

**İŞ HUKUKUNDA BUTLAN (GEÇERSİZLİK)'İN
UYGULANMASINA İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ**

Arş. Gör. İbrahim Aydınlı*

TC.YARGITAY

Onuncu Hukuk Dairesi

E.1997/3965

K.1997/3791

A. 20.5.1997

* SİGORTALI ÇALIŞMIŞLIĞIN İPTALI

* KADIN İŞÇİNİN ÇALIŞAMAYACAĞI İŞLER

ÖZET: İşe giriş bildirgesi verilmiş, primler ödenmişse, işyerinde yapılan işin, Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğüne göre, kadınlar tarafından yapılamayacağından bahisle, sigortalı çalışmışlığın iptali doğrudur.

İşyeri kayıtları getirilerek, tutanağı düzenleyen müfettiş, işyerinde çalışan diğer işçiler, işveren yada temsilcisi tanık sıfatıyla dinlenerek işyerinde kadın işçinin yapabileceği hafif işlerin ve büronun bulunup bulunmadığı, kadın işçiye gereksinim olup olmadığı belirlenerek varılan sonuca göre karar verilmelidir.

DAVA : Davacı, davalı kurum işleminin iptali ile davalılardan işverene ait işyerinde 1977 yılında geçen çalışmalarının tespitine ve sataşmanın önlenmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilanında belirtildiği gibi davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteminin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

YARGITAY KARARI

Davada; sonuç itibarıyla, 1.8.1977 ile 31.12.1977 tarihleri arasında davalı işverene ait işyerinde geçen kuruma bildirilen ancak sonradan iptal edilen sigortalı çalışmanın geçerliliğinin tespiti ile aksine kurum işleminin iptali istenmiştir.

Davacının, davalıya ait işyerinde 2.8.1977 tarihinde işe başladığına dair işe giriş bildirgesi süresinde kuruma verilerek davaya konu çalışma döneminde primler ödenmiştir. Kurum müfettişince düzenlenen 14.8. 1979 tarihli tutanak

* Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Araştırma Görevlisi

içeriğine nazaran da bu sürede davacıya yapılan ücret ödemeleri işyeri kayıtlarında mevcuttur. Ne var ki; davacının iş bu sigortalı çalışmaları; aynı müfettiş raporlarına dayanılarak işyerinin yükleyici çalıştırılmasına ilişkin olduğu bu işte ağır ve tehlikeli işler tüzüğüne göre; bir kadının çalıştırılmayacağı olgusu işverene sorulduğunda işverenin bir yanlışlık olduğu, ilgilinin kepçe işyerinde çalışmasının mümkün olmadığını beyan ettiğinden bahisle çalışma süresi kurum tarafından iptal edilmiştir. Öncelikle anılan sigorta müfettişi raporu işyeri kayıtlarının aksini öngören somut tespitleri içermemektedir. Şöyle ki; yükleyici çalıştırılması işyeri ağır ve tehlikeli işler kapsamında ise de, bu işyerinde hafif işlerde kadın işçilerin çalıştırılması mümkündür. Öte yandan tespiti konu dönemde işyeri işvereni davalı hacı olup 14.8.1978 günlü tutanakta adı geçen Murat'ın işveren sıfatı yoktur. Bu yönde Murat ile mümkün oldukça tutanağı düzenleyen sigorta müfettişi tanık sıfatı ile dinlenerek Murat'ın işyerindeki konumu belirlenmeli ve kendilerinden tutanakta ifade edilen yanlışlığın çalışma olgusuna ait olup olmadığı konusunda açıklama yapması istenmelidir. Keza aynı dönemde işyerinde çalışan kişiler işyeri kayıtlarından saptanarak tanık sıfatıyla dinlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Giderek davalıya ait bu işyerinde hafif işlerde kadın işçi çalıştırılmasına gerek olup olmadığı, keza davalı işverenin bu işi idare ettiği bir ofisinin bulunup bulunmadığı varsa işçi çalıştırılmasına gereksinim olup olmadığı konuları üzerinde de gereğince durulmalıdır.

Mahkemece belirtilen maddi ve hukuki esaslar göz önüne alınmadan eksik inceleme ve araştırma ile yazılı biçimde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. İnceleme konusu yapılan yukarıdaki Yargıtay kararı anlaşılır olduğundan burada tekrar özetlemekten çok tarafların ve yargı organlarının istem ve kararlarını belirterek somut olayın hangi yönlerden değerlendirilmesi gerektiğine bakmak gerekir.

