

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

**DOKTORA TEZİ**

**İŞ İLİŞKİLERİNDE İMKÂNSIZLIK**

**AYŞE LEDÜN AKDENİZ**

**2502120236**

**TEZ DANIŞMANI**

**PROF. DR. ÖMER EKMEKÇİ**

**İSTANBUL - 2018**



DOKTORA  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : AYŞE LEDÜN AKDENİZ Numarası : 2502120236  
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR.ÖMER EKMEKÇİ  
Tez Savunma Tarihi : 15.08.2018 Saati : 11:00  
Tez Başlığı : İŞ İLİŞKİLERİNDE İMKANSIZLIK

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR.ÖMER EKMEKÇİ		KABUL
2- PROF.DR.SARPER SÜZEK		KABUL
3- PROF.DR.TANKUT CENTEL		KABUL
4- PROF.DR.ADEM SÖZÜER		
5- PROF.DR.GÜLSEVİL ALPAGUT		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.M. TUFAN ÖĞÜZ		KABUL
2- DOÇ.DR.ERCÜMENT ÖZKARACA		

## ÖZ

### İŞ İLİŞKİLERİNDE İMKÂNSIZLIK

#### AYŞE LEDÜN AKDENİZ

İş hukuku mevzuatında, bir iş ilişkisinde taraflarca borçlanılan edimlerden birinin ifasının imkânsız hale gelmesinin sonuçları, borçlar hukukunun genel hükümlerinde olduğundan daha farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Özellikle işçinin işverene kişisel bağımlılığı, imkânsızlık ifa engeline bağlanan hukuki sonuçların bu hukuk dalının özelliklerine uygun düşecek şekilde ele alınmasını gerektirmiştir. Bu yaklaşımın en belirgin örneklerinden biri, işçinin işgörme edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle sunamadığında karşı edimden tamamen mahrum kalmasının önüne geçen Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'ndeki 409. maddedir. Ancak iş hukukuna ilişkin mevzuatta, edimin yerine getirilmemesi ile bunun karşı edime etkisi ve bu durumun sözleşmenin geleceğine yönelik sonuçlarının tüm iş ilişkileri bakımından yeknesak bir biçimde düzenlenmemiş olduğu da belirtilmelidir. Bazı hallerde işin niteliğinden kaynaklanan farklılıklar ayrıkçı düzenlemeleri meşru kılmakta ise de, mevzuatımızda imkânsızlığa bağlanan kimi hukuki sonuçlar bakımından gerekçelendirilmesi güç farklılıklar bulunduğu da ifade edilmesi gerekir. Çalışmamızda; imkânsızlık kavramının borçlar hukukundaki konumu incelenerek, kavramın iş hukukundaki dönüşümüne duyulan gereksinim vurgulanmak istenmiştir. Esasında, günümüzde işçi-işveren ilişkilerinin değişimi, iş türlerindeki çeşitlilik ve yeni çalışma modellerinin ortaya çıkması da mevcut sistemin gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu amaçla çalışmamızda, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde gözlemlenen yeni eğilimlerin incelenmesine ve mevzuatımızdaki mevcut hukuki düzenlemelerin değerlendirilmesi sonucunda tespit edebildiğimiz sorunlara çözüm önerileri getirilmesine gayret edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** imkânsızlık, beklenilmezlik, ifa engeli, iş ilişkileri, kişisel bağımlılık.

## **ABSTRACT**

### **IMPOSSIBILITY IN LABOUR RELATIONS**

**AYSE LEDUN AKDENIZ**

In labor law legislation, the consequences of impossibility of performance is handled differently than it is legislated in general provisions of law of obligations. Especially because of personal dependency to the employer, the conclusions of impossibility needs to be considered according to the characteristics of the branch of labour law. One obvious example of this tendency is regulated in the 409th article in the chapter for labour contract of law of obligations which protects the employee against being devoid of return performance entirely. It shall be pointed out that the consequences of non-performance, its effects on the return performance and the future of the contract is not legislated in a unique form in labour legislation. In some cases, the differences coming from the nature of the work makes it legitimate to have discreet arrangements. However in our legislation, it shall be stated that there are differences related to the consequences of impossibility which seem difficult to justify. In our study, it is aimed to emphasise the need to modify the concept of impossibility in labour law by examining its status in law of obligations. In fact, the change of relationship between the employee and employer, diversity of job types and the rise of new working models require reconsideration of current legal order. Therefore in our study, the effort is put on investigating the new tendencies observed in comparative law and proposing solutions for identified problems by assessing the legal arrangements in our current legislation.

**Keywords:** impossibility, unreasonableness, impairment of performance, labour relations, personal dependency.

## ÖNSÖZ

Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlanmıştır. Çalışmada, borçlar hukukuna ilişkin bir kavram olan imkânsızlığın, iş hukuku alanındaki dönüşümü ortaya konularak, iş ilişkileri üzerindeki etkisinin incelenmesi hedeflenmiştir.

Çalışmanın başlangıcından tamamlanmasına kadar her aşamasında, tez konumu bana öneren, tezimin danışmanlığını üstlenen değerli Hocam Sayın *Prof. Dr. Ömer Ekmekçi*'nin desteği ile yol göstericiliğini minnetle anmam gerekir. Hocama, lisans öğrenciliğimden doktora tez çalışmamın tamamlanmasına kadar geçen süreçte sergilediği engin hoşgörüsü, bilimsel ilgisi ve çözüm odaklı bakış açısı için çok teşekkür ederim. Şüphesiz, çalışmamın tamamlanabilmesi Anabilim Dalı Başkanımız Sayın Hocam *Prof. Dr. Gülsevil Alpagut*'un bizlere sağladığı huzurlu çalışma ortamı sayesinde mümkün olabilmiştir. Sayın Hocam'a bizlere örnek olarak çalışma şevkimizi artırdığı ve her zaman anlayış gösterdiği için bu vesileyle şükranlarımı sunarım. Sayın Hocam *Prof. Dr. Adem Sözüer*'e tezimin izleme komitesinde bulunmayı kabul ederek değerli zamanını ayırdığı için, Sayın Hocam *Dr. Öğr. Üyesi Ender Gülver*'e de büyük bir cömertlikle tecrübelerini paylaştığı için içtenlikle teşekkürlerimi sunmak isterim.

Doktora tez çalışma sürecimin bir kısmını Bonn Rheinische Friedrich Wilhelm Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Enstitüsü'nde geçirdim. Bu dönemde danışmanlığımı üstlenen, beni kürsüdeki asistanlarından hiç ayırmayan, tezimle ilgili bilgi alışverişini halen sürdürmeme imkân tanıyan Sayın Hocam *Prof. Dr. Stefan Greiner*'e ve Almanya'daki araştırmalarım sırasında aynı çalışma odasını paylaştığımız, bana kendi kürsümde olduğum hissini yaşatan meslekdaşım *Dr. Maria Kleinert*'e de çok teşekkür ederim.

Bu çalışma sırasında yurt dışında yapılan bilimsel araştırma, 2214-A Programı çerçevesinde TÜBİTAK tarafından sağlanan bursla desteklenmiştir. Bu vesile ile sağladığı burs ve destek için TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak, sevgili annem *Fatma Akdeniz*, babam *Hasan Eşref Akdeniz* ile ağabeyim *Özgür Akdeniz*'e destekleri, anlayışları ve özverileri için; rahmetli büyükbabam Av. *Mustafa Kemal Akdeniz*'e bu süreçte ihtiyaç duyduğum her anda aziz hatırasıyla yanımda olduğu için, sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul - 2018

Ayşe Ledün AKDENİZ



## İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT .....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER .....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### BORÇLAR HUKUKU SİSTEMİNDE

##### İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİ

1. İmkânsızlık Kavramı ve İfa Engelleri Bakımından Konumu.....	4
2. İmkânsızlık Türleri .....	7
2.1. Fiilî - Hukuki İmkânsızlık .....	7
2.2. Objektif – Subjektif İmkânsızlık.....	8
2.3. Başlangıçtaki - Sonraki İmkânsızlık.....	11
2.4. Tam - Kısmi İmkânsızlık .....	15
2.5. Sürekli İmkânsızlık – Geçici İmkânsızlık.....	15
3. İmkânsızlık İfa Engelinin Diğer İfa Engelleri Karşısındaki Konumu.....	17
3.1. Alacaklı Temerrüdü ile İmkânsızlık İfa Engelinin İlişkisi .....	17
3.2. Borçlu Temerrüdü ile İmkânsızlık İfa Engelinin İlişkisi.....	21
3.3. Sözleşmenin Müspet İhlali ile İmkânsızlık İfa Engelinin İlişkisi.....	24
3.4. İşlem Temelinin Çökmesi ile İmkânsızlık İfa Engelinin Karşılaştırılması..	25

### İKİNCİ BÖLÜM

#### İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİNİN

##### İŞ SÖZLEŞMELERİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

1. İş Sözleşmesinin Genel Özellikleri .....	30
2. İşçilerin Tabi Olduğu Kanunlar .....	32
3. Borçlar Kanunu'nun İş Kanunlarına Tabi İş İlişkileri Üzerindeki Etkisi.....	33
3.1. İş Kanunlarında Boşluk Bulunduğu Hallerde .....	33
3.2. İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'ndaki Hükmün Çelişmesi Halinde.....	35

4. İmkânsızlık İfa Engelinin İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar Üzerindeki Etkisi	37
4.1. Genel Olarak İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar	37
4.2. İmkânsızlığın İşverenin İş Sözleşmesinden Doğan Borçları Üzerindeki Etkisi	40
4.2.1. İşverenin Ücret Borcu Bakımından	40
4.2.2. İşverenin İş Verme Borcu (?) Bakımından	41
4.2.3. İşverenin Diğer Borçları Bakımından	48
4.3. İmkânsızlığın İşçinin İş Sözleşmesinden Doğan Borçları Üzerindeki Etkisi	48
4.3.1. İşgörme Borcu Bakımından	48
4.3.1.1. İşverenin İşgörme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi Mümkün Müdür?	49
4.3.1.2. İşgörme Borcunun Telafi Edilmesi Gerekli Midir?	57
4.3.1.2.1. İşverenin Risk Alanında Doğan Nedenler Bakımından	58
4.3.1.2.2. İşçinin Risk Alanında Doğan Nedenler Bakımından	64
4.3.2. İşçinin Diğer Borçları Bakımından	67

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İŞ MEVZUATINDA İMKÂNSIZLIK HÜKÜMLERİ

1. Genel Olarak	69
2. Borçlar Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık	69
2.1 Başlangıçtaki İmkânsızlık	69
2.2. Sonraki İmkânsızlık	76
2.2.1. İşverenin Risk Alanında Ortaya Çıkan Nedenler	77
2.2.2. İşçinin Risk Alanında Ortaya Çıkan Nedenler	80
2.2.3. Özel Bir Durum: İşletme Rizikosu Teorisi	84
3. İş Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık	97
3.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık	97
3.2. Sonraki İmkânsızlık	97
3.2.1. İşverenin Risk Alanında Ortaya Çıkan Engeller	98
3.2.1.1. Zorlayıcı Nedenler	98
3.2.2. İşçinin Risk Alanında Ortaya Çıkan Nedenler	104
3.2.2.1. Zorlayıcı Nedenler	104



3.2.2.2. Sağlık Nedenleri.....	105
3.2.2.3. Gebelik ve Analık .....	111
3.2.2.4. Muvazzaf (Olağan) Askerlik.....	117
3.2.2.5. Manevra veya Herhangi Bir Sebep ile Silah Altına Alınma .....	118
3.2.2.6. Ailevi Nedenler .....	119
3.2.2.7. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması .....	119
3.2.2.8. İşçi Kuruluşu Yöneticiliği .....	121
3.2.2.9. İşçinin Greve Katılması ve Lokavta Uğraması .....	123
3.3. Özel Sözleşme Tipleri.....	123
3.3.1. Pazarlamacılık Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler Bakımından .....	123
3.3.2. Evde Hizmet Sözleşmesi ile İşçiler Bakımından .....	126
4. Deniz İş Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık .....	129
4.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık.....	129
4.2. Sonraki İmkânsızlık .....	129
5. Basın İş Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık.....	132
5.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık.....	132
5.2. Sonraki İmkânsızlık .....	132

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **İMKÂNSIZLIĞIN ATİPİK İŞ SÖZLEŞMERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ**

1. İmkânsızlığın Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi.....	138
2. İmkânsızlığın Azami ve Asgari Süreli İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri ....	145
3. Deneme Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından .....	147
4. Kayan İş Süresi Bakımından .....	148
5. İş Paylaşımı Bakımından .....	149
6. Süreksiz İş Sözleşmeleri Bakımından .....	150

## **BEŞİNCİ BÖLÜM**

### **İŞ İLİŞKİLERİNDE MANEVİ BEKLENİLMEZLİK**

1. Genel Olarak Manevi Beklenilmezlik .....	151
2. İş İlişkilerinde “Beklenilmezlik” Kavramı.....	154
2.1. Ailevi Karakterli “Beklenilmezlik” Halleri .....	154
2.2. Vicdanî Nedenlerle Ortaya Çıkan Beklenilmezlik Halleri .....	164

2.3. Dini Nedenlerle Ortaya Çıkan Beklenilmezlik Halleri.....	172
2.4. Diğer Nedenlerle Ortaya Çıkan Beklenilmezlik Halleri.....	180
3. Manevi İmkânsızlık Hallerinde Uygulanabilecek Hükümler.....	185
3.1. Geçici İmkânsızlık Hükümünün (BK m. 409) Değerlendirilmesi.....	185
3.2. Dürüstlük Kuralı'nın (MK m. 2/I) Değerlendirilmesi.....	190
3.3. Aşırı İfa Güçlüğü Hükümünün (BK m. 138) Değerlendirilmesi.....	192
3.4. Görüşümüz.....	195
<b>SONUÇ</b> .....	206
<b>KAYNAKÇA</b> .....	210
<b>ÖZGEÇMİŞ</b> .....	241



## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>Abs.</b>	:	Absatz
<b>AcP</b>	:	Archiv für die civilistische Praxis
<b>AGBG</b>	:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
<b>Anm.</b>	:	Anmerkung
<b>AP</b>	:	Arbeitsrechtliche Praxis
<b>ArbuR</b>	:	Arbeit und Recht
<b>ArbG</b>	:	Arbeitsgesetz
<b>Art.</b>	:	Artikel
<b>Aufl.</b>	:	Auflage
<b>AÜEHFD</b>	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜHFD</b>	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY.</b>	:	Anayasa
<b>AYM</b>	:	Anayasa Mahkemesi
<b>BAG</b>	:	Bundesarbeitsgericht
<b>BB</b>	:	Betriebs-Berater
<b>BGB</b>	:	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGBI</b>	:	Bundesgesetzblatt
<b>BK</b>	:	Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	:	Bakınız
<b>BT-Drs.</b>	:	Bundestag Drucksache
<b>c.</b>	:	Cümle
<b>C.</b>	:	Cilt
<b>Çev.</b>	:	Çeviren
<b>CMK</b>	:	Ceza Muhakemesi Kanunu

<b>D.</b>	:	Daire
<b>Danıştay İDDGK</b>	:	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
<b>DB</b>	:	Der Betrieb
<b>DEÜHFD</b>	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>dn.</b>	:	Dipnot
<b>E.</b>	:	Esas
<b>GewO</b>	:	Gewerbeordnung
<b>GG</b>	:	Grundgesetz
<b>HD.</b>	:	Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	:	Hukuk Genel Kurulu
<b>Hk.</b>	:	Hakkında
<b>Hrsg</b>	:	Herausgeber
<b>İBD</b>	:	İstanbul Barosu Dergisi
<b>İHSGHD</b>	:	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
<b>İİK</b>	:	İcra ve İflas Kanunu
<b>İş K</b>	:	İş Kanunu
<b>İÜHFM</b>	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>JuS</b>	:	Juristische Schulung
<b>JZ</b>	:	JuristenZeitung
<b>K.</b>	:	Karar
<b>Kamu-İş</b>	:	İş Hukuku ve İktisat Dergisi
<b>Karş.</b>	:	Karşılaştırınız
<b>Kn.</b>	:	Kenar Numarası
<b>Komm.</b>	:	Kommentar
<b>Legal YKİ</b>	:	Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi

<b>m.</b>	:	Madde
<b>NJW</b>	:	Neue Juristische Wochenschrift
<b>OR</b>	:	Obligationenrecht
<b>RdA</b>	:	Recht der Arbeit
<b>RG.</b>	:	Resmi Gazete
<b>s.</b>	:	Sayfa
<b>S.</b>	:	Sayı
<b>SJZ</b>	:	Schweizerische Juristen-Zeitung
<b>SSGSSK</b>	:	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
<b>STİSK</b>	:	Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
<b>T.</b>	:	Tarih
<b>Türk-İş</b>	:	Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
<b>TzBfG</b>	:	Teilzeit- und Befristungsgesetz
<b>Urt.</b>	:	Urteil
<b>v.b.</b>	:	Ve benzeri
<b>v.d.</b>	:	Ve devamı
<b>Vorauf.</b>	:	Vorauslage
<b>YİBK</b>	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>ZGB</b>	:	Zivilgesetzbuch
<b>ZGS</b>	:	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht

## GİRİŞ

Kıta Avrupası hukuk düzeninin uygulandığı ülkelerin ifa engelleri sistemlerinde yakın geçmişte dikkat çekici değişiklikler yapılmıştır. Milletlerarası hukuk uyumlaştırma metinlerinde<sup>1</sup> temel ifa engeli olarak *yüküm ihlali* kavramının benimsenmesi, bu değişiklik gereksiniminin esas nedeni olarak görülebilir. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde ifa engelleri hukukunda yapılan değişikliklerin, doğal olarak, bir borçlar hukuku sözleşmesi olan iş sözleşmesi üzerinde de etkisi olmuştur. Hukukumuz bakımından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>2</sup> ile ifa engelleri alanında bir reform gerçekleştirilmesi beklentisi oluşmuşsa da, “imkânsızlık” ifa engelinin merkez kavram olma özelliğini koruduğu söylenebilir. Bu anlamda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, ifa engelleri bakımından yine İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) çerçevesine sadık kalmış ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda benimsenmiş olan sistematığı muhafaza etmiştir.

Çalışma konumuzun amacını, başta 4857 sayılı İş Kanunu<sup>3</sup> olmak üzere, Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü’nde ve iş ilişkilerinin düzenlendiği diğer İş Kanunlarında yer alan imkânsızlık ifa engeline ilişkin hükümler ile bunların iş ilişkileri üzerindeki etkilerinin incelenmesi oluşturmaktadır. Bu noktada, Borçlar Kanunu’nun ifa engellerine yönelik genel hükümlerinin de konumuz bakımından özel önem taşımakta olduğu ve bu hükümlerin İş Kanunlarına tabi olan işçiler üzerindeki etkisine yönelik sorunların iş hukuku öğretisini uzun zamandır meşgul ettiği de ifade edilmelidir.

İş hukukunun borçlar hukukundan ayrılarak bağımsız bir hukuk dalı olarak kabul edilmesinin önünü açan mülahazalar, -özellikle de işçinin ücretinin korunması ihtiyacına istinaden- bu alanda özel hükümler vazedilmesinde etkili olmuştur. Gerçekten sürekli borç doğuran ilişkilere ilişkin genel hükümlerin, kişisel ilişki kuran ve işçinin varlığının korunduğu iş sözleşmelerine uygulanmasının adil olmayacağı

---

<sup>1</sup> Satım hukuku alanında Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, RG. : T. 07.04.2010, S. 27545.

<sup>2</sup> RG. : T. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>3</sup> RG. : T. 22.05.2003, S. 25134.

açıktır<sup>4</sup>. Bu noktadan hareketle; mevzuatımızda iş sözleşmelerinin iş kazası, analık veya grev-lokavt gibi geçici imkânsızlık gibi hallerinde sona erdirilmeyip ayakta tutulmasını sağlamak amacıyla, işçinin korunması amacına hizmet eden özel hükümlere yer verilmiştir. Ancak iş hukukunun kendine özgü kurum ve yorum yöntemleriyle bağımsız bir disiplin olarak kabulü, bu hukuk dalının genel hukuk kurallarından büsbütün soyutlanması sonucunu da doğurmaz; İş Kanunlarının Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile kaçınılmaz bağları bulunmaktadır<sup>5</sup>. İş mevzuatındaki imkânsızlık hükümlerinin genel borçlar hukuku hükümleri ile ilişkisi ve uyumuna yönelik sorunlar çalışmamızın yukarıda da ifade edilmiş olan temel problematiğini oluşturmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, imkânsızlık ifa engelinin tarihsel gelişimine ve borçlar hukuku sisteminde merkez ifa engeli kavramı olarak kabul edilmesi sürecine yer verilmiştir. Öğreti tarafından yapılan imkânsızlık sınıflandırmaları da yine imkânsızlık ifa engelinin genel özelliklerinin incelendiği bu bölümde incelenmiştir. Daha sonra diğer ifa engelleri ile karşılaştırılma yapılmış, böylelikle iş sözleşmesi üzerindeki etkileri araştırılırken imkânsızlık ifa engeli ile diğer ifa engelleri ile arasındaki sınırın belirlenebilmesindeki birtakım güçlükler ortaya konulmak istenmiştir.

İkinci bölümde, iş sözleşmelerinin genel özellikleri incelenmiş ve mevzuatımızda iş ilişkilerini düzenleyen kanunlar ve bu kanunlar arasındaki ilişki hakkında bilgi verilmiştir. Borçlar hukuku menşei bir kavram olan imkânsızlığın, iş sözleşmesinden doğan borçlar üzerindeki etkisi de yine bu bölümde incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, iş mevzuatının imkânsızlığa ilişkin özel hükümlerinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Özel imkânsızlık hükümlerinin borçlar hukukunun imkânsızlığa genel hükümleri ile uyumlu olup olmadıkları ve genel hükümlerin özel hükümlerin tamamlayıcısı olarak ne ölçüde uygulama alanı bulabileceği bu bölümün ana sorunu olarak görülmüştür. Mevzuatımızda, Borçlar Kanunu'na ya da İş Kanunlarından birine tabi olan işçilerin iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelinin

<sup>4</sup> Wilhelm Dütz, Gregor Thüsing, **Arbeitsrecht**, 20. Aufl, München, C. H. Beck, 2015, Kn. 186, s. 92.

<sup>5</sup> Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara, Savaş Yayınları, 1989, s. 17.

ortaya çıkmasına genel itibarıyla farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bu bölümde, ülkemizdeki iş sözleşmelerinin tabi olduğu her bir kanun bakımından, imkânsızlığın hukuki sonuçları ele alınmıştır.

Dördüncü bölümde, imkânsızlık ifa engelinin atipik iş ilişkileri üzerindeki etkisi ele alınmak istenmiştir. Yeni çalışma modellerinin ortaya çıkması, imkânsızlık ifa engelinin bu ilişkilerde modifiye edilmesine yol açabilmektedir. Bu bölümde özellikle zaman unsurunun iş sözleşmeleri üzerindeki önemi dikkate alınarak, esnek çalışma türleri üzerinde imkânsızlığa ne gibi sonuçlar bağlanması gerektiği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Son olarak beşinci bölümde ise, iş ilişkisinde işçi tarafın kişisel bağımlılığı göz önünde tutularak, maddi nitelik taşımayan subjektif ifa engellerinin iş ilişkisi üzerindeki etkileri incelenmiştir. Bu konuya ilişkin uyuşmazlıkların artan bir biçimde yargıya intikal ettiğinin gözlemlenmesi bu konunun önemini pekiştirmektedir. Bu bölümde çeşitli manevi imkânsızlık / beklenilmezlik kategorilerine yer verilerek, bu uyuşmazlıkların çoğu zaman temel haklarla kesişen yapısı ortaya konulmak istenmiştir. Bu son bölümde, hukukumuz bakımından manevi imkânsızlık hallerinde uygulanabilecek hükümlere ilişkin -karşılaştırmalı hukukta önerilen çözümlerden de yararlanılarak- bir değerlendirilme yapılmaya gayret edilmiştir.



# BİRİNCİ BÖLÜM

## BORÇLAR HUKUKU SİSTEMİNDE

### İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİ

#### 1. İmkânsızlık Kavramı ve İfa Engelleri Bakımından Konumu

Borçlar Kanunu'nun ifa engelleri<sup>1,2</sup> ile ilgili hükümlerinin temel kavramı olarak kabul edilen imkânsızlık; borcun aynen ifa<sup>3</sup> edilmesinin mümkün olmadığı, sürekli bir ifa engeli olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Roma hukukundan günümüze *Impossibium nulla est obligatio*<sup>5</sup> ilkesiyle aktarılan imkânsızlık dogması, ifa engelleri sisteminde temerrüdün karşıt kavramı olarak konuşlanmıştır. Gerçekten edimin imkânsız hale gelmesi ile edimde gecikme arasındaki ayırım Roma hukuku döneminden beri gözetilmektedir<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> İfa engeli, ifa sürecinde ifanın gerçekleşmesini engelleyen; borcun kusura dayalı bir biçimde ifa edilmemesinin yanı sıra, imkânsızlık gibi kusura dayanmayan ifa edilmeme hallerini de kapsayan üst bir terimdir, bkz. Rona Serozan, “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo””, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No. 18, İstanbul 1990, s. 28; Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz, 2016, § 11, Kn. 1, s. 130. Borçlar Kanunu'nda ayrı bir başlık olarak ele alınmayan, yalnızca Borçlar Kanunu'nun 111. maddesinde yer verilen bu kavramın, ademi ifa veya sözleşme ihlali kavramlarından daha geniş olduğu; hukuksal ödeve aykırılık, davranış yükümüne aykırılık ve işlem temeliniin çökmesi kavramlarını da kapsadığı kabul edilmektedir, bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 11, Kn. 1, s. 130.

<sup>2</sup> Bu terimin ulusal literatüre Serozan tarafından 1975 yılında yayımlanan “Sözleşmeden Dönme” isimli eser ile kazandırıldığı yönünde bkz. Yeşim Atamer, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, II. Cilt, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 217.

<sup>3</sup> İfa kavramı; bir bakımdan borçlunun yüklediği edim yükümünden kurtulmasını, diğer taraftan ise alacaklının menfaatinin yerine getirilmesini kapsamakta ve böylece iki yönü birden bulunmaktadır, bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 1, Kn. 8, s. 7; Wendelin Etmayer, **Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis**, Wien, Facultas Verlag, 2008, s. 17.

<sup>4</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 2, s. 163.

<sup>5</sup> Literatürde “*olanaksız olan borçlanılamaz*” olarak tercüme edilen (bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 17, s. 172) bu hukuk ilkesine Corpus Iuris Civilis'in Digesta bölümünde (Digesta 50, 17, 185) yer verilmektedir.

<sup>6</sup> Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2005, § 15, Kn. 1, s. 225.

Bununla birlikte, imkânsızlık kavramının ifa engelleri sisteminde önemli bir yere sahip olmasının esas nedeni olarak, *Friedrich Mommsen*'in imkânsızlığın borç ilişkileri üzerindeki etkilerini ele aldığı eserin<sup>7</sup> Alman Medeni Kanunu'nu (BGB) hazırlayanları büyük ölçüde etkilemesi gösterilmektedir<sup>8,9</sup>. Böylelikle imkânsızlık ifa engeli, 1 Ocak 1900'de yürürlüğe giren BGB'nin<sup>10</sup> Kanun koyucusunun ona özel bir önem atfetmesi sonucunda Kanun'da merkezi bir konum kazanmıştır. Nitekim ortaya çıkan ifa engelinin nitelendirilmesi ve doğacak hukuki sonuçların doğru bir şekilde belirlenmesi gerektiğinde, öncelikle, bir imkânsızlığın söz konusu olup olmadığı denetlenmektedir<sup>11</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Alman hukuk öğretisinde imkânsızlık ifa engelini olması gerekenden daha fazla bir anlam yüklendiği ve bunun "*Impossibillium nulla est obligatio*" ilkesinin yanlış bir şekilde yorumlanmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>12</sup>. Bu ilkedен yola çıkılarak, imkânsız olanın üstlenilemeyeceği sonucuna varmak doğru ise de, daha ileri giderek imkânsızlığın her türlü hukuki bağı sona erdireceğini düşünmek isabetsiz olmuştur<sup>13</sup>. Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu ile<sup>14</sup> yürürlükten kalkmış olan Alman Medeni Kanunu'nun 306. maddesinde konusu imkânsız olan sözleşmeye kesin hükümsüzlük sonucunun bağlanması<sup>15</sup> da yanlış şekilde yürütülen bu düşüncenin bir ürünü

<sup>7</sup> Friedrich Mommsen, **Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse**, Braunschweig, Schwetschke, 1853.

<sup>8</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 1, Kn. 2, s. 3; Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 219.

<sup>9</sup> İmkânsızlık ifa engeli, aslında borç ilişkilerinde aslında sıklıkla karşılaşılmamasına rağmen, Almanya'da 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu'na kadar Alman Medeni Kanunu'ndaki (BGB) önemli konumunu sürdürmüştür, bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 1, Kn. 2, s. 3.

<sup>10</sup> Bkz. 24.08.1896 tarihli Alman İmparatorluğu Resmi Gazetesi (RGLB, 1896, S. 195).

<sup>11</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 11, Kn. 3, s. 134.

<sup>12</sup> Roland Schwarze, **Das Recht der Leistungsstörungen**, DeGruyter, GmbH, Berlin /Boston, 2016, § 4, Kn. 2, s. 37.

<sup>13</sup> Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 4, Kn. 2, s. 37.

<sup>14</sup> Bkz. 29.11.2001 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Resmi Gazetesi. (BGBl. I S. 3138).

<sup>15</sup> Alman Medeni Kanunu'nun Borçlar Hukuku Reformu ile yürürlükten kaldırılmış olan 306. maddesinde konusu imkânsız sözleşmeye kesin hükümsüzlük yaptırımının öngörülmesine yönelik esas, Türk-İsviçre hukukunda halen muhafaza edilmektedir (karş. BK m. 27/I, OR 20 I). Ekleyelim ki, bu durum her iki ülkenin hukuk öğretisinde de eleştiriye uğramaktadır, bkz. ileride, I. Bölüm, 2.3. Başlık.

olduğu ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile bu yanlış anlaşılma düzeltilerek, imkânsızlığa ilişkin hüküm olması gerektiği şekilde sınırlandırılmıştır<sup>17</sup>. Zaten borçlar hukukunun revize edilmesi amacıyla kurulan komisyonun amaçlarından birini, imkânsızlığın ifa engelleri hukukunda sahip olduğu merkezi konuma son verilmesi oluşturmuştur<sup>18</sup>.

