir.

b) Alt mahkeme kararı, davalı idare avukatı tarafından temyiz edilmiş ve hukuki uyumsuzluk, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, alt mahkemenin vermiş olduğu sözkonusu kararı,

aa) İşçi tarafından işin, İşK m. 16'da öngörülen nedenlerden biri sözkonusu olmaksızın terkedilmesinin, kıdem tazminatı isteme hakkını ortadan kaldıracığı,

bb) Kıdem tazminatı davasında:

aaa) İşçi İşK m. 16'da yeralan nedenlerden birinin gerçekleştiğini iddia ettiğinde, bunu ispat yükünün işçiye düşeceği,

bbb) İşK m. 16'da öngörülen hallerden biri sözkonusu olmaksızın, işçinin kendiliğinden işi terkettiği savunma olarak ileri sürüldüğünde, bu hususu ispat yükünün işverene düşeceği,

ccc) İspat yükü kendisine düşen taraf iddia veya savunmasını, esas olarak her türlü delille ispat edebilmekle birlikte, terk savunmasında bulunacak işverenin, sicil dosyalarına kendisince düşülen «iş isteğiyle terketti» biçimindeki kayıtlara dayanamayacağı,

cc) İşin niteliği itibarıyla bir insanın hiç aravermeden kömür ocaklarındaki yeraltı işçiliğinde uzun süre çalışmasının, insan sağlığı açısından büyük tehlikeler doğurduğu, bu yüzden anılan yerlerde çalışma boyunca zaman zaman ve değişik sürelerle işe ara verilip tekrar işe dönüldüğü; böylece, kayıtlara «terk» biçiminde geçen aravermelerin, işçi açısından mutlak bir «terk iradesi» olarak yorumlanmayıp işin gereği olan bir araverme biçiminde kabul edileceği; buna karşılık, belirtilen sonuca ulaşabilmek için, hizmet süreleri ile aravermelerin makul ölçüler içinde orantılı bulunması gerekeceği ve bunu da, yargıcın, her olayın özelliğine göre değerlendireceği, gerekçeleriyle uygun görmemiş ve bozmuştur.

c) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin belirtilen bu kararı, oyçokluğuyla

alınmış bir karardır. Nitekim, sözkonusu dairenin bir üyesi; karara eklenen karşı oy yazısında, davacı işçinin işi terk ettiğine ilişkin ve davalı işverence tek yönlü düzenlenmiş formların, davacı aleyhine delil olmayacağını, işçinin işini terk ettiğini iddia eden işverenin bunu kabule elverişli delillerle ispatlamak zorunda olduğunu, çalışmaya araverme sürelerinin uzunca olmasının hizmet sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiğine karine oluşturmayacağını, tersine çözümün «işçiyi koruma ilkesi»ne uygun düşme-yeceğini belirtmiş ve alt mahkemenin, aravermeden önceki süreleri hizmet süresine ekleyerek kıdem tazminatını hesaplayan kararını yerinde bulmuştur.

II. Kararın değerlendirilmesi

1. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bu karar, aynı daire tarafından daha önce aynı konuda verilen kararlarla uyum içinde olup, bunlara ters düşmemektedir. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; sözelimi önce, 3.11.1983 gün ve 6906/8812 sayılı kararında (Tütis VIII, 2 (Mart 1984), sh. 14), «... Davacının çalıştığı işyeri itibariyle bir insanın aravermeden uzun yıllar çalışması insanın insan olarak varlığını sürdürdürebilmesine olanak verecek nitelikte sayılamaz. Nitekim işveren de bu özelliği dikkate alarak uygulamada muayyen zamanlarda ara vermeyi olağan karşılamış ve uygulama bu yolda sürdürülmüştür. Gerçekten davacı için de böyle bir uygulama mevcut olup da ara vermeler işi terk anlamında pek uzun sayılmayacak sürede ise bu hizmetlerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir. Kaldı ki bu konuda işverence tek taraflı olarak sicil dosyasına «iş istekli terk» şeklinde kayda dayanılarak da davanın reddi isabetsizdir. Terki işveren isbat etmelidir...» anlatımına yer vererek, aravermeler işi terk anlamında pek uzun sayılmayacak sürede olduğunda, sözkonusu hizmet sürelerinin kıdem tazminatı hesabında gözönünde bulundurulması gerekeceğini ve bu konuda, işverence düşülen «iş terk etti» biçimindeki kayıtların isbat gücünün yeterli olmayacağını belirtmiştir. Daha sonra, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.5.1984 gün ve 4867/5909 sayılı kararında da, «... Yapılan iş yeraltı maden işçiliğidir. İşin bu niteliği ve hizmet süresiyle iş koşulları dikkate alındığında kısa süreli aravermelerin gerçek anlamda istifa anlamını taşıdığını kabul etmek isabetli olamayacağından bu sürelerdeki çalışmaların da kıdem tazminatı içinde değerlendirilmesi gerekir. - İsbat hukuku yönünden de davacının imzası bulunmayan terk belgelerinin de davacıyı bağlayacağı düşünülemez...» denilerek, yeraltı çalışmalarındaki kısa süreli ayrılmaların, istifa gibi işlem görmeyeceği vurgulanmıştır. İncelenmekte olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararı da, işte aynı doğrultuda verilmiş bir diğer karar olmuştur.

2. İş Kanununun 14. maddesi, işçinin hangi durumlarda kıdem tazminatına hak kazanacağını göstermiştir. Sözkonusu maddede gösterilen du-