Davalı kadın işçi, 1.8.1977 ile 31.12.1977 tarihleri arasında geçen çalışmalarının işveren tarafından SSK'na bildirilerek gereken primlerin dahi yatırılmış olmasına rağmen sonradan iş müfettişinin 14. 8.1979 tarihli raporuna dayanarak Kurumun daha önce kabul ettiği çalışına olgusunu Tehlikeli ve Ağır İşler Tüzüğüne göre kadın işçilerin bu işlerde çalışmayacağını belirterek söz konusu çalışmasına ilişkin sigortalılığın iptal edilmesi işleminin iptalini istemiştir. Ve aynı zamanda yapılan çalışmanın tespiti ile çalışmasının önlenmesinin men'inide mahkemeden talep etmiştir.

Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla; ilk derece mahkemesi talebi haksız bularak iş müfettişince tutulan rapora dayanarak işçi kadının kanunen yasaklanmış işlerde çalışmış olduğu için davayı reddetmiştir. Dosyanın temyizi sonucu Yargıtay; İşçi kadının anılan tarihler arasında çalışmasının yapıldığının müfettiş raporundan anlaşıldığını belirterek, kadın işçinin ağır ve tehlikeli işlerde çalışıp çalışmadığının sadece rapora ve işverenin ifadesine dayanarak belirlenmesinin yeterli olmayacağını, işyerinde kadınların çalışabileceği hafif işlerin olup olmadığının tespiti ile işyerinde o zamanda bulunan işçilerin, işveren vekilinin ve işverenin tanık olarak dinlenip tüm delillerin beraberce değerlendirilmesini isteyerek eksik incelemeyen ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

II. İlk olarak; kararda belirtilen ve kadın işçinin çalıştığı iddia edilen kepçe işlerinin ağır ve tehlikeli işlerden olup olmadığına bakmadan önce ağır ve tehlikeli işlerle ilgili düzenlemelerin neler olduğunu belirtelim. İş Kanununun 78. maddesinde¹⁵⁸ 16 yaşını doldurmamış çocukların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. Hangi işlerin ağır ve tehlikeli olduğunun ve kadınlarla 16 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukların çalışabilecekleri ağır ve tehlikeli işlerin belirlenmesini kanun koyucu maddenin 2. fıkrasında Çalışma ve Sağlık Bakanlıkları tarafından çıkarılacak tüzüğe bırakmıştır. 1973 tarihinde çıkarılan Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü'nün 2. maddesinde tüzükte belirtilen işlerde kadınların ve 16 yaşından küçük çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır. (İstisnalar kanunda ve cetvellerde ayrıca belirtilmiştir.)

Görüldüğü gibi kanunda ve tüzükteki düzenlemeler doğrudan doğruya çalışanların sağlık ve eğitiminin aksamaması için yapılmış olup ayrıca İş Kanununun 104. maddesinde yasağın çiğnenmesi halinde cezai hükümler getirilmiştir. Anayasanın 50. maddesinde; " kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." denilerek kadın işçilerin çalışma şartlarına ilişkin düzenlemelerin himaye edici nitelikte olduğunu görebilmekteyiz. Yine Anayasanın bu maddesi ile 17.maddesinde düzenlenen Kişinin Hak ve Ödevleri bölümünde yer alan "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." düzenlemesi ile de doğrudan alakalıdır¹⁵⁹. Tüm bu düzenlemelerden anlaşıldığına göre devlet zayıf durumda olanları korumayı, çalışma hayatına

¹⁵⁸ " 16 yaşını doldurmamış çocuklar ağır ve tehlikeli işlerde çalışamazlar. Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş çocukların hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Çalışma ve Sağlık Bakanlıklarınca hazırlanacak bir tüzükle gösterilir. (İŞ.K.78/I,II)

¹⁵⁹ AKAD, Mehmet; Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, Kazancı Yayınları, İstanbul,1992 s.49vd.

müdahale ederek sosyal devlet olma (An.2,5.mad.) özelliğinden dolayı görev bilmiştir.

Kamu yararının amaçlanması dolayısıyla kamu düzenine ilişkin olan kadın ve çocuk işçiler için getirilmiş olan koruma amaçlı hükümler aynı zamanda işverenin işçiyi gözetme borcunun da içindedirler¹⁶⁰. Bu hükümler söz konusu işçilerin doğrudan hayatları ve sağlıkları gibi en temel yaşam ve hayat haklarını ilgilendirdiğinden MK. 23. madde gereğince taraflar bu hükümlerin uygulanmasından kendi rızaları ile dahi olsa dahi vazgeçemezler. Bu nedenle kamu düzenine ilişkin olan İş Güvenliği hükümleri olarak adlandırılan söz konusu düzenlemelere aykırı olan iş akitleri geçersiz olacaktır (BK.19,20)¹⁶¹.