*Mommsen*'in imkânsızlık üzerindeki görüşleri yalnızca Alman hukukularını etkilememiştir. İmkânsızlık, 1887 ve 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun da temel kavramlarından birini oluşturmuştur<sup>19</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu'nun hukukumuzda iktibası sonucunda, -mülga 818 sayılı Kanun'da olduğu gibi- 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun ifa engelleri sistematideinde de imkânsızlık kavramının merkez konum üstlendiği görülmektedir<sup>20</sup>. Öğretide, her ne kadar imkânsızlık ifa engelinin pratik önemini yitirdiğine dikkat çekilerek ifa engelleri sisteminin yenilenmesi gerektiğine ilişkin görüşler dile getirilmişse de<sup>21</sup>, 6098 sayılı Kanun'da, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun imkânsızlık ifa engeline yaklaşımı aynı şekilde muhafaza edilmiştir.

---

<sup>16</sup> Hans Stoll, "Überlegungen zu Grundfragen des Rechts der Leistungsstörungen aus der Sicht des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes", **Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag**, Sellier European Law Publishers, München, 2001, s. 290; Peter Schlechtriem, "Die Unmöglichkeit- ein Wiedergänger", **Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger**, München, Verlag C.H. Beck, 2004, s. 125; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 4, Kn. 2, s. 37.

<sup>17</sup> Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 4, Kn. 2, s. 38.

<sup>18</sup> **Abschluşbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts**, hrsg. Bundesminister der Justiz, Köln, Bundesanzeiger Verlagsges. mbH.,1992, s. 120; Claus-Wilhelm Canaris, "Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen", **Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, s. 43.

<sup>19</sup> Markus Müller Chen, **Folgen der Vertragsverletzung**, Zürich, Schulthess Verlag, 1999, s. 32; Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 220.

<sup>20</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 2, s. 163; Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 219.

<sup>21</sup> Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 220.

## 2. İmkânsızlık Türleri

Gerçek (fiziksel) imkânsızlık, edimin yerine getirilmesi imkânının teorik olarak bile bulunmadığı durumları ifade etmektedir<sup>22</sup>. Ancak hukuk düzeninde imkânsızlığa bağlanan hukuki sonuçların doğabilmesi için, edimin yerine getirilmesi olanağının ortadan kalkması şart değildir. Belirli şartların gerçekleşmesi halinde yerine getirilmesi teorik anlamda mümkün olan edimlerin ifasının da imkânsız olduğu kabul edilebilmektedir. Buna karşılık, bazı borçların (para borçlarının) ifasının imkânsız hale geldiği hiç düşünülmez<sup>23</sup>. Çeşit borçları ile gayri şahsi işgörme edimleri bakımından ise imkânsızlığın nadiren söz konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Borçlar Kanunu'nda dağınık bir halde yer alan imkânsızlık hükümleri<sup>25</sup> öğretide çeşitli ölçütler esas alınarak sınıflandırılmıştır. Meydana gelen imkânsızlığın sürekli veya geçici olması, edimin tamamının veya bir kısmının imkânsız olması veya taraflardan birinin veya her ikisinin sorumlu olup olmaması farklı sonuçlar doğurmaktadır<sup>26</sup>. Bu başlık altında, iş sözleşmesinden doğan borçların ifasının hangi hallerde imkânsız olduğunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla imkânsızlık türleri ve hukuki sonuçlarına kısaca yer verilmesi uygun görülmüştür.

### 2.1. Fiilî - Hukuki İmkânsızlık

Fiilî (pratik) imkânsızlık olarak nitelendirilen durumlarda, kesin olarak edinilmiş tecrübeler ve mantık gereği edimin kimse tarafından yerine getirilemeyeceği<sup>27</sup> ve bu nedenle ifa yükümünün devamı ile borçluyu ifaya zorlamanın anlamsız olacağı kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Wolfgang Ernst, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2**, Ed.: Wolfgang Krüger, 7. Aufl., C. H. Beck München, 2016, § 275, Kn. 36, s. 754; Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 5, s. 166.

<sup>23</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 2, s. 163; Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, Yetkin, 2005, s. 90.

<sup>24</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 2, s. 163.

<sup>25</sup> Murat İnceoğlu, "İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması", **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 238.

<sup>26</sup> Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, XII Levha, 2014, s. 83.

<sup>27</sup> Ernst, **Münchener Komm.**, § 275, Kn. 38, s. 755.

<sup>28</sup> Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 4, Kn. 5, s. 39.

Fiilî imkânsızlıkta, alacaklının edime kavuşma çıkarı ile borçlunun borcunu yerine getirebilmek için harcaması gereken çaba arasında ciddi bir dengesizlik bulunmaktadır<sup>29</sup>. Bu tür karşılıklı edimler arası dengesizliğe hemen her zaman örnek olarak gösterilen *daha önceden satılmış yüzüğün teslimden önce denize düşürülmesinde*<sup>30</sup>, ifanın yerine getirilmesi imkânı ortadan kalkmamış, yalnızca aşırı güç hale gelmiştir. Bu nedenle borçludan edimi yerine getirmesini beklemek makul olmamaktadır. Edimin ifasının olağanüstü bir çaba gerektirmesi bu durumun da imkânsızlık olarak addedilmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>31</sup>. Bu anlamda fiilî imkânsızlığın, sonuç itibarıyla ekonomik imkânsızlığın (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) aşırı uç bir örneğini teşkil ettiği söylenebilir<sup>32</sup>. Hukuki imkânsızlık hallerinde ise, borçlanılan edim hukuki engeller nedeniyle yerine getirilememektedir; sözleşme kurulduktan sonra sözleşme konusu malın alınıp satılmasının, ithalatının ya da ihracatının yasaklanması hukuki imkânsızlığa örnek gösterilebilir<sup>33</sup>.

Dikkat edileceği üzere, her iki imkânsızlık türünde de aslında edimin yerine getirilmesi teorik olarak mümkündür. Fiilî ve hukuki imkânsızlık arasındaki ayırım, hukuken herhangi bir önem taşıyor olsa bile, düşüncesele sistemde kolaylık sağlaması nedeniyle son derece yaygınlık kazanmıştır<sup>34</sup>. Fiilî veya hukuki imkânsızlık yalnızca bir nitelendirme olup, hukuki sonuçları imkânsızlığın sözleşmenin kurulma anından önce mevcut olup olmadığına ve imkânsızlığa yol açan tarafın sorumluluğunun bulunup bulunmadığına göre belirlenmektedir.

## 2.2. Objektif – Subjektif İmkânsızlık

Objektif – subjektif imkânsızlık ayırımı, yine Kanun'da açıkça yer verilmeyen bir ayırım olmasına karşılık, öğretide ve yargı kararlarında yerleşik bir yer

<sup>29</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 7, s. 167.

<sup>30</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 7, s. 167; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 4, Kn. 3, s. 38; Andreas Schlüter, "Leistungsbe freiung bei Leistung erschwerungen", **ZGS**, 2003, s. 248.

<sup>31</sup> Seozan, **Leistungsstörungen**, s. 167.

<sup>32</sup> Stefan Greiner, **Ideelle Unzumutbarkeit**, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, s. 374.

<sup>33</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin, 2017, s. 1329.

<sup>34</sup> Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 4, Kn. 4, s. 39.

edinmiştir<sup>35</sup>. Hukuk sistemimizde imkânsızlığın objektif ya da subjektif nitelik taşıdığıının belirlenmesi, sözleşmenin kurulmasından önce ya da sözleşme kurulduğu sırada mevcut olan imkânsızlıklar bakımından büyük önem taşımaktadır. Öğretide kabul gören görüşe göre, kesin hükümsüzlük gibi ağır bir sonucun doğabilmesi için başlangıçtaki imkânsızlığın objektif olması gerekmektedir<sup>36</sup>. Eklemek gerekir ki, edimin objektif olarak imkânsız olduğunu bilerek sözleşme yapıldığı durumlarda, bu defa kesin hükümsüz sözleşme nedeniyle *culpa in contrahendo* sorumluluk gündeme gelmektedir<sup>37</sup>. Tarafların sözleşme yapıldığı sırada mevcut imkânsızlıktan haberdar olmamaları ise sonucu değiştirmez, sözleşme yine kesin olarak hükümsüzdür<sup>38</sup>.

Sözleşme kurulurken mevcut olan ve edim konusunun subjektif bir nedenle borçlusu tarafından değil de bir başkası tarafından yerine getirilebilmesinin mümkün olduğu durumlar ise, sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması için yeterli görülmemektedir<sup>39</sup>. Subjektif imkânsızlık, borçlunun şahsıyla ilgili nedenlerden dolayı edimini aynen yerine getiremediği hallerde söz konusu olmaktadır<sup>40</sup>. Edimin yerine getirilmesi teorik olarak mümkün olsa bile, fiilen yerine getirilmesinin beklenmesi borçlu bakımından aşırı derecede güçleşmiş hale gelmiştir<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> Bir görüşe göreyse, yalnızca objektif imkânsızlıklar gerçek anlamda imkânsızlık hali kapsamında değerlendirilmektedir. Subjektif imkânsızlık denilen hallerde ise aslında gerçek bir imkânsızlık hali yoktur, bu yönde bkz. Mustafa Dural, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 114.

<sup>36</sup> M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1**, 16. Bası, İstanbul, Vedat, 2018, Kn. 294, s. 89; Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 3, s. 164; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012, § 64, Kn. 64.02, s. 459; Horst Ehmman, "Garantie-oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung?", **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Verlag C.H. Beck, München, 2007, s. 172.

<sup>37</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 295, s. 90; Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 903; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1163; Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 21, 176-177; Bucher, **Obligationenrecht AT**, s. 281.

<sup>38</sup> Başak Başoğlu, "Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık", **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 496.

<sup>39</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 9, s. 168.

<sup>40</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 9, s. 168.

<sup>41</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 10, s. 168.

Objektif-subjektif imkânsızlık ayrımı bakımından öğretilerde tam bir görüş birliğinden söz edilememektedir<sup>42</sup>. Ağırlıklı görüşe göre, bu ayrımın ölçüsü olarak edimin yalnızca borçlu için mi (subjektif imkânsızlık) yoksa herkes için mi (objektif imkânsızlık) imkânsız hale geldiği belirlenmelidir<sup>43</sup>. Bununla birlikte azınlık görüşteki yazarlar bu ayrımı yeterli bulmamaktadır. Bu görüşe göre, objektif imkânsızlıktan söz edebilmek için edimin herkes için imkânsız olması gerekli ise de yeterli değildir, edim aynı zamanda borçlunun şahsından kaynaklanmayan bir nedenle imkânsız hale gelmiş olmalıdır. Bu bakımdan herkes için imkânsız hale gelen edim (bir ressamın yapmayı üstlendiği tablo) borçlunun şahsından kaynaklanan bir nedenle yerine getirilemiyor ise (ressamın sözleşme kurulmadan önce felce uğraması), artık edim her ne kadar kimse tarafından yerine getirilemeyecekse de, subjektif imkânsızlıktan söz edilmesi gerekir<sup>44</sup>. Bu görüşün, objektif imkânsızlığın kabulünün sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açarak borçluyu borcundan kurtarması sonucunun engellenmesini istediği anlaşılmaktadır<sup>45</sup>. Subjektif ve objektif imkânsızlık arasındaki ayrımın, özellikle şahsi işgörme edimlerinde zorlaştığına öğretilerde isabetli bir biçimde dikkat çekilmektedir<sup>46</sup>. Kişiye sıkı suretle bağlı edimlerde borçlunun edimi sonradan imkânsız hale geldiğinde artık objektif imkânsızlık olduğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>.

Başlangıçtaki subjektif imkânsızlığın sonuçları sonraki imkânsızlığa bağlanan sonuçlar ile aynıdır<sup>48</sup>. Borçlunun sözleşme kurulurken kendisinden kaynaklanan

---

<sup>42</sup> Seçkin Topuz, Ferhat Canbolat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 676.

<sup>43</sup> Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil**, 14. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, 98; Eugen Bucher, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Zürich, Schulthess, 1988, s. 416; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 294, s. 89; Topuz, Canbolat, **Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**, s. 677.

<sup>44</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 1993, s. 908 ve dn. 6'da anılan yazarlar.

<sup>45</sup> Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 907-908.

<sup>46</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 17, s. 173.

<sup>47</sup> Schwenzer, **Obligationenrecht AT**, § 63, Kn. 63.08; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1330. Genel olarak aynı görüşte Dural, **İmkânsızlık**, s. 114.

<sup>48</sup> Schwenzer, **Obligationenrecht AT**, § 64, Kn. 64.08; Tufan Öğüz, “İfa İmkânsızlığı”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan**, C. II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları 2014, s. 327. Başlangıçtaki

subjektif imkânsızlığı kural olarak bilmesi gerektiğinden sorumluluktan kurtulması güç olacak ve BK m. 112'ye göre sorumlu tutulacaktır. Borçlu sözleşme kurulduğu sırada borcunu yerine getirip getiremeyeceğini ya biliyor olmalı ya da bilebilecek durumda olmalıdır<sup>49</sup>. Borçlunun kural olarak kurtuluş kanıtı gösterebilmesi de söz konusu değildir<sup>50</sup>. Yine de istisnai olarak, borçlunun borcun konusunun imkânsız hale geldiğini bilmesinin beklenemeyeceği durumlarda BK m. 136 (Art. 119 OR) hükmünün uygulama alanı bulması gerekmektedir<sup>51</sup>.

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen imkânsızlıklar bakımından ise, imkânsızlığın objektif ya da subjektif oluşu borçlunun sorumluluğu üzerinde rol oynamamaktadır<sup>52</sup>.

### 2.3. Başlangıçtaki - Sonraki İmkânsızlık

Borçlar hukuku sistemimiz bakımından asıl önem taşıyan ayırım, imkânsızlığın sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olup olmadığına ilişkin yapılan ayırımdır. Ağırlıkla kabul gören görüşe göre, imkânsızlığın hukuki sonuçları, İsviçre hukukunda olduğu gibi<sup>53</sup>, *sözleşmenin kurulduğu an* dikkate alınarak belirlenmelidir<sup>54</sup>. Sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu *anda* edimin ifası imkânsız hale gelmiş ise başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilmektedir<sup>55</sup>. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun sistematüğinde başlangıçtaki

---

imkânsızlığın objektif veya subjektif nitelikte olup olmadığının belirlenmesinin borçlunun sorumluluğu bakımından büyük önem taşıdığı yönünde, Tekinay, v.d. , **Borçlar Genel**, s. 907.

<sup>49</sup> Schwenzer, **Obligationenrecht AT**, § 64, Kn. 64.08.

<sup>50</sup> Schwenzer, **Obligationenrecht AT**, § 64, Kn. 64.08.

<sup>51</sup> Schwenzer, **Obligationenrecht AT**, § 64 Kn. 64.08.

<sup>52</sup> Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 907; Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 9, s. 168.

<sup>53</sup> Rolf H. Weber, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht Band VI, 1 Abteilung, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000, Art. 97, N. 107; Schwenzer, **Obligationenrecht AT**, § 63, Kn. 63.09.

<sup>54</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 75; Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 102-103; Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 95.

<sup>55</sup> Topuz, Canbolat, **Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**, s. 678; Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 97. Bir görüşe göreyse, önemli olan sözleşme kurulmasından önce imkânsızlığın meydana gelmesi olmayıp, sözleşme kurulduğu sırada vade zamanında borcun yerine getirilemeyeceği açık olarak anlaşılıyorsa da başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilmesi gerekir, bkz. Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1991, Art 19-20, Kn 248, s. 117.



imkânsızlık sonucuna kesin hükümsüzlük sonucu bağlanmıştır. BK m. 27 uyarınca; emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler<sup>56</sup> kesin hükümsüzdür. Bununla birlikte kesin hükümsüzlük sonucunun ancak sözleşme kurulduğu sırada edimin yerine getirilmesinin objektif olarak mümkün olmadığı hallerde doğduğu kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Gerçekten, *impossibilium nulla est obligatio* ilkesinin Kanun'a yansması olan bu hüküm ana kural olarak değil de, istisna olarak uygulama alanı kazanmış ve yalnızca başlangıçtaki *objektif* imkânsızlıklar ile sınırlı olarak uygulanmıştır<sup>58</sup>. Bununla birlikte öğretilerde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulama alanının objektif imkânsızlıklarla sınırlandırılmış olması da yeterli görülmemektedir. Zira Kanun'a göre, baştan imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşan sözleşme için sözleşme hukuku kurallarının değil, haksız zenginleşmeye bağlı tasfiye hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>59</sup>. Öğretilerde, imkânsızlığın sözleşme kurulmadan hemen önce veya hemen sonra ortaya çıkmasının çoğunlukla yalnızca bir tesadüften ibaret olmasına karşılık, bu hususa önemli farklılıklar içeren hukuki sonuçlar öngörülmüş olmasını gerekçelendirmenin güç olduğu belirtilmektedir<sup>60</sup>. Bu durumun adalet duygusunu zedeleyici bir yanı bulunduğu açıktır<sup>61</sup>. Bu nedenle öğretilerde -karşılaştırmalı hukuktaki son gelişmelerde olduğu gibi<sup>62</sup>-, başlangıçtaki

---

<sup>56</sup> Konusu imkânsız olan sözleşmeden anlaşılması gereken sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan imkânsızlıktır, bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 292, s. 88 ve dn. 152'de anılan yazarlar.

<sup>57</sup> Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Kn. 246, s. 116; Bucher, **Obligationenrecht AT**, s. 247.

<sup>58</sup> Ehmman, **Garantie-oder Verschuldenschaftung**, s. 172; Topuz, Canbolat, **Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**, s. 682.

<sup>59</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 3, s. 164.

<sup>60</sup> Schwenger, **Obligationenrecht AT**, § 64, Kn. 64.03, s. 459; Bucher, **Obligationenrecht AT**, s. 247.

<sup>61</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 3, s. 165. Ekleyelim ki, öğretilerde baştan imkânsızlığa kesin hükümsüzlük sonucunun bağlanması yerine, onu sözleşme hukuku kurallarının arasına almak eğilimi gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin BK m. 219 veya kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğuna ilişkin BK m. 304 hükümlerinde öngörülen sözleşmesel garanti sorumlulukları ile kesin hükümsüzlük yaptırımının önüne geçilebileceği yönünde bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 18, s. 174-175. Yazara göre, baştan imkânsızlığa kesin hükümsüzlük bağlanmasından önce mümkün olan tüm yolların tüketilmesi gerekir, bkz. **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 3, s. 164-166 ve Kn. 16-17, s. 171-173.

<sup>62</sup> Türkiye'nin de taraf olduğu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşme'de (CISG), başlangıçtaki objektif imkânsızlığın hukuki sonuçları diğer ifa engellerine bağlanan hukuki sonuçlar ile aynı şekilde düzenlenmektedir. Keza 01.01.2002 tarihli Alman Borçlar Hukuku reformu ile birlikte objektif ve subjektif imkânsızlık arasındaki ayrım sona ermiştir, Wolfgang Zöllner, Karl-Georg Loritz, Curt

objektif imkânsızlıkta sözleşmeyi kesin olarak hükümsüz saymak yerine, geçerli bir sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmemesine bağlı hukuki sonuçların doğacağına kabulünün daha isabetli bir çözüm olacağı ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Ancak 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile bu alanda bir değişiklik yapılmamış ve başlangıçtaki objektif imkânsızlığa kesin hükümsüzlük sonucu bağlayan hüküm (BK m. 27) aynı şekilde muhafaza edilmiştir<sup>64</sup>.

İmkânsızlık ifa engelinin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmasının hukuki sonuçları bakımından ise Kanun'da, borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulamayacağına göre bir ayırım yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sonradan ortaya çıkan imkânsızlığın subjektif ya da objektif nitelik taşıması önem arz etmemekte, her iki tür imkânsızlık hali de eşdeğerde kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Sonraki imkânsızlıkta ayırımın, borçlunun imkânsızlığın ortaya çıkmasında kusurlu olup olmadığına göre değil de, imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulamayacağına göre yapılması daha uygundur<sup>66</sup>, çünkü söz gelimi imkânsızlığın borçlunun temerrüde düştüğü bir dönemde meydana gelmesi durumunda, borçluya hiçbir kusur isnat edilemese dahi sorumluluğundan söz edilmektedir<sup>67</sup>. Keza sonraki imkânsızlık, borçlunun yardımcısına yüklenebilecek bir nedenle meydana gelmiş ise de borçlu kendi kusuru olmaksızın sorumlu olacaktır<sup>68</sup>.

---

Wolfgang Hergenröder, **Arbeitsrecht**, 7. Aufl., C.H. Beck, 2015, § 21, Kn. 5, s. 270-271. Yeni düzenleme gereğince (bkz. § 311a BGB), başlangıçtaki objektif imkânsızlığın söz konusu olması durumunun sözleşmenin geçerliliği üzerinde kural olarak bir etkisi bulunmamaktadır, Emmerich, **Leistungs störungen**, § 3, Kn. 15, s. 22.

<sup>63</sup> Atamer, **İfa Engelleri Hukuku**, s. 220.

<sup>64</sup> Mehaz İsviçre hukukunda başlangıçtaki objektif imkânsızlıkta sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Bu düzenleme her iki ülkenin öğretisinde eleştiriye uğramaktadır, bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 22, s. 178; Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 168; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Kn. 236 v.d. ; Schwenzler, **Obligationenrecht AT**, § 64, Kn. 64.03; Weber, **Berner Komm.**, Vorb. 97-109, Kn. 34, s. 12.

<sup>65</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 1, s. 184.

<sup>66</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1486, s. 455; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1331; Dural, **İmkânsızlık**, s. 109-110.

<sup>67</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 4, s. 189. Aynı şekilde cins borçları bakımından kural olarak ifa imkânsızlığının kabul edilmemesi sebebiyle, borçlu kusursuz dahi olsa borcunun sona erdiğinden söz edilmez, Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 4, s. 189.

<sup>68</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 4, s. 189.

Sonraki imkânsızlık, -önceki objektif imkânsızlıktan farklı olarak sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü gibi bir sonuç doğurmadığından, borçlu yalnızca salt asli edim yükümünden kurtulmakta<sup>69</sup>, ikincil edim yükümlülükleri ise (sözleşmesel davranış yükümleri gibi) devam etmektedir<sup>70</sup>. Sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçları Borçlar Kanunu'nun 112. ve 136. maddelerinde düzenlenmiştir. BK m. 112 gereğince, borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediği hallerde alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür ve kural olarak ancak kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederse alacaklının zararını gidermekten kurtulabilmektedir. Sonraki imkânsızlık borçlu veya yardımcılarına yüklenemeyecek nedenlerle meydana geldiğinde ise borç, BK m. 136/I'in açık hükmü gereğince sona ermektedir<sup>71</sup>. Bununla birlikte borçlu karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca<sup>72</sup> geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş edimi talep etme hakkını da kaybetmektedir (BK m. 136/II). Bu anlamda BK m. 136, karşı edim hasarını borçluya yükleyen bir hükümdür. Borçlunun edim yükümünden kurtulup, karşı edim hasarını yüklenmesi adil olarak değerlendirilmekteyse de<sup>73</sup>, imkânsızlığın alacaklının etki alanından kaynaklandığı durumlarda karşı edim hasarını belli bir ölçüde alacaklının da yüklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>74</sup>. Ekleyelim ki, Borçlar Kanunu'nda edimin alacaklı nedeniyle imkânsız hale gelmesinin sonuçlarına açıkça yer verilmemiş olması nedeniyle, uygulanacak kurallar bakımından öğretide tartışma bulunmaktadır<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 10, s. 193

<sup>70</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 3, s. 187.

<sup>71</sup> Doğal felaketler, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen imkânsızlığın tipik örneklerini oluşturmaktadır.

<sup>72</sup> Öğretide BK m. 136'daki atfın haksız zenginleşmenin yalnızca hukuki sonuçlarına yapıldığı gerekçesiyle, sona eren edim nedeniyle gerçekleşecek tasfiyenin sözleşme hukuku çerçevesinde yapılması gerektiği savunulmaktadır, bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 10, 193.

<sup>73</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 8, s. 191.

<sup>74</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 4, s. 188 ve Kn. 15, s. 197.

<sup>75</sup> Bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşler için bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1193, s. 368; Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 3-6a, s. 155-158; İnceoğlu, **Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşma**, s. 243.

## 2.4. Tam - Kısmi İmkânsızlık

Tam imkânsızlık borçlanılan edimin tamamının ifa edilemediği durumları ifade etmektedir. Bölünemeyen bir şeyin bir kısmının imkânsız hale gelmesi durumunda da tam imkânsızlık söz konusu olmaktadır<sup>76</sup>. Kısmi imkânsızlıktan söz edilebilmesi için, öncelikle borçlanılan edimin bölünebilir bir nitelik taşıması gerekmektedir. Edim bölünebilir ise<sup>77</sup>, alacaklının kalan kısmın yerine getirilmesinde menfaati olduğu durumlarda imkânsızlık sonucunun yalnızca imkânsız olan bölüm ile sınırlı olarak uygulanması gerekmektedir<sup>78</sup>. Bu şekilde edimin yalnızca bir bölümünün imkânsızlaşması halinde, borçlu bu imkânsızlaşan bölümden kurtulmuş sayılmaktadır<sup>79</sup>. Bununla birlikte 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılıklı sözleşmeler bakımından ilk defa yer verilen m. 137/II uyarınca; bir tarafın borcunun kısmen imkânsızlaşması durumunda karşı edimin de o oranda ifa edilebilmesi, *alacaklının kısmi ifaya razı olması* şartına bağlanmıştır<sup>80</sup>. Alacaklı kısmi ifaya rıza göstermediğinde ya da karşı edimin bölünemeyen bir nitelik taşıdığı durumlarda tam hükümsüzlük hükümleri uygulama alanı bulacaktır. BK m. 137'de ayrıca, BK m. 27/II'de öngörülen kısmi hükümsüzlük hükmüne paralel bir şekilde<sup>81</sup>, kısmi ifa imkânsızlığının taraflarca önceden öngörülebilseydi sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyor ise borcun tamamının sona ereceği öngörülmektedir.

## 2.5. Sürekli İmkânsızlık – Geçici İmkânsızlık

Edim konusunun nihai olarak ifa edilemeyecek halde olması durumunda sürekli imkânsızlık, edimin ifasının yalnızca geçici bir engel nedeniyle imkânsız hale

<sup>76</sup> Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 910; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1331.

<sup>77</sup> Bölünebilir edim, edimin özünden ve değişim değerinden herhangi bir şey kaybetmeksizin bölünebilmesini ifade etmektedir. Bkz, Serozan, **İfa Engelleri**, § 16, Kn. 16a, s. 215.

<sup>78</sup> Schwenger, **Obligationenrecht AT**, § 64, Kn. 64.31.

<sup>79</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 11, s. 194.

<sup>80</sup> 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin akıbetinin yalnızca alacaklının rızasına bağlanmış olması öğretide eleştiri ile karşılanmıştır, Serozan, **İfa Engelleri**, § 15, Kn. 11, s. 195; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1827, s. 564-565.

<sup>81</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1824, s. 563.

geldiği hallerde ise geçici imkânsızlık söz konusu olmaktadır<sup>82</sup>. Diğer bir ifadeyle bu iki imkânsızlık türü arasında ifa engelinin süresi bakımından fark bulunmaktadır<sup>83</sup>. Belli bir süre sonra ortadan kalkacağı kesin olan durumların geçici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Bu anlamda ulaşım yollarının bir süre kapanması, gümrük kapılarının kapanması veya işyerinde grev yapılması geçici imkânsızlık hallerine örnek gösterilebilir<sup>85</sup>.

Alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde edemeyeceği ve alacaklıdan beklemeye devam etmesinin beklenmeyeceği durumlarda geçici imkânsızlık sürekli imkânsızlığa eş tutulmaktadır<sup>86</sup>. Geçici imkânsızlığın sürekli imkânsızlığa eşit tutulduğu hallerde ise kısmi imkânsızlık değil, tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir<sup>87</sup>. Öte yandan geçici imkânsızlığın sürekli imkânsızlık sayıldığı hallerde artık bir temerrüt sonucu doğduğundan da söz edilmemekte, imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulmaktadır<sup>88</sup>.

Öğretide kısmi imkânsızlık ile geçici imkânsızlık arasında kesin bir ayırım yapılması gerektiğine dikkat çekilmektedir<sup>89</sup>. Ancak elbette bu durum geçici ve kısmi imkânsızlık hallerinin bir arada gerçekleşemeyeceği anlamına da gelmez. Sürekli

---

<sup>82</sup> Topuz, Canbolat, **Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**, s. 679 ve dn. 11 ve 13'te anılan yazarlar.

<sup>83</sup> Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 102.

<sup>84</sup> Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 100.

<sup>85</sup> Eren, **Borçlar Genel**, s. 1330.

<sup>86</sup> Westermann, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, Band I, Ed.: Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier – Reimer, 14. Aufl., Köln, das Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014, § 275, Kn. 12, s. 981; Grüneberg, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, Band 7, Ed.: Otto Palandt, 75. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2016, § 275, Kn. 11, s. 364; Dural, **İmkânsızlık**, s. 102. *Serozan*'a göre grev, hastalık, savaş, ambargo gibi geçici ifa engellerinin imkânsızlık sayılabilmesi için sözleşmenin somut özelliklerinin değerlendirilmesi gerekir. Engelin ne kadar süre devam edeceği yoğun bir belirsizlik taşımıyorsa borçlu temerrüdü, yoğun bir belirsizlik taşıdığı durumlarda ise imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır, *Serozan*, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 2, s. 164.

<sup>87</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 99, 101.

<sup>88</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 107; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Borçların İfası, İhlâli, Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967, s. 92

<sup>89</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 99.

borç ilişkilerinde ortaya çıkan geçici ifa engelleri, kural olarak devam ettiği sürece bir kısmi imkânsızlık yaratmaktadır<sup>90</sup>.