rumlardan bir bölümü, hizmet sözleşmesinin işveren ve diğer bir bölümü de, işçi tarafından feshine ilişkindir. Bunun yanısıra, ölüm gibi hizmet sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği bir durumda da kıdem tazminatına hak kazanılabilmektedir (İşçinin kusurlu davranışı sonucunda ölümü durumunda mirasçılarının kıdem tazminatı hakları için bak. Yarg. 9. HD., 21.3.1978 - 1977 - 1976/4003 ve bu kararı eleştiren M. Ekonomi, İHU, İşK 14 (No.16); N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, sh. 193-194; Ü. Narmanhoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, sh. 248-249). Dolayısıyla, işverenin veya işçinin iradesiyle hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinde, esas olarak, hukuken «hizmet sözleşmesinin feshi»nden sözedileceği görülmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin incelenen kararında ise, «... İşçi tarafından işin, İş Kanununun 16'nı maddesinde öngörülen nedenlerden biri söz konusu olmaksızın terkedilmesi kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırır...» anlatımına yer verilerek, «terk» deyimini esas alınmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin burada kasdettiği konu, işçinin hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshettiği durumlarda (İşK m. 16) kıdem tazminatına hak kazanmasıdır. Buna karşılık, «terk» sözcük anlamı itibarıyla, «bırakma, ayrılma»yı anlatmaktadır (bak. Türkçe Sözlük II, Türk Dil Kurumu yayını, Ankara 1983, sh. 1176). İşin bırakılmasına veya işyerinden ayrılınması durumlarına yolaçan nedenler de, sadece İşK m. 13'da sayılan ve işçiye hizmet sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisi tanıyan hallerden ibaret olmayıp, sözelimi «muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla» veya «yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla» hizmet sözleşmesinin feshi yahut «kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi» gibi durumları da (İşK m. 14/I) kapsamaktadır. Bunun gibi, «istifa» edilerek işyerinden ayrılınması ve işin bırakılması da, geniş anlamda «terk» kavramı içine sokulabilir. Oysa, gerek «istifa» (M. Ekonomi, İHU, İşK 14 (No. 27) Karş. F. Şahlanan, İHU, İşK 14 (No. 25) ve gerekse «terk» sözcüğü, hizmet sözleşmesinin sona ermesi konusunda, İş Hukuku açısından isabetli birer deyim niteliğini taşımamaktadır. Bu bakımdan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin inceleme konusu kararında, halk arasında ve günlük yaşamda fesih yerine kullanılan terk deyimine yer verilmesi, yerinde olmamıştır. Kanımca, sözkonusu karar «hizmet sözleşmesinin feshi» gibi bir hukuki kavram üzerine oturtulmuş bulunsaydı, daha büyük bir açıklık kazanılmış ve daha yerinde sonuçlara ulaşılmış olunurdu. Nitekim, İş Hukuku açısından geçerli olan «fesih» - «feshi ihbar» - «haklı nedenle fesih» gibi hukuki kavramlar üzerine oturtmayı daha çok fiili bir durumu (ancak, yine de kendisine hukuki sonuçlar bağlanan bir olayı) anlatan «terk» deyimini üzerine kararını kuran Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; kastı bu olmamakla birlikte, «kıdem tazminatı hakkının doğumu için, işçi tarafından işin, mutlaka İşK m. 16'da belirtilen nedenlerden birisiyle feshedilmesinin gerekeceği» türünden bir sonuç çıkarılabileceği bir anlatıma yer vermiş bulunmaktadır.

3. Kıdem tazminatına temel oluşturacak kıdem hesabında, işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçecek hizmet sözleşmesinin devamı süresi dikkate alınacaktır. İşK m. 14/II, konuya ilişkin olarak, «İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına

bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır...» hükmünü taşımaktadır. Buna göre, İŞK m. 14/II açısından önemli olan; öncelikle hizmet sözleşmesinin devam etmiş olup olmadığı, yani devam eden (tek bir) hizmet sözleşmesine mi yoksa çeşitli zamanlarda (fasılalarla) yapılmış ayrı hizmet sözleşmelerine mi dayanılarak, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışıldığıdır. Böylece, aynı işverene ait bir veya değişik işyerlerinde sürdürülen çalışmaların, aralıksız olmasının gerekmediği konusu ortaya çıkmaktadır. Ancak, ister kesintisiz ve isterse kesintili (aralı) çalışılsın, hizmet sözleşmesinin devam edip etmediğine göre, değişik hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Uygulamada gerçekleşecek çeşitli olası durumları, ayrı ayrı ele alacak olursak;

a) Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde, devam eden bir hizmet sözleşmesine dayanılarak,

aa) Kesintisiz çalışılmaktadır. Bu takdirde, kıdem belirlenmesinde bu işyerindeki veya işyerlerindeki hizmet sürelerinin tümü, birlikte dikkate alınacaktır. Aynı işverene ait olmak koşuluyla, işçinin çalıştığı işyerlerinin veya gördüğü işin değişik nitelikte olması yahut işyerlerinin değişik illerde bulunması, sorunu etkilemeyecektir (*S. Reisoğlu, 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, sh. 39*).

bb) Kesintili, yani aralı çalışılmaktadır. Gerçekten, hizmet sözleşmesinin devam etmiş bulunmasına karşılık, işin veya işyerinin niteliği yahut bazı geçici nitelikteki olaylar yüzünden, çalışmalar kesintili, yani aralı olarak yapılmış olabilir.

aaa) Hizmet sözleşmesinin devam etmesine karşılık, işin veya işyerinin niteliği gereği aralı olarak çalışılan işlerin en canlı örneği, mevsimlik işlerdir. Gerçekten, mevsimlik işlerde çalışma döneminin bitimiyle, hizmet sözleşmesi sona ermemekte ve hizmet sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni çalışma dönemine kadar askıda kalmaktadır (Askıda kalma kavramı için bak. *Ş. Akyol, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, sh. 55-56*). Askı süresi sona erdiğinde de, yeni çalışma dönemi başlamakta ve taraflar, birbirlerine karşı haklarını ve borçlarını ileri sürme olanağına kavuşmaktadır. Devam etmekte olan bir hizmet sözleşmesinden doğan hak ve borçların, işin mevsimlik niteliği dolayısıyla askıda kalması durumunda; bu sürenin, işçinin kıdemini hesabında gözönünde bulundurulup bulundurulmayacağı konusu ise, öğretide tartışmalıdır (*Olumlu görüşte: Çelik, sh. 201; M. Ekonomi, Genel Görüşme - 1927 Sayılı Kanun İle Kıdem Tazminatı Yönünden Getirilen Yenilikler ve Doğurduğu Sorunlar, Eskişehir 1976, sh. 74; Narmanlıoğlu, sh. 117 ve dn. 213. Olumsuz görüşte: M. Cuhruk, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1978, sh. 42-43; M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, sh. 311; T. Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, sh. 250; Reisoğlu, sh. 44-45; K. Tunçomağ, İş Hukuku I, İstan-*

bul 19884, sh. 414. Aynı doğrultudaki Yargıtay kararları için bak. Çelik, sh. 200 dn. 40 b. Ayrıca bak. M.K. Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet «İş» Akdinin Feshi, İstanbul 1955, sh. 246-247; F.H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, sh. 598. Karş. S. Taşkent, «Mevsim ve Kampanya İşleri», İstanbul Barosu Dergisi L, 11-12 (Kasım-Aralık 1976), sh. 51).

