

İŞLETME RİZİKOSU TEORİSİ
ve
TÜRK İŞ HUKUKU

Dr. M. Polat SOYER(*)

I. İncelemenin Amacı

1. Ücretin ancak işçinin çalışması karşılığında ödeneceğine ilişkin kurala günümüzde bazı açık istisnalar getirilmiştir. Yıllık izinler, hafta tatilleri, ulusal bayramlar ve genel tatiller bu istisnalardan bir kaçını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte işçinin, işyerinde ortaya çıkan engellerden dolayı çalışmaması halinde ücrete hak kazanıp kazanamayacağı, yabancı hukuk sistemlerinde tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Bu tartışmalar, Alman Hukukunda işletme rizikosu teorisi (Betriebsrisikolehre) olarak adlandırılan görüşlerin oluşmasını sağlamıştır. Bu konuya Türk Hukukundaki bazı araştırmalarda da yer verildiği(1), ancak soruna ilişkin hukukî esasların henüz ayrıntılı olarak ele alınmadığı görülmektedir.

İşletme rizikosu teorisi, işyerinde ortaya çıkan ve işçinin çalışmasına engel olan olayları iki grupta ele almaktadır: Bunlardan biri, işçinin çalışmasının elektrik, kömür, hammadde ve benzerlerinin sağlanamaması, makinelerde bir arıza meydana gelmesi, deprem, su baskını, yangın gibi nedenlerle engellenmesi, diğeri de işçinin, işye-

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

(1) Bak. Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul, 1976, sh. 168; Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Mahiyet-Unsurları-Hükümleri, Ankara, 1968, sh. 163 vd., ve bu teoriden hukukumuzda da yararlanılmasını öneren Selici, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, sh. 216 dipnot 341, sh. 199 dipnot 297; İzveren, İş Hukuku, Ankara, 1974, sh. 152-153.

rinde uygulanan grev veya başka işyerlerindeki iş mücadeleleri nedeniyle çalışmamasıdır.

Birinci grupta yer alan olayların hukuki sonuçları ve greve katılmayıp işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin ücret açısından durumları konusunda hukukumuzda yasal düzenlemeler bulunduğu için(2) köklü görüş ayrılıkları ve tereddütlerle karşılaşmamaktadır. Ne var ki, söz konusu düzenlemeleri işletme rizikosu teorisi ile varılan sonuçlarla karşılaştırmak Türk İş Hukuku'nun bu açıdan genel bir eleştirisi niteliğini taşıyacağı için önem kazanmaktadır. İncelememizin amacı, işletme rizikosu teorisini ana hatları ile tanıtmak ve bu teori karşısında İşK md.34 ile, TSGLK md.24/1 ve 27 b.1.f.2'nin genel bir değerlendirmesini yapmaktır.

II. Grev Dışındaki İfa Engelleri ve İşletme Rizikosu Teorisi

1. Bilindiği gibi, BK. md. 117, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık halini ve sonuçlarını düzenlemektedir. BK md. 117/1 kuralına göre, imkânsızlıktan borçlu sorumlu değilse borcundan kurtulacak, fakat karşı edimi isteme hakkını da kaybedecektir(3). Buna karşılık, imkânsızlıktan alacaklının sorumlu bulunduğu hallerde BK md. 117 uygulanamayacaktır(4). Çünkü, BK md. 117, imkânsızlıktan hem borçlunun, hem de alacaklının sorumlu olmaması halini düzenlemektedir(5). Alman Medeni Kanunu (BGB) nun 324. paragrafı karşısında borçlu, alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlıkta ifada bulunmuş gibi karşı edimi isteyebilecektir. İsviçre/Türk Borçlar Kanununda ise bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu halde, § 324 BGB'de öngörülen çözümün geçerli olacağı, yani borçlunun ifada bulunmuş gibi karşı edimi talep edebileceği sonucuna varılmaktadır(6).

(2) Bak. BK. 325; İşK md. 16/III, 34; TSGLK md. 24/1 ve 27 b.1 f.2.

(3) Tekinay, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1971, sh. 670.

(4) Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Art. 1-183, Bern, 1941, Art. 119 N. 7; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, 1. Cild, Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 1969, sh. 470.

(5) Becker, Art. 119 N. 7.

(6) Bak. Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 1-183, 2. Aufl., Zürich, 1929, Art. 119 N. 24; Becker, Art. 119 N. 8; Tunçomağ, Genel Hükümler, sh. 470; Dural, sh. 171; Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, sh. 344.

2. Bunun yanında, işverenin işi kabulde temerrüdünü düzenleyen BK md. 325'de «iş sahibi işi kabulde temerrüde düşerse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir» denilmektedir. Şüphe yok ki, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel esaslar (BK md. 90), BK md. 325 açısından da gözönünde bulundurulacaktır.

Bu durum karşısında, işi kabulde temerrüdün ilk şartı, hizmet ediminin gereği gibi arzolanmasıdır. Bu husus BK md. 90'dan açıklıkla anlaşılmaktadır(7). İşin kabulde temerrüdün söz konusu olabilmesi için, ayrıca, haklı bir neden bulunmaksızın ifanın kabul edilmemesi veya hazırlık fiillerinin yapılmaması gerekmektedir (BK md. 90) Burada işverenin kusurlu olması da aranmayacaktır(8). İfayı kabulden veya hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmanın haksız olmasının, kaçınmayı haklı gösteren objektif bir hukuki nedenin bulunmaması anlamına geldiği belirtilmektedir(9). Nihayet işverenin işi kabulde temerrüdü, hizmet ediminin yerine getirilmesinin mümkün olmasını da gerektirmektedir. Çünkü, imkânsızlaşmış bir edimin ifası teklif edilemez(10).

3. Genel olarak ve kısa bir biçimde ele aldığımız bu iki müessese arasındaki ayırım, İş Hukuku alanında oldukça belirsiz ve tartışmalıdır(11). İşçinin çalışmasının, elektrik, kömür, hammadde ve benzerlerinin sağlanamaması, makinelerde bir arıza meydana gelmesi, veya yangın, deprem, su baskını gibi nedenlerle engellenmesi halinde, imkânsızlığa ilişkin kurallar mı, işi kabulde temerrüd hükümleri mi uygulanmalıdır?

Bu soruya verilecek cevap ve ayırım konusunda getirilecek çözüm, bir açıdan, işçinin iş görme borcunun niteliği ile ilgili düşünce-

(7) Aynı şekilde, Art. 324 Abs. 1 OR; § 615 BGB.

(8) Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Bern, 1976, sh. 102; Oser/Schönenberger, Art. 91 N. 15; Zölner, Arbeitsrecht, München, 1977, sh. 143.

(9) Bak. Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Teil, Art. 184-418, 2. Aufl., Zürich, 1936, Art. 332 N.7.

(10) Bak. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band von A. Hueck, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1963, sh. 217; Oser/Schönenberger, Art. 332 N. 3.

(11) Bu konuda bk. Haas, Die Abgrenzung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit im Arbeitsrecht, Diss., Köln, 1963.

lere bağılı bulunmaktadı(12). İşçi, sadece işgücünü işverenin emrinde bulundurmakla yükümlü görüldüğü takdirde, imkânsızlıktan söz edilemeyecek ve işveren işi kabulde temerrüde düşmüş sayılarak ücret ödemekle yükümlü tutulacaktır. Buna karşılık, işçinin sadece çalışmaya hazır bulunmakla değil, belirli bir makinede, belirli bir işyerinde fiilen çalışmakla kendine düşeni yerine getirmiş olacağı kabul edildiği takdirde, işçinin edim yükümünden kurtulması fakat ücret hakkını kaybetmesi sonucunu yaratan imkânsızlık ile ilgili hükümlerin uygulanması gerekecektir(13). Bu düşünce doğrultusunda işi kabulde temerrüd, işçiyi koruyucu önlemlerin alınmaması ve gözetim borcunun gereklerinin yerine getirilmemesi(14), iş görme borcu açısından önem taşıyan talimatların verilmemesi(15) gibi, işverenin istek ve iradesine bağılı bulunan hallerle sınırlandırılmış olacaktır(16).

Yabancı hukuk sistemlerinde bu ayırım konusunda kesin bir sonuca varılamamıştır.

İsviçre hukukunda Becker, BK md. 117 anlamında imkânsızlığın, işçinin şahsı ile ilgili nedenlerden dolayı işin ifa edilememesi halinde söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte yazar, aynı sonucun, edimin dıştan gelen bir etki ile imkânsızlaşması ve işverenin yasa veya sözleşme gereğince karşı edimi yerine getirmek zorunda bulunmaması halinde de geçerli olması gerektiğini savunmaktadır. Becker, işyerinin yıkılmasını, fabrikanın yanmasını bu duruma örnek olarak göstermektedir(17).

Böyle bir yaklaşım ile, imkânsızlık-ışi kabulde temerrüd ayırımı açısından önem taşıyan iş görme borcunun niteliği konusunda belirli

(12) Lieb, Arbeitsrecht, Schwerpunkte, Karlsruhe, 1975, sh. 60.

(13) Bak. Richardi, Arbeitsrecht, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, 3. Aufl., Karlsruhe, 1976, sh. 32; Lieb, sh. 60-61; Reisoğlu, Hizmet Akdi, sh. 164.

(14) Bak. Hueck/Nipperdey, I sh. 218; Oser/Schönenberger, Vorb, zu Art. 319-362 N. 27.

(15) Bak. Hueck/Nipperdey, I sh. 200 dipnot 7.

(16) Bu şekilde, Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, Leipzig, 1908, sh. 279 vd., Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen, 1970 sh. 56'dan.