### 3. İmkânsızlık İfa Engelinin Diğer İfa Engelleri Karşısındaki Konumu

#### 3.1. Alacaklı Temerrüdü ile İmkânsızlık İfa Engelinin İlişkisi

Alacaklı temerrüdü, genel olarak borcun yerine getirilmesine alacaklı tarafından engel olunması nedeniyle borcun ifasında gecikilen dönemdeki alacaklının hukuki durumunu tarif etmek üzere kullanılmaktadır<sup>91</sup>. Alacaklı temerrüdü koşulların gerçekleşmesiyle, yani kural olarak borçlunun sunduğu teklifin kabul edilememesiyle kendiliğinden ortaya çıkmakta ve koşulları mevcut olduğu sürece de devam etmektedir<sup>92</sup>. Borçlar Kanunu m. 106'da alacaklı temerrüdüne ilişkin genel bir tanıma yer verilmemekte, yalnızca hangi şartların varlığı halinde alacaklının temerrüde düştüğünün kabul edileceği belirtilmektedir. Buna göre alacaklı; borçlunun sunduğu edimi *haklı bir sebep olmaksızın kabulden* veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için *kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan* kaçınırsa, temerrüde düşer. Alacaklının *kaçınma* halini şart koşan bu tarif, edimin ifası bakımından nihai değil geçici bir engelin varlığını doğrulamaktadır. Zira imkânsızlık hali söz konusu olduğunda, ifa teklifinde bulunmak zaten mümkün olmayacaktır<sup>93</sup>. Diğer bir ifadeyle, imkânsızlık temerrüdü dışlamaktadır<sup>94</sup>. Bununla

<sup>90</sup> Grüneberg, **Palandt-BGB**, § 275, Kn. 11, s. 364; Dural, **İmkânsızlık**, s. 105.

<sup>91</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1133, s. 352; Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 837; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 1, s. 142; Nevzat Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992, s. 5; Emmerich, **Leistungsstörungen**, s. 360, § 23, Kn. 2. Alman Borçlar Hukuku Reformu ile ifa engelleri hukuku büyük ölçüde yeniden ele alınmışsa da, §§ 293-304 BGB maddeleri arasında alacaklının temerrüdünü düzenleyen hükümlerde esaslı bir değişiklik olmadığı belirtilmektedir, bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 5, s. 361.

<sup>92</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1151, s. 357; Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 60, s. 387. Dolayısıyla alacaklının, haberi olmadan dahi temerrüde düşmesi mümkün ise de, böyle bir durumda borçlu onu iyi niyet kurallarınca haberdar etmekle yükümlüdür, Ulrich Huber, **Leistungstörungen**, Band I, Mohr Siebeck, 1999, § 8 IV, s. 220.

<sup>93</sup> Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 840; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 2, s. 144; Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 12, s. 362.

<sup>94</sup> Koç, **Alacaklının Temerrüdü**, s. 8; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 2, s. 144; Kübra Ercoşkun Şenol, **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 243. Alman hukuku bakımından temerrüdün yalnızca ifa engelinin geçici olması durumunda söz konusu olabileceği,

birlikte alacaklı temerrüdü ile alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığın, her ikisinin de alacaklıdan kaynaklanması bakımından birbirine çok benzer ifa engelleri olduklarının belirtilmesi gerekir<sup>95</sup>.

Borçlar Kanunu m. 106'da alacaklı temerrüdünün oluşumu için öngörölmüş olan şartlardan ilki, borcun ifasının alacaklıya gereği gibi önerilmiş olmasıdır. Gereği gibi önerilmiş olan edim; eksiksiz, ayıpsız, ifa yerinde ve dürüstlük kuralına uygun biçimde önerilen edimdir<sup>96</sup>. Yine kural olarak borçlunun edimini fiilî anlamda da arz etmesi gerekmektedir<sup>97</sup>. Bununla birlikte alacaklının edimi kabul etmeyeceğini açıkladığı hallerde de artık fiilî arz yerine, sözlü arz da yeterli sayılmalıdır<sup>98</sup>. BK m. 106'da ikinci şart olarak, alacaklının edimi kabulünden veya kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan "kaçınması" halinden söz edilmektedir. Alacaklının temerrüdünde alacaklının katılımının gerekli olması nedeniyle kaçınma her zaman mümkündür<sup>99</sup>. Bu katılma, en azından edimin kabul edilmesinde kendini göstermektedir<sup>100</sup>. Öte yandan belirtmek gerekir ki, alacaklının ifayı kabulden veya ifanın gerçekleşmesi için gerekli şeyleri yapmaktan haklı bir sebeple kaçınması, alacaklıyı temerrüde düşürmez. Burada belirleyici olan yalnızca haklı bir sebebin mevcut olup olmadığıdır<sup>101</sup>, alacaklının kaçınmasında kusurlu olup

---

sürekli bir ifa engeli mevcut ise imkânsızlığa bağlanan sonuçların doğacağını kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 2, s. 366.

<sup>95</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 3, s. 155; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 247.

<sup>96</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 1, s. 143; Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 31, s. 376.

<sup>97</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1144, s. 355; Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 838; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 2, s. 143; Huber, **Leistungsstörungen**, § 23, s. 200; Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 5, s. 361; Halil Akkanat, "Alacaklı Temerrüdü, Diğer İfa Engelleri", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan**, C. I, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 346.

<sup>98</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1145, s. 355; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 2, s. 143; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, İstanbul, Beta, 2017, Kn. 175, s. 332.

<sup>99</sup> Alacaklı temerrüdü yalnızca alacaklının da ifaya katılımının gerektiği karşılıklı sözleşmelerde söz konusu olabildiğinden (bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1135, s. 353; Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 838; Emmerich, **Leistungsstörungen**, s. 362, § 23, Kn. 12; Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 345.) yapmama borçlarında alacaklının temerrüdünden söz edilemez, bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1135, s. 353 ve dn. 364'teki yazarlar; Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 344.

<sup>100</sup> Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 36, Kn.1, s. 591.

<sup>101</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1149, s. 356.

olmadığı ise bir önem taşımaz<sup>102</sup>. Kusur ögesinin gerekli olmamasının temelinde, alacaklının temerrüdünde borçlunun temerrüde düşmesinden farklı olarak alacaklı üzerinde esasında bir edim yükümlülüğü bulunmaması yatmaktadır<sup>103</sup>. Bu durum Kanun'un terminolojisinde *kusur* terimi yerine *haklı sebep* teriminin kullanılması ile de ilintilidir<sup>104</sup>. Nitekim alacaklının temerrüdü, borçlunun bu temerrüt halinden doğan zararının karşılanması gibi bir borç doğurmaz, ona ancak borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi gibi sonuçlar bağlanmaktadır<sup>105</sup>. Çünkü her ne kadar burada bir hakkın (alacak hakkının) kullanılmaması söz konusuysa da, ödeve aykırı bir durum yine de mevcuttur. Alacaklının tazminat borcu doğmaz ise de<sup>106</sup>, bu duruma hukuken tam koruma sağlanmaz ve borçlu lehine bir takım sonuçlar doğar. Dolayısıyla alacaklısı temerrüde düşmüş borçlu ifa yükümünden kurtulmasa dahi, sorumluluğunun azaltılması veya tamamen kaldırılması imkânı doğmaktadır<sup>107</sup>. Ayrıca mütemerit alacaklı, borçlusuna karşı ne ödemezlik define bulunabilir<sup>108</sup> ne de borçlu temerrüdüne dayanabilir<sup>109</sup>. Şüphesiz, alacaklı ödevine aykırı davranması nedeniyle mütemerit duruma düşse bile, ona borçlanılan edimin *halen* yerine getirilmesi gerektiği sonucu değişmez<sup>110,111</sup>. BK m. 106'da ayrıca ve açıkça

---

<sup>102</sup> Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 36, Kn. 2, s. 592; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 3, s. 145; Tekinay, v.d. , **Borçlar Genel**, s. 841; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 243; Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 348.

<sup>103</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 4, s. 360; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 36, Kn. 45, s. 622; Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 346. Bu nokta aynı zamanda borçlu ve alacaklı temerrüdü arasındaki farkın da temelini oluşturur. Borçlu temerrüdünde, borçlunun borcunu ifa etmemesi bir yüküm aykırılığı iken, alacaklı temerrüdünde alacaklı tarafından alacak hakkının kullanılmaması bir yüküm aykırılığı niteliği taşımaz, ancak bir ödeve aykırılık olarak görülebilir, Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 3, s. 145.

<sup>104</sup> Ödeve aykırı davranmanın gerçek anlamda bir kusur olmadığı yönünde bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 3, s. 145.

<sup>105</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 7, s. 361.

<sup>106</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1153, s. 358; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 6, s. 147.

<sup>107</sup> Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 841; Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 6, s. 148.

<sup>108</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 6, s. 148; Rolf. H. Weber, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht Band VI, 1 Abteilung, 4. Teilband, Allgemeine Bestimmungen Art. 68-96**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2005, Art. 92, Kn. 22.

<sup>109</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 6, s. 148; Weber, **Berner Komm.**, Art. 92, Kn. 25.

<sup>110</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, s. 361, § 23, Kn. 7; Nomer, **Borçlar Genel**, Kn. 176, s. 333.

<sup>111</sup> Burada yalnızca kefil bakımından ayrıksı bir düzenleme bulunmaktadır. BK m. 593/II'ye göre alacaklının borçlunun ödemesini kabul etmemesi halinde, kefil borcundan kurtulmaktadır, bkz. Nomer, **Borçlar Genel**, Kn. 176, s. 333.



öngörülmemekle birlikte alacaklının temerrüde düşebilmesi için borcun muaccel olması yahut ifa kabiliyeti taşıması gerekmektedir<sup>112</sup>.

Yukarıda yer verildiği üzere kural olarak alacaklının edimi kabul yükümlülüğü bulunmamakta ise de, Kanun'da istisnai olarak alacaklının kabul yükümlülüğünün bulunduğu haller düzenlenmiştir. Satış sözleşmesinde alıcının satılanı kabul yükümlülüğü, eser sözleşmesinde iş sahibinin meydana getirilen eseri kabul yükümlülüğü bu hallere örnek olarak gösterilebilir<sup>113</sup>. Bu sözleşmeler bakımından alacaklı temerrüdüne düşen alacaklı aynı zamanda borçlu temerrüdü de yaratmış olacaktır<sup>114</sup>. Zira bu durumda ifayı kabulden kaçınarak bizzat kendi borcuna da<sup>115</sup> aykırı davranmış olmaktadır<sup>116</sup>. Bu durumda borçlu, alacaklı temerrüdü veya borçlu temerrüdü hükümlerine dayanmakta serbesttir<sup>117</sup>. Alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanılması halinde, borcun konusuna göre tevdi, satma veya dönme haklarının kullanılması ile borçlunun ifa sorumluluğunun sona erdirilmesi mümkündür<sup>118</sup>.

Borçlar hukuku sistemimizde alacaklının temerrüde düşmüş olması, borçlunun borcunu ifa etmesi gereğini ortadan kaldırmamakta, yalnızca onun sorumluluğu üzerinde etkili olmaktadır. Alacaklı temerrüdüne yönelik genel

---

<sup>112</sup> Gerçekten, BK m. 96 gereğince borçlunun edimini süresinden önce sunması da mümkündür ki, bu durumda da alacaklının haklı sebebi olmaksızın edimi kabulden kaçınması temerrüde düşmesine neden olabilmektedir, bkz. Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 346.

<sup>113</sup> Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 346.

<sup>114</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1154, s. 358; Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 346.

<sup>115</sup> Sunulan edimin kabul edilmesi alıcının ve sipariş verenin sözleşmeden doğan *asıl borcu* olarak düzenlenmiştir, Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 11, s. 362.

<sup>116</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1136, s. 353.

<sup>117</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1154, s. 358; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 245.

<sup>118</sup> Genel hükümler uyarınca alacaklısı temerrüde düşen borçluya borcunu sona erdirmesi için sunulan imkânlardan ilki, tevdi hakkıdır. BK m. 107 uyarınca bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde, borçlu teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi hakkının kullanılması durumunda hasar ve giderler temerrüde düşmüş alacaklıya ait olacaktır. Alacaklının temerrüdü halinde borçluya tanınmış bir diğer imkân, sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmeye uygun düşmemesi olasılığı gözetilerek getirilmiş olan satma hakkıdır (BK m. 108). Bu hak, teslim edilecek şeyin bozulması ya da bakımının, korunmasının veya tevdi edilmesinin önemli bir gideri gerektirmesi halinde de uygulanabilmektedir. Öte yandan, borcun konusunun bir şeyin teslimini gerektirmemesi halinde, borçlunun, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönme hakkı da bulunmaktadır (BK m. 110). Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu maddede *yapma* edimi borçlusunun sözleşmeden dönmesi düzenlenmektedir.

hükümlerde (BK m. 106 vd. ) borçluya borcundan kurtulma imkânını sağlayan *tevdî* hakkının yahut *satma* hakkının işçi-işveren ilişkilerinde uygulanmaya elverişli olmadığı açıktır. Hizmet sözleşmesinde işveren (alacaklı) temerrüde düştüğünde, işçi (borçlu) için herhangi bir seçimlik imkân öngörülmez; işgörme edimine işverenin engel olması durumunda işçinin işgörme borcu ortadan kalkmakta ve BK m. 408 gereğince işçi yine de ücrete kavuşmaktadır.

Alacaklı temerrüdü ile imkânsızlık arasındaki ilişkiye gelinecek olursa, her şeyden önce bu iki ifa engeli arasında oldukça tartışmalı bir ilişki bulunduğunu belirtmek gerekir. Alacaklının kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmasının imkânsızlık mı yoksa alacaklı temerrüdü sonucuna mı yol açtığı belirlenebilmesi amacıyla öğretilerde çeşitli formüller geliştirilmiştir<sup>119</sup>. Uygulamada özellikle iş hukuku alanında büyük başarı elde etmiş *etki alanı teorisi* (*Sphärentheorie*) de<sup>120</sup> bu sorunun çözümü için geliştirilmiş teorilerden biridir. Bu teori uyarınca ifa engelini alacaklının etki alanından kaynaklanması durumunda alacaklı temerrüdü; ifa engelini borçlunun etki alanından veya iki taraf dışında nötr bir alandan kaynaklandığı hallerde ise imkânsızlık ifa engelini varlığı kabul edilmelidir<sup>121</sup>.

### 3.2. Borçlu Temerrüdü ile İmkânsızlık İfa Engelini İlişkisi

Borçlu temerrüdü genel olarak vadesi gelmiş bir borcun borçlu tarafından yerine getirilmemesidir. Ancak borçlu temerrüdünü, borçlunun ifada *herhangi* bir gecikmesi olarak tanımlamak isabetli olmayacaktır, zira her gecikme borçlu

---

<sup>119</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 6, s. 367. Örneğin, Oertmann tarafından geliştirilen soyutlayıcı teoriye (*Abstrahierungsformel*) göre; alacaklının katılımının gerektiği hallerde bundan kaçınmasının temerrüde mi yoksa imkânsızlığa mı yol açtığı belirlenmesinde, “alacaklının katılımı” dikkate alınmalıdır. Buna göre, edimin ifasının mümkün sayılması için alacaklının katılımı şarttır. Bu yönde bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 6, s. 367-368; Eduard Picker, “Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht-Teil 2”, **JZ**, S. 15/16, 1985, s. 701. Yine bu alanda geliştirilen teorilerden olan edim teorisinde (*Leistungstheorie*) temel ölçüt ise, edimin sonradan telafi edilip edilemeyeceğidir, bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 12, s. 369.

<sup>120</sup> Etki alanı teorisinin işletme rizikosu öğretisi olarak iş hukukunda belirli bir başarı elde ettiği yönünde, bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 10, s. 368.

<sup>121</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 24, Kn. 8, s. 368.

temerrüdünü oluşturmaz<sup>122</sup>. Bu nedenle öğretide borçlu temerrüdü nitelikli bir gecikme olarak tarif edilmektedir<sup>123</sup>.

Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde düzenlenen borçlu temerrüdü bakımından ilk şart borcun vadesinin gelmiş olmasıdır. Vadesi gelmemiş bir borcun ifasında gecikmeden söz etmek mümkün değildir<sup>124</sup>. Yine kural olarak<sup>125</sup> borçlunun temerrüde düşebilmesi için alacaklısı tarafından ihtar edilmesi de gereklidir. Öte yandan borcun ifasının mümkün olması veya alacaklı temerrüdünün olmaması borçlu temerrüdünün şartlarından olup, borçlunun alacaklıya karşı def'i hakkını kullanması borçlu temerrüdüne engel olacaktır<sup>126</sup>. Borçlu temerrüdüne düşen borçlu, genel hükümler uyarınca kurtuluş kanıtı sunamadıkça borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zarar ile beklenmedik halden doğacak zarardan sorumlu tutulmaktadır (BK m. 118 ve 119). Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise alacaklıya bu sayılanlara ek olarak başkaca imkânlar tanınmıştır. Ancak bu imkânlarla başvurabilmesi için, borçluya kural olarak<sup>127</sup> bir süre tanınması da şart koşulmuştur (BK m. 123).

Temerrüt ile imkânsızlık arasındaki ayırım, edimi sonradan yerine getirme olanağının var olup olmamasına göre yapılmaktadır<sup>128</sup>. Edimin sonradan yerine getirilme imkânının bulunmaması halinde imkânsızlık söz konusu olmaktadır. Edimin sonradan yerine getirilmesi mümkün olmasına rağmen ifada gecikilmesinin

---

<sup>122</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1500, s. 458.

<sup>123</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1498, s. 458; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 3, s. 217; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 247; Herdem Belen, "Borçlunun Temerrüdü", **Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan**, C. I, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014 s. 412.

<sup>124</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1504, s. 459.

<sup>125</sup> İstisnaen BK m. 117/II'de sayılan durumlarda ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşmektedir.

<sup>126</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1505, s. 459; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 3, s. 217.

<sup>127</sup> Süre verilmesine gerek olmayan hallere BK m. 124'te yer verilmektedir.

<sup>128</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1526, 1530, s. 468-469; Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 1, s. 216; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 249; Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 49; Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 16, Kn. 2, s. 230.

ise temerrüt sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir<sup>129</sup>. Gecikme ile imkânsızlık arasında Roma Hukukundan beri ayırım yapıldığı bilinmekte ise de<sup>130</sup>, pratikte her iki ifa engelinin çakışması nedeniyle ayırım yapılması güçleşebilmektedir<sup>131</sup>. Öğretide geçici imkânsızlık ve temerrüt arasındaki farklılık çeşitli yönlerden izah olunmak istenmiştir. Geçici imkânsızlıkta ifa borçlunun istemesine rağmen borcunu ifa edebilecek durumda olmaması nedeniyle geçici bir süre imkânsız olmakta iken; temerrüt halinde borçlu ifa edebilecek durumda olmasına rağmen –ifa etmek istememesi de dâhil olmak üzere- borcunu ifa etmemektedir<sup>132</sup>. Yine öğretide bu iki ifa engeli arasında ayırım yapılması gereken hallerde, menfaatler durumuna en uygun düşecek çözüme göre nitelendirme yapılması da önerilmektedir<sup>133</sup>. Belirtelim ki, her iki ifa engeli arasında ayırım, özellikle mutlak kesin vadeli işlemlerde önem taşımaktadır<sup>134</sup>.

Borcun henüz muaccel olmadan imkânsızlaşmasında, temerrüt hükümlerinin değil, imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. İmkânsızlığın borçlu temerrüdünden sonra meydana gelmesi halinde ise, her iki dönem bakımından bir ayırım yapılmalıdır: İmkânsızlık ortaya çıkıncaya kadar olan dönem için borçlu temerrüdü hükümleri, imkânsızlığın ortaya çıkmasından sonraki dönem için ise imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır<sup>135</sup>. Diğer bir ifadeyle borcun imkânsızlaşması temerrüt halini sona erdirmektedir<sup>136</sup>. Beklenmeyen hâlden sorumluluğun düzenlendiği BK m. 119 gereğince, imkânsızlık borçlunun temerrüde düştüğü sırada ortaya çıkmış ise, borçlu bundan kural olarak sorumlu tutulmaktadır, meğer ki borçlu

---

<sup>129</sup> Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 249; Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 102. Günümüzde genellikle çeşit borçlarının borçlanılmasının, borçlu temerrüdünün imkânsızlıktan daha fazla uygulama alanı bulmasına yol açtığı yönünde, bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 2, s. 217.

<sup>130</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 15, Kn. 1, s. 225.

<sup>131</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 1, s. 216

<sup>132</sup> Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 102.

<sup>133</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 1, s. 216.

<sup>134</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 1, s. 216.

<sup>135</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1529, s. 469; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 250.

<sup>136</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1536, s. 471.

temerrüde düşmekte kusuru olmadığını<sup>137</sup> veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat etsin.

### 3.3. Sözleşmenin Müspet İhlali ile İmkânsızlık İfa Engelinin İlişkisi

Sözleşmenin müspet ihlali, edimin yerine getirilmesinde imkânsızlık veya gecikme söz konusu olmadığı, ancak edimin kötü veya ayıplı bir şekilde ifa edilerek alacaklının zarara uğratıldığı ifa engelini ifade etmektedir<sup>138</sup>. İş hukuku bakımından, işverenin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranması sonucunda işçinin zarar görmesi de sözleşmenin müspet ihlal edilmesine örnek olarak gösterilebilir<sup>139</sup>. Uygulama bakımından büyük önem taşıyan sözleşmenin müspet ihlali, imkânsızlığın ve temerrüdün şartlarını taşımayan tüm ifa engellerini kapsamaktadır<sup>140</sup>. Sözleşmenin müspet ihlalinde alacaklının zararının yine BK m. 112 çerçevesinde tazmin edilmesi gerekmektedir. Söz konusu madde uyarınca, borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

Sonraki imkânsızlık ve sözleşmenin müspet ihlali arasındaki ayrım, yine edimin yerine getirilmesinin mümkün olup olmamasına göre yapılmaktadır. İmkânsızlıkta edim yerine getirilemezken, sözleşmenin müspet ihlalinde edimin ifa edilmesi mümkündür<sup>141</sup>. Sözleşmenin müspet ihlalinde, edim imkânsız olmadığından, bir ifa veya ifa teşebbüsünde bulunulması söz konusu olmaktadır<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup> Borçlu temerrüdüne düşmek bakımından kusur bir şart değil ise de, temerrüdün sonuçlarının doğması bakımından borçlunun kusuru bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır, bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1533, s. 470-471; Belen, **Borçlunun Temerrüdü**, s. 414.

<sup>138</sup> Tekinay, v.d. , **Borçlar Genel**, s. 973. Sözleşmenin müspet ihlali terimine yönelik eleştiriler için bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1542, s. 474; Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 974 dn. 3 ve 6a; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18, Kn. 1, s. 246.

<sup>139</sup> Tekinay, v.d. , **Borçlar Genel**, s. 973.

<sup>140</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 18, Kn. 1, s. 246.

<sup>141</sup> Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 149; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 252-253.

<sup>142</sup> Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 149; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 253.

### 3.4. İşlem Temelinin Çökmesi ile İmkânsızlık İfa Engelinin Karşılaştırılması

İşlem temelinin çökmesi, sözleşme taraflarının sözleşme kurulduğu sırada öngöremedikleri gelişmelere bağlı olarak sözleşme temelinin esaslı olarak değişmesi ve edimlerin sözleşmeye göre yerine getirilmesinin taraflardan beklenemeyecek bir hal alması nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına ya da sözleşmeden dönülmesine (sözleşmenin niteliğine göre feshine) imkân veren bir teoridir<sup>143</sup>. İşlem temelinin çökmesi, imkânsızlık ifa engelinin hatalı gelişimini bir parça olsun geri itebilmiş ve edimin yerine getirilmesinin ekonomik olarak beklenemeyeceği durumlar için esnek bir hukuki enstrüman işlevi görmüştür<sup>144</sup>. İşlem temelinin sonradan çöktüğünün kabulü için, öngörülemeyen gelişmenin başlangıçta mevcut olsaydı esaslı yanılma nedeniyle iptale yol açabilecek<sup>145</sup> ağırlıkta olması kabul edilmektedir<sup>146</sup>. Ayrıca sonradan meydana gelen gelişmenin öngörülemez nitelik taşınması ve bu gelişmeye işlem temelinin çöktüğünü iddia eden tarafın sebep olmaması gerekmektedir<sup>147</sup>. Yine, söz konusu riskin “yasa veya sözleşme gereği belirli bir tarafın risk alanına dâhil sayılmaması” gerektiği de bir şart olarak sayılmakta ise de<sup>148</sup>, bu durum zaten taraflarca *öngörülememe* olgusu ile bağdaşmayacağından, ayrı bir şart olarak sayılmaya ihtiyaç bulunmadığı da savunulabilir. Belirtmek gerekir ki, bu şartların hepsinin bir arada gerçekleşmesi gerekli değildir<sup>149</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilk defa işlem temelinin çökmesi teorisi ile ilgili bir hükme (BK m. 138) yer verilmiş ise de, bu hüküm öğretide pek çok

<sup>143</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 1, s. 265. Alman hukuku menşei bir teori olan işlem temelinin çökmesi teorisi, Almanya’da ilk defa 2001 yılında Borçlar Hukuku Reformu ile yasal zemine (§ 313 BGB) kavuşturulmuştur, Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 7, Kn. 1, s. 407.

<sup>144</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 374.

<sup>145</sup> BK m. 32 uyarınca, yanılanın yanıldığı saikin sözleşmenin temeli sayılması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde yanılma esaslı sayılmaktadır. BK m. 30 gereğince ise, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağlı olmamaktadır.

<sup>146</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 8, s. 270-271.

<sup>147</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 8, s. 271.

<sup>148</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 8, s. 271.

<sup>149</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 8, s. 272.

yönden eleştiriye uğramıştır<sup>150</sup>. Hatta bu düzenlemenin, hükmün gerekçesinde belirtildiğinin aksine, aslında işlem temeli teorisi ile bir ilgisi olmadığı dahi ifade olunmuştur<sup>151</sup>. Her şeyden önce BK m. 138’de, yalnızca işlem temelinin çökmesi hallerinden biri olarak kabul edilen “aşırı ifa güçlüğü” (*Unerschwinglichkeit*) ile ilgili bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır<sup>152</sup>. Üstelik hükmün lafzına bakılacak olursa, yalnızca *borçlunun* aşırı ifa güçlüğüne düşmüş olması ihtimalinin dikkate alınmış olduğu görülmektedir. Oysa sözleşmeye devam edilmesinin alacaklı tarafı da aşırı ifa güçlüğüne düşürmesi kuşkusuz mümkündür. Öğretide, hükmün terminolojisindeki isabetsizliği bertaraf edilebilmek amacıyla *borçlu* ifadesinin *mağdur taraf* olarak yorumlanması önerilmiştir<sup>153</sup>. Yine, aşırı ifa güçlüğü nedeniyle hâkimin sözleşmeye müdahalesinin talep edilebilmesi için borcun henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa edilmiş olması şartlarının aranmasının da maddenin uygulama alanını daralttığı ifade olunmaktadır<sup>154</sup>.

Aşırı ifa güçlüğü kavramının nitelik itibarıyla imkânsızlığa çok yakın olması nedeniyle<sup>155</sup>, bu iki ifa engeli arasındaki sınırın belirlenmesi, imkânsızlık ile diğer ifa engelleri arasında ayırım yapılmasından daha güçtür. İmkânsızlığın gerçek (fiziksel) nitelik taşıdığı ve edim konusunun yok olduğu hallerde imkânsızlık hükümlerinin mi uygulanacağı yoksa işlem temelinin çöktüğünün mü kabul edilmesi gerektiği konusunda bir tereddüt duyulmaz, zira bu durumda artık sözleşmenin uyarlanması

<sup>150</sup> Bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 12, s. 277-278; Başak Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 346, 366, 410.

<sup>151</sup> Başak Baysal, “Aşırı İfa Güçlüğü”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, C.II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 333.

<sup>152</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 12, s. 277. Borçlar Kanunu’nda yalnızca aşırı ifa güçlüğü’nün düzenlenmiş olması nedeniyle, örneğin edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde bozulması durumunda hâkimin sözleşmeye müdahalesinin mümkün olmayacağı gibi bir sonuca varılmaması gerekir. Nitekim mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte iken, m. 365/II’nin (bkz. 6098 sayılı BK m. 480/II) kıyasen uygulanması yoluyla ya da MK m. 2 dayanak noktası olarak görülerek istisnai durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkân tanınmıştır.

<sup>153</sup> Baysal, **Aşırı İfa Güçlüğü**, s. 339-340.

<sup>154</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, s. 278. Bu konuda çeşitli eleştiriler için bkz. Baysal, **Aşırı İfa Güçlüğü**, s. 341-342.

<sup>155</sup> Baysal, **Aşırı İfa Güçlüğü**, s. 332.

gibi bir olasılık zaten düşünülmecektir<sup>156</sup>. Bu iki ifa engelinin arasında sınırın çekilmesinde asıl zorluk, fiilî imkânsızlıklar bakımından ortaya çıkmaktadır. Fiilî imkânsızlıklarda borcun ifası teorik olarak mümkün olmakla birlikte, alacaklının edime kavuşma çıkarı ile borçlunun borcunu yerine getirebilmek için harcaması gereken çaba arasında ciddi bir dengesizlik bulunmaktadır<sup>157</sup>. Böyle bir (sonraki) fiilî imkânsızlık durumunda, sorumluluk gerektirmeyen imkânsızlık nedeniyle tazmin yükümlülüğü doğmaksızın borcun sona ereceği mi yoksa imkânsızlık nedeniyle sona ermeyip uyarılma istemine konu olabileceği mi kabul edilmelidir? İşlem temelinin çökmesi teorisinin geliştirildiği Alman hukukunda bu husus tartışmalıdır. Ancak herhangi bir hukuki kıyas yapılmadan önce, bu hukuk sisteminde imkânsızlık ifa engelinin Türk-İsviçre hukuk sisteminden oldukça farklı bir biçimde düzenlendiğinin ifade edilmesi gerekir<sup>158</sup>. Alman Medeni Kanunu'nda işlem temelinin çökmesi (§ 313 BGB) ve imkânsızlık ifa engeli (§ 275 BGB) arasında karşılaştırma yapılırken, imkânsızlık hükmünde yer alan iki fıkra (§ 275 II ve III BGB) bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmaktadır. Gerçekten her iki fıkra da ilk bakışta edimin ifasının güçleştiği durumlara ilişkin düzenleme içermektedir<sup>159</sup>.