bbb) Hizmet sözleşmesinin devam etmesine karşılık, bazan da geçici nedenlerle çalışmaya ara verilmesi sözkonusu olur. Gerçekten, sözgelimi grev ve lokavt, muvazzaf askerlik hizmeti dışındaki askerlik yükümü, hastalık, kusur dışı tutuklanma ve zorlayıcı neden gibi geçici nitelikteki nedenlerle çalışmaya ara verilebilir (Bu gibi durumlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bak. Narmanlıoğlu, sh. 118-125). Böyle geçici olarak çalışmaya araverme durumlarında, hizmet sözleşmesi devam etmekte, ancak işyerinde çalışma durumu gerçekleşmemektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin inceleme konusu kararı vesilesiyle, geçici nedenler yüzünden çalışmaya araverilmesi konusunda, bir diğer yeni örnek olay güncellik kazanmıştır. Bu da, kömür ocaklarında yeraltı maden işçisi olarak aralı çalışma durumudur. Gerçekten, bir işçinin hiç aravermeden kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde uzun süreler çalışması, işin niteliği gereğince, sağlık açısından büyük sakıncalar taşımaktadır. Nitekim, yeraltındaki kömür madeni ocaklarında çalışanlar, uzun süren çalışmalarının sonunda, meslek hastalığına yakalanmakta ve sakat kalmaktadır. Bu nedenledir ki, yaşlılık sigortası yardımlarından (yaşlılık aylığından) yararlanabilmenin koşulları, maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde sürekli çalışanlar ile sözkonusu işyerlerinin yeraltı münavebeli işlerinde çalışanlar için, diğer işlerde çalışanlara göre hafifletilmiştir (bak. M. Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Bağımsız Ek Kitap, Ankara 1979, sh. 11-112; A. C. Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 1984, sh. 190-194; K. Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1982, sh. 420-422).

Yeraltı maden işinin, niteliği itibariyle sağlığı bozucu tehlikeleri taşıması yüzünden, zaman zaman çalışmaya araverildiği ve sonra tekrar işe dönüldüğü, inceleme konusu Yargıtay kararında belirtilmektedir. Ancak, argıtay 9. Hukuk Dairesi, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde çalışmaya araverilmesinin hukuki nitelendirmesine, açık bir biçimde kararında yer vermemektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, sadece bu tür aravermelerin, mutlaka «terk» sayılmayacağını ve hizmet süreleri ile aravermelerin «makul ölçüler içerisinde» orantılı bulunması durumunda, aravermenin öncesinde geçen hizmet (çalışma) sürelerinin, kıdem tazminatına esas oluşturacak kıdem hesabında gözönünde tutulması gerektiğini açıklamaktadır. Oysa, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, oldukça ayrıntılı sayabileceğimiz inceleme konusu kararını, herşeyden önce belirtilen işlerdeki aravermelerin ve kendisinin «terk» olarak nitelendiği olayın hukuki nitelendirmesi üzerine kurması gerekirdi. Çünkü, herhangi bir olayda varılacak hukuki sonuçlar, doğal olarak, yapılacak hukuki nitelendirmelere göre değişmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, inceleme konusu kararda, olayı daha çok bir ispat sorunu biçiminde değerlendirmiş görünmektedir.

Kanımca, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde olduğu üzere, işin niteliği itibarıyla ortaya çıkan geçici nitelikteki (kısa süreli) aravermeler, işçi açısından hukuken, «geçici ifa imkânsızlığı» olarak nitelendirilebilir. Gerçekten, geçici ifa imkânsızlığı, işçiyi geçici olarak işyerinde çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması durumudur. Geçici ifa imkânsızlığını yaratan neden, buna göre, «çalışmaktan alıkoyucu bir zorlayıcı neden» olmaktadır. Bu anlamda, zorlayıcı neden; kendisinden kaçınılamayan, önceden görülemeyen ve dıştan gelen bir olaydır (Zorlayıcı neden kavramı için bak. E. Akı, İHU, İŞK 17 (No. 7); Çelik, sh. 174; M. Ekonomi, İş Hukuku I, Ferdî İş Hukuku, İstanbul 1980, sh. 185 dn. 449; A. P. Gözübüyük, Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977, sh. 24; E. İnce, «İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep», İş Hukuku Dergisi I, 8 (Ağustos 1969), sh. 691-695; F. H. Saymen / H. K. Elbir, Türk Borçlar Hukuku I/1, Umumî Hükümler, İstanbul 1958, sh. 732; S. S. Tekinay, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979, sh. 810-811; K. Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, sh. 816). Ancak, buradaki zorlayıcı neden, aşağıda belirtileceği üzere, sürekli olmayıp geçicidir.

İnceleme konusu Yargıtay kararına dayanak oluşturan olaya bakıldığında; kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde uzun süreli çalışmanın, geçici ifa imkânsızlığı durumu yaratabildiği görülmektedir. Nitekim, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde işçinin hiç aravermeyen uzun süreler çalışması; sözkonusu Yargıtay kararında belirtildiği üzere, «... işin niteliği itibarıyla ... insan sağlığı bakımından büyük tehlikeler doğurmakta ve çoğunlukla da mesleki hastalık adı verilen maluliyete düşürmektedir.» kalınmaktadır. İşte; işçi, bu tür işlerde meslek hastalığına yakalanıp sakat kalmamak için, zorunlu olarak ve geçici biçimde çalışmaya aravermekte, bir süre sonra da tekrar işine dönerek çalışmasını sürdürmektedir. Değişik bir söyleyişle; kömür ocağında yeraltı maden işçisi olarak çalışan kimse, meslek hastalığına yakalanıp sakat kalabilme tehlikesi, yani gerçekleşme olasılığı bulunan fakat istenmeyen, büyük zarar ya da yok olmaya yolaçabilecek bir durum (Türkçe Sözlük II, sh. 1160) karşısında zorunlu olarak (zorlayıcı nedenle), çalışmasına geçici biçimde aravermektedir. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yerleşmiş deyimiyle «hayatın doğal akışı içinde» bir kimsenin, uzun bir süre (yıllar boyunca) günışığından yoksun biçimde ve yeraltının nemli ortamında çalışıp sağlıklı kalabilmesi düşünülemez. İşte, işin niteliği itibarıyla ortaya çıkan böyle bir zorunlulukla, geçici bir süre çalışmaya araverilip tekrar önceki çalışmanın sürdürülmesi gerekmektedir.

Kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinin niteliği itibarıyla doğan geçici aravermelerinde, hizmet sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı ve bu tür olayların, işçinin kıdem tazminatına esas olacak kıdem hesaplanmasını nasıl etkileyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır ki; bu da, inceleme konusu Yargıtay kararının temel noktasını oluşturmaktadır. Yargıtay 9. Hu-

kuk Dairesinin, kararında açıkça belirtilmemekle beraber, bu tür bir durumda hizmet sözleşmesinin sona ermediğini kabul ettiği ve belki de, bir askıda kalma durumunun sözkonusu olduğunu varsaydığı söylenebilir. Bunun gibi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, olayın hukuki nitelendirmesine gitmediği için, bunun hukuki (yasal) dayanağının ne olabileceğini de göstermiş değildir.