(17) Bak. Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abteilung. Die einzelnen Schuldverhältnisse, Art. 184-551, Bern, 1934, Art. 332 N. 2-6.

bir görüş ileri sürülmediği açıktır. Ayrıca, Becker'in vardığı bu sonuç, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel kural (BK md. 90) ile ilgili şerhinde daha sonra ileri sürdüğü görüşten de farklıdır. Gerçekten bu konuda yazar, kabulde temerrüdü meydana getiren olayın aynı zamanda objektif bir ifa imkânsızlığı niteliği taşıması halinde, imkânsızlığa neden olan olayın kimin işletme alanına girdiğine bakılması gerektiğini; borçlunun etki alanı dışında kalan olaylarda alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasının yerinde olacağını kabul etmektedir. Becker böylece, alacaklının çevresinde meydana gelen rizikolar karşısında, borçlunun haksız bir yük altına girmesinin önlenmiş olacağını; bu sonucun da tarafların kendi işletme çevrelerinden doğan rizikoları yüklenmeleri gerektiği yolundaki ticari görüşe uygun bulunduğunu belirtmektedir(18).

Schönenberger, iş görme borcunun yerine getirilebilmesi için işveren tarafından yapılması gereken hazırlık ve katılma fiillerinin imkânsızlaşmasının, örneğin işyerine elektrik, kömür, su, benzin sağlanamamasının veya mücbir sebeplerin, imkânsızlık değil, işi kabulde temerrüd sonucunu yaratacağını kabul etmektedir. Yazar, işçinin çalışabilmesi için gerekli olan koşulların işveren tarafından sağlanacağını, bu koşulların hazırlanamaması nedeniyle ortaya çıkan sonuçların işçiye yüklenemeyeceğini belirtmektedir(19). Bu çerçevede Schönenberger, işçinin sadece işgücünü işverenin emrinde bulundurma yükümlü olduğunu, bu durumun varlığı halinde, ortaya çıkan ifa engellerinin imkânsızlık ile ilgili hükümlere tabi tutulamayacağını savunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Schönenberger'in vardığı bu sonuç, ifayı kabulden veya hazırlık fiillerini yapmaktan haklı bir neden olmaksızın kaçınmanın, kaçınmayı haklı gösteren objektif bir hukuki nedenin bulunmaması anlamına geldiği yolundaki düşüncesi(20) ile de tutarlıdır. Bu yaklaşım doğrultusunda yazar, ancak yabancıların çalıştırılmalarının yasaklanması gibi, hukuki bir neden karşısında kabulden kaçınmanın haklı görülebileceğini ifade etmektedir(21).

Gulh, Merz ve Kummer ise, işçinin hastalık, kaza, yasal yükümlülükleri yerine getirmek gibi şahsı ile ilgili nedenlerden dolayı çalışmaması halinde nasıl işverene belirli bir süre ücret ödeme yükümü

(18) Bak. Becker, Art. 91 N. 25; Aynı şekilde, Tunçomağ, Genel Hükümler sh 454.

(19) Bak. Oser/Schönenberger, Art. 332 N. 4-5, 9-10.

(20) Bak. dipnot 9 ile ilgili açıklama.

(21) Bak. Oser/Schönenberger, Art. 332 N. 7.

getirilmiş ise (Art. 324 a OR; karş. BK md. 328), benzer sonuçların, işyerine özğü nedenlerden dolayı işçinin çalışmaması halinde de kabul edilmesi gerektiğini, bununla birlikte, önceden görülemeyecek olayların bu kuralda istisna edilmelerinin yerinde olacağını belirtmektedirler(22).

Nihayet Reh binder, hizmet ediminin imkânsızlaşmasına rağmen işçinin çalışmasına engel olan olayın işletme rizikosuna dahil edilebilmesi halinde, ücret borcunun ortadan kalkmayacağını savunmaktadır. Mücbir sebep niteliğindeki olayları da kapsayan pek çok ifa engelini örnek olarak gösteren yazar, bu sonucun İsviçre Borçlar Kanunu md. 119 f.2 (TBK md. 117/2 cümle 2) hükmü gözönüne alındığında, hizmet ilişkisinin niteliğinden çıkarılabileceği görüşündedir(23). Düşüncesinin gerekçesi konusunda ayrıntıya girmeyen Reh binder, iki tarafın da sorumlu olmadığı imkânsızlıkta borçlunun borcundan kurtulmakla birlikte karşı edimi isteme hakkını kaybedeceğini düzenleyen, fakat bu kuralın sözleşmeyle bertaraf edilebileceğini de hükme bağlayan İBK md. 119/3 (TBK md. 117/2) karşısında, bu hususun hizmet aktinde zimnen kararlaştırılmış sayılacağını kabul ediyor olmalıdır.

Avusturya Hukukunda sorunun başka bir açıdan ele alındığı, ancak tartışmasız bir sonuca ulaştırılamadığı görülmektedir. Avusturya Medeni Kanunu'nun 1155. paragrafında, çalışmaya hazır bulunan işçinin işveren tarafında mevcut olan nedenlerden dolayı çalışmaması halinde ücrete hak kazanacağı hükme bağlanmıştır. Bu durum karşısında Avusturya Hukukunda tartışma, hangi olayların işveren tarafında mevcut olan nedenler grubuna dahil edilebileceği noktasında toplanmaktadır. Doktrinin bir kesimi, mücbir sebepler de dahil olmak üzere işçinin çalışmasını engelleyen tüm olayları bu grup içinde kabul ederken, bir kesimi de mücbir sebeplerin işvereni ücret ödemekten kurtaracağını savunmaktadır. Mahkeme kararlarında da, doktrinindeki bu görüş ayrılığı doğrultusunda farklı sonuçlara varıldığı belirtilmektedir(24).

Sorunu, Avusturya Hukukundaki yaklaşım çerçevesinde ele alan yazarlara Alman Hukukunda da rastlanmaktadır. Gerçekten, Alman

(22) Bak. Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich, 1972, sh. 394.

(23) Bak. Reh binder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl., Bern, 1979, sh. 66-67.

(24) Bak. Tomandl, Der Lohnanspruch Arbeitswilliger im Arbeitskampf, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 1964, 164, sh. 183 (192-193) ve sh. 193 dipnot 43-44'de belirtilen yazarlar.

Hukukunda bazı yazarlar, imkânsızlık ile işi kabulde temerrüd arasındaki ayırım konusunda, ifa engelinin azâmi bir dikkat (ihtimam, tedbir) ile bertaraf edilebilecek nitelikte olup olmadığına bakmak gerektiğini ileri sürmektedirler. Buna göre, ifa engeli mücbir sebep niteliği taşıdığı takdirde imkânsızlık ile ilgili hükümler; diğer hallerde ise alacaklı temerrüdüne ilişkin kurallar uygulanmalıdır(25). Bu görüş doğrultusunda işveren, genel olarak bertaraf edilemeyecek engeller söz konusu olmadıkça işi kabulde temerrüde düşmüş sayılacaktır(26). Bununla birlikte, bu görüşü ileri sürenler, böyle bir sınırlandırma yapılsa da, önlenemeyecek ifa engellerinin ortaya çıkacağı sonuçları borçluya yüklemenin ve borçlunun sorumlu olmadığı bir durumdan onu zarara sokacak sonuçlar çıkarmanın haklı görülebileceğini belirtmektedirler(27)

Bu tartışmalar karşısında Alman Hukukunda, imkânsızlık ile işi kabulde temerrüd arasındaki ayırımın yıllardır belirlenemediği ifade edilerek (28), hem işçiyi sadece işverenin emrinde bulunmakla yükümlü sayan görüşün(29), hem de bununla sınırlı kalmayıp, işçinin ancak belirli bir makinede, belirli bir işyerinde çalışmakla kendine düşeni yapmış sayılabileceğini kabul eden görüşün(30) biçimsel mantık açısından haklı görülebileceği, BGB hükümlerinden ise, bu konuda itirazla karşılaşmayacak bir sonuç çıkarılmayacağı; kısaca, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin hizmet akdi açısından yetersiz olduğu kabul edilmektedir(31). İşte bu nedenle Alman Hu-

(25) Bak. **Enneccerus/Lehmann**, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., Tübingen, 1954, § 57 II 1 b.

(26) Bak. **Enneccerus/Lehmann**, § 147 III 1; **Soergel/Siebert/Schmidt**, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, Schuldrecht I, §§ 241-610, 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967, § 297 Rdnr. 2.

(27) Bak. **Soergel/Siebert/Schmidt**, § 297 Rdnr. 2; **Enneccerus/Lehmann**, § 57 II 1 b.

(28) Bak. **Lieb**, sh. 61; **Hueck/Nipperdey**, I. sh. 350; **Ehmann**, Das Lohnrisiko der an einem rechtmässigen Arbeitskampf nicht beteiligten Arbeitnehmer, Der Betrieb (DB) 1973, sh. 1946 (1947).

(29) Bak. **Hueck/Nipperdey**, I sh. 350 dipnot 108'de belirtilen yazarlar.

(30) Bak. **Hueck/Nipperdey**, I sh. 350 dipnot 109'da belirtilen yazarlar.

(31) Bak. **Hueck/Nipperdey**, I sh. 350; **Lieb**, sh. 61; **Küchenhoff**, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Arbeit und Recht (AuR) 1965 sh. 129 (137); **Brill**, Lohnzahlung bei Arbeitsausfall, AR-Blattei, Arbeitsausfall I B (B) II 2.

kukunda işletme rizikosu ve alan teorisi adı altında farklı çözümler geliştirilmiştir.