Kanun'un hazırlık çalışmalarına bakılırsa; § 275 II BGB için uygulama alanının nadiren gündeme gelebilecek pratik imkânsızlıklar olarak düşünüldüğü, buna karşılık ekonomik güçlükleri ise § 313 BGB çerçevesinde değerlendirme eğiliminin bulunduğu görülmektedir<sup>160</sup>. Ne var ki Kanun metninde bu görüşler açıkça ifade bulmamıştır<sup>161</sup>. Öğretide Kanun koyucunun bu yaklaşımını eleştiren görüşe

<sup>156</sup> Nitekim Alman hukukunda ifa talebinin borçlu veya herkes bakımından imkânsız olması halinde borcun sona ereceğini öngören hüküm uyarınca (§ 275 I BGB) borçlunun ifa yükümünden kurtulduğu kabul edildiği için, imkânsızlık ile işlem temelinin çökmesi maddesinin kapsamına giren haller arasında bir yarışma olmayacağı kabul edilmektedir, bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 27, Kn. 39, s. 423.

<sup>157</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 7, s. 167.

<sup>158</sup> Alman Medeni Kanunu'nda (§ 275 II ve III BGB) borçluya belirli şartların gerçekleşmesi halinde edimini sunmaktan kaçınma hakkı tanınmaktadır, bu konuda bkz. Mehmet Serkan Ergüne, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanunu'nda İmkânsızlık Hâlleri ve Sonuçları", **İÜHF**M, C. LXII, S. 1-2, 2004, s. 355.

<sup>159</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 27, Kn. 40, s. 423.

<sup>160</sup> Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu Taslağı Gerekçesi, BT-Drs. 14 (2001) 6040, (Çevrimiçi) <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>, 18.02.2016.

<sup>161</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 3, Kn. 67, s. 41 ve § 27, Kn. 40, s. 423.



göre; fiilî ve ekonomik imkânsızlık halleri farklı hukuki olgular olmaktan ziyade, edimin yerine getirilmesinin maddi sebeplerle güçleşmesinin farklı derecelerini oluşturmaktadır<sup>162</sup>. Bu bakımdan öğretide, madde metninin hükümler arasında bu şekilde bir sınır çekilmesine elverişli olmadığı ve bu yaklaşımın objektif olarak gerekçelendirilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>163</sup>. Bu nedenle anılan maddelerde öngörülen koşullar gerçekleştiği müddetçe, hükümlerden herhangi birine dayanılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>164</sup>.

Buna karşılık § 275 II BGB ve § 313 BGB arasında, işlem temelinin çökmesi teorisi kapsamında giren olaylara özgü olarak da bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bilindiği üzere karşılıklı edimler arasındaki dengenin aşırı derecede bozulması halleri ile aşırı ifa güçlüğü hallerinin her ikisi de işlem temelinin çökmesi teorisinin çatısı altında değerlendirilmektedir. Bir görüşe göre anılan maddelerin uygulanmasında edimler arasında dengenin aşırı derecede bozulduğu hallerde (işlem temelinin çökmesine ilişkin hüküm lehine) öncelik tanınması gerekmektedir de, aşırı ifa güçlüğü hallerinde bu iki hükmün birbirine önceliği bulunmadığı yönündedir<sup>165</sup>. Yine bir kısım yazar da böyle bir ayırma gitmeksizin § 275 II BGB ve § 313 BGB hükümlerinin uygulama alanlarının kesişmediğini ifade etmektedir<sup>166</sup>. Alman Medenî Kanunu § 275 III BGB ve § 313 BGB arasında ise, maddelerin uygulama alanları arasında sınırın çekilmesinin ise daha kolay olduğu belirtilmektedir. Zira § 275 III BGB, işlem temelinin çökmesine ilişkin § 313 BGB'den farklı olarak maddi ve

---

<sup>162</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 374. Aralarında bu kadar yakın ilişki bulunan ekonomik-maddi beklenilmezlik hallerinin yeknesak bir biçimde düzenlenememiş olmasının borçlar hukuku reformunun eksik bir yönünü oluşturduğu görüşünde, bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 375.

<sup>163</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 27, Kn. 40, s. 423. Bu yönde ayrıca bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 376; Martin Hensler, "Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform", **RdA**, 2002/3, s. 131.

<sup>164</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 3, Kn. 68, s. 42; Ernst, **Münchener Komm.**, § 275, Kn. 23, s. 750-751.

<sup>165</sup> Grüneberg, **Palandt-BGB**, § 275, Kn. 29, s. 366.

<sup>166</sup> Bu görüşte, bkz. Claus-Wilhelm Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", **JZ**, 10/2001, s. 505; Dauner-Lieb, **Nomos Kommentar BGB**, Band 2/1, § 241-610, 2. Aufl., Baden Baden, 2012, § 275, Kn. 40, s. 361. Yazara göre her iki hüküm arasında sınır çekilmesi mümkün olmak gerekir, zira § 275 II 1 BGB'de -§ 313 BGB'den farklı olarak borçlunun harcamaları değil-, alacaklının menfaati dikkate alınmaktadır.

ekonomik nedenle değil; kişisel ve manevi beklenilmezlik nedeniyle ifanın güçleştiği halleri kapsamaktadır<sup>167</sup>.

Son olarak belirtelim ki, bu hükümler arasında Alman öğretisinde önemli görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu § 275 II BGB, § 275 III BGB ve § 313 BGB hükümlerinin eşit oranda uygulanabilme kabiliyeti taşıdıkları ve ifa güçlüğü içerisindeki borçlunun dilediği hükme başvurma hakkına sahip olduğu savunanlar olduğu gibi<sup>168</sup>; imkânsızlığa ilişkin ilişkin maddenin öncelikle uygulanmasının gerektiğini ileri süren<sup>169</sup> yahut işlem temelinin çökmesine ilişkin maddenin öncelikle uygulanması gerektiğini savunan görüş de<sup>170</sup> bulunmaktadır.

İşlem temelinin çökmesinin, sorumluluğu gerektirmeyen ifa imkânsızlığı ile benzeştiği öğretimizde de dile getirilmektedir<sup>171</sup>. Bu anlamda her iki ifa engelinin uygulama alanlarının ayrılmasında, taraflarca öngörülemez gelişmenin edimin esas amacını ortadan kaldırıp kaldırmadığından yararlanılabilir; edimin konusuz kaldığı durumlarda imkânsızlıktan söz edilmesi uygun olacaktır<sup>172</sup>. Ancak borcun konusunun ortadan kalkıp kalkmadığı konusunda tereddüt bulunuyorsa bu durumda hukuki sonuçlarının (uyarlama imkânı) amaca daha uygun düşmesi nedeniyle imkânsızlıktan değil, işlem temelinin çöktüğünden söz edilmelidir<sup>173</sup>. Bu görüş tarafımızca da isabetli bulunmaktadır.

---

<sup>167</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 375.

<sup>168</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 3, Kn. 68, s. 43, § 27, Kn. 40, s. 423.

<sup>169</sup> Reiner Schulze, Martin Ebers, "Streitfragen im neuen Schuldrecht", **JuS**, 4/2004, s. 266.

<sup>170</sup> Bu görüşün gerekçesi; sözleşmenin uyarlanmasının, borçluyu borcundan kurtaracak olan çözüme nazaran sözleşmeye bağlılık düşüncesine daha uygun düşecek olmasıdır, bkz. Schlüter, **Leistungserschwerungen**, s. 350.

<sup>171</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 1, s. 264.

<sup>172</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 3, s. 266-267.

<sup>173</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 3, s. 267; Ercoşkun Şenol, **Kısmi İmkânsızlık**, s. 257.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİNİN

### İŞ SÖZLEŞMELERİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

#### 1. İş Sözleşmesinin Genel Özellikleri

İş sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak işgörmeyi ve işverenin de ona bu edimine karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (BK m. 393, İş K m. 8). Taraflar arasındaki ilişkide bu unsurların bulunması halinde, -onlar tarafından ne şekilde adlandırılmış olursa olsun- bir iş sözleşmesinden söz edilir. Bir borç ilişkisinin sürekli olarak nitelendirilmesi için asli edimlerden birinin sürekli olarak ifa edilmesi gerektiğinden<sup>1</sup>, iş sözleşmesi ile sürekli borç doğuran bir ilişki kurulmaktadır<sup>2</sup>. İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir işgörme sözleşmesidir. İş sözleşmesine asli karakterini kazandıran yükümlülüklerin *işgörme* ve *ücret* olduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Ayrıca taraflar asli edim yükümlerinin yanı sıra, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran karakterinden kaynaklanan pek çok yan edim yükümlülüğü ile yan yükümler de üstlenmektedir.

<sup>1</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 40, s. 12; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 6; Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 125.

<sup>2</sup> Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 847; Eren, **Borçlar Genel**, s. 107.

<sup>3</sup> Öğretide *işçiyi gözetme* borcunun da iş sözleşmesinden doğan asli bir borç niteliği taşıdığını ileri süren görüşler bulunmaktadır, bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 35; İlhan Uluhan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukukî Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:72, 1990, s. 19. Yan yüküm olduğu yönünde Michael Gotthardt, **Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform**, München, Beck, 2003, s. 16. Kanaatimizce de, işçiyi gözetme borcunun, bu sözleşmeye ana karakter kazandıran bir nitelik taşıması nedeniyle asli edim yükümlülüğü olarak değerlendirilmesi görüşü daha isabetlidir. Bununla birlikte borcun ihlal edilmesi halinde, işçiyi gözetme borcunun asli ya da yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirilmesi pratik bir fark yaratmayacaktır. Zira yan edim yükümlülükleri de asli edim yükümlülüklerinden bağımsız dava veya icra yoluyla takip edilebilmektedir. İşçiyi gözetme borcunun iş sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümü şeklinde görülmesinin isabetsiz bir yaklaşım olduğu konusunda bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 705.

Borçlar Kanunu'nun ifa engellerine yönelik genel hükümleri iş sözleşmeleri bakımından önem taşımakla birlikte, iş hukuku mevzuatında iş ilişkilerinin özel niteliği dikkate alınarak vazedilmiş olan özel ifa engeli hükümlerine öncelikle başvurulur. Kanun'da ifa engelleri bakımından çeşitli özel hükümler öngörülmesi ihtiyacı aslında yalnızca iş sözleşmesinin kaderi değildir, diğer sözleşme tiplerinde de<sup>4</sup> ifa engellerine yönelik genel hükümlerden ayrılma ihtiyacı duyulmuştur. Bunun nedeni, Borçlar Kanunu'nun ifa engelleri sisteminin satış sözleşmesi esas alınarak hazırlanmış olmasıdır<sup>5</sup>. Satış sözleşmesinin esas alınmasının sonucunda genel hükümlerin ana karakteri; bir seferlik alma ve verme edimlerini içeren, taraflarının da eşit olduğu bir sözleşme tipinden doğmuştur<sup>6</sup>. Ancak salt edim ve karşı edimin değiş tokuşuna dayalı bir sözleşme düzeninin, modern iş sözleşmeleri için uygulanmasının uygun olmayacağı açıktır<sup>7</sup>. Her şeyden önce, iş ilişkilerinde tarafların *eşit olmadıkları* varsayılmış ve ilgili mevzuat bu varsayımdan yola çıkılarak emredici hükümlerle donatılmıştır. İş hukukunun ayrı bir çalışma alanı olarak kabul görmesinin ardında yatan da onun bu özelliğidir. Nitekim iş hukuku mevzuatında imkânsızlık ifa engelinin hem sözleşmenin devamı hem de karşı edim alacağı üzerindeki etkisini özel olarak düzenleyen pek çok hükme yer verildiği görülmektedir. İş sözleşmeleri bakımından dikkat çekici bir diğer özellik ise, ücretin zaman esasına göre belirlendiği hallerde sonuç borcunun üstlenilmemiş olmasıdır. Karşı edim olan ücret belirlenirken de dikkate alınan elde edilen verim değil, işçinin

<sup>4</sup> Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmeleri bakımından da özel ifa engelleri hükümlerine yer verilmiştir. Örneğin BK m. 325 uyarınca; kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçlarının kiralananın benzer koşullarla kiraya verebileceği makul bir süre için devam edeceği öngörülmüştür. Aynı şekilde, eser sözleşmeleri bakımından da ifa engellerine yönelik özel hükümler (BK m. 483-485) bulunmaktadır.

<sup>5</sup> Picker, **Fristlose Kündigung und die Unmöglichkeit**, s. 699. Alman Borçlar Hukuku Reformu sonrasında ifa engelleri sistemi yine satış sözleşmesini, ancak bu kez Milletlerarası "Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması" sistemini esas almıştır, Gotthardt, **Arbeitsrecht**, s. 4.

<sup>6</sup> Gotthardt, **Arbeitsrecht**, s. 4. İş sözleşmesinin sona ermesi bakımından genel olarak borçlar hukukunun sistematiği benimsenmesine karşın, iş hukuku bakımından bu alanın özelliklerine uygun modifikasyonlar gerçekleştirildiğine ilişkin, bkz. Gülsevil Alpagut, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkânsızlığı", **Legal İHSGHD**, S. 6, 2005, s. 658.

<sup>7</sup> Fritz Fabricius, **Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, s. 15, 96; Dütz, Thüsing, **Arbeitsrecht**, Kn. 186, s. 92.

işgörme edimini sunduğu zamandır<sup>8</sup>. İş sözleşmesinin taşıdığı özellikler, Borçlar Kanunu'nun ifa engellerine yönelik genel hükümlerinin bu sözleşme tipinde olduğu gibi uygulanmasının beklenemeyeceğini ortaya koymaktadır<sup>9</sup>.

## 2. İşçilerin Tabi Olduğu Kanunlar

İş hukuku mevzuatında, ifa engellerine yönelik genel hükümlerin iş sözleşmelerinde olduğu gibi uygulanmasını engelleyecek nitelikte özel hükümler öngörüldüğü yukarıda belirtilmişti. Bu hükümlere mevzuatımızda yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmemiş olup; 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda da, bu Kanunların kapsamında olan iş ilişkilerinde uygulanmaya elverişli, bu işlerin niteliğinin dikkate alındığı özel hükümler yer almaktadır. Ayrıca yine Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nde de ifa engellerine ilişkin özel hükümler bulunmaktadır. Bu çeşitlilik karşısında, Borçlar Kanunu'nun imkânsızlığa ilişkin hükümlerinin iş sözleşmeleri üzerinde nasıl bir etkisi olduğunun etraflıca incelenmesinden önce, bir işçinin Borçlar Kanunu'na tabi olup olmadığının, şayet Borçlar Kanunu'na tabi değilse, hangi İş Kanunu'nun kapsamında olduğunun belirlenmesi önem taşır.

Ülkemizde işçi ve işveren arasındaki iş ilişkilerinin büyük çoğunluğuna 4857 sayılı İş Kanunu uygulanmaktadır. İş Kanunu'nun 4. maddesinde ise, istisnaen bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı iş ve iş ilişkilerine yer verilmiştir. Burada sayılan iş ve iş ilişkilerinin önemli bir bölümü Borçlar Kanunu'nun hükümlerine tabidir. Deniz taşıma işleri, İş Kanunu'nun uygulanmayacağı istisna işler arasında sayılmış ise de, bunların (belirli koşulları taşıması halinde<sup>10</sup>) Deniz İş Kanunu'nun

---

<sup>8</sup> Ferit Hakkı Saymen, **Türk İş Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 492; Nisim Franko, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununda İşçinin İş Talep Etme Hakkı", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, s. 269-270.

<sup>9</sup> Gotthardt, **Arbeitsrecht**, s. 4.

<sup>10</sup> Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; "*Bu Kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır.*". Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, "*Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı 100 veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükümleri uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir.

kapsamında olduğu kabul edilmiştir<sup>11</sup>. İş Kanunu'nun söz konusu 4. maddesinde, gazeteciler İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulmamış ise de, Basın İş Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle, haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışanlara Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Yine, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 23. maddesi uyarınca da medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personelin de Basın İş Kanunu'na tabi olduğu belirtilmiştir. Son olarak belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 10 maddesi uyarınca, bu Kanun'un pek çok hükmü süreksiz işler bakımından uygulanmamaktadır<sup>12</sup>. Süreksiz işlere uygulanmayacak hükümler arasında imkânsızlık ifa engelinin sonuçları ile bağlantılı hükümler de yer almakta olup, süreksiz işlere belirli konularda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir<sup>13</sup>.

### 3. Borçlar Kanunu'nun İş Kanunlarına Tabi İş İlişkileri Üzerindeki Etkisi

#### 3.1. İş Kanunlarında Boşluk Bulunduğu Hallerde

İş Kanunlarına tabi olmayan işçiler bakımından kural olarak doğrudan doğruya Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Ancak Borçlar Kanunu'nun iş ilişkilerinde uygulama alanı, İş Kanunlarının<sup>14</sup> kapsamı dışında bırakılanlarla sınırlı değildir. İş Kanunlarında iş

<sup>11</sup> İş Kanunu m. 4'te deniz taşıma işleri İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulduğundan, Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanına girmeyen gemilerdeki iş ilişkilerine İş Kanunu'nun değil Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerekmektedir, bu yönde bkz. Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 231; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 304.

<sup>12</sup> İş Kanunu m. 10 uyarınca, İş Kanunu'nun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6. maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmamaktadır.

<sup>13</sup> Bkz. ileride IV. Bölüm, 6. Başlık.

<sup>14</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmadığı görüşünde bkz. Ejder Yılmaz, “Genel Kanun – Özel Kanun” İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, **Sicil**, S. 22, 2011, s. 28. İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu bakımından aynı yönde bkz. Bektaş Kar, **Deniz İş Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012, s. 35; Bektaş Kar, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'na Etkisi”, **İÜHFİM, Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 169. Ekleyelim ki, özel İş Kanunlarında özel hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun uygulanacağına ilişkin bir hüküm, geçmişte olmadığı gibi (bkz. Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 36) bugün de bulunmamaktadır.

sözleşmesine uygulanacak hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır<sup>15</sup>. Bununla birlikte, İş Kanunu'nda boşluk bulunup bulunmadığının tespiti meselesi her zaman sorunsuz bir uğraş değildir<sup>16</sup>. Sorun arz edebilecek bir durum, özellikle bir hukuki kurumun İş Kanunu'nda düzenlenmiş olduğu, Borçlar Kanunu'nda da aynı konudaki düzenleme bakımından bir çatışma olmayıp da ilave bir sonucun öngörüldüğü hallerde kendini göstermektedir<sup>17</sup>. Öte yandan, Kanun koyucunun bir konuda düzenleme yapmamış olması Kanun'da zorunlu olarak bir boşluk olduğu anlamına gelmeyip, aksine, olumsuz bir çözümün benimsendiğini de gösterebilir<sup>18</sup>.

Her şeyden önce ifade edilmelidir ki, Borçlar Kanunu iş hukukunun kaynakları arasında önemli bir yer taşıyan bir Kanundur<sup>19</sup>. Henüz ayrı bir İş Kanunu yürürlükte olmadığı dönemde mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu bireysel iş ilişkilerini düzenleyen esas hukuk kaynağını teşkil etmiş, İş Kanunu çıkarıldıktan sonra da genel nitelikli Kanun olmak niteliğini korumuştur<sup>20</sup>. İş Kanunlarında bir boşluk söz konusu olması halinde öncelikle Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nde yer alan hükümlere başvurulmalı, burada uygulanacak bir hüküm bulunmuyor ise Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerinden yararlanılmalıdır<sup>21</sup>. Yani Borçlar Kanunu hükmünün uygulanabilmesi için İş Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmaması şarttır<sup>22</sup>. Öğretide bir görüşe göre, İş Kanunu'nda zaten düzenlenmiş olan bir konuda,

<sup>15</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 246; Ömer Ekmekçi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", **Sicil**, S. 13, 2009, s. 19. Bu genel kural, dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesinde bulmaktadır: "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."

<sup>16</sup> Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", **Legal İHSGHD**, C. 8, S. 31, 2011, s. 916.

<sup>17</sup> Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 916-917.

<sup>18</sup> Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 917.

<sup>19</sup> Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s.27.

<sup>20</sup> Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s.28.

<sup>21</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 246; Eda Karaçöp, Efe Yamakoğlu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi", **Legal İHSGHD**, C. 10, S. 38, 2013, s. 88.

<sup>22</sup> Reisoğlu, **Hizmet Akdi**, s. 36-37; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 918; Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 28. Borçlar Kanunu'nun ancak İş Kanunu'nda boşluk bulunması halinde uygulanmasının nedeninin iş hukukunun işçi lehine hükümler içermesinden kaynaklandığı yönünde bkz. Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 28.

Borçlar Kanunu'nun aynı konudaki düzenlemesinin ek bir imkân getirdiği hallerde, bu ek imkânın İş Kanunu'na tabi işçiler için uygulanabileceğini savunmak isabetli bir yaklaşım değildir; esasında, Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nün 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışındaki işçilere uygulanacağını ifade edilmesi de bu durumu destekler niteliktedir<sup>23</sup>.

Söz konusu Borçlar Kanunu hükmünün iş hukukunun amacına uygun düşmediği hallerde ise, bu boşluğun hâkim tarafından MK m. 1/II gereğince hükmün iş hukukuna uyarlanması suretiyle doldurulması gerekmektedir<sup>24</sup>.

### 3.2. İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'ndaki Hükmün Çelişmesi Halinde

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından dikkat çeken bir husus iş hukukuna ilişkin pek çok düzenlemede özellikle İsviçre Borçlar Kanunu'nun etki göstermesidir<sup>25</sup>. Hatta Kanun'un hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin maddelerinin tercümesi olduğu bilinmektedir<sup>26</sup>. İş Kanunu'na nazaran genel ve sonraki (yeni) Kanun niteliği taşıyan Borçlar Kanunu bakımından özellik arz eden bir diğer durum ise, Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nde yer alan hükümlerin bir kısmının İş Kanunu'ndan daha koruyucu nitelik taşımasıdır<sup>27</sup>. Bu durum, sonraki genel nitelikli Kanun hükümlerinin önceki özel Kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme getirdiği veya onlara ek bir imkân tanıdığı hallerde, İş Kanunu'na tabi işçilerin bu durumdan etkilenip etkilenmeyeceklerinin açıklığa kavuşturulmasını gerektirir. Hemen belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'nun iktibas edildiği İsviçre'de böyle bir sorun ile karşılaşılmamaktadır. Zira İsviçre hukukunda, “iş sözleşmesi” kısmı

<sup>23</sup> Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 918.

<sup>24</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 246; Karaçöp, Yamakoğlu, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 87.

<sup>25</sup> Karaçöp, Yamakoğlu, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 91.

<sup>26</sup> Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 918; Polat Soyer, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, **Sicil**, S. 22, 2011, s. 12.

<sup>27</sup> Karaçöp, Yamakoğlu, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 107.



yalnızca Borçlar Kanunu'nda düzenlenmekte iken<sup>28</sup>; mevzuatımızda iş sözleşmelerine uygulanacak hükümler dört ayrı Kanun'da düzenlenmektedir.

Aynı anda yürürlükte bulunan iki kanunda somut uyuşmazlığa ilişkin farklı çözümler öngörülmesi halinde, önceki kanun yerine sonraki kanunun uygulanacağı (*lex posterior derogat legi generali*) kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Bir konunun hem genel hem de özel kanunda düzenlenmesi halinde ise genel esas (*lex specialis derogat legi generali*), o konuya ilişkin özel kanunun uygulanmasıdır<sup>30, 31</sup>. Bununla birlikte çelişen kanunlardan birinin genel diğerinin özel olduğu hallerde, sorunun çözümü her zaman çok basit değildir, bir kanun hükmünün diğerine göre daha özel mi yoksa genel mi olduğunu tespit etmek güç bir uğraş olabilir<sup>32</sup>. Yukarıda ifade edildiği üzere 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre genel kanun niteliğini taşımaktadır. Bütünü ele alındığında genel nitelik taşıyan bir kanunun bütün hükümlerinin genel nitelik taşıması ise gerekmez; genel nitelikteki kanun içinde bir hüküm özel nitelik taşıyabileceği gibi bunun tersi de söz konusu olabilir<sup>33</sup>.

Borçlar Kanunu'nun İş Kanunu (aynı zamanda Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu) karşısındaki konumu, genel kanun olmasının yanı sıra, sonraki (yeni) kanun olmasıdır. Böyle bir durumda, diğer bir ifadeyle her iki kanunun aynı konuyu düzenlemiş olması halinde, sonraki tarihli genel kanunun önceki tarihli özel kanunu yürürlükten kaldırdığı yönünde bir genelleme yapılması uygun değildir<sup>34</sup>. Kanun

<sup>28</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 246. İsviçre iş hukukunun kaynaklarından olan İş Kanunu'nda münhasıran kamusal nitelik taşıyan, işin düzenlemesine ilişkin hükümler yer almaktadır, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 246.

<sup>29</sup> Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 23. Bası, İstanbul, Vedat, 2017, Kn. 273, s. 83-84.

<sup>30</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 247.

<sup>31</sup> Borçlar Kanunu'nun genel gerekçesinde, bu genel esasa uygun düşer şekilde, Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nün 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışındaki işçilere uygulanacağı ifade edilmiştir. Genel gerekçede ifade olunan bu ayırım esas alınacak olursa, Borçlar Kanunu'nun Altıncı Bölümü olan Hizmet Sözleşmeleri başlığı altında yer alan hükümler ile İş Kanunu'nda yer alan hükümlerin birbiri ile hiç kesişmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir. Oysa iş hukuku öğretisinde de haklı olarak işaret edildiği gibi, böyle bir kabulün benimsenmesi hatalı olacaktır, bu yönde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 247.

<sup>32</sup> Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 26.

<sup>33</sup> Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 26.

<sup>34</sup> Oğuzman, Barlas, **Medenî Hukuk**, Kn. 279, s. 85; Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 27.

koyucunun her iki kanunda düzenlediği konuda farklı amaçlar güttüğü ve bu amaçların geçerliliklerini sürdürdüğü hallerde, genel kanundaki hükmün özel kanundaki ilgili hükmü yürürlükten kaldırdığı sonucuna varılmamalıdır<sup>35</sup>.

Katıldığımız görüşe göre, uygulanacak hükmün belirlenebilmesi için yasa hükmünün amacının belirlenmesi gerekmektedir<sup>36</sup>. O halde yapılması gereken uyumsuzluğun amaca uygun biçimde çözülebilmesini sağlayacak bir menfaat değerlendirilmesidir<sup>37</sup>. İş hukuku öğretisinde de isabetli bir biçimde, İş Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında farklı bir düzenleme bulunması halinde kesin bir ilkeden söz edilmemesi gerektiği, somut durumun özelliğine göre bir sonuca ulaşılmasının uygun olacağı ileri sürülmüştür<sup>38</sup>.

#### **4. İmkânsızlık İfa Engelinin İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar Üzerindeki Etkisi**

##### **4.1. Genel Olarak İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar**

Çalışma hayatını düzenleyen birden fazla kanun yürürlükte bulunmakla birlikte, iş sözleşmesinden doğan borçlar yalnızca Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesi Bölümü'nde özel olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bu borçların diğer İş Kanunlarına tabi çalışanlar için de uygulanacağı kabul edilmektedir. İşverenin iş sözleşmesinden borçları, Borçlar Kanunu'nun 401 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu borçlardan ilki, işçinin işgörme borcunun karşılığını oluşturan ücret ödeme borcudur. Anayasal güvence altında olan ücret (m. 55), işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcudur<sup>39</sup>. Hatta bir iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için, işgörmenin *ancak ücret karşılığında* yapılabilir olması

<sup>35</sup> Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 27.

<sup>36</sup> Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk**, Kn. 279, s. 85; Rona Serozan, **Medeni Hukuk**, 7. Baskı, İstanbul, Vedat, 2017, Kn. 62, s. 181; Süzek, **İş Hukuku**, s. 248.

<sup>37</sup> Serozan, **Medeni Hukuk**, Kn. 67, s. 182-183; Süzek, **İş Hukuku**, s. 248.

<sup>38</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 248; Kar, **Borçlar Kanunu'nun Deniz İş Kanunu'na Etkisi**, s. 167.

<sup>39</sup> Turhan Esener, **İş Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 160-161; Süzek, **İş Hukuku**, s. 375; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 620; Erdem Özdemir, "İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret", **III. Yılında İş Yasası**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2005, s. 52; Melda Sur, "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", **A. Can Tuncay'a Armağan**, Legal, 2005, s. 396.

gerektiği kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Ancak ücretin açık bir şekilde belirtilmesi şart değildir<sup>41</sup>; ücretin açık bir şekilde belirtilmediği durumda işçi, Borçlar Kanunu hükümlerinin devreye girmesi ile (BK m. 401) asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücrete hak kazanmaktadır. Ücretin yaşamsal önemi onun bir sosyal hak statüsünde kabulüne<sup>42</sup> ve koruyucu pek çok hükmün öngörülmesine yol açmıştır. Söz gelimi; Borçlar Kanunu (m. 406), İş Kanunu (m. 32/V) ve Deniz İş Kanunu'nda (m. 29/III) ücret ödeme aralığı bakımından üst sınır olarak “bir aylık” süre belirlenmiştir. Öte yandan mevzuatımızda, ücretin yalnızca işverene karşı değil, üçüncü kişilere ve hatta işçinin kendisine karşı dahi korunmasını amaçlayan hükümler de bulunmaktadır<sup>43</sup>.

İş sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme ise de, bu sözleşmelerde aynı anda ifa ilkesi geçerli değildir. İş sözleşmesinde işçi önce ifa ile yükümlü olan taraftır ve ancak işgörme edimini yerine getirdikten sonra karşı edime (ücrete) hak kazanabilmektedir<sup>44</sup>. Bu husus, “*çalışma yoksa ücret de yoktur (ohne Arbeit kein Lohn)*” genel prensibi ile ifade edilmektedir. Ancak sosyal nedenlerle, iş hukukunda bu prensibin önemli istisnaları kabul edilmiştir<sup>45</sup>. Öyle ki, karşılaştırmalı hukukta “*çalışma yoksa ücret de yoktur*”un artık genel kural olmaktan çıkıp istisnai niteliğe büründüğü dahi dile getirilmiştir<sup>46</sup>. Esasında ulusal hukukumuz bakımından da

---

<sup>40</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 236. *Tunçomağ / Centel*'e göre ise, her ne kadar Kanun'da (İş K m. 8) iş sözleşmesi tanımlanırken bir “ücret ödeme”den söz edilmekte ise de, bu karşılığın mutlaka bir para olarak belirlenmiş olması şart değildir. Bu anlamda örneğin BK m. 418 uyarınca ev düzeni içinde çalışma söz konusu olduğunda, işverenin yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamasının ücretin bir bölümünü oluşturacağı kabul edilmelidir, Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2016, s. 68.