Kararda geçen kepçe işleri, ilgili tüzükte doğrudan isim olarak yer almamaktadır. Burada kepçe işlerinin ne olduğu tam anlaşılmamakla beraber kararda işyerinin yükleme işleri ile ilgilendiği belirtilmektedir. Şayet kadın işçi, tüzüğün 90 numaralı cetvelinde yer alan nakliye ve benzeri işlerden sayılan ve kadınların çalışmasının yasak olduğu nakliye işlerini yapıyorsa (cetvelde belirtilen şartlar dahilinde yapılan yükleme, boşaltma, ağırlık taşıma gibi) kadın işçinin bu işlerde çalışması yasaktır (İşK.78/1,Ağ.ve Teh.İş. Tüz. cet.90vd.). Ancak kadın işçi, taşıma işini araçla yapıyorsa tüzüğün 95 numaralı cetveline göre bu işlerde çalışması yasaklanmamıştır. Ağır ve tehlikeli işlerde çalışması yasak olan işçilerin çalışmaları, Tüzüğün 6. maddesine göre iş müfettişinin talebiyle idare tarafından engellenebilir¹⁶². Olayımızda böyle bir durum hasıl olduğundan işçi bu engellemenin kaldırılmasını istemektedir.

Bu konuda ikinci olarak; ağır ve tehlikeli işlerin saptanmasındaki yöntem nasıl olacaktır? Yargıtay kararında belirtildiği gibi, işyerinin ana meşgalesi ağır ve tehlikeli işlerden olmasına rağmen o işyerinde bu işlere yardımcı olan işler bu sınıfa girmeyebilir. Sendikalar Hukukunda; bir işyerinin hangi iş koluna girdiğini belirlerken işyerindeki asıl iş önemli olup asıl işe yardımcı olan işlerde asıl işin girdiği iş koluna girer.(S.K.mad 60) Buradaki amaç bir işyerinde yetkili sendika ve imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinin tekliğine önem verilerek çalışma barışının bir an önce adaletli bir şekilde kurulması amaçlanmıştır¹⁶³. Ancak ağır ve tehlikeli işlerde ise doğrudan yapılan işin içeriği öneme alınmıştır. Çünkü buradaki işçilerin sağlığı ve çalışma

¹⁶⁰ ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Yayınları İstanbul,1990, s.4vd.

¹⁶¹ SARPER, Süzek; İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara,1985, s.181, EREN, Fikret; Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara,1974, s.35. ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s, 965, NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2. Baskı, İzmir, 1994, s.183.

¹⁶² S.ER, Süzek; (a.g.e) s.2s.

özgürlüğü açısından her işin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu görüşlerimize örnek olarak tüzüğün ağır ve tehlikeli işler cetvelinin 1 ve 2 numaralı cetvellerinde, arama sondaj işlerinde kadınların çalıştırılması yasaklanmış iken 1 numaralı cetvelde arama ve sondaj işlerinin yer üstünde yapılan yardımcı hizmetlerinde kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olmadığı belirtilmiştir. Yine 2 numaralı cetvelde madenlerin yabancı maddelerden elle ayıklanması gibi hafif işlerde kadın işçilerin çalıştırılabileceği belirtilmiştir. (8, 21, 22, 33, 37, 46, numaralı cetvellerde yapılan asıl iş ağır ve tehlikeli olduğu halde bu işe yardımcı işlerde kadınların çalıştırılması yasaklanmamıştır.)

Bu nedenlerden dolayı Yargıtay; kararında ilk derece mahkemesinin işyerinin yükleme işi ile uğraştığını ve bunun raporla sabit kılındığını kanıt alıp karar vermesini yanlış bulmuştur. Her ne kadar işyerinin asıl işi yükleme olsa dahi bu işe yardımcı olan işlerin hafif işlerden (kadın işçilerin çalışmasının yasaklanmadığı) olup olmadığının ve kadın işçinin burada çalıştırılıp çalıştırılmadığının tespitinin yapılmasını istemiştir. Ayrıca Yargıtay kadın işçinin fiilen hangi işte çalıştırıldığının önemli olduğunu belirterek ağır ve tehlikeli işlerle ilgili düzenlemelerin amacına uygun olarak karar vermiştir. Gerçekten düzenlemeler incelendiği zaman doğrudan işyerinin değil orada yapılan işin ve fiilen çalışılan işin niteliğinin öneme alındığını yukarıda da belirtilen açıklamaların ışığında rahatlıkla anlaşılmaktadır.