6.2.1923 tarihinde Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen bir kararın, bu konudaki gelişmelerin başlangıcını oluşturduğu görülmektedir(32). Gerçi karar, aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız grev nedeniyle ortaya çıkan ifa engeli hakkındadır. Ancak mahkemenin, imkânsızlık-işi kabulde temerrüd ayırımı konusunda BGB hükümlerini gözönüne almadan önce, sosyal ilişkilere bakarak bir sonuca varmak gerektiğini ileri sürmüş bulunması ve kararın işletme rizikosu-alan teorisi konusunda kaynak olma niteliği taşıması, konumuzla ilgili önemli bir gelişmedir. Kararda, elektrik üretiminde çalışan işçilerin grevi nedeniyle faaliyetini durdurmak zorunda kalan Kiel tramvay işletmesindeki işçilerin çalışmadıkları süreye ilişkin ücret talepleri, faaliyetin durmasına işçi kesiminin neden olması gerekçe gösterilerek yerinde görülmemiştir(33). Hukukî dayanakları saptanmamakla birlikte, temelleri bu kararla atılan alan teorisi, daha sonra İmparatorluk İş Mahkemesi, Federal İş Mahkemesi ve doktrin tarafından geliştirilmiştir.

Alman İmparatorluk İş Mahkemesi, alan teorisinin sınırlarını belirleyen 20.6.1928 tarihli kararında, işyerinde ortaya çıkan ve kısmi grevde olduğu gibi, kaynağını işçi kesiminde bulan ifa engeli dışındaki tüm ifa engellerinin işverenin riziko alanına dahil bulunduğunu ve sonuçlarına da işverenin katlanması gerektiğini belirtmiştir(34).

Bu ilke daha sonra Alman Federal İş Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Federal İş Mahkemesi konuya ilişkin ilk kararlarında işletme rizikosunun işverene ait olduğunu, işyerinde ortaya çıkan engellerden dolayı işçinin çalışmaması halinde işverenin çalışılmayan süreye ilişkin ücreti ödemekle yükümlü bulunduğunu, bu kuralın işletmeyi işverenin organize etmesi, kârı da işverenin sağlaması ilkesine dayandığını kabul etmiştir(35). Aynı görüşlerin, Federal İş Mahkemesi'nin sonraki kararlarında da sürdürüldüğü görülmektedir(36).

(32) Bak. RGZ 106, 272 Hueck/Nipperdey, I sh. 350'den.

(33) Bak. Ballerstedt, Arbeitskampf und Lohnrisiko, AuR, 1966, sh. 225 (231).

(34) Bak. RAG 3, 116 Hueck/Nipperdey, I sh. 351'den.

(35) Bak. BAG AP Nr. 2 ve 3 § 615 BGB Betriebsrisiko.

(36) Bak. BAG AP Nr. 14, 15 ve 28 § 615 BGB Betriebsrisiko.

Bu teori, sonuçları itibariyle Alman Hukukunda doktrin tarafından da tamamen benimsenmektedir. Doktrinde hakim olan görüşe göre, işçinin çalışmasını engelleyen olayların kaynağı hangi tarafta ise, bu olayların sonuçlarına da o taraf katlanmalıdır. Grev dışındaki tüm ifa engellerinin işverenin riziko alanına girdiği ve işçinin ücret hakkını ortadan kaldırmadığı kabul edilmelidir(37). İşçinin, enerji veya hammadde sağlanamaması, makinelerde arıza meydana gelmesi, yıldırım düşmesi, sel, yangın, devlet tarafından konulan üretim yasağı, genel yas gibi nedenlerle çalıştırılmaması, işverenin riziko alanına giren olaylara örnek olarak gösterilmektedir(38). Buna karşılık işverenin, işçiyi üretim fazlalığı, kâr oranının düşmesi veya sipariş sağlanamaması gibi ekonomik bir nedene dayanarak çalıştırmaması, işletme rizikosu teorisi ile çözümlenecek bir sorun niteliğinde görülmektedir(39). Çünkü işverenin sadece parasal gücünü ilgilendiren ekonomik krizin, işçinin çalışmasını doğrudan doğruya engellemediği kabul edilmektedir(40). Bu durumda, işyerindeki faaliyetin sürdürülmesi teknik açıdan mümkün bulunmakta; işçinin işyerinde mevcut nedenlerden dolayı çalıştırılmaması söz konusu olmaktadır(41). Bu bakımdan, işçileri ekonomik kriz nedeniyle çalıştırmayan işveren, işi kabulde temerrüde düşmüş sayılmaktadır(42). Aynı

(37) Pek çok yazar yanında bak. Hueck/Nipperdey, I sh. 350-352; Söllner, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1975, sh. 224; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 4. Aufl., Frankfurt a.M., 1976, sh. 177; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen, 1954, sh. 219-220.

(38) Bak. Hueck/Nipperdey, I sh. 348; Brill, Die Betriebsstörung, AR-Blattei, Arbeitsausfall II A; Brill, Persönliche Arbeitsverhinderung, AR-Blattei, Arbeitsausfall IV, (B) II 2 b; Zöllner, sh. 145, Lieb, sh. 62; Fabricius, sh. 52-53; Ehmann DB 1973, sh. 1994 (1996); BAG 28.9.1972, DB 1973 sh. 187; LAG Düsseldorf, 8.1.1974, AuR 1975 sh. 156.

(39) Bak. Brill, Die Betriebsstörung, AR-Blattei, Arbeitsausfall II (B) II 3; Zöllner, sh. 143.

(40) Bak. Ballerstedt, AuR 1966, sh. 225 (227).

(41) Soergel/Siebert/Wlotzke/Volze, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II, §§ 611-853, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1969, §615 Rdnr. 22; Ballerstedt, AuR 1966, sh. 225 (227).

(42) Bak. Ballerstedt; AuR, 1966, sh. 225 (227); İsviçre Hukukunda aynı sonuç için bak. Oser/Schönenberger, Art. 332 N. 9, 12; böyle bir hukukî sınıflandırma yapmamakla birlikte, ücret ödeme borcunun devam edeceği yolunda, Nikisch, Arbeitsrecht, I. Bd., 3. Auflage, Tübingen, 1961, sh. 608-609; Hueck/Nipperdey, I sh. 349; BAG AP Nr. 13 § 615 BGB Betriebsrisiko.

sonuç, ekonomik güçlüklerin, işyerinde faaliyetin durmasına neden olacak etkiler yaratması; örneğin işverenin para darlığı nedeniyle enerji, hammadde veya sipariş sağlayamaması hali için de geçerlidir(43). Böylece, ekonomik kriz karşısında işverenin hizmet aktinden doğan borçlarını yerine getirmekten kurtulamayacağı kabul edilmiş olmaktadır(44). Görüldüğü gibi işletme rizikosu teorisi, işçinin çalışmasının iki tarafın da sorumlu olmadığı bir olay nedeniyle engellenmesi durumunda uygulanmaktadır(45).

Alman Hukukunda, belirttiğimiz bu sonuçlar bakımından bir görüş ayrılığı bulunmamakla birlikte, alan teorisinin hukukî temeli ve rizikonun işverene yüklenmesini haklı göstererek gerekçeler konusunda bazı tartışmalar yapılmaktadır. Örneğin Söllner'e göre(46), iş-

(43) Zöllner, sh. 145.

(44) Söllner, sh. 224. Ekleyelim ki, ekonomik güçlükler veya işverenin hammadde sağlayamaması, başka işyerlerindeki grevlerin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ise, bu nedenlerle çalıştırılmayan işçilerin ücrete hak kazanıp kazanamayacakları Alman Hukukunda tartışmalıdır. Baskın görüş, bu durumda işçilerin ücret talebinde bulunamayacaklarını kabul etmektedir. Bak. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Stuttgart, 1965, sh. 267-269; Löwisch, Lohnansprüche bei Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen, Recht der Arbeit (RdA) 1967, sh. 45 (49-50); Ehmann, DB 1973, sh. 1994 (1999); Lieb, sh. 63; BAG AP Nr. 45 Art. 9 GG. Aksi görüşte, Ballerstedt, AuR 1966, sh. 225 (227 vd.).

(45) İşçinin, işverene yüklenebilecek bir kusur nedeniyle çalışamaması, örneğin enerji veya hammaddenin işverenin ihmali nedeniyle sağlanamaması halinde, işverenin çalışılmayan süre için ücret ödemekle yükümlü olacağına şüphe yoktur. Bu durum ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilse de sonuç değişmeyecektir. Çünkü, imkânsızlığın meydana gelmesinden işveren sorumludur. Bak. Hueck/Nipperdey, I sh. 348 ve orada dipnot 101; karşı., yukarıda dipnot 6 ile ilgili açıklama. Ayrıca, işyerindeki faaliyet, herhangi bir işçinin eksik özen göstermesi, örneğin işveren tarafından yangın çıkmasını önlemekle görevlendirilen bir işçinin kusurlu davranışı ile işyerinde yangın çıkmasına neden olması sonucunda durmuş ise, diğer işçiler çalışmadıkları süreye ilişkin ücret haklarını kaybetmeyeceklerdir. Çünkü, bu halde işveren, diğer işçiler karşısında ifa yardımcısının fiillerinden sorumlu olacaktır. Bak. Neumann-Duesberg, Abgrenzung zwischen Betriebsrisiko, Unmöglichkeit und Annahmeverzug, Juristische Schulung (JuS) 1970 sh. 68 (69); Hanau, Die Arbeitsrechtsklausur, JuS 1975, sh. 638 (641); BAG AP Nr. 2 § 324 BGB.