<sup>41</sup> Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul, Beta, 2017, s. 149; Etmayer, **Leistungsstörungen**, s. 19.

<sup>42</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 375; Horst Ehmann, “Das Lohnrisiko bei Smog-Alarm”, **NJW**, 1987/08, s. 403.

<sup>43</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 375; Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 131.

<sup>44</sup> Fabricius, **Leistungsstörungen**, s. 15. BK m. 406'da, aksine âdet olmadıkça, işçiye ücretinin her ayın sonunda ödeneceği ifade edilmiştir. Bu hüküm, hukukumuz bakımından da ücret borcunun kural olarak işin görülmesinden sonra doğan bir borç olduğunu teyit etmektedir.

<sup>45</sup> Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul, Türkiye Denizciler Sendikası, 1987, s. 59; Ehmann, **Smog Alarm**, s. 403.

<sup>46</sup> Manfred Rehbinder, Jean-Fritz Stöckli, **Berner Kommentar, 2. Teilband - Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt - Einleitung und Kommentar zu den Art 319-330b OR**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2010, Art. 324, Kn. 38, s. 350.

durum çok farklı değildir. İş Kanunu'nda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında para ile ödenen tutar olarak tanımlanmaktaysa da (m. 32/I), pek çok halde ücretin bir işin karşılığı olmaksızın da ödeneceğini öngören hükümlere yer verilmiştir. Hafta tatilinde (İş K m. 46), ulusal bayram ve tatil günlerinde (İş K m. 47) yıllık izinde (İş K m. 57) yapılan ödemeler *sosyal ücret*<sup>47</sup> olarak ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Ekleyelim ki iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin, işçiye ücret ödeme borcunun yanı sıra, işçiye gözetme borcu, eşit davranma borcu, araç ve malzeme sağlama borcu ve bir buluş yapmış işçiye bedel ödenmesi gibi borçları da bulunmaktadır<sup>49</sup>.

İşçinin borçları ise, Borçlar Kanunu m. 395-400 arasında düzenlenmektedir. İşçinin iş ilişkisindeki asli edim borcu olan işgörme borcu, işverenin ücret ödeme borcunun karşılığıdır. İş sözleşmesinde esas olan işin işçi tarafından *bizzat* görülmesidir, meğer ki sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılсын (BK m. 395)<sup>50</sup>. Borçlar Kanunu'ndaki ana kuralın aksine (BK m. 83), iş sözleşmeleri bakımından işçiye *bizzat* işgörme borcunun yüklenmiş olması, bu sözleşme ilişkisinde tarafların kişiliklerinin ön planda yer alması ile ilgilidir<sup>51</sup>. İşin özenle görülmesi borcu (BK m. 396/I) ise, işgörme borcunun tamamlayıcısı olması bakımından bir yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir<sup>52</sup>. İşçi, özenli işgörme borcu gereğince, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür. İşçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de sadakat borcudur (BK m. 396). Bu borç, iş sözleşmesi ile işçi ve işveren arasında kişisel ilişki

<sup>47</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 376; Centel, **Ücret**, s. 59.

<sup>48</sup> Bu ödemelerin, belirli bir işin karşılığı olmak özelliğini taşımasalar dahi, belirli bir süre çalışmanın karşılığı olarak görülebileceği görüşünde, Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 621.

<sup>49</sup> İşverenin iş sözleşmesinden doğan her bir borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 375-501; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 292-403; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 620-764.

<sup>50</sup> Benzer şekilde BK m. 440'da işgörme borcunun şahsen yerine getirilmesi gereken bir borç olduğunu dolaylı olarak teyit edilmektedir, bkz. BK m. 440/I: "*Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer.*".

<sup>51</sup> Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s. 847

<sup>52</sup> Süzek, **İş Hukuku (2015)**, s. 361.

kurulmasından kaynaklanmaktadır<sup>53</sup>. BK m. 396 uyarınca işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunması ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişmesi bu borcun ihlali olarak görülmektedir. İşçinin iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanmaması veya başkalarına açıklamaması da sadakat borcunun gereğidir. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür. İşçinin rekabet yasağı iş sözleşmesi devam ederken kendiliğinden mevcut iken; iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ancak belirli şartların sağlanması koşuluyla ve belirli süre ile devam edebilir. İş sözleşmesinden doğan itaat borcu ise işverenin yönetim hakkının karşılığıdır<sup>54</sup>. BK m. 399'da, işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği düzenlenmiştir. İşçinin bu genel düzenleme ve talimatlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda olması itaat borcunun gereğidir<sup>55</sup>.

## **4.2. İmkânsızlığın İşverenin İş Sözleşmesinden Doğan Borçları Üzerindeki**

### **Etkisi**

#### **4.2.1. İşverenin Ücret Borcu Bakımından**

İş sözleşmesinde işverenin bu sözleşmeden doğan asli edimi olan “ücret ödeme” borcunun, bir para borcu olması nedeniyle<sup>56</sup> imkânsız hale gelmesi düşünülmemektedir<sup>57</sup>. İşverenin aczi veya iflası dahi ücret borcu bakımından imkânsızlık oluşturmamaktadır<sup>58</sup>. İşverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi

<sup>53</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 359; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 276.

<sup>54</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 358; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 591.

<sup>55</sup> Hükmün içeriğinden hareketle ikili bir ayırım yapılarak, işin görülmesine yönelik talimatlara uyulması *işgörme borcu* kapsamında değerlendirilmekte iken; işyerindeki davranışlara yönelik talimatlara uyulması ise bağımsız bir borç olarak değerlendirilmektedir, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 358.

<sup>56</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 2, s. 163; Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 90.

<sup>57</sup> M. Kemal Oğuzman, **Hizmet “İş,, Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 85.

<sup>58</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 85.

onu borçlu temerrüdüne düşürmektedir<sup>59</sup>. Benzer durum, Borçlar Kanunu m. 414'te düzenlenen, "işçinin yapmış olduğu giderleri ödeme borcu" bakımından da söz konusudur. Burada da bir para borcu söz konusu olduğundan, yine bu borcun imkânsızlığı gündeme gelmeyecektir.

Hukuk düzenimizde "ücret" borcunun imkânsız hale geldiği düşünülmemekte ise de, iş sözleşmesinin diğer asli edimi olan işgörme borcunun imkânsız hale gelmesinin, işverenin ücret borcu üzerinde çeşitli etkileri olmaktadır.

#### 4.2.2. İşverenin İş Verme Borcu (?) Bakımından

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, "iş verme"nin işveren bakımından bir borç teşkil edip etmediği hususu öğretilerde tartışmalı niteliğini sürdürmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, tarafların iş sözleşmesinden doğan borçları mevzuatımızda yalnızca Borçlar Kanunu'nun "Hizmet Sözleşmeleri" Bölümü'nde düzenlenmişse de, işverenin iş verme borcuna, bu Kanun'da açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte, iş vermenin, mevzuatımızda bir borç olarak açıkça düzenlenmemesine karşın, Kanun'a tamamen yabancı olduğunu söylemek de yerinde olmayacaktır. Örneğin, BK m. 411/I'de, işçinin, sözleşme gereğince yalnızca bir işverene ve sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlendiği hallerde işverenin ona *yeterli iş vermekle yükümlü olduğu* öngörülmüştür. İşverenin, kusuru olmaksızın parça başına veya götürü işi sağlayamadığı hallerde, işçiye ücretini zaman esasına göre ödemesi gerekmektedir (BK m. 411/II c. 1). Benzer biçimde, İş Kanunu'nun m. 24/II (f) bendinde de, "ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesinin kararlaştırılıp işverence *işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde* işçinin eksik aldığı ücretin karşılanmaması" işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanıyan haller arasında sayılmıştır. Dikkat edileceği üzere, her iki maddede de, ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden kararlaştırıldığı hallerde işverenden "iş vermesi" beklenmekte ve buna uyulmamasının sonuçları işçi lehine olarak düzenlenmektedir. O halde, iş hukuku mevzuatımızda işverenin belirli hallerde iş verme borcu bulunduğu Kanun koyucu tarafından dolaylı olarak gözetildiğini ifade ettikten

---

<sup>59</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 85.

sonra, işveren bakımından genel bir iş verme borcu bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir.

İş vermenin işveren bakımından bir borç teşkil edip etmediği meselesine öğretide farklı açılardan yaklaşılmaktadır<sup>60</sup>. İşverenin işçinin edimini kabul hakkından ziyade ücret ödemekten bağımsız olarak iş verme borcu bulunduğunu savunan görüş, iş vermenin bir borç olduğunun kabul edilmediği hallerde, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 324. ve 325. maddeleri (bkz. 6098 sayılı BK m. 411 ve 408) ile mülga 3008 sayılı İş Kanunu'nun 15/II (e) ve 15/III maddelerinin (bkz. 4857 sayılı İş Kanunu m. 24/II (f) ve 24/III) izah edilemeyeceğini ileri sürmüştür<sup>61</sup>. Bu noktada dikkat çekmek isteriz ki, iş vermenin bir borç olduğunun gerekçelendirilmesi bakımından hâlihazırda yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu m. 24/II (f)'e dayanılması güç gözükmemektedir. Bunun nedeni, aynı konuyu düzenleyen mülga 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/II (e) ile 4857 sayılı İş Kanunu m. 24/II (f) bentlerinin içeriğinin farklı hale gelmiş olmasıdır. Mülga 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/II (e) uyarınca işçinin iş sözleşmesini derhal feshi için, *“ücret, parça başına veya iş miktarı üzerinden tediye edilmek mukarrer olup da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı veya miktardan az iş verilerek başka bir gün fazla işle bu eksik telâfi edilmezse yahut iş şartları esaslı bir tarzda tebdil, tadil edilir veya tatbik edilmezse”* bendinde sayılan koşulların gerçekleşmesi aranmıştır. Dikkat edileceği üzere 3008 sayılı Kanun döneminde işçinin iş sözleşmesini derhal fesih hakkını kullanabilmesi için, *“başka bir gün fazla işle”* bu eksiğin tamamlanmaması şart koşulmuştur. 4857 sayılı Kanun'da ise (tıpkı 1475 sayılı İş Kanunu mülga m. 16/II (e)'de olduğu gibi), böyle bir durumda işçinin haklı nedenle fesih hakkının doğumu için, aradaki ücret farkının zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücretin karşılanmamış olması gerekmektedir.

---

<sup>60</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 51; Frank Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, 3. Aufl., Basel, Helbing&Lichtenhahn, 2005, s. 169.

<sup>61</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 51, dn. 45.

Öte yandan *Oğuzman*'a göre, mülga 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/II (e)'de<sup>62</sup> düzenlenen ikinci durum (çalışma şartlarının uygulanmaması) açıkça iş verme borcunun ihlaline ilişkindir<sup>63</sup>. Bu madde uyarınca; kanun, yönetmelik ve sözleşme hükümlerine göre uygun şekilde iş verilmediği hallerde işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir<sup>64</sup>. *Oğuzman*'a göre, işçinin çalışmaksızın ücret aldığı hallerde iş sözleşmesini feshetmesi ihtimali zayıf ise de, çalışmaksızın para almaktan memnun olmaması da ihtimal dâhilindedir<sup>65</sup>. Bu bakımdan iş verme borcunun, işverenin ücret ödeme borcuyla paralel olarak yürüdüğü ifadesi<sup>66</sup> pek de isabetli değildir. Nitekim iş verme ve ücret ödeme birbiri ile yakın ilişki içindeyse de, birinin yerine getirilmemesi mutlaka diğersinin yerine getirilmeyeceği sonucunu doğurmaz<sup>67</sup>. Öte yandan, öğretide bir kısım yazar ise, “iş verme”nin işveren bakımından bir borç olduğu görüşüne katılmakla birlikte, bu borcu işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında görmektedir<sup>68</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar, işçinin çalışma imkânının kaybının uzun sürede kişilik haklarının ihlaline neden olduğunu belirtmektedirler<sup>69</sup>.

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göreyse, işçi genel olarak iş sözleşmesine dayanarak ücretin ödenmesini talep edebilecek ise de, işçinin ayrıca bir *filen çalıştırılma* isteme hakkı bulunmamaktadır<sup>70</sup>. Bir kısım yazar, yalnızca mülga BK m. 324 gereğince (karş. 6098 sayılı BK m. 411) hizmet süresinin götürü iş veya parça

<sup>62</sup> 4857 sayılı İş Kanunu m. 24/II (f) bendinde yer alan “yahut çalışma şartları uygulanmazsa” hükmü, anılan mülga 3008 sayılı Kanun'daki düzenlemeden aktarılmıştır.

<sup>63</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 53.

<sup>64</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 53.

<sup>65</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 53, dn. 53.

<sup>66</sup> Bkz. Selin Göçmez, **Ekonomik Güçlüklerin İşverenin İş Verme ve Ücret Borcu Üzerine Etkileri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 14.

<sup>67</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 51.

<sup>68</sup> Manfred Rehbinder, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 15. neu bearbeitete Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2002, Kn. 223, s. 111; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 328, Kn. 12, s. 471; Emine Tuncay Kaplan, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Prof. Dr. Kâmil Turan'a Armağan, Kamu-İş**, C. 7, S. 2/2003, s. 149.

<sup>69</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 328, Kn. 12, s. 471; Kaplan, **İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu**, s. 149.

<sup>70</sup> Adrian Staehelin, **Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR**, Obligationenrecht Teilband V/2c, Schulthess, 2006, § 319, Kn. 14, s. 22-23. Aynı yönde, bkz. Franko, **İşçinin İş Talep Etme Hakkı**, s. 271-272.



başına ücretli iş esasına göre ve işçinin bir tek işveren için çalışması şartlarının gerçekleşmesi halinde işverenin “yeter derecede iş verme” yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir<sup>71</sup>. Ancak bu noktada, işçinin ücretinin hem zaman hem de verim esasına dayalı olarak karşılaştırılmış olması ihtimalinin güç bir durum arz edeceği de belirtilmelidir<sup>72</sup>. İş vermenin genel bir işveren borcu olmadığı görüşünü savunan diğer bir kısım yazar ise, fiilî iş talebinin ancak çıraklık sözleşmesinde ve özellik arz eden mesleklerde (pilotlar, sanatçılar, gazeteciler, profesyonel sporcular gibi) çalışanlar bakımından mümkün olduğunu kabul etmektedirler<sup>73</sup>. Zira bu kişilerin mesleklerini icra etmemeleri halinde mesleki yeteneklerinin gelişemeyecek olması, devamlı müşteri çevreleri bakımından kayba uğrayabilecek olmaları yahut işverenleri olma ihtimali bulunan kimseler bakımından taşıdıkları değer altında görülmeleri gibi olumsuz durumlar ortaya çıkabilir<sup>74</sup>.

Belirtmek gerekir ki, öğretide, iş vermenin işveren için bir borç olarak görülüp görülmemesi, ayrıca işin imkânsız hale gelmesinin sonuçları bakımından da inceleme konusu yapılmıştır. *Oğuzman*, bu durumu iş vermenin işveren bakımından bir borç sayılıp sayılmamasına göre iki şekilde değerlendirmektedir. İş vermenin bir borç olmadığı kabul edilecek olursa, işin verilmesi işverenin kusuru bulunmaksızın imkânsız olsa bile, işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilecektir ve bunun sonucunda ise işveren işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacaktır<sup>75</sup>. Buna karşılık, iş vermenin bir borç olarak kabul edilmesi halinde, işin verilmesinin

<sup>71</sup> Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s. 860-861; Cevad Abdürrahim Gücün, **Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları, İkinci Kitap, Menkul Mallar ve Borçlar**, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1946, s. 696. İsviçre öğretisinde benzer görüşte, bkz. Portmann, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, Ed.: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 4. Aufl., 2007, Art 326, Kn. 3, s. 1849.

<sup>72</sup> Franko, **İşçinin İş Talep Etme Hakkı**, s. 273. Yazara göre ücretin karma şekilde (zaman esasına ve aynı zamanda verim esasına göre) belirlendiği hallerde mülga 818 sayılı BK m. 324 (6098 sayılı BK m. 411'e karşılık gelen hüküm) yine de uygulama alanı bulmalıdır, bkz. **İşçinin İş Talep Etme Hakkı**, s. 273. Karşı görüşte, Portmann, **Basler Komm.**, Art 326, Kn. 3, s. 1849. Yazara göre işçinin ayrıca zamana göre ücrete hak kazandığı hallerde işverenin iş verme yükümlülüğünden söz edilemez.

<sup>73</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 319, Kn. 14, s. 23; Portmann, **Basler Komm.**, Art 328, Kn. 22, s. 1865.

<sup>74</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 319, Kn. 14, s. 23; Kaplan, **İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu**, s. 149-150.

<sup>75</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 78. İşverenin işi kabul etmemesi halinde 818 sayılı BK m. 325 (karş. 6098 sayılı BK m. 408) uyarınca temerrüde düşeceği ve işinin ücrete hak kazanacağı görüşünde bkz. Franko, **İşçinin İş Talep Etme Hakkı**, s. 272.

işverenin kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesi halinde, (mülga) 818 sayılı BK m. 117 gereği (bkz. aynı yönde 6098 sayılı BK m. 136) borç sona erer ve iş verilmediği için iş göremeyen işçi ücretini de talep edemez<sup>76</sup>. İşverenin ücret ödeme borcundan kurtulması nedeniyledir ki, Kanun koyucu işçiye bir haklı nedenle fesih hakkı tanımıştır. Sonuç olarak *Oğuzman*'a göre, işyerinde işin bir haftadan fazla süre ile işin tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının doğacağını öngören İş Kanunu hükmü (mülga 3008 sayılı İş K m. 15/III, karş. 4857 sayılı İş K m. 24/III), iş vermenin işveren bakımından bir borç olduğunun kabulünü desteklemektedir<sup>77</sup>.

Bu tartışmada iş vermenin işveren bakımından bir borç teşkil ettiğini kabul eden *Oğuzman*, genel hükümlere göre iş verme borcunun geçici bir dönem için imkânsızlaşması halinde iş verme ve ücret borçlarının sona ereceği sonucuna varmakta, ancak, iş hukukuna hâkim olan sosyal düşüncelerin işçiye bir süre daha ücret (sosyal yardım) yapılmasını gerektirdiğine işaret etmektedir<sup>78</sup>. Nitekim bu doğrultuda (bkz. mülga 3008 sayılı İş K m. 15/III), işçinin çalıştığı işyerinde işin bir haftadan fazla süre ile tatil edilmesi halinde işçinin haklı sebeple fesih hakkının doğumu için bir haftalık bekleme süresi öngörülmüş ve bu bir hafta müddetince iş göremeyen işçinin yarım ücrete hak kazanacağı kabul edilmiştir<sup>79</sup>. Hemen belirtelim ki, yürürlükteki mevzuatımız uyarınca da, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektiren bir sebep ortaya çıkarsa, işçi bir haftaya kadar her gün için yarım ücrete hak kazanmaktadır (İş K m. 40).

Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nda işgörme ediminin engellenmesinin karşı edim alacağı olan "ücret" üzerindeki sonuçları özel olarak düzenlenmektedir (bkz. BK m. 408 ve 409). *Oğuzman*, mevzuat hükümleri çerçevesinde iş vermenin işveren bakımından bir borç teşkil ettiğini sonucuna varmasının sonucunda, mülga 818 sayılı BK m. 325 hükmünün (karş. 6098 sayılı BK m. 408) "borçlu temerrüdünü", daha

---

<sup>76</sup> *Oğuzman, Fesih*, s. 78-79.

<sup>77</sup> *Oğuzman, Fesih*, s. 79.

<sup>78</sup> *Oğuzman, Fesih*, s. 85, dn. 185.

<sup>79</sup> *Oğuzman, Fesih*, s. 85, dn. 185.

doğru bir ifadeyle “kusurlu imkânsızlığı” düzenlediğini ileri sürmektedir<sup>80</sup>. İfade etmek isteriz ki, kanaatimizce de öğretide bir kısım yazar tarafından savunulduğu gibi<sup>81</sup>, iş verme işveren bakımından bir borç teşkil etmektedir. Ancak bu sonuca, iş verme borcunun, işçiyi gözetme borcunun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden<sup>82</sup> hareketle ulaşmaktayız. Dolayısıyla kanaatimizce mülga 818 sayılı Kanun’un borçlu temerrüdüne ilişkin bir hüküm olarak değerlendirilmesi ihtiyacı bulunmamaktadır. Esasında bu noktada, 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda, mülga 818 sayılı Kanun’un 325. maddesine karşılık gelen hükümde, bir değişiklik yapıldığına da dikkat çekmek gerekir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1971 yılında gerçekleştirilen revizyon ile 324. maddede (Art. 324 OR) yapılan bu değişiklik, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na aynı şekilde aktarılmıştır. Böylelikle 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun “İş sahibinin temerrüdü” yan başlıklı 325. maddesi ile birebir örtüşmemekte olup, söz konusu maddeye “işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse”<sup>83</sup> ifadesi eklenmiştir.

Gerçekten, hükme yeni eklenen işveren “işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse” ifadesi, Kanun koyucunun burada sadece alacaklı temerrüdünü öngörmediğini işaret etmektedir. Bu anlamda bu değişikliğin tartışmaya yeni bir açılım kazandırdığı düşünülebilir. O halde belki bu hükmü, işverenin iş verme borcu ile irtibatlandırarak, hem kusurlu imkânsızlığı hem de alacaklının temerrüdünü düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirmek daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Nitekim İsviçre öğretisinde, söz konusu hükümde hem imkânsızlığın hem de kabulde temerrüdün düzenlendiğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır<sup>84</sup>. Buna göre hükümde; işverenin edimi kabul etmesi bakımından kusur bir şart olarak aranmıyor ise de, işgörme borcunun yerine getirilmesinin işverence engellenmesi

---

<sup>80</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 51 ve dn. 42, s. 79 ve dn. 155.

<sup>81</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1154, s. 358; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 328, Kn. 12, s. 471.

<sup>82</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 328, Kn. 12, s. 471; Kaplan, **İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu**, s. 149.

<sup>83</sup> BK m. 408’in gerekçesinde işverenin işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesinin “o işin yapılmasından vazgeçme” veya “işçinin yerine başkasını çalıştırma” gibi sebeplere dayanabileceği ifade edilmektedir.

<sup>84</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 122, dn. 1.

bakımından kusur şartının arandığı anlaşılmaktadır<sup>85</sup>. Kanaatimizce burada “işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi” ifadesi ile; işverenin, - kendisine sunulan edimi kabulde temerrüdünden farklı olarak<sup>86</sup>- işçiyi gözetme borcu kapsamındaki iş verme borcuna aykırı davranmasının sonucunun düzenlendiği düşünülebilir. Zira işverenin işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi<sup>87</sup>, aynı zamanda iş verme borcuna aykırı bir duruma eşdeğerdir. Dolayısıyla Kanun koyucunun burada bir kusur şartından söz etmesi de alacaklının temerrüdü ile değil, alacaklının yol açtığı ifa imkânsızlığı ile bağlantılı olarak görülmelidir. Kanun’da işgörme ediminin işverenin kusuruyla yerine getirilmemesinin sonuçları işverenin edimi kabulde temerrüde düşmesi ile aynı sonuçlara bağlanmış olup<sup>88</sup>, burada kusura ilişkin yapılacak değerlendirme işçinin ücrete hak kazanıp kazanmayacağını da tayin etmektedir.

Sonuç olarak, katıldığımız görüşe göre iş verme borcu, işçiyi gözetme borcunun kapsamında değerlendirilmelidir<sup>89</sup>. Bu noktada taraflar arasında götürü iş hususunda bir karşılaştırma olup olmamasına yahut işçinin belirli bir meslek grubuna mensup olup olmamasına göre bir ayırım yapılmasını isabetli bulmamaktayız. Zira iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin menfaati yalnızca kendisine aylık ücret ödenmesi olmayıp, aynı zamanda işgörme edimini sunabilmesidir. Dolayısıyla işçiye iş

---

<sup>85</sup> İsviçre Borçlar Kanunu m. 324’te iki durumdan söz edilmekte olup, bunlardan ilkinde işverenin kusurundan söz edilmiştir. İkinci durum ise, işverenin “diğer sebeplerle” temerrüde düşmesidir ki bu ifade işverenin kusurunun bir şart olarak aranmasının önüne geçmektedir, bu yönde bkz. Ullin Streiff, Adrian von Kaenel, Roger Rudolph, **Arbeitsvertrag**, 7. Aufl., Zürich, Schultess, 2012, Art. 324 OR, Kn. 4, s. 384. 6098 sayılı Kanun’da, “işverenin edimi kabulde temerrüde düşmesi”nden söz edilmiş, mehz Kanun’dan farklı olarak “diğer sebeplerle” ifadesine ise açıkça yer verilmemiştir. Ancak maddenin lafzı ve gerekçesi incelendiğinde, bizim hukukumuzda göre de kusur şartının işgörme edimini kabulde temerrüde düşmek bakımından aranmadığını ortaya koymaktadır.

<sup>86</sup>Bununla birlikte, iş hukuku öğretisinde “işgörme ediminin yerine getirilmesinin işverenin kusuruyla engellenmesi”ni kabulde temerrüdün bir hali olarak değerlendiren görüş de bulunmaktadır, bu yönde Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 670-671. Dolayısıyla bu yazarların, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 325. maddesinin kapsamını genişleten değişikliğe ayrı bir sonuç bağlamaksızın, hükümde (BK m. 408) yalnızca işverenin temerrüdünün düzenlendiğini kabul ettikleri söylenebilir.

<sup>87</sup> İşverenin etki alanında ortaya çıkan engeller nedeniyle işgörme borcunun yerine getirilememesi ile bu durumun ücret üzerindeki etkisi ileride daha ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bkz. III. Bölüm, 2.2.1. ve 3.2.2.1. Başlık.

<sup>88</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 122, dn. 1.

<sup>89</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 328, Kn. 12, s. 471; Kaplan, **İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu**, s. 149.

verilmesi, yalnızca belirli meslek gruplarında faaliyet gösteren işçiler için değil, her işçi için bir ihtiyaç olup, işçinin işten uzun süreli muaf tutulması işçi için incitici olabilir<sup>90</sup>.

### 4.2.3. İşverenin Diğer Borçları Bakımından

İşverenin iş sözleşmesinden doğan “işçiyi gözetme borcu” ve “eşit davranma borcu” bakımından imkânsızlık söz konusu olmamakta, sözleşmenin devamı süresince bu borçların sona ermesi düşünülmemektedir. İfa engelleri sisteminde bu borçlara aykırılıklar<sup>91</sup> sözleşmenin müspet ihlali (kötü ifa) olarak nitelendirilir<sup>92</sup>. İşverenin araç ve malzeme sağlama borcuna aykırı davranması ise, araç ve malzemenin verilmesi işin yapılması için hazırlık fiillerini oluşturduğundan, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açmaktadır<sup>93</sup>.

## 4.3. İmkânsızlığın İşçinin İş Sözleşmesinden Doğan Borçları Üzerindeki Etkisi

### 4.3.1. İşgörme Borcu Bakımından

İşgörme borcu, işçinin iş sözleşmesinden doğan asli borçlarındandır. Bu borcu yerine getirmeyen işçi için iş ilişkisine özgü çeşitli yaptırımlar mevcuttur. Her şeyden önce, kural olarak, işçi işgörme borcunu yerine getirmediğinde karşı edim olan ücret alacağına hak kazanamayacaktır. Bunun dışında işçi tazminat ödemek zorunda kalabileceği gibi disiplin cezası ile de karşı karşıya kalabilir yahut iş sözleşmesi işverence sona erdirilebilir.

İş mevzuatında işgörme borcununun yerine getirilmemesinin iş hukukuna özgü çeşitli yaptırımları mevcut olmakla birlikte, işgörme borcunun yerine getirilmemesinin borçlunun yol açtığı imkânsızlık çerçevesinde mi ele alınması gerektiği, yoksa bir borçlu temerrüdü olarak değerlendirilmesi gerektiği sorusu akla

<sup>90</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 328, Kn. 12, s. 471.

<sup>91</sup> İş hukuku mevzuatında bu borçlara aykırılık halinde uygulanacak olan pek çok hüküm bulunmakla birlikte, bu hükümlere çalışma konumuz kapsamında olmaması nedeniyle burada ayrıca yer verilmemiştir.

<sup>92</sup> Ayıplı ifanın, ayıplı ifa sayılamayacak yan edim yükümlerine aykırılıkların ve davranış yükümüne aykırılıkların, sözleşmenin müspet ihlali (kötü ifa) kapsamında olduğuna ilişkin bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 18, Kn. 5, s. 249.

<sup>93</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 496.

gelebilir. Belirtmek gerekir ki, sürekli borç ilişkilerinde edimin ifa süresi içinde yerine getirilmemesi halinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiği konusu öğretide tartışmalıdır<sup>94</sup>. Borçlar hukuku sisteminde kural olarak, bir borcun ifa edilmesinde gecikmenin söz konusu olduğu hallerde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanacağı düşünülmektedir. Ancak bilindiği üzere, borçlu temerrüdünden söz edebilmek için, her şeyden önce gecikmiş ifanın mümkün olması gerekmektedir<sup>95</sup>. Şüphesiz, edimin imkânsız hale gelmiş olması, doğrudan *borç ilişkisinin* sona ermesi gibi bir sonuç doğurmaz. İfa imkânsızlığının borç ilişkisini etkileyebilmesi için, esas olarak *edimin bütünü için devamlılık gösteren imkânsızlık* dikkate alınmalıdır<sup>96</sup>.

Yine, işgörme borcunun alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle yerine getirilemediği hallerde, burada bir alacaklı temerrüdünden mi yoksa bir imkânsızlık halinden mi söz edilmesi gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. İfa imkânsızlığı ile işverenin temerrüde düşmesi aynı anda söz konusu olamamaktadır<sup>97</sup>. Bu meselenin, çalışma konumuz bakımından taşıdığı önem nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür.