III. Kadın işçi, gerçekten ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılıyorsa burada işin idare tarafından engellenmesinde hukuka aykırılık yoktur. Ayrıca kadın işçilerin böyle işlerde çalıştırılmaması işverenin hizmet akdinden doğan işçiyi koruma borcu kapsamındadır¹⁶⁴. Eğer işçi yasak olan işlerde zorla çalıştırılıyorsa iş akdini haklı nedenle feshedebilir (İş K.16/1a.)¹⁶⁵. Ancak işçi bu gibi bir işte kendi rızası ile çalışıyor veya zorla çalıştırılıyor ise bu durumda ne olacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bazı işçiler gerek cinsiyet gerek yaş itibarıyla bir takım işlerde çalışmaları kanunun emredici hükmüyle yasaklanmıştır. İş Hukukunda, :Borçlar Hukukundan ayrı olarak sadece bir kişinin hak ve fiil ehliyetine sahip olması, onun her türlü hukuki işlemi yapabileceği anlamına gelmez. İş Hukukunda işçilerin korunması amacıyla örneğin her yaştaki kadınların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. Böylece Sözleşme Hukukunda hakim olan "sözleşme hürriyeti ilkesine" İş hukukunda ehliyet dışında başka sınırlamalar da getirilmiştir. Kadınlara ve çocuklara yönelik olarak düzenlenen kanun hükümleri (İş.K.67,68,78/II,79, gibi) hak veya fiil ehliyetine getirilen bir sınırlama olarak

¹⁶³ ŞAHLANAN, Fevzi; Sendikalar Hukuku, İstanbul.1995, s.27 vd., ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul,1996, s.306.

¹⁶⁴ Ulusan, İlhan; (a.g.e) s.21.

¹⁶⁵ SARPER, Süzek; (a.g.e) s.188.

görünse de buradaki gerçek amaç ehliyetin sınırlanması değil zayıf durumda olan çalışanların kamu düzeninin korunması amacıyla sözleşme hürriyetlerinin kısıtlanmasıdır¹⁶⁶. Borçlar Kanununda bu sınırlama BK.19 ve 20. maddelerde düzenlenmiş olup¹⁶⁷ aynı sınırlama İş Hukuku açısından da geçerlidir(SK.63). Ancak bu hükümlerin düzenlediği butlan yaptırımının, İş Hukukunun özellikleri (iş akdinin tarafı olan işçinin ediminin tamamen kişisel özellik taşıması) genel ilkeleri (İşçiyi koruma ilkesinin kamu hukuku karakterli olması) göz önüne alınarak rehabilite edilerek uygulanması gerekmektedir¹⁶⁸.

Bir işçi bilhassa işçilerin korunmasına yönelik olan kamu veya özel hukuk kaynaklı emredici düzenlemelerin aksine bir çalışma ilişkisine girerse, BK.20. maddeye göre sözleşme, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması nedeniyle butlan olup çalışma ilişkisi baştan itibaren geçersiz hale gelecektir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında butlan hükmüne istisna getirilmiştir. Eğer akdin bazı hükümlerinde aykırılık var ise bu halde sadece bu hükümler geçersiz olup akit geçerli olarak devam eder. Ancak geçersiz olan hükümler olmaksızın akdin bir işlevi veya anlamı kalmıyor ise bu durumda akdin bazı hükümlerinin geçersiz olması sözleşmeyi de geçersiz kılacaktır¹⁶⁹.

Butlan ile geçersiz olan hizmet sözleşmesinin henüz ifa edilmemiş olması veya işçinin işine daha başlamamış ise bu halde butlanın baştan itibaren sözleşmeyi geçersiz kılması sonucu, yerine getirilen edim olmadığı için telafisi imkansız sonuçlar doğurmayacaktır. Bu nedenle; Borçlar kanununun butlan ile ilgili düzenlemesi İş Hukukuna da uygulanabilecektir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ NARMANLIOĞLU, Ünal; (a.g.e) s.148. SATILMIŞ, Mehmet; "Hizmet Sözleşmesinde Ehliyet", İş Hukuku Dergisi, C:III, 1993, s.79. TUNÇOMAG, Kenan; (a.g.e) s, 82. Aynı görüş için bkz: CENTEL, Tankut; "Karar İncelemesi" (Yarg.9HD. 3.4.1991 T.,E.,9107,K.,168.) İş Hukuku Dergisi C:I, 1991 s.416vd. AKYİĞİT, Ercan; Teori ve Uygulama bakımından Hizmet Aktinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul,1990, s.38vd.

¹⁶⁷ EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, Ankara,1994, s, 368.

¹⁶⁸ SARPER,Süzek; "İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması", İş Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Temel ve Güncel Konuları, Kamu-İş, Ankara,1993, I 32 vd.

¹⁶⁹ EREN,Fikret; (a.g.e) s.387.

¹⁷⁰ TUNÇOMAG, Kenan; İş Hukukunun Esasları, İstanbul,1988,s.97. Hizmet sözleşmesinin bazı hükümleri emredici yasaya aykırı olması sebebiyle geçersiz olması halinde bu hükümler olmaksızın hizmet sözleşmesinin bir anlamı kalmasa bile İş Hukukunun özelliği gereği hizmet akdinin geçerli olacağı kanaatindeyiz".TUNÇOMAG, Kenan; "Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi Ve Hükümsüzlüğü", İş Hukuku Dergisi, 1969/2, s.130,131.