(46) Bak. Söllner, Ohne Arbeit kein Lohn, AcP 1967, 167, sh. 132 (141-143).

yerinde ortaya çıkan ve işçiyi çalışmaktan alıkoyan olaylar karşısında imkânsızlık ile ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülürken, imkânsızlığa ilişkin genel kurala (§ 323 BGB; BK md. 117) pek çok borç ilişkisi bakımından özel istisnalar getirilmiş olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Gerçi BGB'de hizmet akdi ile ilgili böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, hizmet akdi ile istisna akdi arasındaki yakınlık dolayısıyla, bunlardan birine ilişkin bir kuralın diğeri için de yasal bir ilke olarak benimsenebilip benimsenemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Örneğin, işverenin gözetim borcunu düzenleyen § 618 BGB'nin istisna aktinde de uygulanacağı kabul edilmektedir(47). Bu durum karşısında, istisna aktinde hasardan sorumluluğu hükme bağlayan § 645 BGB'nin hizmet akdi bakımından da kıyasen geçerli olduğu söylenebilecektir. § 645 BGB uyarınca ismarlayan, sağladığı malzeme veya verdiği talimat nedeniyle eserin telef olması halinde belirli bir karşılık ödemekle yükümlü bulunmaktadır(48). Aslında bu düzenleme, ismarlayanın karşılık ödeme yükümünü belirli hallerle sınırlandırdığı için, alan teorisinin başlıbaşına temelini oluşturamayacaktır. Ancak, bu kural hizmet aktinde uygulanırken söz konusu sınırların, işveren tarafından hazır bulundurulması gereken işyeri, araç-gereç ve işin yürütülmesi için zorunlu enerji biçiminde genişletilmesi mümkündür(49). Böylece § 645 BGB'nin ışığı altında hizmet akdi bakımından şu kural geçerli olacaktır: İşin yürütülmesi için gerekli olan koşulları hangi taraf hazırlayacaksa, bu alanda meydana gelecek engellerin sonuçlarına da o taraf katlanmak zorundadır. Rizikonun taraflar arasında dağılımı konusunda § 645 BGB'den yararlanıldığı takdirde, Medenî Hukuk sistemi içinde yasal bir temelle dayanılmış olacağını da belirten Söllner, böylece alan teorisinin aslında BGB'ye yabancı olmadığı sonucuna varmaktadır. Söllner'in bu düşüncelerinin doktrinde de taraftar bulduğu görülmektedir(50).

Wiedmann ise, bu konuda sadece İş Hukukuna özgü koruma ilkesinin bir çözüm getirebileceğini savunmaktadır. Wiedmann'a gö-

(47) Bu konuda ayrıca bak. **Zeuner**, Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln, RdA 1975, sh. 84 (85) ve orada dipnot 11'de belirtilen mahkeme kararları.

(48) Karş. BK. md. 368/3.

(49) Yazar, § 645 BGB'deki sınırların doktrinde ve mahkeme kararlarında istisna akdi bakımdan da genişletildiğine işaret etmektedir. Bak. **Söllner**, AcP 1967, 167, sh. 132 (142 dipnot 48).

(50) Bak. **Richardi**, sh. 33; **Fabricisu** ise, bu yaklaşımı tamamen benimsememekle birlikte bir ölçüde haklı bulmaktadır. Bak. **Fabricius**, sh. 83.

re, işçi, bir işletmeye girmekle ekonomik bağımsızlığını kaybetmektedir. İşçinin ekonomik açıdan bağımlılığının; bağımsız hareket etme imkânını kaybetmiş olmasının karşılığını, yaşam güvencesinin işveren tarafından sağlanması oluşturmaktadır. Şu halde, mademki bu gözetim ilkesi ücret ile yakın bir ilişki içindedir, o halde işveren bu güvenceyi işçinin işgücünden herhangi bir yarar elde etmediği zamanlarda da sağlamalıdır. Bu yükümlülük, işverenin —hastalık halinde ücret ödemek zorunda olmasına (§616 BGB; BK md. 328) benzer şekilde— işçiyi işe alırken onun varlığını güvence altında tutmayı üstlenmiş bulunmasına dayanmaktadır. İşverenin işçiye çalışmadığı hallerde ücret ödemek zorunda olması İş Hukukuna özgü koruma düşüncesinden kaynaklandığına göre, bu zorunluluk işyerindeki faaliyetin mücbir sebeplerle durması halinde de söz konusu olmalıdır(51).

Wiedemann'ın bu yaklaşımı, Lieb tarafından da benimsenmiştir. Gerçekten, işçinin doğal afetler veya genel yas gibi hiç bir şekilde önlenemeyecek olaylar nedeniyle çalıştırılmaması söz konusu olduğunda, alan teorisine temel olan düşüncelerin büyük ölçüde değerini kaybedeceğini, bu bakımdan alan teorisine hakim olan düşünceleri aşan ve işverenin rizikoyu taşımasını haklı gösteren ek gerekçelere ihtiyaç bulunduğunu belirten Lieb İş Hukukuna özgü koruma ilkesinin bu konuda esas alınabilecek bir hareket noktası olduğunu kabul etmektedir(52).

Ehmann'ın düşünceleri de bu doğrultudadır. Yazar, hammadde, elektrik, kömür, su sağlanamaması, yangın ve doğal afetler gibi nedenler dolayısıyla çalıştırılmayan işçiyi, imkânsızlık ile ilgili kuralardan hareket ederek ücret hakkından yoksun bırakmanın hiç bir şekilde kabul edilemeyecek bir sonuç olduğunu belirttikten sonra, görüşünü şu gerekçelere dayandırmaktadır: Günümüzde işletmeyi organize edip kârı sağlayan işverendir. Buna karşılık işçi, belirli bir zamanda işgücünü sadece bir kez kullanabilir ve o, bu zaman içinde işgücünü işverene sunmuş ise, işverenin bundan yararlanamaması halinde başka bir imkâna sahip değildir; işgücünü baka bir yerde kullanamaz. Bunun dışında, işçinin işgücü, genellikle yaşamını sürdürebilmesi bakımından sahip bulunduğu tek değerdir. Bu nedenle, ücret rizikosunu, işletme kârını haklı gösteren işletme rizikosundan ayrı düşünmek mümkün değildir(53).

(51) Bak. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch -und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe, 1966, sh. 88-89.

(52) Bak. Lieb, sh. 62.

(53) Bak. Ehmann, DB 1973, sh. 1994 (1996-1997).

Aslında bu düşüncelerin klâsik Roma Hukukunda da geçerli olduğu görülmektedir. Gerçekten, Roma Hukuku'nun bu döneminde, taahhüt edilen işin yerine getirilmesi işçinin dışındaki veya işveren tarafındaki nedenlerle engellendiği takdirde ücret hakkının ortadan kalkmayacağı kabul edilmiştir(54). Bu konuda su baskını, yangın, toprak kayması gibi olaylar örnek olarak gösterilmektedir. Böylece, kendisine bağlı olmayan bir nedenden dolayı hizmet ifa edemeyen işçinin korunması konusundaki düşüncelerin ortaya çıkıp geliştiği kaydedilmektedir(55). Roma Hukunda klâsik sonrası dönemde ise, bugünkü modern alan teorisine uygun ilkelerin benimsendiği söylenebilir(56). Buna göre, taraflardan her biri, kendi şahsı ile ilgili beklenmeyen olayların sonuçlarına katlanmak zorundadır(57).

Alman Hukukunda geliştirilen işletme rizikosu teorisi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son bir nokta, işyerinde ortaya çıkan engellerden dolayı işçinin çalıştırılmaması halinde işverenin çalışılmayan süre için ücret ödemekle yükümlü tutulmasına ilişkin kuralla getirilen istisnadır. Buna göre, ücretin ödenmesine devam edilmesi halinde işletme varlığı tehlikeye düşecekse, bu borç tamamen ortadan kalkacak veya ücrette indirim yapılarak riziko taraflar arasında paylaşılacaktır(58).

Alman Federal İş Mahkemesi soruna ilişkin bir kararında, işyerindeki makinelerin yanmış olmasının ücret ödeme borcunun sınır-

(54) Bak. **Kaser**, *Römisches Privatrecht*, 11. Aufl., München, 1979, sh. 179; **Benöhr**, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, sh. 107-108; **Mayer-Maly**, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, sh. 181-182; aynı yazar, *Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts*, RdA 1967, sh. 281 (285).

(55) Bak. **Karadeniz**, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara, 1976, sh. 161-162.

(56) Bak. **Söllner**, AcP 1967, 167, sh. 132 (143).

(57) Bak. **Dilcher**, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main, 1960, sh. 205, 212.

(58) Bak. RAG 3, 116; Hueck/Nipperdey, I sh. 354'den; **Schnorr von Carolsfeld**, sh. 219; Hueck/Nipperdey, I sh. 354; **Nikisch**, I sh. 600; **Brill** *Die Betriebsstörung, AR-Blattei, Arbeitsausfall II, (B) III 1 b*; **Ehmann**, DB 1973, sh. 1946 (1948); BAG AP Nr. 15 § 615 BGB Betriebsrisiko/Lieb ise bu istisnanın ihtiyatla karşılanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bak. **Lieb**, sh. 62; Lieb'e karşı bak. **Richardi**, sh. 33 dipnot 43.

landırılması bakımından yeterli bir ölçü sayılamayacağını, bu durumda, ücretin ödenmesiyle ortaya çıkacak ekonomik sonuçlara bakılması gerektiğini, işverenin, işyerindeki faaliyetin durması nedeniyle kâr sağlayamadığını gerekçe göstererek rizikoyu işçiye yükleyemeyeceğini, bunun ancak, işletme varlığını etkilemekle kalmayıp, işletmenin tehlikeye düşmesine neden olacak olaylarda mümkün görülebileceğini belirtmiştir (59).