#### **4.3.1.1. İşverenin İşgörme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi Mümkün Müdür?**

Öğretide, edimi kabulde temerrüt ve imkânsızlık arasındaki ilişki ve bununla bağlantılı olarak § 615 BGB (karş. Art. 324 OR, BK m. 408) hükmünün taşıdığı anlamın belirlenmesinin güç olduğu belirtilmekte, hatta hükmün bireysel iş hukukunun en çetin dogmatik tartışmalarından birini oluşturduğu dahi ifade edilmektedir<sup>98</sup>. Bu tartışmaların nedeni, iş sözleşmelerinde zamana bağlılığın önem taşınması ve işgörme ediminin büyük çoğunlukla kesin vadeye bağlanmış olmasıdır.

Dikkat edileceği üzere, Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi “İşverenin temerrüdü hâlinde” yan başlığını taşımakta ve başlıkta yöneltilen soruya açık bir

<sup>94</sup> Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 125.

<sup>95</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1500, s. 458.

<sup>96</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1487, s. 455.

<sup>97</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 12, Kn. 2, s. 144.

<sup>98</sup> Jousen, **BeckOK Arbeitsrecht**, Ed.: Christian Rolfs, v.d., 47. Edition, C. H. Beck München, 2018, § 615, Kn. 5.

şekilde olumlu yanıt vermektedir. Mehaz Kanun'un 324. maddesinin (Art. 324 OR) yan başlığında da yalnızca "işverenin temerrüdü" ifadesine yer verilmiştir<sup>99</sup>. Ancak anılan maddelerin taşıdığı açık yan başlık, bu hususa ilişkin tartışmayı ortadan kaldırmış değildir. Bu tartışmada teorik temelin doğru bir şekilde oturtulması önem taşır, zira bu temel üzerinde yükselecek olan inşaat bu ilk aşamada benimsenecek olan görüşe göre farklılıklar arz edecektir. Gerçi bu farklı yapılaşmaya iş hukuku alanında daha az izin verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İş hukukunun ayrı bir alan olarak gelişimine yol açan mülahazalar, işçinin işverene karşı korunması gereken taraf olduğundan hareket ettiğinden, -teorik tartışmada ister kısmi imkânsızlık ister temerrüt sonucu benimsensin-, pratikte işçinin alacağını korumaya yöneliktir.

İsviçre öğretisinden *Rehbinder*, Kanun'daki ifadenin (işverenin temerrüdünden söz edilmesinin) hatalı olduğunu ileri sürmüş ve işverenin işçinin edimini kabul etmemesinin kural olarak imkânsızlığa yol açacağını savunmuştur<sup>100</sup>. Bilindiği üzere iş ilişkisi, zaman içerisinde belirli borçların yerine getirildiği sürekli borç doğuran bir nitelik taşımaktadır. Her bir işgörmenin belirli bir zaman içerisinde işçi tarafından yalnızca bir kere sunulabilmesi, onun kesin vadeli olduğunu göstermektedir<sup>101</sup>. Nitekim işçi edimini kendisine önerilen başka bir zamanda sunmak zorunda olmadığı gibi, işverenin de daha farklı bir zamanda sunulan edimi kabul etmek zorunluluğu yoktur<sup>102</sup>. İşçinin işin görülmemesinin sonuçlarını telafi edebilmesi için ya başkaca kazanç sağlayabileceği bir zamandan ya da boş zamanından fedakârlık etmesi gerekir ki, işçinin işverenden kaynaklanan bir nedenle borcunu yerine getiremediği hallerde her iki durum da ondan beklenemez<sup>103</sup>. Bu

---

<sup>99</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 1, s. 335.

<sup>100</sup> Manfred Reh binder, "Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis, **SJZ**, Heft 22, 78. Jahrgang, 1982, s. 353.

<sup>101</sup> Volker Beuthien, "Das Nachleisten versäumter Arbeit", **RdA**, 1972, s. 22; Gerrick v. Hoyningen-Huene, "Die Haftung des Arbeitnehmers in der Bundesrepublik Deutschland", **Die Haftung des Arbeitnehmers**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, s. 26; Heinz-Jürgen Kalb, **Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre**, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, s. 95; Reh binder, **Annahmeverzug**, s. 355.

<sup>102</sup> Reh binder, **Annahmeverzug**, s. 355.

<sup>103</sup> Beuthien, **Das Nachleisten**, s. 20.

görüŖe göre, iŖ sözleşmelerinin kesin vadeli olması<sup>104</sup>, diğer bir ifadeyle belirli bir zaman diliminde yerine getirilmeyen edimin sonradan telafi edilmesinin olanaksız olması nedeniyle<sup>105</sup>, burada temerrütten değil, iŖgörme ediminin kısmi imkânsızlığından söz edilmesi gerekir<sup>106</sup>. Hizmet sözleşmesi gibi sürekli edimli ve çoğu durumda vadenin belirli olduğu<sup>107</sup> sözleşmelerde edim süresinde yerine getirilmediğinde, temerrütten ziyade zamansal imkânsızlık ortaya çıkmaktadır<sup>108</sup>. Buna karŖılık öğretilerde, bu tartıŖmaya girmeksizin, BK m. 408'in doğrudan alacaklı temerrüdünün özel bir görünümü niteliği taŖıdıđından söz eden yazarlar da bulunmaktadır<sup>109</sup>. Ŗüphesiz, Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinin iŖverenin temerrüdünden söz eden yan baŖlıđı, bu yaklaŖımı desteklemektedir.

Esasında bu soruya verilecek cevap, "edim" kavramından ne anlaŖılması gerektiği ile alakalıdır. Edimin; maddi konusu, ifa yeri ve ifa zamanı olmak üzere üç unsuru olduğu kabul edilecek olursa, edimin zamanında ifa edilmemesini bir temerrüt değil, kısmi imkânsızlık olarak değerlendirmek gerekirken; edim kavramından, yalnızca edimin maddi konusunun anlaŖılması halinde ise edimin

<sup>104</sup> Öğretilerde, her iki ifa engeli arasında ayırımın, özellikle mutlak kesin vadeli iŖlemlerde önem taŖıdıđı görüşünde bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 1, s. 216. Mutlak kesin vadeli bir iŖlem, ifa zamanının geçmesiyle birlikte ifanın objektif olarak imkânsızlaŖtıđı hallerde söz konusu olmaktadır, bkz. Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 188. *Gündoğdu*'ya göre; bu anlamda mutlak kesin vadeli iŖlemler ile belirli vadeli iŖlemler ve nisbi kesin vadeli iŖlemler arasında da doğru bir ayırım yapılması gerekmektedir, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 187. Ekleyelim ki, mutlak kesin vadeli iŖlemlerde dahi, borcun süresinde yerine getirilmemesi halinde imkânsızlık hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini savunan görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, mülga 818 sayılı BK m. 107/III'te (6098 sayılı BK m. 124/III), mutlak kesin vadeli iŖlemlerde dahi ifada gecikmeye temerrüt hükümlerinin uygulanması öngörüldüğüne göre, kesin vadeli iŖlemlerde mutlak ve nisbi kesin vadeli iŖlem ayırımına lüzum bulunmamaktadır, bkz. Altunkaya, **BaŖlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 124-125 ve dn. 98'de anılan yazarlar. Bununla birlikte *Altunkaya* da sürekli borç iliŖkileri bakımından bir ayırım gözeterek, bu iliŖkilerde edimin sözleşme kurulduktan sonra kesin ve objektif olarak imkânsızlaŖması halinde bir ifa imkânsızlığının kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılmaktadır, *Altunkaya*, **BaŖlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 126.

<sup>105</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 4, s. 156; Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, s. 280, § 21, Kn. 44.

<sup>106</sup> Rehbindler, **Annahmeverzug**, s. 356.

<sup>107</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 25, Kn. 2, s. 388-389; Jousen, **BeckOK ArbR BGB**, § 615, Kn. 5.

<sup>108</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 17, Kn. 1, s. 216.

<sup>109</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İŖ Hukuku**, s. 671; Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2016, s. 499-500; İnceoğlu, **Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaŖma**, s. 246.



zamanında yerine getirilmemesi bir temerrüt haline yol açacaktır<sup>110</sup>. Genel olarak sözleşmeden doğan edimlerin çoğunda, zamanın geçmesinin, alacaklının çıkarlarına yine de uygun düşeceği için onu iktisaden veya hukuken kararlaştırıldan başka bir şey (*aliud*) haline getirmediği kabul edilir<sup>111</sup>. Ancak sözleşmeden doğan edimlerin niteliği gereği veya taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirli bir zamanda yerine getirilmesi de gerekebilir. Böyle bir durumda ifa zamanının geçmesi edimin konusu bakımından değişmesine neden olmaktadır<sup>112</sup>. O halde artık temerrütten söz edilmez.

Öte yandan, sürekli borç ilişkileri bakımından durumun daha farklı bir nitelik arz ettiği belirtilmelidir. Hukuk sisteminde zamanında ifa etmemenin temerrüt sonucunu doğurduğu kabul edilmekteyse de, sürekli borç ilişkilerinde, sürenin bir kısmında ifa edilmemenin kural olarak bir kısmi imkânsızlık sonucunu doğurduğu öğretiden de gözetilmiştir<sup>113</sup>. Sürekli borç ilişkilerinde ifanın imkânsızlaşması için, ifanın taraf iradelerine göre kesin olarak belirlenen vadede gerçekleşmemiş olması gerekir. Bununla birlikte öğretilerde imkânsızlık sonucunun kabulü için taraf iradelerinin yeterli olmayacağını, somut olaydaki sözleşmenin yapılma amacının ve taraf iradelerinin bu sonuca varmayı haklı kılması gerektiğini ileri süren görüş de bulunmaktadır<sup>114</sup>.

Bu bağlamda, soruna iş sözleşmeleri açısından yaklaşıldığında da tarafların sözleşmeden beklentilerinin, diğer bir ifadeyle sözleşme konusu olan edime yükledikleri anlamın dikkate alınması yerinde olacaktır. Bazı iş sözleşmelerinde, ifa zamanına özel bir önem atfedilir. Özellikle belirli süreli iş sözleşmelerinde, süreksiz işlerde, geçici iş ilişkilerinde ve asgari veya azami süreli iş sözleşmelerde zamanın

---

<sup>110</sup> Bu ayırım için bkz. Dural, **İmkânsızlık**, s. 95-96 ve dn. 75'te yer verilen yazarlar. Bir görüşe göre, edimin konusu değişmese bile, zamanında ifa edilmemesi nedeniyle artık bir kısmi imkânsızlık sonucu doğmakta iken (bkz. Heinrich Lehmann, "Die positiven Vertragsverletzungen", **AcP**, S. 96, 1905, s. 71); aksi yöndeki görüşe göre, imkânsızlık ancak edim konusu imkânsız hale gelmiş ise söz konusu olabileceğinden, (zaman edimin esaslı unsuru olmadığından) kural olarak zamanında ifa etmeme imkânsızlık sonucu doğurmaz (bkz. Dural, **İmkânsızlık**, s. 97.).

<sup>111</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 96.

<sup>112</sup> Özer Seliçi, **Kesin Vadeli İşlemler**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Yeni Seri-Yıl:1, No:3'den Ayrı Bası, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968, s. 4.

<sup>113</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 98, 114-115.

<sup>114</sup> Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 185.

taşıdığı önem belirgindir. Kayan iş saatleri modelinde bir çalışma olduğunda ise ifa zamanına kural olarak önem atfedilmemektedir. Bu anlamda kesin vadenin söz konusu olmadığı hallerde, edimde her türlü gecikmenin mutlak biçimde imkânsızlık veya mutlak biçimde borçlu temerrüdü gibi bir sonuç doğurmayacağı öncelikle belirtilmelidir. Söz gelimi kayan iş saatlerinin uygulandığı bir iş sözleşmesinde belirlenen esnek iş saatleri içerisinde üstlenilmiş olan edimin yerine getirilmesi halinde ifa imkânsızlığı ortaya çıkmayacaktır<sup>115</sup>. Klasik iş sözleşmesi olan belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise zaman unsuru ne çok belirgin ne de önemsiz bir özellik arz eder. O halde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, örneğin pazartesi günü herhangi bir nedenle işgörme edimini ifa edemeyip ertesi gün normal çalışma saatlerine ek olarak sunduğunda, bu edimin pazartesi günü sunulamayan edimden farklı bir edim olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Esasında bu sorunun cevabı söz konusu ifa engelinin ne şekilde nitelendirildiği ile ilgilidir. Pazartesi günü sunulamamış edimin artık sunulamayacağı, salı günü sunulan edimin artık farklı bir edim olduğu yönündeki düşünce tarzı, bir (sonraki) ifa imkânsızlığının kabulünü gerektirir. Gerçekten temerrüdün esas şartı ifanın sonradan mümkün olması iken; imkânsızlıktan söz edebilmek için edimin kısmen de olsa hiç ifa edilememesi gerekmektedir<sup>116</sup>.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 324. maddesinin hem imkânsızlığı ile kabulde temerrüdü kapsadığını savunan görüş de bulunmaktadır<sup>117</sup>. Ancak konu tartışmalı olup burada bir imkânsızlıktan değil, işverenin temerrüdünden söz edilmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır<sup>118</sup>. Söz konusu tartışmada savunulan her iki görüş bakımından vurgulanması gereken husus, hükümde işverenin temerrüde düştüğünün ya da ifa imkânsızlığına yol açığının

---

<sup>115</sup> Ulrich Pallasch, **Arbeitsrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2014, s. 184-185. Bu anlamda öncelikle o ilişkide kararlaştırılan işin, diğer bir deyişle işgörme borcunun kapsamının iyi bilinmesi büyük önem taşır. İşverenin ya da işçinin temerrüde düşüp düşmediği, edimin imkânsızlaşmış imkânsızlaşmadığı değerlendirilirken hep somut olaydaki işgörme borcu merkez ölçüt olma özelliğini taşıyacaktır.

<sup>116</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 97.

<sup>117</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 122, dn. 1.

<sup>118</sup> Mark Wyler, **Betriebsrisiko und Arbeitskampfrisiko nach schweizerischem Recht**, Verlag Paul Haupt Bern, 1985, s. 118.

kabul edilmesinin işçinin ücret alacağı üzerinde bir etkisi olmadığıdır. İşveren işçinin edimini geri çevirdiğinde ortaya çıkan imkânsızlıkta, alacaklı temerrüdüne ilişkin gözüken kural haydi haydi uygulanır ve işçi çalıştırılmadığı bu süre içerisinde ücretine hak kazanır<sup>119</sup>. BK m. 408 hükmü gereğince edimin işverenin kusuruyla yerine getirilemediği hallerde işverenin ücret borcu ayakta tutulmakta ve işçinin kazandıklarının mahsup edilmesine ilişkin esaslar uygulanmaktadır. Bu özel hüküm, öğretide de makul<sup>120</sup> ve adil bir hüküm olarak değerlendirilmektedir<sup>121</sup>. Bununla birlikte, sırf işverenin ücret ödeme borcu bakımından fark yaratmaması, bu sorunun incelenmeye değer olmadığı gibi bir sonuç doğurmaz. Esasında İsviçre Federal Resmi Gazetesi'nde yayımlanan Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin taslak metni<sup>122</sup>, işverenin ücret ödeme borcunun varlığı bakımından, temerrüt ve imkânsızlık arasında ayırımın önemi ortaya koymaktadır<sup>123</sup>. Ancak her iki duruma aynı hukukî sonuçlar öngörüldüğünden, esasında söz konusu tartışmanın pratik açıdan çok küçük bir önemi vardır<sup>124</sup>. Bu noktada, ifa engelinin temerrüt yerine imkânsızlık olarak nitelendirildiğinde, işçinin edimini işverene teklif etmesinin gerekmemesi bakımından fark bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır<sup>125</sup>.

Eklemek gerekir ki, Türk-İsviçre hukuku bakımından tartışmalı niteliğini sürdüren bu dogmatik tartışma, Alman hukuku bakımından önemini yitirmiş gözükmektedir. Alman hukukunda, işverenin yol açtığı ifa engellerinin onu temerrüde düşürdüğü (§ 615 BGB) kabul edilmektedir. Bu kabulün gerekçesi, işgörme edimindeki her gecikmeye imkânsızlık sonucunun bağlandığı kabul edildiğinde işverenin temerrüdünü düzenleyen hükmün uygulanma imkânının kalmayacak olmasıdır<sup>126</sup>. Bu durum, Alman öğretisi ve yargı kararlarında sorunun

---

<sup>119</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 4, s. 156.

<sup>120</sup> Kerstin Tillmanns, **Strukturfragen des Dienstvertrages**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, s. 350.

<sup>121</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, § 21, Kn. 45, s. 280.

<sup>122</sup> 5 Ekim 1967 Tarihli İsviçre Resmi Gazetesi, s. 330, bkz. (Çevrimiçi) <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10043752>, 15.05.2016.

<sup>123</sup> Rehbinder, **Annahmeverzug**, 353.

<sup>124</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 4, s. 336.

<sup>125</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 36, s. 349.

<sup>126</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 25, Kn. 2, s. 389; Gotthardt, **Arbeitsrecht**, s. 64.

çözümünün neden oy birliği içerisinde işverenin temerrüdü hükmünde arandığını da ortaya koymaktadır: İşverenin temerrüdüne bağlanan hukuki sonuçlar, işçinin ücret alacağına korunmasını sağlamaktadır. Alman hukukunda alacaklı temerrüdünün her bir özel borç ilişkisi üzerinde farklı etkileri olabileceği ifade edilmekteyse de, uygulama bakımından en önemli sonuçlarının iş sözleşmeleri üzerinde doğduğu kabul edilmektedir<sup>127</sup>. Dolayısıyla sorunun çözümü işverenin temerrüdünü düzenleyen hükümde görüldüğünde, ücret alacağına akıbetinin imkânsızlık hükümlerinin belirsiz yorumuna<sup>128</sup> tabi olması da engellenmiş olmaktadır<sup>129</sup>. Bu nedenle somut olayda işçiyi kural olarak ücret alacağına hak kazandırmayacak imkânsızlık<sup>130</sup> hükümlerine başvurulmasını gerektiren başkaca gerekçeler olmadıkça, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>131</sup>. İş sözleşmelerinde edimin belirli bir zamanda yerine getirilmesi o kadar önemlidir ki, “temerrüt” “imkânsızlık” ile eşdeğerde tutulabilir<sup>132</sup>. İşverenin temerrüdüne ilişkin özel hüküm sayesinde işçi telafi borcu doğmaksızın ücrete hak kazanabilmektedir<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 11, s. 362.

<sup>128</sup> Alman hukukunda imkânsızlık ifa engelinin sonuçları oldukça karmaşık olarak düzenlendiği gözetildiğinde (Almanya’da imkânsızlık halleri ve sonuçlarına ilişkin bkz. Ergüne, **İmkânsızlık Halleri**), sorunun işverenin temerrüdü olarak kabulü ve işçinin ücret alacağına bu yol ile korunmasının isabetli olduğu söylenebilir.

<sup>129</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 25, Kn. 2, s. 389.

<sup>130</sup> Alman hukukuna göre işgörmeye borcunun mutlak kesin vadeli işlem niteliği taşıması nedeniyle yerine getirilmediği hallerde § 275 I BGB gereğince imkânsız olduğu kabul edilecek olursa, işçi § 326 I BGB gereğince işçinin ücreti talep hakkını kaybedecektir, Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, § 21, Kn. 44, s. 280.

<sup>131</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 25, Kn. 3, s. 389.

<sup>132</sup> Beuthien, **Das Nachleisten**, s. 22; Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, § 21, Kn. 3, s. 269. Edim fiilen sunulmasına rağmen işçi çalıştırılmadığında, (işçinin işyerine girmesinin engellendiği, ona iş veya işle ilgili ihtiyaç duyduğu eşyaların verilmemesi halinde) tipik bir işveren temerrüdü söz konusu olmaktadır Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 44, s. 280.

<sup>133</sup> Alman öğretisinde işverenin temerrüdüne yönelik özel hüküm sayesinde işçinin sonradan telafi edilmesi mümkün olmasına rağmen işçinin karşı edim yükümünden kurtulduğu ifade olunmaktaysa da (bkz. Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 56, s. 283), burada edimin sonradan telafi edileceğinden söz etmek doğru değildir. Karşı edim alacağı hangi hukuki kavram altında korunursa korunsun, kesin vadeli işlemlerde edim bir kere yerine getirilmediğinde artık daha sonra yerine getirilecek edim başka bir edimdir. Telafi edilecek edimin yerine getirilmeyen edim olmadığı hususunda bkz. Reinhard Richardi, “Probleme des Arbeitsentgelts bei flexibler Arbeitszeit”, **Betriebliche Altersversorgung in der Diskussion zwischen Praxis und Wissenschaft – Festschrift für Peter Ahrend**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1992, s. 264.

Sonuç olarak, işçinin edimini işverenden kaynaklanan bir nedenle sunamadığı hallerde ücret alacağıın, -farklı çözüm tarzları benimsenerek de olsa- karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de korunduğu görülmektedir. Bu özel korumanın nedeni, işçinin edimini o anda sunamadıktan sonra tekrar başka türlü paraya çevirmesinin mümkün olamaması, diğer bir ifadeyle işçinin vaktinin onun nakti olmasıdır<sup>134</sup>. Ücret alacağıın işçi bakımından en önemli gelir kaynağı olması da özel bir korumayı haklı kılmaktadır<sup>135</sup>. Ancak bu korumanın imkânsızlık yerine temerrüt hükümleriyle sağlanması durumunda, işçinin edimini işverene teklif etmesi gerekecektir<sup>136</sup>. Bu durumda ise işçinin ifa yerinde işgörmeye hazır bir şekilde beklemesinin gerekli olup olmadığı sorusu önem kazanmaktadır. Alman hukukunda alacaklı temerrüdünün düzenlendiği genel hükümlerde, alacaklının edimi kabul etmeyeceğini açıkça belirttiği hallerde sözlü arzın yeterli olacağı kabul edilmektedir (§ 295 BGB). Bu açık hükme dayanarak, sözlü arz teklifinin yapıldığı hallerde, işverenin işçinin işgörme borcunu kabul etmeyeceğini açık bir şekilde bildirmesinden sonra işçinin ücret alacağına kavuşabilmek için işyerinde beklemesinin gerekmesinin düşünülmemeyeceği ifade olunmuştur<sup>137,138</sup>.

Görüşümüze göre, iş sözleşmeleri bakımından söz konusu ifa engeli nitelendirilirken, kesin bir kabulden hareket etmek yerine; tarafların sözleşmeden beklentilerinin, sözleşme konusu olan edime yükledikleri anlamın, ifa zamanına özel bir önem atfedip atfetmediklerinin dikkate alınması isabetli olacaktır. Bununla birlikte, işverenin işin ifasını kabulden kaçınması durumunun işverenin temerrüdüne yol açtığı kabul edildiğinde, genel alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca işçinin edimini arz etmesinin gerekeceği açıktır. Öğretide, işverenin işçiyi çalıştırmayacağını

<sup>134</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 23, Kn. 17, s. 362; Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 4, s. 156.

<sup>135</sup> Martin Henssler, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4**, §§ 535–630h BGB, Ed.: Martin Henssler, Wolfgang Krüger, 7. Aufl., C. H. Beck München, 2016, § 615, Kn. 1, s. 1400; Heinz-Peter Mansel, **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch**, Ed.: Rolf Stürner, 16. Aufl., C. H. Beck, 2015, § 615, Kn. 1; Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, § 21, Kn. 44, s. 280.

<sup>136</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 36, s. 349.

<sup>137</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 48, s. 281; Huber, **Leistungsstörungen**, § 8 III 3, s. 214.

<sup>138</sup> İşveren tarafından iş sözleşmesinin haksız feshedilmesi durumunda ise işçinin sözlü olarak teklifte bulunması gereği bulunmamaktadır, bkz. BAG, Urt. vom 09.08.1984 - 2 AZR 374/83, (Çevrimiçi) [www.beck-online.de](http://www.beck-online.de), 20.10.2015.

açık bir şekilde belirtildiği durumlarda işçinin her an işgörmeye hazır bir şekilde beklemesine gerek olmayacağı, işçinin sözlü teklifinin yeterli olacağı savunulmaktadır<sup>139</sup>. Her ne kadar hukukumuzda Alman hukukunda olduğu gibi, alacaklının edimi kabul etmeyeceğini açıkça belirttiği hallerde sözlü arzın yeterli olacağına ilişkin bir hüküm (§ 295 BGB) bulunmamakta ise de, kanaatimizce böyle bir durumda öğretide de isabetle savunulduğu gibi işçiden edimini fiilî arz etmesinin beklenmemesi gerekir. Zira işçinin işyerinde edimini fiilen arz ederek beklemesi gerektiği gibi bir düşünce, BK m. 408’de yer alan, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden indirileceğine ilişkin esas ile bağdaşmayacak ve maddenin son hükmünün anlamsızlaşmasına yol açacaktır.

#### **4.3.1.2. İşgörme Borcunun Telafi Edilmesi Gerekli Midir?**

İşçinin işgörme edimini işverenden kaynaklanan nedenlerle yerine getirmemesinin hangi hukuki kurum kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalı ise de, işçinin bu halde ücret alacağına (belirli indirimler yapılmak kaydıyla) hak kazanacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunduğu yukarıda yer verilmişti. Bununla birlikte, öğreti ve yargı tarafından işgörmenin gerçekleşmediği dönemde işçinin karşı edime hak kazanıp kazanmayacağı sorunu ile detaylı bir şekilde ilgilenilmesine karşılık, işçinin edimini sonradan telafi etmesinin gerekip gerekmediği sorunu şaşırtıcı bir biçimde arka planda kalmıştır<sup>140</sup>. Oysa (iş görmediği dönemde ücrete hak kazanan) işçi bakımından bir telafi borcundan söz edilip edilemeyeceği bu alanda önem taşıyan sorular arasındadır ve işverenin işin görülmesinden sağlayacağı menfaat göz ardı edilerek, sorunun yalnızca “ücret alacağı” ile sınırlı olarak tartışılmaması gerekir. İş sözleşmesinde sonraki imkânsızlıklar bakımından Kanun’un yaklaşımı, bu imkânsızlığın sözleşmenin hangi tarafında (ya da tarafsız etki alanında) ortaya çıktığına göre sonuçlar öngörmektedir. O halde işçinin telafi borcu doğup doğmadığı değerlendirilirken de, bu engele sözleşmenin hangi tarafının sebep olduğunun belirlenmesinden yararlanılabilir.

<sup>139</sup> Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 115; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 671.

<sup>140</sup> Beuthien, **Das Nachleisten**, s. 20.

Şüphesiz İş Kanunu'nun 64. maddesinde düzenlenen telafi çalışması hükmü de bu esnada göz önünde bulundurulmalıdır. Alman hukukunda bu minvalde (telafi çalışmasının koşullarını düzenleyen) bir hüküm bulunmaması, karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak yapılan kıyas ve önermelerin, İş Kanunu m. 64'ün süzgecinden geçirilmesini de zorunlu hale getirmektedir. Hukukumuz bakımından göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus ise, İş Kanunu m. 64'te yer verilen hükme karşılık gelen düzenlemenin Borçlar Kanunu'nda bulunmamasıdır. Ekleyelim ki, İsviçre İş Kanunu'nda telafi çalışması (bizim hukukumuzdan bazı farklılıklar içermekle birlikte) ayrıca düzenlenmektedir, ancak bu hukuk sisteminde işçilere İş Kanunu'na ya da Borçlar Kanunu'na tabi olmalarına göre farklı hukuk kuralları uygulanmamaktadır<sup>141</sup>. O halde hukukumuz bakımından, işçinin kendi etki alanından kaynaklanan engel nedeniyle işgörme edimini sunamamasının telafi çalışmasını gerektirip gerektirmediğinin, Borçlar Kanunu'na ve İş Kanunu'na tabi olan işçiler bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Dolayısıyla yukarıda ortaya konulan sorunun çözümü için, iş hukuku mevzuatımız çerçevesinde, öncelikle somut olaydaki iş sözleşmesinde hangi Kanun hükümlerinin uygulanacağı tespit edilmelidir. Bu noktada cevaplandırılması gereken bir diğer sorun da, Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin İş Kanunu kapsamındaki işçiler için uygulanma kabiliyeti taşıyıp taşımadığıdır.

#### **4.3.1.2.1. İşverenin Risk Alanında Doğan Nedenler Bakımından**

İşverenin risk alanında kabul edilen nedenlerden dolayı işçi işgörme borcunu yerine getirmediğinde, işçinin telafi ile yükümlü tutulacağı düşünülmesi yerinde olmayacaktır<sup>142</sup>. Bu duruma uygun olarak, "İşverenin temerrüdü halinde" yan başlığını taşıyan Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde, işverenin işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğunun belirtilmesi ile yetinilmemiş, aynı zamanda işverenin *işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceği* de öngörülmüştür.

---

<sup>141</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi bölümünde işçi-işveren ilişkileri düzenlenmekte iken, İş Kanunu genel itibarıyla işyerlerindeki çalışma düzeni sınırlarının belirlendiği bir hukuk kaynağıdır.

<sup>142</sup> Beuthien, **Das Nachleisten**, s. 20.

İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından ise, belirli şartların da varlığı halinde, Borçlar Kanunu'nda benimsenen esastan farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. İş Kanunu m. 64/I uyarınca işveren, *“Zorunlu nedenlerle işin durması ... veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi hallerinde ... işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için”* telafi çalışması yaptırabilir. Görüşümüze göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi kapsamında ilk defa yer verilen hüküm ile telafi çalışmasının koşullarının yasal zemine kavuşturularak uygulamada bu konuda duyulan ihtiyacın giderilmesi<sup>143</sup> olumlu bir gelişme ise de, hüküm çeşitli yönlerden eleştiriye açık gözükmektedir.