Butlan hükmüne maruz kalmış hizmet akdine ilişkin edimler yerine getirilmeye başlanması durumunda işçinin o ana kadar yaptığı kişiliğine bağlı çalışmalarla işverenin ona ödediği ücretin kısacası; karşılıklı hak ve borçların sadece somut olarak para veya mal gibi bir edimden oluşmadığı için bunların sebepsiz zenginleşme yolu ile geri verilmesi tam anlamıyla mümkün değildir¹⁷¹. Aynı zamanda İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesi gereği işçinin o ana kadar yapmış olduğu çalışmaların sonuçsuz kalması İş Hukukunun ruhuyla uyumsuzdur.

Ancak bazı yazarlar yapılan işin tamamen ve açıkça (fuhuş veya kaçakçılık yapılması gibi) kanuna ve ahlaka aykırı olduğunu tarafların bilmesi halinde butlan hükmünün geriye dönük olarak uygulanmasının daha uygun olacağını bildirmektedirler¹⁷².

Burada hizmet akdinden doğan edimlerin yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde dürüstlük kuralı gereği bir ölçüt getirilmesi daha yararlı olacaktır. Edimlerin butlan hükmü sonucunda iadesi mümkün olacak şekilde ise ve hizmetin hukuk düzenince önemsenerek düzeyde ifa edilmemiş olması halinde hizmet akti şeklen ifa edilmeye başlansa bile butlan hükmünün baştan itibaren uygulanması taraflar açısından telafisi imkansız zararlar doğurmayacaktır.

Ancak ifa henüz yeni başlamasına rağmen butlan sonucunda yapılan hizmetin iadesi mümkün değilse bu halde, butlan geçmişe yönelik olarak hüküm ifade etmemelidir. Burada verdiğimiz ölçüt mutlak olmayıp hizmet akdinin konusunun özelliğine göre değişeceğinden her somut olay yukarıda belirttiğimiz kriter çerçevesinde çözülmesiyle daha doğru sonuçlara ulaşılabileceği kanaatindeyiz.

Yargıtay ilk defa 1958 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararıyla böyle durumlarda her ne kadar butlan hükmü geçerli olsa da bunun "makale şamil" (geçmişe etkili) olmayıp ancak ileriye yönelik olarak geçerli olacağını belirtmiştir. İchtihadı birleştirme kararında Yargıtay ". . İş kanunlarının ve işçi sigortalı kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olması, belli işte çalışma yaşı veya kadın olması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması

¹⁷¹ NARMANLIOĞLU, Ünal; (a.g.e) s.182, ÇENBERCİ, Mustafa; (a.g.e) s, 62. ÇELİK, Nuri; (a.g.e) s.93. EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku İstanbul,1984 s.160vd. ,TUNÇOMAG, Kenan; İş Hukukunun Esasları, İstanbul,1989, s.97-98. Butlanın ileriye dönük olarak uygulanması ancak hizmet akdinin ifasına başlanması halinde kabul edilebilecek bir görüştür. Ancak ifa henüz başlamamış ise bu halde yasaya aykırı olan hizmet akdi baştan itibaren geçersiz hale gelecektir. AKYİĞİT, Ercan; (a.g.e), s. 38,39.

¹⁷² TUNÇOMAG, Kenan; (a.g.e) s.170, EKONOMİ, Münir; (a.g.e) s.164, AKYİĞİT, Ercan; (a.g.e) s.39.

halinde butlan sebebini taraflardan biri ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine aykırı olacağına ve iş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lazımdır. geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi batıl olan iş akdinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre..."¹⁷³ şeklindeki gerekçelerle butlan hükmünün İş Hukukundaki durumunu açıklığa kavuşturarak butlan sonucunun ileriye etkili olmasına işaret etmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi SSK'a ilişkin sigortalı sayılma konusunda olumlu kararlar vermiştir. Yargıtay bir kararında " Bir kimsenin çalıştırılması yasak olan bir işte çalıştırılmış bulunması, bir başka anlatımla aradaki sözleşmenin geçersiz olması o kimsenin çalıştığı sürece sigortalı sayılmasına engel değildir." Yine Basın İş Kanununun 4. maddesinde öngörülen sözleşmenin yazılı yapılmasına ilişkin hükme uyulmaması, söz konusu gazetecinin tespit edilen çalışma sürelerinde sigortalı sayılmasına engel teşkil etmez şeklinde Yargıtay butlana ilişkin olarak kararlar vermiştir¹⁷⁴.