Diğer taraftan, Alman Federal İş Mahkemesi'nin işverenin sorumlu bulunduğu imkânsızlık olarak nitelendirdiği ve bu nedenle işletme rizikosu teorisi dışında değerlendirdiği bir yangın olayı dolayısıyla getirdiği ölçüler, işletme rizikosu teorisi çerçevesinde ücret borcunun sınırlandırılması için aranması gereken koşullar bakımından da önem taşıyabileceği için belirtilmeye değer niteliktedir: İşyerinde faaliyet, işverenin sorumlu olduğu bir yangın nedeniyle 13 Mayıs'ta durdurulmuş ve hizmet akdi 31 Mayıs'ta son erecek olan bir işçi derhal işten çıkarılmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi, işyerindeki faaliyete Haziran ayında tekrar başlanabilmiş ve işletme varlığının tehlikeye düşmemiş olmasını gözönüne alarak, işçinin süresiz fesih bildirimini ile işten çıkarılmasını ve ücret hakkından yoksun bırakılmasını yerinde görmemiştir. Yüksek mahkeme, bu konuda daha dar ölçüler aranması gerektiğini, aksi takdirde, işi kabulde temerrüd, imkânsızlık ve işletme rizikosu ile ilgili kuralların kolaylıkla bertaraf edilebileceğini kabul etmiştir (60). Bu sonuçlar doktrinde de benimsenmiştir (61).

4. Hukukumuzda, mücbir sebepler de dahil olmak üzere, işyerinde ortaya çıkan ve işçinin çalışmasına engel olan olayların BK açısından işi kabulde temerrüd sonucunu yaratacağı belirtilmektedir (62). Buna karşılık İş Kanunu, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa, işçiye bir hafta süre ile yarım ücret ödeneceğini öngörmektedir

(59) Bak. BAG AP Nr. 28 § 615 BGB Betriebsrisiko ve Bauthien'in varılan sonuçlara katılan incelemesi.

(60) Bak. BAG AP Nr. 2 § 324 BGB.

(61) Bak. Neumann-Duesberg, JuS 1970, sh. 68 (68-69).

(62) Bak. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 1974, sh. 434-435; aynı yazar, İş Hukuku, Cilt I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi ve Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1979 sh. 158; aynı yazar, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma, Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, sh. 93 (94-97).

(md. 34). İşçi, İşK md. 16/III uyarınca hizmet akdini feshetmediği takdirde, bir hafta geçtikten sonra yarım ücret talebinde de bulunamayacaktır (63).

Görüldüğü gibi, İsviçre ve Avusturya Hukuklarında tartışmalı olan sorun, hukukumuzda yasal bir çözüme bağlanmıştır. Bu çözümün, söz konusu hukuk sistemindeki tartışmalar karşısında ortalama bir yol olduğu söylenebilir.

Ancak, hukukumuzdaki düzenlemenin Alman Hukukunda özellikle 1928 yılından itibaren geliştirilmeye başlanan teoriler karşısında yetersiz olduğu da bir gerçektir. Heryeşden önce, hangi şart altında olursa olsun, işçiye bir hafta için sadece yarım ücret ödeneceğini öngören İş Kanunu'nun sınırlı bir ücret garantisini sağladığı (64) ve rizikonun taraflar arasında paylaşılmasını kabul ettiği açıktır. Sonra, bir hafta geçtikten sonra ücret ödeme borcu da ortadan kalkmaktadır. Bu çözümün, borçlunun sorumlu olmadığı bir durumdan onun aleyhine sonuçlar çıkarmanın haklı görülemeyeceği düşüncesi (65) ile ne derece bağdaştığı tartışılabilir. Kaldı ki, faaliyetin bir haftadan fazla süre ile durmasına neden olan zorlayıcı sebepler ortaya çıktığı halde, tam ücretin ödenmesiyle işletme varlığı tehlikeye düşmemekte ise, İş Kanunu'nun getirdiği çözümü İş Hukuku'nun koruyucu niteliği çerçevesinde haklı görmek de kolay değildir. Nihayet bu düzenleme, işletmenin birden çok işyerinden oluşması ve mücbir sebebin bu işyerlerinden sadece birinde faaliyetin durmasına neden olması veya işverenin, zararını herhangi bir sigorta kuruluşundan karşılamak imkânına sahip bulunması durumunda da tatminkâr bir sonuç sağlamamaktadır (66).

(63) Bak. *Ekonomi, İş Hukuku, Cilt I, Ferdî İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1980, sh. 187, İşyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektiren zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa, işverenin hizmet akdini İşK md. 17/III'e dayanarak feshetme hakkına sahip bulunmadığında şüphe yoktur. Çünkü, işverene 17/III'de tanınan fesih hakkı, işçinin çalışmasını engelleyen mücbir sebeplerin işyerinde değil, işçinin çevresinde meydana gelmesi halli ile ilgilidir. Bak. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, sh. 580; Ekonomi, sh. 196; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 3. Bası, Ankara, 1976, sh. 443-444; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 1979, sh. 172; Yarg. HGK 21.3.1979 E.1977/9-876, K.1979, İHU İşK 17 (No. 10) ve Oğuzman'ın incelemesi.*

(64) Bak. *İzveren, sh. 153.*

(65) Bak. *Ennecceru/Lehmann, § 57 II 1 b.*

(66) Karş. BAG AP Nr. 28 § 615 BGB Betriebsrisiko.

Ücret rizikosunun kısmen veya tamamen işçiye yüklenmesi konusunda işletme varlığının tehlikeye düşmesi kıstasının gözönüne alınması, İş Hukuku'nun gereklerine daha uygun ve adil bir yol olacaktır(67). Bunun yanında, işletme varlığının tehlikeye düşeceği gerekçesiyle ücret hakkından tamamen veya kısmen yoksun bırakılan işçinin, işsizlik sigortasından yararlanabileceği bir sosyal güvenlik düzeni de kurulmalıdır(68).

III. Greve Katılmayan İşçinin Ücret Hakkı ve İşletme Rizikosu Teorisi

1. İncelememizin başında da belirttiğimiz gibi, işletme rizikosu teorisinin ikinci ilgi alanını, işçinin çalışmasının kısmi grev veya başka işyerlerindeki iş mücadeleleri (grev-lokavt) nedeniyle engellenmesi oluşturmaktadır. Biz, işletme rizikosu teorisinin bu soruna getirdiği çözümleri, TSGLK md. 24/1 çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

2. TSGLK md. 24/1, işverenin greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğunu belirtmiştir. İşyerinde çalışmayı arzu edip işveren tarafından çalıştırılmayan işçilerin hizmet akitlerinden doğan hak ve borçları grevin sona ermesine kadar askıda kalacaktır (TSGLK md. 27 b.1 f. 2).

TSGLK md. 24/1'in sözü karşısında, işverenin greve katılmayan işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta tamamen serbest olduğu kabul edilmektedir(69). Aslında, bu maddenin yasada yer almasına neden olan düşünce, Millet Meclisinde Geçici Komisyon Sözcüsü tarafından şöyle belirtilmiştir:

«...greve iştirak etmeyen işçileri, çalışmak istedikleri takdirde dahi işveren çalıştırıp çalıştırmamakta niçin serbesttir? Bunu anlamak gayet

(67) Bak. İzveren, sh. 153.

(68) Bak. Hueck/Nipperdey, I sh. 354.

(69) Bak. Oğuzman, Hukukî Yönden Grev ve Lokavt, 2. Bası, İstanbul, 1967 sh. 119; aynı yazar, Hukukî yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Temel Bilgiler, Cilt I, Toplu İlişkiler, 2. Bası, İstanbul, 1978, sh. 211; Seza Reisoglu, Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 1975, sh. 387; Esener, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, sh. 638; Ulucan, Streik und Aussperrung in der Türkei, Diss., Köln, 1971, sh. 116-117; farklı görüş, Tunçomağ, İş Hukuku, Cilt II Toplu İş Sözleşmesi-Uzlaştırma ve Tahkim Grev ve Lokavat-İş Muhakemesi, Kırklareli-Vize, 1980 sh. 361.

kolaydır... Faraza 100 işçi çalıştıran bir işyerinde 98 işçi grev yapmış, sadece bu ikisi greve katılmamış ve çalışma iradesini ihzar etmişse işverenin bu iki işçiyi çalıştırmak suretiyle fabrikasını nasıl işler halde tutacağını anlamak mümkün değildir. Bu takdirde de işverenin kendi iradesi dışında olan bir iş inkitası sırasında birtakım işçilere çalışmak isterlerse dahi ücret ödemesini kabul etmek, şu kanun tasarısında bilhassa riayet etmeyi kendimize vazife saydığımız işçi ve işveren arasındaki hakkaniyet ve hukuk dengesini işveren aleyhine kabili tecviz olmayan bir şekilde ihlâl etmiş olur. Nihayet bu durumda çalışmak isteyip de işveren tarafından çalıştırılmadığı için iş akdi askıda kalan ve bu sebepten dolayı ücret alamayan işçi bu durumun grev ilân etmiş olan sendika tarafından yaratıldığını bilmek mevkiindedir. Bundan dolayı işçi işvereni kaba-hatli göremez; ve işverene herhangi bir mükellefiyet kanunla tahmil edilemez» (70).