İş Kanunu'nun 64. maddesi, İsviçre İş Kanunu'nda yer alan telafi çalışmasına yönelik düzenleme ile (Art. 11 ArbG) hem önemli benzerlikler hem de önemli farklılıklar taşıyan bir maddedir. Ancak, İsviçre İş Kanunu'nun 11. maddesinin yalnızca, çalışma sürelerinin denkleştirilmesine ilişkin sınırları kamusal bakımdan belirleyen bir hüküm işlevi gördüğü de gözden kaçırılmamalıdır<sup>144</sup>. Bu maddede yalnızca, kamu hukuku bakımından ne tür telafi çalışmalarına cevaz verildiğine ilişkin sınırlar çizilmektedir<sup>145</sup>. Bu hukuk düzeninde, işçinin bu telafi çalışmasına özel hukuk anlamında yükümlü olup olmadığının ise, tamamıyla farklı bir soru olduğu kabul edilmektedir<sup>146</sup>. Özel hukuk alanında aksi yönde bir anlaşma olmadıkça, işveren kural olarak zorunlu nedenlerin ortaya çıkması halinde telafi çalışması talep edemez<sup>147</sup>. Bununla birlikte istisnaen, işçinin sadakat yükümlülüğü

<sup>143</sup> Bu konuda bkz. Muhittin Astarlı, “Telafi Çalışması”, **Legal YKİ**, S. 7, 2008, s. 12.

<sup>144</sup> İsviçre İş Kanunu'nda münhasıran kamusal nitelik taşıyan, işin düzenlemesine ilişkin hükümler yer aldığına ilişkin, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 246.

<sup>145</sup> Roland A. Müller, **Arbeitsgesetz / Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel**, Ed.: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2005, Art. 11, Kn. 5., s. 203.

<sup>146</sup> Müller, **Arbeitsgesetz**, Art. 11, Kn. 41, s. 214. Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde söz konusu 11. madde, işverenin temerrüde düşmesi halinde ücret ödeme yükümlülüğünün devam edeceğine yönelik genel esasa getirilmiş önemli bir kısıtlama olarak değerlendirilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 324. maddesinin (karş. BK m. 408), işgörmenin İsviçre İş Kanunu'nun 11. maddesinde sayılanlar dışında durduğu hallerde, işin durmasının uzun sürmesi halinde ya da işverenin işçiye telafi çalışması yaptırmaktan vazgeçmesi halinde uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir, bkz. Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 124.

<sup>147</sup> Müller, **Arbeitsgesetz**, Art. 11, Kn. 41, s. 214; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art 324, Kn. 16, s. 340; Portmann, **Basler Komm.**, Art. 324, Kn. 10, s. 1827.



nedeniyle işletme bakımından acil durum teşkil eden durumlarda (işletmenin varlığının tehlikeye düşmesi, mücbir sebep gibi) ya da taraflar arasında böyle bir anlaşma olması halinde, çalışılmayan saatleri telafi etme yükümlülüğünün söz konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>148</sup>. Şu halde öncelikle, İsviçre İş Kanunu'nun bu ülkenin hukuk düzenindeki konumu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun hukukumuz bakımından konumunun birbirinden farklı olduklarının gözetilmesi gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu, her ne kadar devlet ve işveren arasındaki ilişkiye yönelik hükümler içermekteyse de (bkz. çalışma hayatının denetimi ve teftişine ilişkin hükümler), esas itibarıyla işçi-işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir kanundur ve taraflara hak ve yükümlülükler getirdiğinden şüphe duyulmamaktadır.

Öte yandan, İsviçre İş Kanunu'nda yer alan düzenlemede (Art. 11 ArbG) sayılan örnekler bakımından İş Kanunu'nun 64. maddesi ile benzerlik bulunmaktaysa da, İsviçre'de telafi çalışmasına ilişkin hükmün, işin görülmesinin; işletmesel engel, işletme tatili ya da çalışılmayan günler arasında kalan günler ya da benzer sebeplerle *görece kısa süreli* etkilenmesi halinde uygulanabileceği öngörülmüştür. İş Kanunu'nda ise, telafi çalışmasının işyerinde normal çalışma sürelerinin *önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi* hallerinde yaptırılabilirliğinden söz edilmektedir. İş hukuku öğretisinde, Kanun'daki “önemli ölçüde altında” ifadesinin belirlenmesinde ise İş K m. 13'ün gerekçesinden yararlanılabileceği (normal çalışma süresinin en az üçte biri kadar kısalması) genel olarak kabul edilmektedir<sup>149</sup>. Kanaatimizce burada telafi çalışmasını talep için bu şekilde bir ölçüte başvurulması isabetli olmayacaktır. İş K m. 13/I'de açıkça, işçinin normal *haftalık çalışma süresinin*, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi şartı aranmaktadır. İş K m. 64'te ise, çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışılması ya da kısmen tatil edilmesi bakımından, bu şekilde bir haftalık çalışma süresini baz alınmadığı görülmektedir. Gerçekten, ilgili maddede yer alan ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya

<sup>148</sup> Rehbindler, Stöckli, **Berner Komm.**, Art 324, Kn. 43, s. 352; Rehbindler, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, Kn. 208, s. 103; Müller, **Arbeitsgesetz**, Art. 11, Kn. 42, s. 214.

<sup>149</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 818; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 648; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 311; Öner Eyrenci, “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler”, **Legal İHSGHD**, S. 1, 2004, s. 47; Münir Ekonomi, “Telafi Çalışması”, **Legal İHSGHD**, S. 4, 2004, s. 1253.

sonra işyerinin tatil edilmesi örneği verilmiştir ki, normal haftalık çalışma süresinin en az üçte biri kadar kısaltılmış olma ölçütü bu köprü günlerin tatil edilmesi hali ile de uyuşmamaktadır.

İş Kanunu'nun 13. maddesinde bir sözleşme türü düzenlendiğinden, burada sürelendirme bakımından bir somutlaştırma ihtiyacı duyulması olağandır. Ancak kısmi süreli iş sözleşmesi ile telafi çalışmasına yönelik düzenlemelerin benzer terimler içermesi; bir iş sözleşmesi türü ile işgörme ediminin çeşitli sebeplerle yerine getirilememesine ilişkin çalışma hayatında esneklik sağlamak üzere getirilen bir düzenleme arasında kıyaslama yapılması bakımından elverişli görülmemelidir. Aksinin kabulü, bir esneklik ihtiyacının ürünü olan telafi çalışması düzenlemesinin fazla matematiksel bir yaklaşımla ele alınmasını sonucunu doğuracaktır.

Şüphesiz, maddenin uygulanmasında bir denge gözetilmesi gerektiği açıktır. Telafi çalışmasının doğabilmesi bakımından maddenin lafzında belirli ölçüde bir ağırlık aranmış olduğundan, her türlü olağan kısa gecikmede işverene telafi çalışmasını talep etme imkânı tanındığı sonucuna varmak isabetli değilse de, işyerinde zorunlu nedenlerle işin durmasının çok büyük bir ölçüye vardığı hallerde de işverenin telafi çalışmasını talep hakkının varlığından söz edilmemelidir. Öğretide, işyerinde işin zorlayıcı bir sebeple aylarca durması durumunda bu süre için telafi çalışması yapılabileceğinin kabul edilemeyeceği, zira bu durumun telafi çalışmasının niteliğiyle ve iki ay içerisinde günde en fazla üç saat yapılmasına ilişkin kurallarla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir<sup>150</sup>. Gerçekten aksinin kabulü halinde, işverenin kendi çevresinden kaynaklanan işgörme ediminin yerine getirilememesinin sonucu, adil olmaktan uzak bir biçimde işçiye yüklemiş olacaktır. O halde burada “normal çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi” şartını, çalışmanın herhangi kısa bir kesintisi değil; nitelikli, işin belirli bir ağırlık oluşturacak biçimde durması olarak yorumlamak isabetli olacaktır. Yoksa İş Kanunu'nun 64. maddesi ile kural olarak işverenin taşıması

<sup>150</sup> Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, Legal, 2014, s. 170.

gereken rizikoların, işçiye yüklenmesinin amaçlanmış olmadığı noktasında tereddüt duymamak gerekir.

Yine bu noktada, maddede yer verilen “zorunlu nedenlerle işin durması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürüldüğünü de eklemek gerekir. Bir görüşe göre, “zorunlu nedenlerle işin durması” ifadesinin, zorlayıcı sebepler ile yahut İş Kanunu’nun 42. maddesinde belirtilen zorunlu nedenler ile sınırlı olduğunun kabul edilmemesi gerekir<sup>151</sup>. Bununla birlikte, ekonomik veya veya mevsimsel nedenlerle işyerinin tatili veya çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması halinde yahut ham madde temininde güçlük, stok fazlalığı gibi nedenlerle telafi çalışması yaptırılmaz<sup>152</sup>. Buna karşılık, zorunlu neden kavramının zorlayıcı nedenler ile sınırlı olmadığına katılmakla birlikte, bu kavramın içeriğinin belirlenmesinde İş Kanunu’nun 42. maddesinin dikkate alınması gerektiğini savunan görüş de bulunmaktadır<sup>153</sup>. Ham madde temininde güçlük, stok fazlalığı gibi nedenler ise, yine telafi çalışmasına imkân vermemektedir<sup>154</sup>. Diğer yöndeki görüşe göre ise, makinalarda bir arıza meydana gelmesi ham madde ya da enerji sağlamakla karşılaşılan güçlükler zorunlu nedenlere örnek teşkil etmektedir<sup>155</sup>. Benzer yönde, işverenin işyerinde yükleme-boşaltma işlerine birkaç gün ihtiyaç olmaması nedeniyle telafi çalıştırılması yapılmasının mümkün olduğu da ileri sürülmüştür<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> Eyrenci, **İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesi**, s. 171; Gaye Baycık, “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul, Beta, C. 20, S. 1, 2014, s. 248.

<sup>152</sup> Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **İş Hukuku**, s. 310; Eyrenci, **İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesi**, s. 171. *Baycık* da benzer şekilde telafi çalışması düzenlemesinin, işverenin üzerinde bulunan ekonomik veya uzun süreli çalışılmamasına ilişkin rizikonun işçinin üzerine bırakılacak şekilde yorumlanmaması görüşündedir, bkz. *Baycık*, **Güvenceli Esneklik**, s. 248.

<sup>153</sup> Ekonomi, **Telafi Çalışması**, s.1251; Astarlı, **Telafi Çalışması**, s. 18-20.

<sup>154</sup> Astarlı, **Telafi Çalışması**, s. 24-25.

<sup>155</sup> Polat Soyer, “İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeler”, **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s. 194, dn. 28.

<sup>156</sup> Ömer Ekmekçi, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri”, **Çimento İşveren**, S. 6, C. 19, 2005, s. 34.

Bizim katıldığımız görüşe göre de, “zorunlu nedenlerle işin durması” ifadesi, zorlayıcı nedenlerle işin durması hallerini de kapsamaktadır. Kanun’da işin zorlayıcı sebeplerle durmuş olması halinde işçiye bir haftalık bekleme süresinin geçmesinin sonra haklı nedenle fesih hakkının tanınmış olması, iş sözleşmesini feshetmeyen işçiden işyeri normal şekilde çalışmaya başladıktan sonra telafi çalışması istenemeyeceği sonucunu doğurmaz. Ancak zorunlu nedenlerle işin durması halini yorumlarken, buradaki zorunlu kesintinin hem yukarıda ifade ettiğimiz üzere belirli bir ağırlığa ulaşması hem de istisnai bir durumu ifade ettiğinin gözden kaçırılmaması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, sanki işin *her türlü* zorunlu nedenle durması halinde işverenin telafi çalışması talep etme hakkı bulunduğu gibi bir izlenim uyanmaktadır. Ancak maddenin, iş hukukunun genel esasları ile bağlantısı koparılarak yorumlanmaması gerekir. İşin “zorunlu nedenlerle durması” ifadesi, burada istisnai, zorunlu bir durumun varlığının arandığı şeklinde yorumlanmaya elverişlidir. Nasıl ki, belirli zorunlu nedenlerle işçiden rıza aranmaksızın fazla çalışma yapması (bkz. zorunlu nedenlerle fazla çalışma, İş K m. 42) talep edilebiliyorsa, işyerinde aynı minvalde zorunlu nedenler ortaya çıktığında bu defa işçiden -yine rızası aranmaksızın- çalışılmayan süreyi telafi etmesi talep edilebilir. Bu anlamda telafi çalışmasına ilişkin düzenlemede yer verilen “zorunlu nedenle işin durması” ifadesinin içeriği belirlenirken, İş Kanunu’nun 42. maddesinden yararlanılabileceği yönündeki öğreti görüşüne katılmaktayız<sup>157</sup>.

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, iş hukuku alanının genel ilkeleri doğrultusunda, işverenin kural olarak kendi etki alanında ortaya çıkan rizikoları taşınması gerektiği göz ardı edilemeyeceğinden, telafi çalışmasını gerektirebilecek zorunlu nedenlerle işin durması halleri geniş bir biçimde yorumlanmamalıdır. Bu anlamda İş K m. 42’den yararlanırken, işçinin rızasına ihtiyaç duyulmayan zorunlu fazla çalışmalara ilişkin hükümde yer verilen “işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak” koşulunu, telafi çalışması bakımından “işyerinin normal çalışma düzeyini yakalamasına kadar” olarak kabul etmek yerinde olur. Böylelikle, maddenin uygulama alanı sınırsız bir biçimde yorumlanarak işverenin hiçbir zarar etmeyeceği bir zeminde değil, ancak bu zorunlu nedenlerin işyerine

<sup>157</sup> Ekonomi, **Telafi Çalışması**, s. 1251; Astarlı, **Telafi Çalışması**, s. 18-20.

vereceği olumsuz zararı önlenmesine yetecek bir zeminde yerleşik hale gelirse, bu maddeyi tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi<sup>158</sup>, işçinin işverene sadakat yükümlülüğü ile irtibatlandırarak okumak da mümkün olacaktır.

#### 4.3.1.2.2. İşçinin Risk Alanında Doğan Nedenler Bakımından

Borçlar Kanunu'nda, işgörme ediminin işçiden kaynaklanan nedenlerle yerine getirilemediği haller bakımından işçinin bu çalışılmayan süreyi telafi etmekle yükümlü olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. BK m. 408'de açıkça işçiden bu edimi sonradan yerine getirilmesinin istenemeyeceği belirtilmiş ise de, BK m. 409'da yalnızca, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, işçinin hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazanacağına yer verilmesi ile yetinilmiştir. Benzer bir durum İsviçre Borçlar Kanunu (Art. 324a OR) ve Alman Medeni Kanunu (§ 616 BGB) bakımından da söz konusudur; her iki Kanun'da da işçinin ücrete hak kazanacağı öngörülmüş, ancak işçinin edimini sonradan telafi ile yükümlü olup olmadığı konusunda Kanun metni suskun kalmıştır. Oysa öğretilerde de isabetle ifade edildiği üzere, işgörme ediminin işçiden kaynaklanan nedenlerle geçici olarak engellenmesinin düzenlendiği hüküm çerçevesinde işçinin edimini sonradan telafi ile yükümlü olup olmayacağına hukuken açıklığa kavuşturulması hiç de önemsiz bir uğraş değildir<sup>159</sup>. Bu anlamda Alman öğretisinde bu sorun bakımından işçinin etki alanında ortaya çıkan engelin niteliğine göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre; hastalık veya kaza gibi bir sebeple ifa edilemeyen edimi sonradan telafi etmesini işçiden talep etmek onun sağlığı bakımından uygun görülemez ise de, işçinin bir yakınının düğün ya da cenaze törenine katılmasından sonra sunmadığı edimi telafi etmesi pekâlâ beklenebilir<sup>160</sup>. Esasında, işçinin etki alanında ortaya çıkarak işgörme edimini sunmasına engel olan durumlar bakımından Alman öğretisinde önerildiği gibi ayrımların yapılması, görüşümüze göre, bizim hukuk uygulamamız için de benimsenebilir.

<sup>158</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art 324, Kn. 43, s. 352; Müller, **Arbeitsgesetz**, Art. 11, Kn. 42, s. 214.

<sup>159</sup> Beuthien, **Das Nachleisten**, s. 21.

<sup>160</sup> Beuthien, **Das Nachleisten**, s. 21.

O halde, İş K. m. 64 ve BK m. 409 hükümlerinin ne şekilde uygulama alanı bulacaklarının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İş Kanunu m. 64'te, işçinin talebi ile işverence kendisine izin verilmesi halinde işverenin çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği düzenlenmiştir. Her şeyden önce, İş Kanunu'na tabi işçinin, her kısa süreli (geçici) işgörememe halinde işverenin talebi üzerine telafi çalışması yapmakla yükümlü olmadığı ifade edilmelidir. Gerçekten hastalık, kaza gibi hallerde işçiden sağlığını olumsuz etkileyeceği için edimini sonradan telafi etmesi beklenemez<sup>161</sup>. Esasen bu hallerde işçinin iş görmemesinin, İş K m. 64'te öngörüldüğü gibi işverenin iznine tabi olacağı da düşünülemeyecektir. Yine askerlik veya kanundan doğan çalışma zorunluluğu gibi hallerde de işçinin işverenden izin alması düşünülmemeyeceğinden, bu hallerin de telafi çalışmasını gerektirmeyeceği sonucuna varmak mümkündür. Sonuç olarak, kanunen veya sözleşmelerle işçiye verilmesi zorunlu olan izinler telafi çalışmasına konu olmamaktadır<sup>162</sup>. Telafi çalışmasına konu olabilecek çalışmalara örnek olarak, işçinin bir kursa veya bir sempozyuma katılmak amacıyla işverenden işgörme edimini sunmamak için izin talep ettiği<sup>163</sup> haller gösterilebilir. İşveren bu telafi çalışmasını iki ay içerisinde yaptırabilecek olup, bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacaktır (İş K m. 64). Diğer bir ifadeyle, bu çalışma saat başına yüzde elli (İş K m. 41/II) ya da yüzde yirmi beş zamlı ücrete (İş K m. 41/III) hak kazandıran bir çalışma değildir.

Bu noktada bir başka soru daha gündeme gelebilir. İş Kanunu'na tabi işçinin, işgörme edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle sunamayacağı gerekçesi ile işverenden izin aldığı hallerde, BK m. 409 uyarınca izin aldığı dönem bakımından hakkaniyete uygun bir ücrete ek olarak hak kazanabilmesi mümkün müdür? Bu iki madde arasında bu şekilde bir bağlantı kurulması mümkün müdür? Biz bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İşçinin, BK m. 409 uyarınca hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazandıran hallerde, işgörme edimini sunabilmesi

<sup>161</sup> Beuthien, **Das Nachleisten**, s. 21.

<sup>162</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 818; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 648; Ekmekçi, **Telafi Çalışması**, s. 34.

<sup>163</sup> İşverenin işçinin kişiliğini koruma borcu nedeniyle, işverenin *izin verme* yetkisini keyfi biçimde kullanamayacağına da dikkat çekilmesi gerekir.

adeta elinde değildir. Bu husus, madde metninde de “kusuru olmaksızın” ifadesi ile vurgulanmaktadır. Buna karşılık, İş Kanunu’nun 64. maddesinde, *işçinin talebi ile* işçiye izin verilen hallerden söz edilmektedir. Burada, *işçinin talebi* ve *işverenin izninden* söz edilmesi, işçinin edimini yerine getirmesinin elinde olmadığı hallerin İş K m. 64’ün kapsamında olmadığını göstermektedir. O halde işçinin işgörme edimini yerine getirmemek için haklı bir mazeretinin olmadığı ve edimini sunmamak için işverenin iznine ihtiyaç duyduğu hallerde (bkz. işçinin bir kursa veya sempozyuma katılmak istemesi örneği), BK m. 409 uyarınca ücrete hak kazanacağı düşünülmemelidir. İş Kanunu m. 64 hükmünün getirilmesiyle iş sözleşmesinin her iki tarafının da menfaatleri gözetilerek, çalışma ilişkisinde esneklik sağlanmak istendiği ifade edilmektedir<sup>164</sup>. Oysa BK m. 409’un amacı, uzun süreli hizmet ilişkisi içinde bulunan işçinin kısa süreli olarak edimini sunmadığı hallerde korunmasıdır<sup>165</sup>.

Belirtmek gerekir ki, iş hukuku öğretisinde BK m. 409 hükmünün İş Kanunu’na tabi işçiler bakımından hiç uygulanmayacağını savunan görüş bakımından<sup>166</sup> böyle bir tartışma hiç gündeme gelmeyecektir. Görüşümüze göre Borçlar Kanunu m. 409’un, -tıpkı m. 408 gibi<sup>167</sup>- İş Kanunu’na tabi işçiler için de uygulanabilir niteliktedir. Bu görüşümüzün gerekçesi, İş Kanunu’nda, (BK m. 409’da olduğu gibi) işgörme ediminin işçiden kaynaklandığı hallerde ücret alacağının akıbetini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamasıdır. İş Kanunu’nda yalnızca, işçinin işgörme edimi kendisinden kaynaklanan nedenlerle yerine

---

<sup>164</sup> Ekonomi, **Telafi Çalışması**, s. 1249; Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları”, **Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 31.

<sup>165</sup> *Becker*’e göre, ücret kural olarak yapılan iş için ödenmekteyse de, çalışma hayatında çeşitli küçük engellere göz yumulması, işin niteliği, insan doğası ve sosyal durumun gereğidir. Hatta böyle engeller, kural olarak ücretin hesabında da dikkate alınmış olup, böyle bir durumun kabulü, adete de uygunluk göstermektedir, bu yönde bkz. Hermann Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, Çev.: A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları No: 24, 1993, s. 482.

<sup>166</sup> Bu yönde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 518; Mollahmamutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 681.

<sup>167</sup> Nitekim öğretilerde işverenin temerrüdüne ilişkin hükmün, İş Kanunu’nda bu konuda hüküm bulunmaması sebebiyle İş Kanunu’na tabi işçiler için de uygulanacağı görüşü (bu yönde bkz. Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 918) kabul görmektedir. Görüşümüze göre, BK m. 408 ile aynı başlık altında düzenlenen BK m. 409 hükmünün de, İş Kanunu’na tabi işçiler için -şayet somut imkânsızlık haline ilişkin İş Kanunu’nda aksine düzenleme bulunmuyor ise- uygulanması mümkündür.

getirememesine ilişkin özel hükümler bulunmaktadır ve bu hükümlerin önemli bir çoğunluğunda bu engelin karşı edim alacağı üzerindeki etkileri düzenlenmiştir<sup>168</sup>.

Yine eklemek gerekir ki, yukarıda yer verilen tartışma Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar bakımından söz konusu olmamaktadır. Zira Borçlar Kanunu'nda, İş Kanunu m. 64 minvalinde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ekleyelim ki, Borçlar Kanunu'nda *fazla çalışma borcuna* ilişkin hüküm nedeniyle (BK m. 398) işçinin çalışma yükümlülüğünün doğabilmesi mümkündür<sup>169</sup>. Şüphesiz, böyle bir çalışmanın Kanun'da telafi çalışması olarak değil de fazla çalışma olarak nitelendirilmesinin sonucu olarak, işçi her saat için normal çalışma ücretine değil, fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır.

#### 4.3.2. İşçinin Diğer Borçları Bakımından

İşin özenle yapılması borcu, işçinin iş sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü olan işgörmeye borcuna bağımlı bir yan borç niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle, işgörmeye ilişkin asli yükümlülüğün yanında tali bir yükümlülüktür<sup>170</sup>. Bu borca aykırı davranma, asli edim yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir<sup>171</sup>. Belirtelim ki, tıpkı işverenin birtakım yan borçlarına aykırı davranmasında olduğu gibi, işin özenle yapılmaması da akdin müspet ihlali (kötü ifa) kategorisinde değerlendirilmelidir. Bu anlamda işin özenle yapılmaması bir imkânsızlık sonucu doğurmamaktadır.

İşçinin itaat (düzenlemelere ve talimatlara uyma) borcunun düzenlendiği BK m. 399'da ise, işçinin hem işin görülmesine hem de işyerindeki davranışlara ilişkin

---

<sup>168</sup> Örneğin işçinin hastalanması halinde, İş Kanunu m. 25/II'deki açık hüküm gereğince "ücret işlemez" veya İş Kanunu Ek m. 2'deki açık hüküm gereğince işçiye evlenmesi hâlinde üç gün "ücretli izin verilir".

<sup>169</sup> Söz konusu hükümde, normal çalışma süresinden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğduğu hallerde ve işçinin edimini sunmaktan kaçınmasının dürüstlük kurallarına aykırı olması halinde, işçinin fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. İşçinin BK m. 409'da sayılan nedenlerle işgörememesine rağmen ücret alacağını koruyan haller, şüphesiz, BK m. 398 anlamında fazla çalışma yapmaktan kaçınmasına da yol açacaktır. Ancak bu engelin ortadan kalkması halinde, kural olarak telafi borcu bulunmayan işçiden, *normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğarsa* fazla çalışma yapmasının istenmesi de ihtimal dâhilindedir.

<sup>170</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 586.

<sup>171</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 353.



talimatlara uyma borcu düzenlenmektedir. İşin görülmesine ilişkin talimatlara uyma borcunun işgörme borcunun içinde yer alması nedeniyle, bu borcun ihlali aynı zamanda işgörme borcunun ihlali anlamına gelmektedir<sup>172</sup>. İşin görülmesine ilişkin talimata uyma borcuna aykırılık, bir kötü ifa hali arz edebileceği gibi, duruma göre temerrüt ya da imkânsızlık sonucu da yaratabilmektedir<sup>173</sup>. İşçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma borcu ise bağımsız bir yan borçtur<sup>174</sup>, bu bakımdan bu borcun ihlali imkânsızlık sonucu yaratmaz, akdin müspet ihlali (kötü ifa) kategorisinde değerlendirilir. İtaat borcunu ihlal eden işçiden BK m. 112 uyarınca tazminat talep edilebileceği gibi, işçi iş hukukuna özgü disiplin cezası, işten çıkarma gibi yaptırımlarla da karşılaşabilir<sup>175</sup>.

Yine işçinin sadakat borcu da, asli borçlardan bağımsız bir yan borç niteliğindedir. Bu borcu aykırı davranılması da imkânsızlık değil, akdin müspet ihlali kapsamında değerlendirilir. Sadakat borcuna aykırı davranılması halinde de, işveren BK m. 112 vd. hükümlerince zararını tazmin edebileceği gibi, iş hukukuna özgü yaptırımlara da başvurabilir<sup>176</sup>.

Rekabet etmeme borcu ise, iş sözleşmesinin devamı süresince sadakat borcunun içinde yer almakta, sözleşmenin sona ermesinden sonra ise taraflarca kararlaştırılmış olması halinde ayrı bir borç olarak varlığını sürdürmektedir. Bu borca aykırılığın da bir imkânsızlık hali yaratması söz konusu olmamaktadır. Rekabet etmeme borcuna aykırı davranış sözleşmenin müspet ihlali (kötü ifa) kapsamında olup, sonuçları BK m. 446'da özel olarak düzenlenmiştir.

---

<sup>172</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 358; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 273.

<sup>173</sup> Nitekim *Oğuzman / Öz'e göre*, borcun kötü ifa edilmiş olduğu hallerin bir kısmında temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkünse de, bazı kötü ifa halleri temerrüt ya da imkânsızlık olarak nitelendirilmeye elverişli değildir, bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1541, s. 473.

<sup>174</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 358.

<sup>175</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 358.

<sup>176</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 361.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İŞ MEVZUATINDA İMKÂNSIZLIK HÜKÜMLERİ

#### 1. Genel Olarak

Ülkemizde bir iş sözleşmesi ile çalışanların iş ilişkilerine uygulanacak kurallar dört ayrı Kanun'da düzenlenmektedir. Çalışmamızın bu başlığında, Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerine uygulanması öngörülen imkânsızlık ifa engeline ilişkin kuralların ayrı ayrı incelenmesi amaçlanmaktadır. Bu noktada ifade edilmelidir ki, anılan Kanunlarda yer verilen hükümler arasında kimi zaman (örneğin işin niteliğinin gerektirmesine bağlı olarak) bazı farklılıklar öngörülmüş ise de, kimi zaman benzer hukuki sorunlara farklı sonuçlar bağlanmış olmasını gerekçelendirmek zorluk arz etmektedir.

#### 2. Borçlar Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık

##### 2.1 Başlangıçtaki İmkânsızlık

İmkânsızlığa uygulanacak hükümlerin doğru bir biçimde belirlenebilmesi için, somut olay bakımından bir başlangıçtaki imkânsızlık halinin bulunup bulunmadığının tespiti büyük önem taşımaktadır<sup>1</sup>. Bu bakımdan her şeyden önce, bir iş ilişkisinin ne zaman başladığı sorusunun da doğru bir biçimde yanıtlanması gerekmektedir. İş ilişkisinin ne zaman kurulmuş olduğunu açıklamak üzere üretilmiş iki temel teori bulunmaktadır. Sözleşme teorisine göre, iş ilişkisi iş sözleşmesinin yapılması ile doğmakta iken; katılma teorisine göre iş ilişkisinin başlangıççı işçinin işyerinde işe fiilen başlaması olarak kabul edilmelidir<sup>2</sup>. Katılma teorisi, işçiyle işveren arasındaki sözleşmenin geçersizliği durumunda, sözleşme teorisinin iki taraf arasındaki ilişkiyi açıklamakta yetersiz kaldığı eleştirisinden hareket etmektedir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 101.

<sup>2</sup> Anılan teorilere ilişkin bkz. Esener, **İş Hukuku**, s. 142-143; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 147; Süleyman Başterzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, Ankara, 2007, s. 57-60.

<sup>3</sup> Başterzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğraması**, s. 57.

Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nda, örneğin kıdem tazminatının hesaplanması bakımından işçinin işe başlama tarihinin esas alınacağı hususu açıkça düzenlenmiştir (bkz. 1475 sayılı İş K. m. 14/I)<sup>4</sup>. Bu doğrultuda yargı kararları incelendiğinde, işçinin *işe fiilen başlama tarihinin*, kıdem esas alındığı haklar bakımından<sup>5</sup> başvuru bir ölçüt olarak uygulamaya yerleştiği görülmektedir. Bu konuda *Esener*, hukukumuzda istisnai olarak kıdem tazminatına ilişkin 14. maddenin işe başlama tarihini esas aldığı kabul etmekle beraber, iş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarının birbirlerinden ayrılmasının doğru olmadığı kanaatinde olup, hukukumuzda iş ilişkisinin meydana gelmesi için iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesinin gerekli ve yeterli olduğunu ifade etmektedir<sup>6</sup>. Bu bakımdan yazarın, sözleşme teorisi görüşüne katıldığı söylenebilir. Bununla birlikte günümüzde öğretilde, bu iki görüşün büyük ölçüde birbirine yaklaştığına da dikkat çekilmektedir<sup>7</sup>. Bu doğrultuda, yürürlükte bulunan hukuk kuralları ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak uygun teorinin seçilmesi de yine öneriler arasındadır<sup>8</sup>.