Bilindiği üzere bir kişinin sigortalı sayılabilmesi için hizmet akdi ile çalışması gerekir. Ancak Yargıtay bir kısım kararlarında; gerçekte hizmet akdi dışındaki diğer iş görme akitleri ile çalışan ve uzun yıllar (25 veya 21 gibi) çalışmalarına ilişkin prim yatırmış kimselerin çalışma sürelerinin kanun tarafından iptal edilmesini MK'nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralı ile bağdaştırmamaktadır¹⁷⁵. Yargıtay doğrudan butlanla ilgili olmasa bile uzun yıllar hizmet sözleşmesine dayanmadığı halde SSK'na prim yatırmış olan kişilerin bu çalışma sürelerinin kurum tarafından iptal edilmesini MK.'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı bulması ile geçersiz olan hizmet akdine dayanarak çalışan kişilerin durumları çalışanların korunması açısından birbirine benzemektedir.

Konuya ilişkin davalarda, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı verilecek olan mahkeme kararlarını bağlaması gerekirken (içtihadı birleştirme kararları ilke kararlar olup emsal hukuki davalarda Yargıtay Genel Kurullarını,

¹⁷³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E.,20, K., 9,18.6.1958,T., SAYMEN, ERMAN, ELBİR; Türk İçtihatlar Külliyyati, C:I-II, s.358.

¹⁷⁴ Yarg. 10.HD.27.9.1979 T., E,6134, K.,7682, Aynı daire 15.5.1984 T., E.,2597, K.,2680 sayılı kararı için bkz: GÜZEL, Ali; OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İst. tanbul, 1994, s.91,92.

¹⁷⁵ Yar. 10I-s.2.4.1991 T., E.,1380, K.,1950, 2.4. 1981 T., E.,1360, K.,2440 7.10.1986T., E,2290, K.,5005, 21.12.1987T., E.,7234, K.,7272 sayılı kararlar için bkz: GÜZEL, Ali; OKUR, Ali Rıza; (a.g.e.) s.92 ,93

dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.) (Yargıtay Kanunu mad.45/V))¹⁷⁶ Yargıtay farklı tarihlerde birbiri ile çelişen kararlar vermiştir¹⁷⁷.

Alman İş Hukuku doktrininde ortaya atılan iki görüş konumuza daha da açıklık getireceği kanaatindeyiz. Bir işçi, işçilere tanınan haklardan iş sözleşmesi kurulunca mı yoksa fiili iş ilişkisi yani çalışmaya başladığı an mı yararlanacaktır? Her iki ilişki aynı zamanda olursa tartışmanın anlamı kalmamaktadır. Ancak geçersiz bir iş akdi ile çalışma durumlarında (olayımızda olduğu gibi) Veya kişi iş sözleşmesi yapmış ancak henüz çalışmaya başlamadan başına bir iş kazası meydana gelirse durum ne olacaktır? Benzer görüşler Borçlar Hukukunda da mevcuttur. Orada taraflar arasında henüz bir sözleşme bulunmasa bile doğruluk ve dürüstlük kuralı gereği sözleşmeden önce taraflar

¹⁷⁶ KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara,1991, s. 604.