Bu açıklamalardan da anlaşılmaktadır ki, işverene greve katılmayan işçileri çalıştırmama yetkisi (bu işçilere ücret ödemekten kurtulma hakkı) grev nedeniyle iş verme imkânının bulunmadığı hallerde tanınmak istenmiştir. Ancak yasada böyle bir açıklık yer almamış olduğu için, greve katılmayan işçilere iş verme imkânı bulunsa da işverenin bu haktan yararlanabileceği sonucuna varılmaktadır (71). Bu durum karşısında işveren, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri dilerse çalıştırmayacak, çalıştırılmayan işçilerin hizmet akitleri de tıpkı greve katılan işçilerin hizmet akitleri gibi askıda kalacaktır. Yani bu işçiler ücret alamayacaklar ve grev sırasında başka bir işte çalışamayacaklardır (TSGLK md. 27 b.3) (72).

- (70) Bak. **Türk-İş**, Sendikalar ve Grev, Lokavt Hakları, Türk-İş Yayınları, 35, Ankara, 1964, sh. 148.
- (71) Ba. dipnot 69'da belirtilen yazarlar. **Tunçomağ** ise, TSGLK md. 24/1 in md. 27 ile birlikte yorumlanması ve işverenin grevci olmayan işçilere kural olarak iş vermek zorunda olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bak. **Tunçomağ**, İş Hukuku, II, sh. 361.
- (72) **Oğuzman** ve **Akyol**, bu durumda greve katılmayan işçilerin «aç kalmaya» terk edilmiş olacaklarını belirtmektedirler. Bak. **Oğuzman**, Grev-Lokavt, sh. 121, **Akyol**, Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, sh. 125.

Gerçi Akyol, başka işte çalışma yasasının sadece grevci işçileri kapsadığı kabul edilirse, bu haksızlığın bir ölçüde önlenmiş olacağını ve bu nedenle TSGLK md. 27 b.3'ün böyle bir yoruma tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedir(73). Ancak, işsizlik oranının yüksek olduğu bir ülkede, bu öneri de büyük ihtimalle pratik bir yarar sağlayamayacaktır(74). Bu durum karşısında TSGLK md. 24/1'in, aslında işverene fiili anlamda lokavt etkisi yaratabilecek bir araç vermiş olduğu söylenebilecektir(75).

3. Oysa, bazı yabancı hukuk sistemlerinde, sorunun daha adil çözümlere kavuşturulduğu görülmektedir.

Örneğin, Alman Hukukunda geliştirilen işletme rizikosu teorisi çerçevesinde, greve katılmayan işçilerin sadece, çalıştırılmalarının grev nedeniyle imkânsızlaşması veya işverenden beklenemeyecek derecede güçlenmesi halinde ücret talep edemeyecekleri kabul edilmektedir(76). Şu halde, grevci olmayan işçilerin çalıştırılmaları mümkün olduğu sürece, işveren bu işçilere iş vermese de ücret ödemekle yükümlü olacaktır(77). Bu sonuç, işverenin, çalıştırılmaları mümkün bulunan işçilerin edimini reddetmesi halinde işi kabulde temerrüde düşmüş olmasına dayandırılmaktadır (78). Bu bakımdan işveren, grevden etkilenmeyen kısımlardaki faaliyeti herhangi bir zorunluluk olmadan durdurarak burada çalışan işçilerin ücretlerini ödemekten kurtulma hakkına sahip bulunmamaktadır(79).

(73) Bak. Akyol, sh. 125-126.

(74) Karş. Oğuzman, Grev-Lokavt, sh. 120 dipnot 55.

(75) Maddeyi iş mücadelesinde denge ilkesi açısından değerlendiren Ekonomi, işverenin, hem lokavt hakkını kullanmamakla birlikte greve katılmayan işçileri çalıştırmayarak aynı amaca ulaşabileceğini ve kamuoyunun baskısından kurtulabileceğini, hem de yasadaki şekil koşullarına uymaması nedeniyle lokavata başvurma imkânını kaybetmiş olması halinde greve katılmayan işçileri çalıştırmayarak aynı sonucu elde edebileceğini belirtmektedir. Bak. Ekonomi, Kampfparität im Arbeitsrecht, Recht und Arbeitskämpf (içinde), Hrsg. Ekonomi/Rehbinder, Bern, 1980, sh. 120 (133-134).

(76) Bak. Hueck/Nipperdey, I sh. 353; Nikisch, I sh. 607; Brox/Rüthers, sh. 229; Soergel/Siebert/Wlotzke/Volze, § 615 Rdnr. 32; Ehmann, DB 1973, sh. 1946 (1946); Richardi, Aussperrung und Arbeitsverhältnis, RdA 1970, sh. 65 (69-70); Ballerstedt, AuR 1966, sh. 225 (225).

(77) Hueck/Nipperdey, I sh. 353; Soergel/Siebert/Woltzke/Volze, § 615 Rdnr. 32.

(78) Bak. Brox/Rüthers, sh. 229; Söllner, sh. 96.

(79) Soergel/Siebert/Wlotzke/Volze, § 615 Rdnr. 32; Brox/Rüthers, sh. 229 dipnot 54.

Görüldüğü gibi, hiç bir şekilde önlenemeyecek olaylar da dahil olmak üzere, işçinin çalışmasını engelleyen tüm nedenler karşısında ücret hakkının ortadan kalkmayacağını kabul eden işletme rizikosu teorisi, bu kurala, greve katılmayan işçilerin grev nedeniyle çalıştırlamamaları halinde bir istisna getirmiş olmaktadır. Bu istisna, işin durmasının işçiler tarafından yaratılan bir durum olarak görülmesine dayanmaktadır (alan teorisi). Nitekim, Alman Hukukunda bu teorinin temellerini atan İmparatorluk Mahkemesi(80), elektrik üretiminde çalışan işçilerin grevi nedeniyle işveren tarafından çalıştırlamayan tramvay işçilerinin çalışmadıkları süreye ilişkin ücret taleplerini, çalışmayı engelleyen olayın işçi kesiminden kaynaklandığını gözönüne alarak yerinde görmemiştir. Ancak burada, greve katılmayan işçilerin «işçi kesimine dahil bulunmaları» gibi bir nedenle ücret hakkından yoksun bırakılmalarının ne derece tutarlı bir yaklaşım sayılabileceği de haklı olarak sorulabilecektir. Bu tereddüt, Alman Hukukunda çeşitli gerekçelerle giderilmek istenmiştir.

Bu konuda ileri sürülen görüşlerden biri, sosyolojik bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Gerçekten, İmparatorluk İş Mahkemesi, grevin ortaya çıkardığı sonuçları işçi kesiminin riziko alanına dahil ederken, işçilerin dayanışma içinde bulunan bir topluluk oluşturmalarından hareket etmiştir. Bu düşünce, greve katılmayan işçilerin ücret haklarını kaybetmelerini dayanışma olgusunun bir sonucu olarak görmektedir(81). Ancak, sosyolojik bir olgunun hukuki bir ilke haline dönüştürülmesi, Alman Hukukunda daha sonra önemli eleştirilere konu olmuştur(82). Ayrıca, grevi reddeden işçilerin grevcilerle daya-

(80) Bak. Yukarıda II 3.

(81) İmparatorluk İş Mahkemesi'nin kararları için bak. **Ehmann**, DB 1973, sh. 1994 (1995). Aynı gerekçeye Federal İş Mahkemesi'nin bazı kararlarında da rastlanmaktadır. Bak. **Ehmann**, aynı yer.

(82) Örneğin bak. **Rüthers**, Solidaritätsprinzip und Vertragstreue im Arbeitskampf, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1972, sh. 403 (412); **Ehmann**, DB 1973, sh. 1994 (1996); **Lieb**, sh. 63; **Biedenkopf**, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe, 1970, sh. 22 **Ehmann**, DB 1973, sh. 1994 (1996)'dan; **Richardi**, RdA 1970, sh. 65 (70). Yazar bu konuda işçinin grevi yürüten sendikaya üye olup olmamasına göre bazı ayırmalar yapmaktadır. Bizi yakından ilgilendirmedığı için bu konuda ayrıntıya girmiyoruz.

nışma içinde bulduklarını söylemenin de her zaman mümkün olmadığında şüphe yoktur(83).

Mayer-Maly ve Nipperdey ise, sorunu daha çok iş mücadelesi hukukunun ilkeleri ve iş mücadelesinin sonuçları açısından ele almaktadırlar. Bu yaklaşıma hakim olan temel düşünce şudur: Gerek kısmî grev, gerekse başka işyerlerindeki iş mücadelesi (grev-lokavt) nedeniyle ortaya çıkan risklerin, işçiler açısından ücret; işverenler bakımından ise, ticarî ilişkilerin ve kârın kaybedilmesi, müşteriler karşısında sorumluluk olmak üzere iki kısımda ele alınması gerekmektedir. Bu durum karşısında, söz konusu risklerin iş mücadelesinde denge ilkesinin bir gereği olarak eşitlik içinde dağıtılması zorunludur. Böylece, ücret kaybına işçiler, diğer sonuçlara da işveren katlanmalıdır(84).

Nihayet, greve katılmayan işçilerin grev nedeniyle çalıştırılmamaları halinde ücrete hak kazanamayacakları, pratik bir gerekçeye de dayandırılmaktadır. Buna göre, işveren greve katılmayan ve çalıştırılmaları da mümkün bulunmayan işçilere ücret ödemekle yükümlü tutulduğu takdirde, grevin, sadece kilit noktadaki (faaliyetin sürdürülmesi bakımından vazgeçilemez nitelikteki) işçilerle yürütülmesi teşvik edilmiş ve bu tür bir mücadele de işverenin parasal desteğine kavuşturulmuş olacaktır(85). Böyle bir sonucun ise, grev fonlarının işveren tarafından desteklenmesinden başka bir anlam taşıyacağı açıktır(86).