Kanımca; kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde olduğu üzere, işin niteliği itibariyle ortaya çıkan geçici (kısa süreli) aravermeler, işçi açısından hukukun «geçici ifa imkânsızlığı» olarak nitelendirilebildiğinden, bu konuda geçici ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Gerçekten, işçinin bu tür işlerde çalışmasına aravermesi ya da belirli bir süre işten ayrılması durumunda, hizmet sözleşmesi derhal sona ermemektedir. Genel hükümlere göre ise, sözleşmenin bir tarafının edimi, böyle bir durumun ortaya çıkması durumunda, imkânsız hale gelmekte ve bu ifa imkânsızlığı nedeniyle de, sözleşme sona erebilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bak. *M. Dural*, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, sh. 119 vd.; *Ö. Seliçi*, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, sh. 90-95). Ancak, bu genel esas, İş Hukukunun yapısına ve hizmet sözleşmesinin işçinin kişiliğiyle olan ilgisine uygun düşmeyeceğinden; yasakoyucu, genel hükümlerden bu konuda ayrılarak, hizmet sözleşmesinin bir süre ayakta durabilmesini sağlamıştır (*Narmanlıoğlu*, sh. 119-120 dn. 220). Nitekim, işveren, işçiyi işyerinde bir haftadan çok süreyle çalıştırmaktan alıkoyan bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması (geçici ifa imkânsızlığı) halinde, hizmet sözleşmesini (zorlayıcı nedenle) feshedebilir (İşK m. 17/bent III). Geçici imkânsızlık yüzünden çalışamayan işçiye ise, en çok bir haftaya kadar her gün için yarım ücreti ödenir (İşK m. 34). Böyle bir hükmün getirilmesindeki amaç da, tek geçinme aracı ücret olan işçiye, bir miktar olsun, yardım etmektir (*Tunçomağ*, İş Hukuku I, sh. 200). Hizmet sözleşmesinin yapılmasından sonra ortaya çıkmış bir zorlayıcı nedenin, İşK m. 17/bent III uyarınca, bir haftadan fazla süreyle işçiyi çalıştırmadan alıkoyması gerekmektedir. İşte, işçiyi çalıştırmadan alıkoyan zorlayıcı nedenler, bir haftadan fazla sürmüştü; işveren, isterse hizmet sözleşmesini feshedebilir ve isterse hizmet sözleşmesini feshetmez. Ancak, işveren hizmet sözleşmesini zorlayıcı nedenle feshetmezse, hizmet sözleşmesi askıda kalacaktır (*Tunçomağ*, İş Hukuku I, sh. 392).

Bütün bu söylenenler, inceleme konusu Yargıtay kararına dayanak oluşturan olaya uygulanacak olduğunda; kömür ocağındaki yeraltı maden işinde çalışan işçi, bir süre sonra sağlığının bozulması tehlikesiyle karşılaşmış sözkonusu durumu işverene bildirdiğinde, işveren, İşK m. 17/bent III'e göre hizmet sözleşmesini zorlayıcı nedenle feshetme hakkına sahip olacaktır. Böyle bir durumda, işveren, zorlayıcı nedenle hizmet sözleşmesini feshederse (İşK m. 17/bent III); işçiye, kıdem tazminatı ödenmesi gerekecek ve hizmet sözleşmesi de, «kıdem tazminatını gerektiren bir biçimde sona ermiş» bulunacaktır. İşveren zorlayıcı nedenle hizmet sözleşmesini feshedip işçi de işten ayrıldıktan sonra, aynı işverene ait kömür ocağında tekrar işçi çalışmaya başladığında; aşağıda (II 3 b) belirtilecek olan fasıllarla, yani ayrı bir hizmet sözleşmesine dayanılarak çalışma sözkonusu ola-

çak ve kıdemın hesaplanması, belirtilen duruma ilişkin esaslara bağılı olacaktır.

Sağlığının bozulması tehlikesiyle karşılaşp çalışamayacağını, işe aravermek istediğini ve bir süre sonra tekrar önceki işine döneceğini işçinin işverene bildirmesine rağmen, işveren hizmet sözleşmesini zorlayıcı nedenle feshetmez ve işçi de, çalışmasını bırakıp araverirse, mevcut hizmet sözleşmesi askıda kalacak ve işçiye kıdem tazminatı ödenmesi sözkonusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, işverenin hizmet sözleşmesini İŞK m. 17/bent II'ye göre haklı nedenle feshetme hakkında söz edilmeyecektir. Çünkü, işçi, işin niteliği itibarıyla sağlığına zararlı olduğunu işverene bildirerek, üzerine düşeni yapmakta ve çalışmasına geçici süreyle aravermektedir. İşçiye bu durumda kıdem tazminatı, tekrar çalışmaya başladıktan sonra, ancak ileride hizmet sözleşmesi kıdem tazminatını gerektiren bir biçimde sona ermesi halinde ödenecektir. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesi ileride kıdem tazminatını gerektiren bir biçimde sona erse bile, kıdemın hesaplanmasında araverme veya aravermelerin öncesindeki sürenin yahut sürelerin gözönünde bulundurulabilmesi için, aravermenin geçici olması (geçici ifa imkânsızlığı) gerekir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu hususu, «... hizmet sürelerinin ve aravermelerin makul ölçüler içerisinde birbiri ile oranlı bulunması da gerekir...» sözleriyle anlatmak istemiştir. Ancak, aravermenin geçici olması konusunda, kesin ölçüler koymak çok zordur. Bunun değerlendirmesini yargıca bırakmak ve ondan her olayın özelliğine göre, hizmet ve araverme süreleri açısından, bir değerlendirmeye gitmesini beklemek, inceleme konusu Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, yerinde bir çözüm olacaktır. Böyle bir durumda, yargıcın öncelikle, işçinin iradesinin, tekrar işe dönüp çalışmaya devam etmek üzere (geçici olarak) çalışmaya aravermeye yönelik bulunup bulunmadığını araştırması, uygun düşecektir. Bu konuda, araverme süresinin özellikle kısa ve çalışılan sürelerle orantılı olması, geçici ifa imkânsızlığından sözetmeye olanak yaratacaktır.