¹⁷⁷ İçtihatı birleştirme kararına benzer karar için bkz: Yarg. 9HD. 23. 12.1980.T., E., 8838, K.,14001. Halit K. Elbir'in İncelemesi, IHU, İş.K. 13, (no:13), Yarg. 9HD 9.4.1979 T., E., 1555, K., 3438. ÇENBERCI, Mustafa; (a.g.e.) s.66 Gece vardiyasında ilgili makamdan işveren tarafından izin alınmadan çalıştırılan kadın işçinin bu çalışması, İş Kanununun 69. maddesine göre yasak olmasına rağmen çalıştırılmıştır. Kadın işçi gece vardiyasında çocuğu hasta olduğu için işe gelmemesi sonucu işveren, iş akdini 17/II/f bendine dayanarak feshetmiştir. Dava açan işçinin kıdem ve ihbar tazminatı istemini ilk derece mahkemesi kabul etmediği halde, Yargıtay; işverenin işçiyi koruma borcunu yerine getirmediği için yapılan feshi haklı bulmayarak işçi kadının talebini haklı bulmuştur. Kararda açıkça belirtilmese bile yasak olan çalışmanın karar aşamasına kadar olan kısmına hukuki sonuç bağlanarak bir bakıma butlan hükmünün geriye yürütülmediğini görmekteyiz. Yarg. 91HD. 10.3.1994 T., E.,16161, K., 3918 Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Kamu İş Yayınları, Ankara ,1996. S. 406. Aksi karar için bkz. Yarg. HGK., 3.4.1991T., E.,9-107, K., 168, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Kamu İş Yayınları, Ankara ,1996. S. 404. Centel ;Yargıtay'ın 1991 yılında verdiği aksi kararın eleştirisinde; "asgari çalışma yaşı ile ilgili olarak kanunlarda yeknesak bir düzenleme olmadığını, asgari yaş sınırı İş Kanununda 15 iken, Umumi Hifzi Sıhha Kanununda bu yaşın 12 olduğunu yine İş Kanununun 67 maddesinin 2. fıkrasında bu yaş sınırının çeşitli şartlar altında 13'e düşürüldüğünü belirtmektedir. Deniz işlerinde ise 58 sayılı sözleşmede bu yaşın 15 olarak belirtilmiştir. Yargıtay hafif işlerde çalışma yaşı olan 13 yaşını göz önüne alması ve butlan hükmünün baştan itibaren hüküm doğuracağını belirtmesi hukuki yanlışlıktır. Burada Yargıtay'ın yapması gereken şey öncelikle çocuk işçinin çalıştığı işin niteliğini ve çocuk işçinin ne şekilde çalıştığını araştırılmasını ilk derece mahkemesinden istemeliydi. Ayrıca işçilerin korunması için getirilen çalışma yasaklarının ihlali sonucunda butlan hükmünün Anayasa ve değişik iş düzenlemelerinde öngörülen sosyal korumaya aykırı olarak uygulanması son derece yanlıştır. Sosyal hayatta çalışma yasaklarını ihlal ederek bir çok çalışma yapan işçileri işçi haklarından mahrum bırakmak hakkaniyetle bağdaşmaz." şeklinde eleştiri getirerek Yargıtay kararına katılmadığını belirtmiştir. CENTEL, Tankut; Karar İncelemesi, (Yarg. HGK. 3.4.1991, E.,9-107, K.,168), İş Hukuku Dergisi (II-ID), C:I,1991, s.409 vd.

birbirine zarar verirlerse, haksız fiil dışında sözleşme öncesi girilen borç ilişkisinden dolayı sorumluluk ortaya çıkmaktadır¹⁷⁸.

Bu konuda Alman İş Hukukunda iki görüş mevcuttur. Bunlardan ilki "sözleşme görüşü"dür. Klasik anlayışa uygun olan bu görüşe göre İş akdi kurulmadan önceki fiili çalışmalar her hangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır¹⁷⁹. Yani butlan hükmüyle geçersiz olan bir iş akdine göre belki yıllarca çalışmış olan bir işçinin iş akdi fesh olunduğunda işçi her hangi bir hak talep edemeyecektir. Bu görüş daha çok liberal Hukuk anlayışı içinde kalan görüştür. Olayımızda da kadın işçinin kanunen yasaklanmış bir işte çalışmış olduğu süreler butlan hükmü gereği iş süresinden sayılamayacağından SSK kurumunun iş süresini iptal etmesi haklı olup işçinin talebi yersiz olacaktır.

İkinci görüş "katılma görüşü"dür. Burada esas olan işçinin işe başlaması olup, arada iş akdinin henüz olmaması veya butlan ile geçersiz olması halinde dahi yapılan fiili çalışmaya hukuki sonuçlar bağlanmalıdır¹⁸⁰. Yani işçi işyeri faaliyetine katılmakla işçilerin tüm haklarından yararlanabilecektir. Düzenlemelerin kıdem tazminatına ilişkin kıdem süresinin başlangıcı (İş.K. "4. maddesinde işçinin kıdemi "....işçinin işe başladığı tarihten itibaren başlaması..." denilerek kişi hizmet sözleşmesini yaptığı halde henüz çalışmıyor ise işe başladığı zaman kıdem süresi işlemeye başlayacaktır. Bu durumda işçi, işe f ilen başlar veya iş olmadığı halde iş yapmak için her an işverenin emrine amade olduğunda kıdem süresi başlamış olacaktır. Bunun yanında aynı düzenleme kıdem süresinin devamını ve sona ermesini hizmet akdinin sona ermesine bağlamıştır. (Sözleşme görüşü) Yani işçi fiilen iş yapmasa da işçinin kıdemi devam edecektir. Ta ki iş akdi; İş Kanununun 14. maddesinde belirtilen nedenlerle sona ermiş olsun. Bunun yanında deneme süreli iş akdinde ve çalışılmış gibi sayılan sürelerde de (İşK.62) sözleşme görüşü öncelik kazanmıştır¹⁸¹.) ve sigortalı olma süresinin başlangıcı (SSK'nın 6. maddesinde

¹⁷⁸ Edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak doğan borç ilişkileri niteliği itibariyle tali edim yükümlülüğü niteliğindedir. Burada daha sözleşme kurulmadan sırf tarafların sosyal temasa geçmeleri bu ilişkiyi doğurmaktadır. Bu ilişkinin hukuki sonuca bağlanmasında temel neden dürüstlük kuralıdır. Buradaki borç ilişkisi akdi bir borç ilişkisi olmayıp kanuni bir borç ilişkisidir. EREN, Fikret; (a.g.e) s.49 vd. İş Hukukundaki çalışma ilişkilerindeki gelişmelerle, Borçlar Hukukundaki bu doktriner görüş klasik işçi-işveren ilişkisinden çok günümüzde gelişmekte olan işyeri organizasyonuna katılma veya işverenin faaliyetine katılma şeklinde adlandırılan görüşlerle paralellik arz etmektedir.