Görüldüğü gibi, bu hukuk sisteminde greve katılmayan işçilerin ücret haklarını kaybetmeleri, çalıştırılmalarının grev nedeniyle imkânsızlaşması veya işverenden beklenemeyecek derecede güçleşmesi halinde söz konusu olmaktadır ve bu açıdan herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Yapılan tartışmalar sadece bu sonucun gerekçelerini ilgilendirmektedir.

(83) Bak. **Runggaldier**, Die streikbedingte Betriebsstörung nach italienischem Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, RdA 1975, sh. 238 (244). Böyle bir yaklaşım belki grevin kilit noktadaki işçilerle sürdürülmesinin kararlaştırılmış olduğu hallerde haklı görülebilir.

(84) **Mayer-Maly/Nipperdey**, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmässigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Tübingen, 1965, sh. 34 vd., **Ballerstedt**, AuR 1966, sh. 225 (226)'dan .

(85) Bak. **Hueck/Nipperdey**, I sh. 353 dipnot 122; **Nikisch**, I sh. 605; **Ballerstedt**, AuR 1966, sh. 225 (231); **Zölner**, sh. 146.

(86) **Ballerstedt**, AuR 1966, sh. 225 (231).

İsviçre ve Avusturya Hukuklarında da varılan sonuç farklı dır.

Gerçekten İsviçre Hukukunda, Alman Hukuku'nun etkisinde kalınarak; greve katılmayan işçilerin ancak grev nedeniyle çalışma imkânına sahip bulunmamaları halinde ücret haklarını kaybedecekleri kabul edilmektedir(87).

Avusturya Hukukunda da hizmet ediminin yerine getirilmesi grev nedeniyle imkânsızlaşmış veya hizmet ediminin kabulü işveren- den beklenemeyecek derecede güçleşmiş olmadıkça ücrete hak ka- zanılacağı belirtilmektedir(88).

Fransız Hukukunda ise, işverenin greve katılmayan işçileri çalış- tırmaması hukuka aykırı bir lokavt sayılmaktadır (89). Nitekim Fransız Yargıtayı, işverenin greve katılmayan işçilere kural olarak iş vermek zorunda olduğunu kabul etmektedir. İşverenin bu yükü- münden kurtulması, bir mücbir sebebin varlığına bağlıdır. Grev ise ancak, işvereni iş vermektan mutlak olarak alıkoyduğu takdirde bir mücbir sebep olarak nitelendirilmektedir. Fransız yüksek mahkemesi bir kararında, işverenin oto boyama kısmındaki grevi gerekçe göste- rerek karoser kısmındaki faaliyeti durdurmasını yerinde görmemiştir. Yüksek mahkeme bir başka kararında da, işyerinin üretim kıs- mında sürdürülen grevin, müşterilere hizmet veren kısımlardaki iş- çilerin çalıştırılmaması için yeterli bir neden olamayacağını belirt- miştir. Ayrıca işveren, grev nedeniyle ortaya çıkan mali güçlükler karşısında da greve katılmayan işçilere iş vermektan kurtulamaya- caktır. Böylece, Fransız Hukukunda işverenin grevci olmayan işçile- ri çalıştırmama hakkı çok sınırlı hallerde söz konusu olmaktadır(90).

(87) Bak. **Rehbinder**, sh. 67; **Brunner**, Rechtsfolgen des Arbeitskampfes, Recht und Arbeitskampf (içinde), sh. 57 (77); **Meier**, Aussperrung und Kampf- parität, Recht und Arbeitskampf (içinde), sh. 103 (117-118).

(88) Bak. **Tomandl**, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien- New York, 1965, sh. 331, 347; aynı yazar, AcP 1964, 164, sh. 183 (223).

(89) Bak. **Teyssié**, Die Aussperrung in französischen Recht, ZFA 1979, sh. 43 (50-51).

(90) Bak. **Lyon-Caen**, Streik und Aussperrung in Frankreich, Streik und Aus- sperrung, Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriege- werkschaft Metall vom 13. bis 15. September 1973 in München, Hrsg. Michael Kittner, sh. 333 (339-340); **Teyssié**, ZFA 1979, sh. 43 (52-53).

İtalyan Hukukunda da benzer çözümler kabul edilmektedir. Bazı yazarlar, işverenin, hizmet edimini kabul etme imkânına sahip bulunduğu sürece greve katılmayan işçiye iş ve ücret vermekle yükümlü olduğunu belirtmektedirler. Bu görüşe göre, hizmet edimini kabul etmenin sadece güçleşmiş veya işverenden beklenmez bir hale gelmiş olması, işvereni ücret ödemekten kurtaramayacaktır. İtalyan Hukukunda bir kısım hukukçular da mücbir sebep kavramından hareket ederek benzer sonuçlara varmaktadırlar. Bu yaklaşım çerçevesinde kısmi grev, işyerinin diğer kısımlarındaki faaliyetin tamamen durmasına neden olduğu takdirde bir mücbir sebep sayılmakta ve işverenin de ancak böyle bir durum karşısında greve katılmayan işçilere, ücret ödemekten kurtulabileceği kabul edilmektedir(91). Belçika ve Lüksemburg hukuklarında da varılan sonuç budur(92).

Bu açıklamalar, ele aldığımız hukuk sistemlerinin hiç birinde, işverenin greve katılmayan işçileri çalıştırmayıp ücret ödemekten kurtulma hakkına sınırsız bir biçimde sahip bulunmadığını ortaya çıkarmaktadır. TSGLK'nun aksayan yönlerinin düzeltilmesi sırasında, md. 24/1 kuralının taşıdığı sakıncalar gözönüne alınarak yabancı hukuk sistemlerindeki çözümlerden yararlanılmalı ve işletme rizikosu teorisinin ışığı altında, hukukumuzda da greve katılmayan işçilerin çalıştırılmaları imkânsız veya işverenden beklenemeyecek derecede güçleşmiş olmadıkça ücrete hak kazanacakları kabul edilmelidir. Kanımızca, yasada bu yönde yapılacak bir değişiklik, sorun daha adil bir çözüme kavuşturulmuş olacaktır(93).

(91) Bak. **Runggaldier**, RdA 1975, sh. 238 (246); **Giugni**, Streik und Aussperrung in Italien, Streik und Aussperrung (içinde), sh. 265 (279-280).

(92) Bak. **Tomandl**, AcP 1964, 164, sh. 183 (229-230).

(93) Aynı sonucun kabul edildiği Alman ve İsviçre Hukuklarında, lokavt hakkındaki tartışmalar da farklı bir yön kazanmıştır. İşverenin saldırı lokavtına başvurma imkânına hukuken sahip bulunmadığını kabul eden bir görüş, grev nedeniyle çalıştırılmayan işçilere ücret ödenmesinin gerekmesi karşısında, lokavtın da fazla bir anlamının kalmadığını ileri sürmektedir. Bak. **Däubler**, Die unverhältnismässige Aussperrung, BAG (GS) AP, Art. 9 GG-Arbeitskampf, Nr. 43, JuS 1972, sh. 642 (646, 648). Reuter de bu düşünceyi kısmen haklı bulmaktadır. Bak. **Reuter**, Die unverhältnismässige Aussperrung, JuS 1972, sh. 284 (288). Ayrıca karşı **Evers**, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, Hamburg, 1969, sh. 67-69, 74-76. Bu bakımdan, işletme rizikosu teorisi ile lokavt arasında yakın bir ilişki bulunduğu belirtilerek, lokavta daha fazla hukuki dayanak aramanın gereksiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Bak. **Meier**, Recht und Arbeitskampf (içinde), sh. 103 (118, 115). Bu yaklaşıma karşı bak. **Lieb**, sh. 126.

4. İncelememizin ilgi alanına giren ve üzerinde kısaca durmak istediğimiz son bir husus, greve katılmayan işçilerin işsizlik sigortasından yararlandırılmaları sorunudur.

Hukukumuzda, TSGLK md. 24/1'in yaratacağı sakıncaların, greve katılmayan işçilere işsizlik sigortasından yararlanma hakkı tanınarak giderilmesi gerektiği ileri sürülmüştür(94). Bu öneri doktrinde de taraftar bulmuştur(95).

Kanımızca, bu tür bir çözüm yolunun salt sosyal güvenlik açısından değil, toplu sözleşme düzeni açısından da değerlendirilmesi gerekir. Çünkü sorun, iş mücadelesi sistemini yakından ilgilendirdiği gibi(96), devletin iş mücadelesi karşısında tarafsızlığı açısından da önem taşımaktadır. Gerçi iş mücadelelerinde devletin tarafsızlığı sorununu tüm ayrıntıları ile ele almak bu incelemenin görevi değildir. Ancak, greve katılmayan işçilerin işsizlik sigortasından yararlandırılmalarına ilişkin öneri karşısında, bazı yabancı sistemlerdeki durumu yansıtmak, sorunun hiç değilse bu açıdan tartışılmasına ortam hazırlayacaktır.

Alman Hukunda, iş mücadelesi karşısında devletin tarafsızlığı konusunda hakim olan anlayış şudur: Çalışma koşullarının sendikalar tarafından özerk bir şekilde düzenlenmesinin ve iş mücadelesinin anayasada güvence altına alınmış olması, devletin iş mücadeleleri karşısında tarafsız kalmasını gerektirmektedir. Bu tarafsızlık ilkesinin bir sonucu olarak devlet, iş mücadelesinin sonucunu belirli bir yönde etkilemek üzere, sınırlama veya ayrıcalık niteliği taşıyan tek taraflı önlemler alamaz(97). İşte bu nedenle, Almanya'da bugün yürürlükte bulunan yasal hükümler, iş mücadelesi nedeniyle işsiz kalan işçilere işsizlik sigortası yardımı yapılmasını kural olarak yasaklamaktadır (§ 116 AFG = Arbeitsförderungsgesetz, 25.6.1969). Buna

(94) Bak. Oğuzman, Grev-Lokavt, sh. 121; aynı yazar, İşçi-İşveren İlişkileri sh. 212.