Bu anlamda, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işleri, nitelikleri itibarıyla her zaman «geçici ifa imkânsızlığı» yaratmayıp, bazen de işçi açısından «sürekli ifa imkânsızlığı» durumuna yolaçabilirler. Nitekim, kömür ocağındaki yeraltı maden işinde çalışma, işçi için «meslek hastalığı» veya «doktor raporuyla belgelenen çalışamazlık» durumlarını yaratabilir. İşte, işçi, «hizmet akdinin konusu olan işin yapılması sözleşme sırasında bilinmeyen ve işin mahiyetinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli» olduğundan, bu durumda İŞK m. 16/bent I f. a'ya dayanarak hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Böyle bir durumda; işçinin, kömür ocağındaki yeraltı maden işinin kendi «sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli» olduğunu, işe girerken «bildiği», dolayısıyla İŞK m. 16/bent I f. a hükümünden yararlanıp hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceği söylenemez. Çünkü, belirtilen durumda işçi, tehlikeyi bilme yerine, sadece tah-

min edebilme olanağına sahiptir. Nitekim, henüz gerçekleşmemiş bir tehlikenin bilinmesi, yani onun hakkında açık bir fikre sahibolunması yerine; böyle bir olası durumun, olsa olsa, tahmin edilmesi düşünülebilir. Doğallıkla, tahmin etme olanağı, nesnel olarak değerlendirilecektir. Ancak, İşK m. 16/bent If.a, «tahmin edilmeyen»i değil de «bilinmiyen»i öngördüğünden; kömür ocağındaki yeraltı maden işçisinin, işe girerken önceden, bu işin kendi sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olabileceğini tahmin etmesi, kendisinin ileride İşK m. 16/bent If.a'nın tanıdığı haklı nedenle fesih hakkını engellemeyecektir (bak. *Narmanlıoğlu*, sh. 186-187; *Tunçomağ*, İş Hukuku I, sh. 371. Karş. *Çenberci*, sh. 362). Buna karşılık, aynı işçinin henüz gerçekleşmeden, salt bu işin sağlığı için tehlikeli olduğunu ileri sürerek, İşK m. 16/bent If.a'ya göre hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi sözkonusu olmayacaktır. Çünkü, İşK m. 16/bent If.a'daki «olursa» sözcüğü, ancak tehlikenin gerçekleşmiş bulunduğu durumlarda, hizmet sözleşmesinin belirtilen hükme dayanılarak haklı nedenle feshedilebileceğini göstermektedir (*Çenberci*, sh. 362).

Öte yandan, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde ortaya çıkan «sürekli ifa imkânsızlığı» ile «geçici ifa imkânsızlığı» durumlarının da, birbirinden ayırılması gerekmektedir (Genel olarak sürekli - geçici ifa imkânsızlığı kavramları için bak. *Dural*, sh. 100-102; *Seliçi*, sh. 91-97 ve dn. 76). Gerçekten, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde sürekli ifa imkânsızlığı, bu tür işlerde çalışan işçi için meslek hastalığı veya doktor raporuyla belgelenen çalışamazlık durumlarının sözkonusu olduğu hallerde, hizmet ediminin ifasının sürekli olarak imkânsızlaşmasıdır. Diğer bir söyleyişle, sürekli ifa imkânsızlığında, tehlike durumu gerçekleşmiş olup; hizmet edimi, sözgelimi sakat kalma veya ölüm gibi gerçekleşme olasılığı bulunan ancak istenmeyen, büyük zarar durumları yüzünden, sürekli olarak ifa edilememektedir. Kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde geçici ifa imkânsızlığı ise, tehlike durumunun henüz gerçekleşmediği ve hizmet ediminin, sözgelimi sakat kalma veya ölüm gibi gerçekleşmesi olası fakat istenilmeyen büyük zarar, yani tehlike durumlarının önüne geçilmek üzere, geçici bir süre için yerine getirilememesini anlatmaktadır. Nitekim, kömür ocağındaki yeraltı maden işinde çalışan işçi, uzun bir süre sürekli yeraltında çalıştığında, kendisi için sakat kalma veya ölüm gibi tehlike durumları gerçekleşecek ve giderek sürekli ifa imkânsızlığı sözkonusu olacak, hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi düşünülecektir. Oysa, kömür ocağındaki yeraltı maden işinde bir süre çalışan işçi, tekrar dönmek üzere ve hizmet süresiyle orantılı bir biçimde, çalışmasına kısa ve geçici bir süre için araverip tekrar çalışmaya başladığında; tehlike, yani sözgelimi sakat kalma veya ölüm gibi büyük zarar durumları atlatılmakta ve geçici ifa imkânsızlığının bulunduğu böyle bir halde, askıda kalan hizmet sözleşmesinin mutlaka sona erdirilmesi sözkonusu olmamaktadır. Bu anlamda, işçiyi çalışmaktan alıkoyucu nedenin, geçici ifa imkânsızlığında «geçici» (geçici nitelikteki zorlayıcı neden) ve sürekli ifa imkânsızlığında da, «sürekli» nitelikte bulunduğu göze çarpmaktadır. Sonra, bu tür ifa imkânsızlığı hallerinde, hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi de, değişik hukuki nedenlerle ve değişik kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Nitekim, konuya ilişkin ola-

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kıdem tazminatına esas oluşturan kıdem hesabında, geçici nitelikteki araverme öncesi hizmet sürelerinin gözönünde bulundurulacağı hususunu açıklığa kavuşturmuş olmakla birlikte, araverme (geçici ifa imkânsızlığı) sırasında geçen sürelerin kıdemden sayılması öngörmüş değildir. Bundan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, geçici ifa imkânsızlığını içeren araverme sürelerinin, kıdem hesabında gözönünde bulundurulmamasını istediği sonucu çıkarılabilir. Böyle bir sonucun çıkarılması, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin genel eğilimine uygun düşecektir. Çünkü, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; kıdem hesabında çalışılmış veya kanunen çalışılmış gibi sayılan süreleri (İŞK m. 41, 51) esas aldığı için, grevde geçen süre (bak. K. Oğuzman, Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri I, İstanbul 1984, sh. 211 dn. 100'deki Yargıtay kararları. Karş. 2822 sayılı Kanun m. 42/V) - «makul ölçüyü aşan istirahat süresi» (Yarg. HGK., 16.11.1933 - 1981 - 9 - 1067/1169 - İHU, İŞK 14 (No.30) ve mevsimlik işlerde işin tatile uğradığı dönem (bak. Çelik, sh. 200 dn. 40 b'deki Yargıtay kararları) gibi hizmet sözleşmesinin askıda kaldığı dönemde geçen sürelerin, kıdem hesabında gözönünde bulundurulmayacağı görüşündedir. Bu bakımdan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin; zorlayıcı nedenle araverme (geçici ifa imkânsızlığı) sırasında geçen süreleri de, hizmet sözleşmesinin bu süreler zarfında askıda kalması nedeniyle, kıdem hesabında gözönünde bulundurmayacağı, doğallıkla söylenebilir.

b) Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde, fasılalarla çalışıldığı durumlara gelince; böyle bir durumda, hizmet sözleşmesinin, aralıklı olarak kurulması söz konusu olup, işçi de, ayrı hizmet sözleşmelerine dayanarak çalışmaktadır. Gerçekten, bir işçi, aynı işverene ait bir veya değişik işyerlerinde, çeşitli zamanlarda kurulan birden çok hizmet sözleşmesiyle çalışmış olabilir. Sözgelimi, bir işyerinde dört yıl çalışmış olan bir işçi, bir süre sonra aynı işverene ait aynı işyerinde veya onun bir başka işyerinde tekrar çalışmaya başlayabilir. Burada dikkat edilecek nokta; işçinin, tek bir hizmet sözleşmesiyle değil de, çeşitli zamanlarda kurulan ayrı hizmet sözleşmesi veya sözleşmeleriyle çalıştırılmasıdır. Buna göre de, işçinin önceki hizmet sözleşmesi, kıdem tazminatını gerektiren veya gerektirmeyen bir biçimde sona erebilmektedir.

aa) İşçinin önceki hizmet sözleşmesi, kıdem tazminatı ödenmesini gerektiren bir biçimde sona erdiğinde; kıdem tazminatı ödenmiş, eski süre-

lerin, daha sonra verilecek kıdem tazminatının hesabında gözönünde tutulup tutulmayacağı konusu, öğretilerde tartışmalıdır (*Olumlu görüşte: Ekonomi, İş Hukuku I, sh. 222; Narmanlıoğlu, sh. 265-266; Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet «İş» Akdinin Feshi, sh. 250-251; Reisoğlu, sh. 40-41. Olumsuz görüşte: Cuhruk, sh. 28-31; E. İnce, İHU, İşK 14 (No. 3); Tunçomağ, İş Hukuku I, sh. 412. Ayrıca Yargıtayın görüşü için bak. Çelik, sh. 197 dn. 37 c ve dn. 38 ile Reisoğlu, sh. 41 dn. 53-55'de yer alan kararlar*).

Öğretilerde bu tartışma, inceleme konusu Yargıtay kararı açısından, geçici ifa imkânsızlığı halinde İşK m. 17/bent III'e göre işverenin ve sürekli ifa imkânsızlığında da, İşK m. 16/bent I f.a'ya göre işçinin hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshetmeleri durumları için önem kazanacak ve kıdem tazminatının hesabında esas alınacak kıdem süresi, yukarıda belirtilen görüşlerden tercih edilenine göre, değişecektir.

bb) İşçinin önceki hizmet sözleşmesi, kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyen bir biçimde sona erdiğinde; önceki hizmet süresinin, daha sonra verilecek kıdem tazminatının hesabında, gözönünde bulundurulup bulundurulmayacağı konusu da, öğretilerde tartışmalıdır (*Olumlu görüşte: Çemberci, sh. 311-312; Çelik, sh. 199-200; Ekonomi, İş Hukuku I, sh. 223-224; Narmanlıoğlu, sh. 132. Olumsuz görüşte: Cuhruk, sh. 29-30; Reisoğlu, sh. 42-43; Saymen, sh. 598. Karş. Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet «İş» Akdinin Feshi, sh. 250 dn. 98. Değişik doğrultudaki Yargıtay kararları için bak. Çelik, sh. 199-200 ve dn. 39 b ile 40 a'daki ve Narmanlıoğlu, sh. 131-132 dn. 247-252'deki Yargıtay kararları*).

Öğretilerdeki bu tartışmalı durum; inceleme konusu Yargıtay kararı açısından, sadece işçinin, kendi isteğiyle işyerinden ayrıldığı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin özgün deyimiyle «işçi tarafından işin İş Kanununun 16. maddesinde öngörülen nedenlerden biri söz konusu olmaksızın terkedilmesi» durumu için önem kazanmakta ve kıdem tazminatının hesabında esas alınacak kıdem süresi, yine yukarıda belirtilen görüşlerden tercih edilenine göre, değişecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; açıkça belirtmemekle birlikte, araveme sürelerinin uzunca olması yüzünden, olayda aynı işverene ait bir veya değişik işyerinde fasıllarla, yani ayrı hizmet sözleşmelerine dayanılarak çalışıldığını ve önceki hizmet sözleşmesi veya sözleşmelerinin, işçinin kendi isteğiyle ayrılması (özgün deyimiyle, «işin İş Kanunu'nun 16. maddesinde öngörülen nedenlerden biri söz konusu olmaksızın terki») sonucunda kıdem tazminatını gerektirmeyen biçimde sona erdiğini, dolayısıyla bu sürelerin yeni ödenecek kıdem tazminatına esas tutulacak kidedin hesabında gözönünde bulundurulamayacağını kabul etmiştir.

Önceki hizmet sözleşmesi kıdem tazminatını gerektirmeyen ve daha sonraki hizmet sözleşmesi ise kıdem tazminatı ödenmesini gerektiren biçimde sona erdiğinde, kıdem süresi hesaplanırken önceki sürenin gözönünde bulundurulup bulundurulmayacağı konusunda, Yargıtay kararlarının değişik yönlerde yer aldığı görülmektedir. Gerçekten, kendi isteğiyle işten ay-

rilan işçinin yeniden işe alınması durumunda, önceki döneme ilişkin sürenin kıdem süresine katılmasını ve işten çıkarma nedeni ne olursa olsun, işçinin aynı işverenin ayrı ayrı işyerlerinde çalıştığı sürelerin birleştirilmesini öngören Yargıtay kararlarına (Bunlar için bak. *Narmanlıoğlu*, sh. 131 dn. 247-248'de yeralan Yargıtay kararları) karşılık; hizmet sözleşmesinin daha önceki bozma nedenlerinden birisi kıdem tazminatı verilmemesini gerektiren bir neden olduğu takdirde, fasilalı olarak kurulmuş hizmet sözleşmelerine ait sürelerin birleştirilemeyeceğini belirten Yargıtay kararı (bak. *Yarg. TD.*, 8.6.1953-1699/3535 - *S. Selçukî*, İlmî - Kazaî İçtihatlarla İş Kanunu, İstanbul 1973, sh. 308-309. Ayrıca bak. *Çelik*, sh. 200 dn. 40 a ve *Narmanlıoğlu*, sh. 131 dn. 251'de yeralan Yargıtay kararları) da bulunmaktadır. Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin inceleme konusu kararı; bu gibi durumlarda daha önceki hizmet süresinin, kıdem süresinin hesabında gözönünde bulundurulmayacağını öngörerek, birbiriyle çelişen Yargıtay kararlarından nisbeten yeni tarihli olanlarındaki eğilimi kabul etmiş görünmektedir.