¹⁷⁹ Alman Hukuk doktrininde bu görüş özellikle Schwarz tarafından savunulmuştur. NARMANLIOĞLU, Ünal; (a.g.e) s. 181.

¹⁸⁰ Katılma görüşünü Alman doktrininde ilk defa kuvvetli bir şekilde savunan Nikisch olmuştur. NARMANLIOĞLU, Ünal; (a.g.e) s.180.

¹⁸¹ USTA, Osman; İş Kanunundan Doğan Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara, 1994 s. 175 vd. ÇELİK, Nuri; (a.g.e), s.195. EKONOMİ, Munir; (a.g.e) s.

sigortalılık süresinin başlangıcı "Çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden "sigortalı" olurlar. Sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümlülükleri sigortalının işe başladığı tarihten itibaren başlar." denilerek çalışmanın başlaması öneme alınmıştır. Burada sigortalı olma niteliğinin yitirilmesi iş akdinin sona ermesine kural olarak başlanmıştır. Ancak kanunun çeşitli maddelerinde buna istisnalar getirilmiştir. (SSK. 107,107/II, 108/I,II¹⁸²) ile alakalı olup işçilerin en önemli haklarından olması katılma görüşünün Türk İş Hukukundaki önemini arttırmıştır.

Katılıma görüşünün sakıncası, işçileri kanuna karşı hile yoluna teşvik ettirebilir. Yani işçiler nasıl olsa kanunen yasaklanan bir işte çalışsak bile haklarımızdan mahrum kalmıyoruz düşüncesine kapılabilirler. Böylece yasak işlerde çalışılması bir bakıma ödüllendirilmiş olmaktadır. Ancak sözleşme görüşüne göre de; o ana kadar gerek bilerek veya bilmeyerek yapılan çalışmaların tamamen sonuçsuz kalması çalışanların aleyhine olmaktadır. Bu nedenle; her iki çözümün ortası olan butlan hükmünün sadece ileriye yönelik uygulanması ile hem bu işlerde çalışanların o ana kadar yaptıkları çalışmalar sonuçsuz kalmamakta hem de bundan sonra aynı işte yapacakları çalışmalar geçersiz olup engellenecektir. Böyle bir çözüm ne sadece yasak işlerde çalışmaya veya çalıştırmaya teşvik ne de böyle çalışmaları tamamen sonuçsuz bırakmaktadır.

IV. SONUÇ : Yargıtay kararında; ilk derece mahkemesinin, işçinin talebini neden dolayı reddettiği açıklanmamaktadır. Ancak ilk derece mahkemesi sırf işçinin kanunen yasak olan bir işte çalıştığı için sigorta kurumunun bu işlemini haklı görmüş ise sözleşme görüşünden hareket etmiş olabilir. Bu yönü ile İlk derece mahkemesinin kararı İş Hukukunun ilkeleri ve düzenlemeleri açısından hukuka uygun değildir. Yargıtay; sonuç itibarıyla doğru karar vermesine rağmen kararın gerekçesinde işçinin çalışmasının sayılmasını veya butlanın ileriye yönelik etkili olmasını, işverenin, kadın işçisi ile ilgili tüm belge ve bilgileri SSK'na vermiş olmasına ve çalışmaya ait ücretlerin ödenmesine bağlaması son derece yanlıştır. Bunun yanında Yargıtay'ın işyerinde asıl işin ağır ve tehlikeli olmasına rağmen işyerinde hafif işlerin veya kadınların çalışmasının yasak olmadığı işlerin varlığını ve kadın işçinin hangi işte çalıştırıldığının tespitini istemesi doğrudur. Burada işveren, işçinin çalışmasını bildirmese ve ilgili primleri ödemesi ve son olarak yükleme işyerinde kadınların yapabileceği iş bulunmasa ve gerçekten kadın işçi bu işyerinde yasak olan bir işte fiilen çalışsa dahi butlan ile geçersiz olan iş akdinin hükümsüzlüğünün ileriye etkili olması, yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi İş Hukukunun genel karakterine ve gelişen çalışma ilişkilerine de uygun düşmektedir.

253.

182

GÜZEL, Ali; OKUR, Ali Rıza; (a.g.e), s.109vd.