(95) Bak. Akyol, sh. 124.

(96) Bak. Löwisch, Arbeitslosengeld und Arbeitskampf, RdA 1973, sh. 22 (23).

(97) Bak. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II. Bd., 2. Halbband von H.C. Nipperdey unter mitarbeit von F.J. Säcker, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1970 sh. 927-928; Brox/Rüthers, sh. 45; Ehmann, DB 1973, sh. 1946 (1949-1950); BSG AP Nr. 1 § 116 AFG. Şüphesiz bu kural, devletin iş mücadelesi hukukunu anayasaya uygun olarak düzenleme yetkisini bertaraf etmemektedir. Bak. Hueck/Nipperdey II-2, sh. 928, «fördernde Neutralität» bak. BSG AP Nr. 1 § 116 AFG.

göre devlet, işsizlik parası vermek suretiyle iş mücadelesine müdahalede bulunamaz. Bu kural, iş mücadelesine katılan işçiler için olduğu kadar, iş mücadelesinin dışında kalan işçiler için de geçerlidir. Yeter ki, iş mücadelesi, bu mücadeleye katılmayan işçilerin çalıştıkları işyerindeki çalışma koşullarının değiştirilmesi amacıyla yapılmış olsun veya işsizlik parasının verilmesi, iş mücadelesini etkileyecek bir nitelik taşıyın (§ 116 Abs. 1,3 AFG). Şu halde, iş mücadelesi sonucunda akdedilen toplu iş sözleşmesinden yarar sağlama imkânına sahip bulunan işçiler, katılmadıkları grev nedeniyle işsiz kaldıkları süre için işsizlik parası alamayacaklardır(98). Bu kuralın uygulanamayacağı tek hal, işsizlik parasının ödenmemesinin, belirli bir grup işçi için istisnai olarak haklı görülmemesidir. Bu takdirde Yöresel İş Dairesi işsizlik yardımının yapılmasına ilişkin bir karar verme yetkisine sahiptir (§ 116 Abs. 4 AFG) (99).

(98) Bak. **Radke**, Arbeitskampf und Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit, RdA 1973, 14 (15,16,22); **Lieb**, sh. 64; **Hanau/Adomeit** sh. 178. Bu sonucun, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 28.6.1952 tarihinde kabul edilen «Sosyal Güvenliğin Asgarî Normları» hakkındaki 102 sayılı sözleşmeye de uygun olduğu belirtilmektedir. Bak. **Hueck/Nipperdey**, II—2, sh. 967 dipnot 82 b; **Brox/Rüthers**, sh. 253 dipnot 70. Greve katılmayan işçilere işsizlik parasının kural olarak verilmeyeceğini öngören yasa ile, ayrıca, sadece kilit noktadaki işçilerle sürdürülen grevlerin teşvik edilmemiş olduğuna da işaret edilmektedir. Bak. **Muhr**, Arbeitskampf, Verwirklichung des Sozialstaatauftrags und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, RdA 1973, sh. 9 (14)'deki açıklama. Böylece grev fonlarının devlet tarafından desteklenmesi gibi bir sonuç doğmayacaktır. Karş. **Bley**, Sozialrecht, 2. Aufl., Frankfurt a.M., 1977, sh. 211-212; **Ehmann**, DB 1973, sh. 1946 (1950).

(99) AFG ile yürürlükten kaldırılmış bulunan »İşe Aracılık ve İşsizlik Sigortası Hakkındaki Yasa« (AVAVG = Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung), iş mücadelesi dışında kalan işçilere ancak ciddi haksızlıkları önlemek üzere işsizlik parası verilebileceğini öngörmüştü. Bu işçilerin işsizlik parası almalarındaki çıkarları, mücadele taraflarının devletin tarafsızlığından elde edecekleri çıkarları büyük ölçüde aştığı takdirde ciddi haksızlıklardan söz edilebilmekteydi. Bak. **Ballerstedt**, AuR 1966, sh. 225 (233). İşsizlik parasının ödenmemesinin ciddi bir haksızlık olarak nitelendirilmediği haller-konumuzu ilgilendiren- şu üç ölçüye göre belirlenmekteydi : a) İşçinin işsiz kaldığı tarihten itibaren henüz 14 günün geçmemiş olması; b) İşsizlik parasının verilmesiyle iş mücadelesinin etkilenmesinin söz konusu olması; c) Mücadele sonucunun işçiyi doğrudan doğruya ilgilendirmesi. Bak. **Brox/Rüthers**, sh. 253-254.

İsviçre Hukukunda da, toplu sözleşme özerkliğinin bir sonucu olarak, devletin iş mücadeleleri karşısında tarafsız kalması gerektiği kabul edilmektedir(100). Nitekim, devletin bu tarafsızlığı, işsizlik sigortası konusunda açıkça görülmektedir. Gerçekten, İşsizlik Sigortası Hakkındaki Federal Yasa, işçinin, çalıştığı işyerindeki iş mücadelesi nedeniyle gelir kaybına uğraması halinde, bu uyuşmazlık süresince ve onu izleyen 12 gün içinde işsizlik sigortası edimlerinden yararlanamayacağını belirtmiştir (Art. 27 AVG = Bundesgesetz über die Arbeitslosenversicherung) (101).

İtalyan Hukukunda, bu açıdan Alman Hukukundakine benzer bir çözüm yolunun kabul edildiği söylenebilir. Buna göre, greve katılmayan ve işveren tarafından da çalıştırılmadıkları için işsiz kalan işçiler, bu grevden yarar sağlama imkânına sahip buldukları takdirde devletten herhangi bir yardım alamayacaklardır(102).

Avusturya Hukukundaki durum da pek farklı değildir. Bu ülkede 1958 yılında yürürlüğe giren İşsizlik Sigortası Yasası, İşsizliğin doğrudan doğruya grev nedeniyle ortaya çıkmış olması halinde işyerindeki faaliyetin durduğu süre için işsizlik parası verilmeyeceğini öngörmüştür (§ 13 ALVG = Arbeitslosenversicherungsgesetz). Bu düzenleme karşısında, sadece grevci işçilerin değil, greve katılmamakla birlikte grev nedeniyle çalıştırılmadıkları için işsiz kalan işçilerin de işsizlik parası talep edemeyecekleri belirtilmektedir(103).

Nihayet, bu hukuk sistemlerine büyük ölçüde yabancı olan İngiliz Hukukunda da aynı çözümün benimsendiği görülmektedir. Gerçekten, 1965 yılında yürürlüğe giren Ulusal Sigorta Yasası (National Insurance Act), bir uyuşmazlığın işçinin çıkarlarını ilgilendirmesi halinde, işçiye işsizlik sigortasından herhangi bir yardım yapılmayacağını hükme bağlamıştır (section 22 (1)) (104). Uygulamada da

(100) Bak. **Rehbinder**, sh. 180.

(101) Bak. **Brunner**, *Recht und Arbeitskampf* (içinde), sh. 57 (74); **Rehbinder**, sh. 180. Doktrinde, greve katılmamakla birlikte, işveren tarafından çalıştırılmadıkları için gelir kaybına uğrayan işçilerin işsizlik sigortasından yararlanabileceklerine ilişkin herhangi bir kayda rastlanmamaktadır.

(102) Bak. **Runggaldier**, *RdA* 1975, sh. 238 (247-248).

(103) Bak. **Tomandl**, *Streik und Aussperrung*, sh. 346.

(104) Şimdi Sosyal Güvenlik Yasası, 1975 (Social Security Act. s. 19); bak. **Rideout**, *Principles of Labour Law*, Second Edition, London, 1976 sh. 439 ve orada dipnot 92, sh. 442, **Wedderburn**, *The Worker and the Law*, Second Edition, London, 1971, sh. 398.

çay molası, işyerinin ısıtılması gibi sorunların, greve katılmayan işçinin çıkarlarını ilgilendiren uyuşmazlıklar olarak nitelendirildikleri ifade edilmektedir(105).

Greve katılmayan işçilerin işsizlik sigortasının kapsamı dışında bırakılmaları ile ilgili gerekçeler, hukukumuz bakımından da önem taşımaktadır. Bu nedenle, sorunun çok yönlü bir tartışmaya açık olduğu söylenebilir.

Bu konuda şunu da eklemek gerekir ki, 1979 yılında Çalışma Bakanlığı tarafından hazırlanan işsizlik sigortası ile ilgili yasa tasarı-sında, yeteri kadar açık olmamakla birlikte, incelediğimiz hukuk sistemlerindeki çözümlere benzer sonuçların kabul edilmesini sağlayabilecek bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gerçekten söz konusu tasarıda, işsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için «grev ve lokavt nedeniyle işsiz kalmamış olmak» şartı aranmıştır (md. 17/g). Çalışma Bakanlığı'nın 1980 yılında hazırladığı işsizlik sigortası yasa önerisinde de, işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanabilmek için «grev ve lokavt gibi iş uyuşmazlıkları nedeniyle işsiz kalmamış ya da hizmet sözleşmesi...askıya alınmamış olmak» gerektiği belirtilmiştir (md. 36/g).

(105) Bak. Rideout, sh. 442.