4. İnceleme konusu Yargıtay kararının ortaya attığı diğer bir önemli sorun, ispat yükü sorunudur. Gerçekten, sözkonusu karar metninde, «... Kıdem tazminatı davasında işçi 16'ncı maddede öngörülen nedenlerden birinin gerçekleştiğini iddia ediyorsa bu konuda isbat yükü işçiye düşer; buna karşılık 16'ncı maddede öngörülen hallerden biri söz konusu olmaksızın işveren işçinin kendiliğinden işini terkettiğini savunuyorsa ispat yükü işverene düşer...» anlatımına yer verildikten sonra, işverenin tek tarafı olarak düzenlenmiş olduğu terk kayıtlarının işçiyi bağlamayacağı belirtilmiştir. Giderek, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; sözkonusu kararında, ispat hukuku açısından, «hayatın olağan akışı içinde değerlendirme ilkesi»nin önemli olduğunu açıklamakta ve kömür ocaklarındaki çalışmaların, araverme - tekrar çalışmaya başlama biçiminde sürdürüldüğüne dikkati çekmektedir.

Genel olarak belirtilecek olunursa; davacı ile davalıdan herhangi birinin talebine hak veren hukuk kurallarından hiçbiri uygulanamayacak olduğunda, olaylar bakımından bir belirsizlik durumu ortaya çıkacak ve sözkonusu durum, bunlardan birinin aleyhine bulunacak, yani o taraf talebini elde edemeyecektir. İşte, bu durumda, talebini elde edemeyecek olan tarafın kim olacağı sorusunu, ispat yükü kuralları yanıtlamaktadır. Bu anlamda, ispat yükü, «belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden, yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesidir» (*B. Umar / E. Yılmaz* (haz.), *İsbat Yükü*, İstanbul 1980, sh. 3) biçiminde tanımlanabilir. İspat yükü sorununun ağırlık noktasını, görüldüğü üzere, hangi olay için ispatın kime düştüğü oluşturmaktadır. Nitekim, yargıç, ispat yükünün kime düştüğünü belirttikten sonra, kural olarak, kendisine ispat yükü düşen kimsenin ispat işlemine girişmesi durumu ortaya çıkar. Karşı taraf ise, ispat yüküyle karşılaşan tarafın, iddiasını ispat etmesini bekleyecektir. Ancak, karşı taraf; kendisine ispat yükü

kü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, kendisinin, olayın aksini ispat etmesine gerek bulunmayacaktır. (Umar/Yılmaz, sh. 6-7). Türk Hukukunda, genellikle, Medenî Kanununun 6. maddesindeki «Kanun, hilâfını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını isbata mecburdur» hükmü, ispat yükünün paylaşılmasında ana ilke olarak kabul edilmektedir (bak. Umar/Yılmaz, sh. 44). Buna bağlı olarak, ispat yükünün, normal durumun (mutadın) aksini iddia edene düşeceği esası benimsenmektedir (bak. B. Kuru, Medenî Usul Hukuku - Ders Kitabı, Ankara 1983, sh. 307; İ.E. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, sh. 537; Umar/Yılmaz, sh. 45; S. Üstündağ, Medenî Yargılama Hukuku I, İstanbul 1977, sh. 518).

İspat yükü kuralları, kıdem tazminatı davası açısından ele alınacak olduğunda; kıdem tazminatı isteme hakkının doğumuna yol açan «hizmet sözleşmesinin yasada belirlenen nedenlerden biriyle sona ermesi» koşulunda, ispat yükünün hangi tarafa düşeceğini belirlemenin, uygulamada büyük önemi bulunan bir sorun olduğu görülmektedir. Nitekim, özellikle işverenin, hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshettiği iddiası, uygulamada işçi tarafından haksız olarak nitelendirilmekte ve bunun üzerine, feshin niteliğini belirleme işi, mahkeme (yargıç) tarafından yerine getirilmektedir. Hizmet sözleşmesinin hangi nedenle feshedildiğinin belirlenmesi konusunda ise, ispat yükünün kime düşeceğini açıklayan bir özel yasa hükmü bulunmadığından, doğallıkla, bu konuda genel ispat yükü kurallarına göre hareket edilecektir (Narmanlıoğlu, sh. 246).

Kıdem tazminatı davasındaki ispat sorununa ilişkin daha önceki Yargıtay kararları; genel ispat yükü kurallarına uygun olarak, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda, sözkonusu feshin, kıdem tazminatını gerektirmeyen bir nedenle yapıldığının ispatını işverene yüklemektedir (bak. Narmanlıoğlu, sh. 246-247 dn. 585 ve T. Uygur / İ. Dönmez / B. Kars, İş Dâvaları, İstanbul 1974, sh. 259-261'deki Yargıtay kararları). İnceleme konusu Yargıtay kararında da, aynı esasa bağlı kalınarak; «... Kıdem tazminatı davasında ... 16'ncı maddede öngörülen hallerden biri söz konusu olmaksızın işveren kendiliğinden işini terkettiğini savunuyorsa isbat yükü işverene düşer ...» denilmiştir.

Öte yandan, ispat yükü, daha önce belirtildiği üzere, normal durumun tersini iddia edene düşmektedir. İnceleme konusu Yargıtay kararı bakımından normal durum; kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde uzun süre çalışmanın, sağlık açısından sakıncalı olması, bu nedenle sözkonusu işlerdeki çalışmalara, zaman zaman araverilmesi ve tekrar işe dönülmesi olayıdır. Diğer bir söyleyişle, normal durumda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin deyişiyle «hayatın olağan akışı içerisinde», kömür ocaklarındaki yeraltı maden işleri bakımından hizmet sözleşmesinin, çeşitli zamanlardaki çalışmaya aravermelere rağmen, sona ermediği görülmektedir. Oysa, belirtilen durum, işin niteliği bakımından geçici aravermelerin sözkonusu olmadığı işlerde, işçinin hizmet sözleşmesini kendi isteğiyle feshetmesini oluşturmaktadır. İşte, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde çalışanların çalışmalarına geçici olarak aravermelerini ve bu durumda mevcut hizmet sözleşmesinin sona ermemesini normal gördüğü için,

bu olayın tersinin ispatını işverene yüklemektedir. Bu husus, özellikle inceleme konusu Yargıtay kararına ekli karşı oy yazısında, "... Hayatın olağan akışı işçinin bulunduğu işte sürekli çalışmasıdır. Bunun aksini iddia eden yani çalışmayı kesenin işçi olduğunu ileri süren işveren olduğuna göre işverenin bunu ... ispatlaması gerekir ..." denilerek açıklanmakta ve ispat yükünün, olayda işverene düştüğü belirtilmektedir.

İspat yükü kendisine düşen işveren, işçinin işi kendi isteğiyle terkettiğini veya kendisinin haklı nedenle hizmet sözleşmesini feshettiğini, her türlü delille ispat edecektir. Gerçi, İşK m. 7, "Bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir..." hükmünü taşımaktaysa da; sözkonusu hüküm, sadece hizmet sözleşmesinin feshi ihbarı hakkında yazılı şekli öngörmüş bulunmaktadır. Belirtilen istisnai hükmün, haklı nedenle fesih beyanlarına da uygulanması, bu bakımdan doğru olmayacaktır (*Tunçomağ*, İş Hukuku I, sh. 393). Olayımızda da, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi sözkonusu olduğundan, haklı nedenle feshi, işverenin mutlaka yazılı delille ispat etmesi düşünülmeyecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, inceleme konusu kararında, işveren tarafından işçinin kişisel durum dosyasına düşülen ve işçinin imzasını taşımayan «iş isteği ile terketti» veya «terk» biçimindeki kayıtları, yukarıda belirtilen «her türlü delil» içinde saymamaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bu görüşü, yerindedir. Gerçekten, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi için gerekli koşullar içinde, bir fesih beyanının bulunması aranmaktadır. İşK m. 16 ve 17'de bildirimsiz fesih hakkından söz edilmişse de, işçi veya işverenin anılan hükümler uyarınca hizmet sözleşmesini feshedebilmesi için, fesih iradesinin karşı tarafa yöneltilmesi zorunludur. Burada sözkonusu olan, bildirim gerekmediği değil de, fesihle hizmet sözleşmesinin derhal ortadan kalktığıdır (bak. *Tunçomağ*, İş Hukuku I, sh. 392). Bu bakımdan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, karşı tarafa yöneltilmiş bir irade beyanı niteliğini taşımayan kayıtları, delil niteliğinde görmemesi ve bu tür kayıtların, işçi tarafından imzalanmış olmadıkça, onu bağlamıyacağını belirtmiş bulunması, yerindedir.

Öte yandan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; araverme sürelerinin işin gereği sayılıp «terk» biçiminde nitelendirilmemeleri için, sözkonusu sürelerin geçici ve kısa olmalarını, bunun için de belirtilen sürelerin her somut olayda hizmet (çalışma) ile araverme sürelerinin gözönünde bulundurulularak değerlendirilmelerini öngörmüştür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin belirtilen değerlendirmesi de, yerinde bir görüştür. Gerçekten, kömür ocaklarındaki yeraltı maden işlerinde gerçekleşen aravermelerin, kötüye kullanılmasını önlemek gerekir. Nitekim, işçi, sözgelimi kendi isteğiyle işverenden ayrılmasını veya haklı bir nedene dayanmayan devamsızlığını örtmek üzere, geçici ve işin gereği olarak çalışmasına araverdiğini ileri sürebilir. İşte, bu gibi durumlarda, işin gereği olarak araverildiği belirtilen süreler, geçicilik niteli-

ğini aşacak kadar uzun nitelikte olabilir. Bu ise, «terk»in varlığını kabule götürebilir. Aravermenin devam süresi, görüldüğü üzere, «terk»in varlığı konusunda, belirti (karine) oluşturabilmektedir. İnceleme konusu Yargıtay kararına ekli karşıoy yazısında ise, «... Söz konusu çalışmaya araverme sürelerinin uzunca olması iş aktinin davacı işçi tarafından feshedildiğine karine olamaz...» anlatımına yer verilmiştir.

Kanımca, inceleme konusu Yargıtay kararına ekli karşı oy yazısındaki bu görüş, yerinde değildir. Çünkü, çalışmaya araverme sürelerinin uzunluğu; yargıcın, herhangi bir hukuk kuralıyla bağlı kalmaksızın, insanlar ve yaşam konusundaki deneyimlerinden yararlanıp belli olmayan bir olgu («terk» olgusu) hakkında sonuç çıkarmasını sağlayan bir belirti, yani *fiili karine* (Fiilî karine kavamı için bak. S. Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983, sh. 371) niteliğindedir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, inceleme konusu kararında, araverme sürelerinin uzunluğundan «terk» olgusunu kabul etmiş bulunmaktadır. Tersine bir görüşün benimsenmesi ise, uygulamada, yukarıda belirtilen olası kötüye kullanma olaylarını haklı kılar duruma getirecektir. Aslında, karşı oy yazısındaki «araverme sürelerinin uzunluğunun karine oluşturamayacağı» görüşüne, olayda işverene düşen ispat yükünün ortadan kalkmaması endişesiyle yer verilmiştir, denebilir. Oysa, böyle bir endişeye hiç gerek yoktur. Çünkü, fiilî karineler, ispat yükünü etkilemez, yani bir istisnaya yer vermezler (bak. N. Bilge / E. Önen, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, sh. 505; Edis, sh. 371).

III. Sonuç

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, inceleme konusu kararıyla, hizmet sözleşmesinin askıda kalacağı durumlara yeni bir örnek katmaktadır. Verilen karar, sonuç itibarıyla yerinde olmakla birlikte; her somut olayın, kendi özellikleri içerisinde, «terk» sayılıp sayılmaması konusunda, bundan böyle yargıcın çok titiz davranması gereken bir yolu açmaktadır. Gerçekten, söz konusu karar, geçici olarak çalışmaya aravermeden sözedilebilmesi için, hizmet süresi ile araverme süresinin «makul ölçüler» içerisinde birbiriyle orantılı bulunmasının aranmasını öngörmektedir. Bunu değerlendirecek olan ise, yargıçtır. Ancak, böyle bir değerlendirmeden, herkesçe kabul edilebilecek bir temele bağlanıp yalnız yargıcın kendi kanısına dayanmasından kurtarılabilmesi için; *kanımca*, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, ayrıca sağlığı nedeniyle çalışmaya araverdiğini ileri süren işçinin, daha önce çalışmayı bırakırken, bunu işverene bildirip bildirmedığı hususunun da araştırılmasını öngörmesi gerekirdi. Çünkü, aksi takdirde işçi, istediği anda veya sağlığının gerçekten tehlikeye girmediği bir zamanda bile işyerinden ayrılacak ve devamsızlığını örtmek üzere, araverdiğini iddia edebilecektir. Bu tür kötüye kullanma olaylarının ise, önüne geçmek gerekir. Aksi takdirde, kendi isteğiyle ayrılan işçiye kıdem tazminatı ödenmezken, «terk» olgusunu «araverme» savunmasıyla örtecek işçiye kıdem tazminatı verilmesi gerekecek ve bu da, eşitliği bozucu haksız uygulamalara yolaçacaktır.