Borçlar hukuku öğretisinde hâkim olan görüşe göre, başlangıçtaki veya sonraki imkânsızlık söz konusu olup olmadığının belirlenmesi bakımından ayırım, *sözleşmenin kurulduğu an* esas alınarak yapılmalıdır<sup>9</sup>. Kanaatimizce, iş ilişkileri bakımından da bu imkânsızlığın türü bakımından, fiilen çalışma anının değil de,

<sup>4</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 147.

<sup>5</sup> "...Kanunda kıdem esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil; işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih gözönünde tutulduğu için iş güvencesine dair kıdem başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır.", bkz. 9. HD. 21.02.2011, E. 2010/28656, K. 2011/4014, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.02.2016.

<sup>6</sup> Esener, **İş Hukuku**, s. 144. *Çenberci*'ye göre, Kanun'da (mülga 1475 sayılı İş Kanunu m. 1) « bir hizmet akdine dayanarak » ifadesine yer verilmiş olması, Kanun'da sözleşme teorisi görüşünün hâkim olduğunu göstermektedir, bkz. Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, 6. Bası, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986, s. 48. Ekleyelim ki, 1475 sayılı İş Kanunu'nun söz konusu 1. maddesinin ilk fıkrasında "iş ilişkisi" terimine hiç yer verilmemektedir. Bu karşılık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi, 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiyi iş ilişkisi olarak tanımlamaktadır.

<sup>7</sup> Baştırzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğraması**, s.59

<sup>8</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 147.

<sup>9</sup> Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Kn. 246, s. 116; Ali Naim İnan, **Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freiburg, 1956, s. 28; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler**, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s. 789; Dural, **İmkânsızlık**, s. 79; Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 104.

*sözleşmenin kurulduğu anın* esas alınması daha isabetli olacaktır. Kıdemin esas alındığı haklarda fiilî çalışma süresinin tespiti bir anlam taşımakta iken, imkânsızlığın türünün (başlangıçtaki / sonraki imkânsızlık söz konusu olup olmadığı) tespiti bakımından çalışma süresinin başlangıcının esas alınması ihtiyacı bulunmamaktadır. Başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayırımında sözleşmenin kurulması anının esas alınması sonucunda, sözleşmenin kurulması ile fiilen çalışmaya başlama arasında geçen dönemde sonraki imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulama bulacak, önceki imkânsızlık hükümleri ise münhasıran sözleşmenin kurulmasından önceki zaman dilimi (taraf iradelerinin uyuşmasından önceki dönem) bakımından önem taşıyacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, iş sözleşmeleri kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça özel bir şekle bağlı olmadığından (BK m. 394/I) sözleşmenin kurulma anının belirlenmesi her zaman pek de kolay olmayabilir.

Borçlar hukukunda başlangıçtaki imkânsızlığın söz konusu olup olmadığı, sözleşme konusunun *sözleşme kurulduğu anda* imkânsız olup olmamasına göre belirlenmesinden sonra, tespiti önem taşıyan bir diğer husus da, bu imkânsızlığın objektif ya da subjektif nitelik taşıyıp taşımadığıdır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu, (818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi) sözleşmenin konusunun imkânsız olması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmektedir (BK m. 27/I). Ancak kesin hükümsüzlük yaptırımı, yalnızca başlangıçtaki objektif imkânsızlık hallerine özgü olup, başlangıçtaki subjektif imkânsızlığın sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açacağı kabul edilmemektedir<sup>10</sup>. Bu doğrultuda iş hukuku öğretisinde de; iş sözleşmesinin konusunun sözleşmenin kurulması aşamasında imkânsız olmasında, BK m. 27 gereğince iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünden söz etmek gerektiği ifade edilmiş<sup>11</sup>, ancak iş sözleşmesinin imkânsızlık nedeniyle geçersiz olabilmesi için, sözleşme kurulduğu sırada objektif bir imkânsızlıktan söz edilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir<sup>12</sup>. Örneğin sözleşmenin kurulmasından hemen

<sup>10</sup>Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 903; Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn. 3, s. 164; Kramer, **Berner Komm.**, Art. 19-20, Kn. 246, s. 116; Bucher, **Obligationenrecht AT**, s. 247.

<sup>11</sup> Süzek, **İş Hukuku (2016)**, s. 355; Rehbindler, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 28, s. 89.

<sup>12</sup> Süzek, **İş Hukuku (2016)**, s. 355.

önce ilgili işyerinin tamamen yanması durumunda, objektif imkânsızlık söz konusudur ve iş sözleşmesi de kesin olarak hükümsüzdür<sup>13</sup>. Objektif imkânsızlık bu şekilde fiilî sebeplere dayanabileceği gibi, hukuki sebeplere de dayanabilir<sup>14</sup>.

Borçlar hukuku öğretisinde, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edimin imkânsızlaşması durumunda, edimin yalnız borçlunun şahsi yetenek ve becerileri ile yerine getirilebilmesi nedeniyle, subjektif değil, objektif imkânsızlıktan söz edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>15</sup>. Dolayısıyla ifa engelinin işçi ile ilgili olması halinde ise, objektif ya da subjektif imkânsızlık ayrımının önemini yitirdiği görülmektedir. Zira işçinin bizzat çalışma borcu bulunması nedeniyle (bkz. BK m. 395), borcun ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda, işçi için imkânsız hale gelen edimin, herkes için imkânsız hale geldiği kabul edilir. İş sözleşmesi ile birlikte, artık işgörme ediminin başka kimse tarafından yerine getirilmeyeceği üzerine anlaşıldığından, işgörme ediminin başlangıçtaki objektif imkânsızlığı gibi bir durumun meydana gelmesi olası değildir<sup>16</sup>.

Borçlar Kanunu'nun 394. maddesinin son fıkrasında, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılmaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Maddede söz edilen geçersizlik sebebi, şüphesiz iş sözleşmesi devam ederken ortaya çıkabileceği gibi, sözleşmenin kurulmasından önceki bir dönemde de mevcut olabilir. Buna göre, sözleşme konusunun sözleşmenin kurulması aşamasında imkânsız olması durumunda, geçersizliğin sonradan anlaşılması halinde bunun ileri dönük etkisi olacağı kabul edilmiştir. Gerçekten iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması, hâlihazırda sunulmuş karşılıklı edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilmesi, diğer bir ifadeyle bu ilişkinin

---

<sup>13</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 34, s. 348.

<sup>14</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 28, s. 89.

<sup>15</sup> Viktor Aepli, Kommentar zum schweizerischem Zivilgesetzbuch, **Obligationenrecht, das Erlöschen der Obligationen**, Teilband V I h, Art. 114-126 OR, Ed.: Peter Gauch, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, Schulthess, 1991, Art. 119, Kn. 48; Eren, **Borçlar Genel**, s. 1330; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, Adalet Matbaacılık, 1998, s. 119-120; Topuz, Canbolat, **Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi**, s. 684.

<sup>16</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 321e, Kn. 3, s. 201.

sonuçlarının geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılması çok güç, hatta olanaksızdır<sup>17</sup>. Sonuç olarak bu durum, Kanun koyucu tarafından da göz önüne alınmış ve Borçlar Kanunu'nda özel bir hükme (BK m. 394/III) yer verilmiştir. Öğretide, sürekli borç doğuran sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü ya da iptali halinde, hâlihazırda doğmuş sonuçların geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasının adaletsiz bir duruma yol açabileceğine dikkat çekilmekte<sup>18</sup>, bu hüküm sayesinde iş ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçlarının korunması sağlandığı ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Bu anlamda söz konusu hüküm, kesin hükümsüzlük yaptırımını düzenleyen genel hükme göre (Art 20 I OR, bkz BK m. 27/I) özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşımaktadır<sup>20</sup>. Böylelikle sözleşme başlangıcından itibaren geçersiz<sup>21</sup> sayılmamakta ve geçmişi etkilemeksizin ileriye doğru ortadan kaldırılmaktadır<sup>22</sup>.

Bu hükmün uygulaması bakımından önem arz eden bir husus, iş sözleşmelerinin kurulmasında pek çok sınırlama öngörölmüş olmasıdır. Sıklıkla gündeme gelen uyuşmazlıklardan biri de çalışma izni olmayan yabancılarla kurulan iş sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkindir. İsviçre öğretisinde, çalışma izni olmayan işçiyle kurulan iş sözleşmelerinin geçerli sayılıp sayılmaması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır<sup>23</sup>. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nda geçersizliğin ileri etkili olarak sonuç doğurabilmesi, işçinin iyi

<sup>17</sup> Kenan Tunçomağ, "Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü", **İş Hukuku Dergisi**, C. 1 S. 2, 1969, s. 128-129; Süzek, **İş Hukuku**, s. 339.

<sup>18</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 26, s. 59; Tunçomağ, **Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü**, s. 129.

<sup>19</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 45, s. 106; Portmann, **Basler Komm.**, Art. 320, Kn. 23, s. 1762; Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 82.

<sup>20</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 27, s. 60.

<sup>21</sup> Öğretide, iş hukuku alanında yaygınlıkla geçersizlik kavramının kullanılmakta olduğu belirtilmekte, fakat bu kavramın bazen hükümsüzlük kavramı ile aynı anlamda kullanıldığına ve borçlar hukukuna ait alt ayırımların genellikle dikkate alınmadığına dikkat çekilmektedir, bu yönde bkz. Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul, Beta, 2014, s. 272.

<sup>22</sup> Portmann, **Basler Komm.**, Art. 320, Kn. 23, s. 1762; Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 82; Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 27, s. 60.

<sup>23</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 80.

niyetli olması şartına bağlanmıştır<sup>24</sup>. Buna göre işçi, İsviçre Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde (Art. 3 ZGB) öngörülen iyi niyet karinesine dayanabilmek için hukuki sakatlığı ya bilmemelidir ya da bilmesi gerekmemelidir<sup>25</sup>. Ancak öğretide bu şartın hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabileceğine ilişkin kaygılar ifade edildiği de belirtilmelidir<sup>26</sup>. Bu yönde; işçinin çalıştırılması kamu hukukundan kaynaklanan yasaklara aykırı olduğunda (çocuk işçi çalıştırma, çalışma izni olmaksızın çalıştırma gibi) iş sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabul edilmemesi gerektiği, böylelikle iyi niyet şartı uygulamasının önemli ölçüde yumuşatılabileceği savunulmaktadır<sup>27</sup>. Nitekim temyiz gücünü haiz olmayanlarda bir kötü niyetten söz edilemez<sup>28</sup>. Bu yönde benzer şekilde, geçmişe dönük geçersizlik yaptırımının, hukuka aykırılığı işverenin de bildiği hallerde hakkaniyete uygun düşmediğine de dikkat çekilmektedir<sup>29</sup>.

Belirtelim ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ilk defa yer verilen 394. maddenin üçüncü fıkrasında<sup>30</sup>, mehzaz Kanun'un yukarıda yer verilen 320. maddesi göz önünde tutulmuş ise de, her iki düzenleme arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. 6098 sayılı Kanun'da kabul edilen esasa göre; hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarının

<sup>24</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 30, s. 61; Portmann, **Basler Komm.**, Art. 320, Kn. 24, s. 1762; Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 80,82.

<sup>25</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 82-83. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre; burada işçinin salt hukuka aykırılık olduğunu bilmesi yeterli değildir. İşçi sözleşmenin hukuken bağlayıcılığı olmadığını yanı sıra, sözleşmeden doğan haklarını talep edemeyeceğini de biliyor olmalıdır. Hükümde işçinin içerisinde bulunduğu durumun hukuki sonuçlarını bilmemesinin şart koşulduğu yönünde bkz. Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 47, s. 108.

<sup>26</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 83; Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 31, s. 62.

<sup>27</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 31, s. 62.

<sup>28</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 31, s. 62; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 47, s. 108.

<sup>29</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 83.

<sup>30</sup> Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu konuda özel bir düzenleme bulunmamakta idi. Bu dönemde verilen yargı kararlarında, geçersizliği sonradan ortaya çıkmış sözleşme kapsamında işveren için iş gören işçi, "geçersizliğin sonradan anlaşılması" gibi bir şart aranmaksızın, geçersizliğin *ex nunc* etki doğurduğunun kabulü ile korunmuştur. Bu yönde verilmiş olan bir içtihadı birleştirme kararında; yaşı veya kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağı ve bundan dolayı İşçi Sigortaları Kanunlarının işçilere tanıdığı haklardan istifade edeceği kabul edilmiştir. (Bkz. YİBK, T. 18.06.1958, E. 20, K. 9, RG. : 30.09.1958; S. 10020).

doğabilmesi için, sözleşmenin geçersizliğinin *sonradan anlaşılması* gerekmektedir. Madde gerekçesinde, *işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek* mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “iyiniyetle işgörme” koşuluna yer verilmediği ifade edilmişse de, Kanun metninde yer verilen ifade bu sorunu aşmaya yeterli olmayacak şekilde kaleme alınmıştır. Kanun lafzına göre, işçi iş sözleşmesinin geçersizliğini bildiği durumlarda geçersizliğin geçmişi etkilememesine ilişkin korumadan yararlanamayacaktır<sup>31</sup>. Üstelik maddenin gerekçesinde, iyi niyet koşuluna yer verilmemesi ile çelişir bir biçimde, işçinin hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bildiği hallerde iyiniyetli sayılmayacağından ve böylece ileri dönük geçersizlik yaptırımından yararlanamayacağından söz edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde ileri sürülen kaygılara benzer şekilde, öğretimizde de bu hükmün, iş hukukunun niteliğine ve koruma amacına uygun şekilde uyarlanması gerektiği savunulmaktadır<sup>32</sup>.

Bu noktada eklenmesi gereken bir diğer husus ise, sözleşmenin geçersizliğinin işçinin işverene işgörme edimini sunmaya başlamadan önce ortaya çıkması halinde, genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı ve geçersizliğin geçmişe doğru (*ex tunc*) etkili kabul edileceğidir<sup>33</sup>. İşçi henüz işgörme edimini sunmamış olduğundan, burada geriye dönük bir tasfiye işleminin yapılmasına tereddütle yaklaşmamak gerekir<sup>34</sup>. Borçlar Kanunu'nun kesin hükümsüzlük ya da iptale ilişkin hükümlerinin uygulanmasının bu durumda bir sakıncası yoktur<sup>35</sup>. İşgörme ediminin sunulmaya başlanmasından sonra ise geçersizlik her iki tarafça da hemen etkili

---

<sup>31</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 338.

<sup>32</sup> Bu yönde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 340-341. Nitekim 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü döneminde verilen yargı kararlarında “geçersizliğin sonradan anlaşılması” koşulunun işçi aleyhine olacak şekilde yorumlanmadığı gözlenmektedir, bkz. 22. HD.'nin kamuda geçici işçi pozisyonunda çalışan işçinin 5620 sayılı Kanun'da öngörülen şartları taşımaması nedeniyle, mevzuata uygun bir iş sözleşmesi kurulduğundan söz edilemeyeceği ve BK m. 394 gereğince geçersizliğin ileriye etkili sonuç doğuracağı yönündeki kararı, 22. HD. T. 23.01.2017, E. 2016/32458, K. 2017/576, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 31.08.2017.

<sup>33</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 46, s. 107.

<sup>34</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 320, Kn. 29, s. 61; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 46, s. 107.

<sup>35</sup> Tunçomağ, **Hizmet Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü**, s. 129; Ercan Akyiğit, **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul, Kazancı, 1990, s. 53.



olacak şekilde ileri sürülebilir ancak edimin iyi niyetle sunulmuş olması halinde, hak ve yükümlülükler tıpkı geçerli bir sözleşme varmış gibi doğacaktır<sup>36</sup>.

Son olarak ekleyelim ki, borçlar hukukunun genel hükümlerine uygun şekilde, iş sözleşmesi taraflarından birinin ifa engelini bilmesine karşılık sözleşme görüşmelerini sürdürmesi halinde, sonuçta bir iş sözleşmesi kurulmamış olsa dahi, sözleşme görüşmelerinde kusur nedeniyle sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanır<sup>37</sup>. Doğal olarak böyle bir durumda, önceki imkânsızlık halinden söz edilemeyeceği gibi, buna bağlanmış hukuki sonuçlar da gündeme gelmez. Yine bu durumda taraflar arasında sözleşmenin kurulmamış olması nedeniyle görevli mahkemeler iş mahkemeleri değil, genel mahkemelerdir<sup>38</sup>. Eklemek gerekir ki, sözleşmenin kurulacağına dair bir güven yarattıktan sonra sözleşme kurulmamış ise, olumsuz zararın tazmininin talep edilmesi mümkündür<sup>39</sup>.

## 2.2. Sonraki İmkânsızlık

Borçlar hukukunun genel hükümleri gereğince, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlıklar bakımından, imkânsızlığın objektif veya subjektif nitelikte olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zaten daha önce de yer verdiğimiz üzere, işçinin kural olarak bizzat işgörme borcu olduğundan, işgörme ediminin imkânsızlaşması halinde, edimin yalnızca o işçi için mi (subjektif) yoksa herkes için mi (objektif) imkânsız olduğu bir fark yaratmamaktadır. Bu bakımdan örneğin işçi işgörme borcunu hastalık gibi bir nedenle yerine getiremeyecek durumda olduğunda, artık işgörme edimi bakımından objektif nitelikte imkânsızlık sonucunun doğduğu kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 320, Kn. 47, s. 108.

<sup>37</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 311, 313.

<sup>38</sup> Olması gereken hukuk bakımından iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmelerde kusura dayanan davalarda görevli mahkemelerin iş mahkemeleri olması gerektiği yönünde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 314.

<sup>39</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 313. Olumsuz zararın kapsamını, kurulamayan sözleşme görüşmeleri hiç yapılmamış olsa idi karşı tarafın uğramayacağı zararın tazmin edilmesi oluşturur, bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1560, s. 480-481; Serozan, **İfa Engelleri**, § 14, Kn.22, s. 177-178.

<sup>40</sup> Ernst, **Münchener Komm.**, § 275, Kn. 40; Schwarze, **Leistungsstörungen**, § 4, Kn. 39, s. 65.

İşgörme ediminin sözleşmenin kurulmasından sonra kesin olarak imkânsızlaşması halinde önem taşıyan tek nokta, bu imkânsızlığın ortaya çıkışında hangi tarafa bir kusur isnat edileceğidir<sup>41</sup>.

### 2.2.1. İşverenin Risk Alanında Ortaya Çıkan Nedenler

İşverenin ifa imkânsızlığına yol açması, her şeyden önce iş verme borcuna aykırı davranması halinde söz konusu olur<sup>42</sup>. Yine, işverenin sunulan edimi kabul etmeyerek de işgörme ediminin yerine getirilmesini engellemesi söz konusu olabilir.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde ifa imkânsızlığına alacaklının yol açmasına ilişkin bir hüküm öngörülmemektedir<sup>43</sup>. Genel hükümlerde yalnızca, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması halinde borcun sona ereceğinin öngörülmesi ile yetinilmiştir (BK m. 136/I). Elbette burada sona erecek olan sözleşme değil, sözleşmeden doğan asli edim yükümüdür. Hükme göre ayrıca, eğer borçlu karşı edimi elde etmişse geri vermekle yükümlü tutulmakta, henüz elde etmediği hallerde ise, karşı edimi talep hakkını BK m. 136/II uyarınca kaybetmektedir. Eklenmelidir ki, gerek İsviçre öğretisinde<sup>44</sup> gerekse öğretimizde<sup>45</sup>, BK m. 136 (Art. 119 OR) hükmünün lafzına bağlı kalınması halinde ortaya çıkacak sonucun (herhangi bir ayırım yapılmaksızın, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması halinde borcun sona ermesinin, dolayısıyla alacaklının kendi kusuru ile imkânsızlığa yol açmasına rağmen borcundan kurtulacak olmasının) hakkaniyete uygun olmadığı ifade olunmaktadır.

<sup>41</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 35, s. 348.

<sup>42</sup> Öğretide iş vermenin işveren bakımından bir yükümlülük olup olmadığı tartışmalıdır. Katıldığımız görüşe göre işverenin iş verme borcu bulunduğundan, bu borca aykırılığın işverenin yol açtığı imkânsızlık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir, bu konuda bkz. yukarıda II. Bölüm, 4.2.2. Başlık.

<sup>43</sup> Nomer, **Borçlar Genel**, Kn. 176a, s. 335.

<sup>44</sup> İsviçre öğretisinde, BK m. 136'ya karşılık gelen hükmün (Art. 119 OR) uygulama alanının, geniş kapsama alanına sahip lafzına karşın, yalnızca imkânsızlığa taraflarca yol açılmamış olan haller ile sınırlı olduğu yönünde, bkz. Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Susan Emmenegger, **Schweizersiches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, 10. Aufl., Zürich, Schulthess, 2014, Kn. 2592, s. 101; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 36, s. 349.

<sup>45</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 5, s. 156.

Öğretide bir kısım yazara göre, ifanın alacaklı yüzünden imkânsızlaşması bakımından Kanun'da bir boşluk bulunmaktadır<sup>46</sup>. Bu boşluk doldurulurken Alman hukukunda ifanın alacaklı yüzünden imkânsız hale gelmesinin hukuki sonuçlarının düzenlendiği hükümden (§ 326 II BGB)<sup>47</sup> yararlanılması düşünülebilir<sup>48</sup>. Alman hukukundaki bu çözümün bizim hukukumuz bakımından da benimsenmesi gerektiği görüşündeki yazarların gerekçelerinden biri de, Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde bu esasa uygun hükümlerin öngörülmüş olmasıdır<sup>49</sup>.

Öğretide ileri sürülen aksi görüşe göre ise, Kanun'da bir borcun borçlunun kusuru bulunmaksızın imkânsızlaşması halinde, karşılıklı borçların sona ereceğinin açıkça kabul edilmiş olması halinde artık Kanun'da bir boşluk bulunduğu söz edilmemelidir<sup>50</sup>. Açık kanun hükmü karşısında, karşılıklı sözleşmelerde her iki tarafın borcunun da sona erdiğinin kabul edilmesi zorunlu olduğundan, edimin imkânsızlaşmasına yol açan alacaklının, sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle borçlunun zararını BK m. 112 (mülga 818 sayılı BK m. 96) uyarınca tazmin etmesi gerektiğinin kabulü amaca en uygun çözümdür<sup>51</sup>.

Yukarıda ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, alacaklının yol açtığı ifa imkânsızlığına ilişkin genel olarak uygulanacak hükümler bakımından, borçlar hukuku öğretisinde çeşitli tereddütler ifade edilmekte ve çözümler önerilmektedir. İş hukuku öğretisinde ise, borçlar hukuku öğretisindekine benzer bir tartışmanın ortaya

<sup>46</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1191, 1193, s. 367-368; Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 1, s. 154.

<sup>47</sup> Alman Medeni Kanunu'nun anılan maddesi uyarınca; ifa alacaklı yüzünden imkânsız hale gelmiş ise, borçlu karşı edimi talep edebilmektedir. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise, borçlunun borcundan kurtulmakla yapmaktan kurtulduğu giderler ile işgücünü başka türlü kullanarak kazandığı ya da kazanmaktan kötü niyetle kaçındığı kazancın karşı edimden mahsup edileceği öngörülmüştür.

<sup>48</sup> Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1193, s. 368.

<sup>49</sup> Özel borç ilişkilerinde ifanın alacaklı yüzünden imkânsız hale gelmesi ihtimalini düzenleyen hükümler için bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1193, s. 368, dn. 440; Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, Kn. 4, s. 155-156.

<sup>50</sup> İnceoğlu, **Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşma**, s. 243. Yazara göre, Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde Alman Medeni Kanunu'nda anılan hükme (§ 326 Abs. 2 BGB) paralel bir nitelik taşıyan tek hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 325. maddesidir (karş. 6098 sayılı BK m. 408), ancak burada da ifa imkânsızlığı yerine alacaklı temerrüdünün özel olarak düzenlendiğinin kabulü isabetli olacaktır, bkz. İnceoğlu, **Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşma**, s. 246.

<sup>51</sup> İnceoğlu, **Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşma**, s. 244. İsviçre öğretisinden *Bucher*'in de İsviçre hukuku bakımından benzer bir sonuca ulaştığı (bkz. *Bucher*, **Obligationenrecht AT**, s. 299) yönünde bkz. İnceoğlu, **Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşma**, s. 244, dn. 20.

çıkmadığı görülmektedir. Bunun nedeni, Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nde (mülga 818 sayılı Kanun'da olduğu gibi) bu konuda özel bir hüküm getirilmiş bulunmasıdır. Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde; işverenin, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde düşmesi halinde işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu alanda işçiye ücretinin ödenmesinin devam etmesi gerekliliği, BK m. 175'te (Art. 156 OR) yer alan, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olunması halinde koşulun gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin hukuki tasavvurdan kaynaklanmaktadır<sup>52</sup>.

Borçlar Kanunu'nun 408. maddesindeki düzenleme, karşılıklı borçları sona erdirmeyip işçiye ücret alacağını talep hakkı vermekle birlikte, işçinin ücretinden bazı kalemlerin mahsup edileceğini de öngörmektedir. BK m. 408'de öngörülen mahsuba ilişkin düzenleme ile amaçlanan; işçinin bu durumdan maddi bir çıkar elde etmemesi<sup>53</sup> ve aynı zamanda dezavantajlı duruma düşmesinin engellenmesidir. Ancak, işçinin yapmaktan kurtulduğu giderlerin, örneğin işe gidiş geliş sırasında yaptığı masraflar ile başka bir iş yaparak kazandıklarının tespiti görece kolay ise de, kazanmaktan bilerek kaçındıklarının tespitinde bazı güçlükler söz konusu olabilir<sup>54</sup>. Buna ilişkin olarak, işçinin herhangi bir iş teklifini reddetmesinin ücretinden mahsup sebebi sayılmaması gerektiği, fakat önceki işine benzer bir işin reddinin mahsuba sebebiyet vereceği ifade edilmiştir<sup>55</sup>. Federal İş Mahkemesine göre, işçinin sebepsiz bir şekilde kendisinden beklenebilecek işi reddetmesi veya bu işin teklifini kasten engellemesi durumunda kötü niyetli bir şekilde kazanmaktan bilerek kaçınıldığı söylenebilecekse de, buradan işçinin İş Arama Kurumuna başvurması gibi bir zorunluluk olduğu da anlaşılmamalıdır<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 36, s. 349.

<sup>53</sup> Jousen, **BeckOK ArbR BGB**, § 615, Kn. 63.

<sup>54</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 59, s. 283.

<sup>55</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 59, s. 283.

<sup>56</sup> BAG, Urt. vom 16.05.2000 - 9 AZR 203/99, **NZA**, Heft 1, 2001, s. 26-27.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'nun 136. maddesi, iş sözleşmelerinde uygulanabilir bir hüküm değildir<sup>57</sup> ve işverenin yol açtığı ifa imkânsızlıklarında çözümün özel hüküm niteliği taşıyan BK m. 408 çerçevesinde aranması gereklidir. BK m. 408 gereğince; ifanın alacaklı (işveren) yüzünden imkânsız hale geldiği durumlarda borçlu borcundan kurtulacak (BK m. 136/I ile paralel sonuç), buna karşılık borçlu (işçi) sanki borcunu ifa etmiş gibi karşı edime hak kazanacaktır (BK m. 136/II'den ayrıksı sonuç). Alacaklının yol açtığı ifa imkânsızlığında işçinin ücrete hak kazanmasının<sup>58</sup> hukuki temelini bu özel hükmün oluşturduğu (Art. 324 OR) İsviçre öğretisince de kabul edilmektedir<sup>59</sup>.

### 2.2.2. İşçinin Risk Alanında Ortaya Çıkan Nedenler

İşgörme ediminin işçi tarafından hiç yerine getirilmemesi, işçinin yol açtığı bir (sonraki) ifa imkânsızlığı hali oluşturmaktadır. İşçi, herhangi bir haklı sebebi bulunmaksızın işgörme borcunu yerine getirmediğinde kural olarak ücret talep edemez. Bazı hallerde ise işçi, kusuru bulunmaksızın işgörme edimini yerine getirememektedir. Örneğin, gebelik veya doğum gibi hallerde işçi işgörme edimini sunamadığında kusurundan hiç söz edilmemektedir. Borçlar Kanunu'nda işçinin, kusurlu olarak ya da kusuru bulunmaksızın işgörme yerine getir(e)memesi halinde uygulanacak hükümler tek bir başlık altında toplanmamış olup, işgörme borcunun yerine getirilmemesinin sonuçları hem genel hem de özel hükümlerde yer almaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde öngörülen genel esas; borçlunun kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, borcun hiç veya gereği

<sup>57</sup>Alpagut, **İfa İmkânsızlığı**, s. 664.

<sup>58</sup> Borçlar Kanunu'nda işin yapılmamasına rağmen ücret ödeneceğini öngören bu hükümler uyarınca hak kazanılan ücret, sosyal ücret niteliği taşımaktadır, bkz. Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin Ücret Borcu", **Sicil**, S. 23, 2011, s. 6.

<sup>59</sup> Staehelin, **Zürcher Kommentar**, § 324, Kn. 23, s. 265; Andreas von Tuhr, Arnold Escher, Hermann Schulin, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II**, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974, s. 133; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art 324, Kn. 37, s. 349. İşverenin kusuruyla ifa imkânsızlığa yol açması halinde işçinin karşı edime hak kazanması Art. 156 OR hükmünün (BK m. 175) bir gereği olarak görülebilir ise de, bu hüküm işçinin ifa engeli sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden indirilmesinin gerekçelendirilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle işverenin yol açtığı ifa imkânsızlığında doğrudan Art. 324 OR hükmünün uygulanmasının daha isabetli olduğu belirtilmektedir, bkz. Rehbinder / Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 36, s. 349.

gibi ifa edilmemesinden dolayı alacaklının zararını gidermekle yükümlü olmasıdır<sup>60</sup>. Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nde de, bu esasa uygun şekilde, işçinin işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olduğu öngörülmüştür (BK m. 400). Elbette işverenin, işgörme edimini yerine getirmeyen işçiye karşı ödemezlik def'ini kullanarak (BK m. 97) ücret ödemekten kaçınması da mümkündür<sup>61</sup>. Yine, işveren işçiye iş sözleşmesinde, iç yönetmelikte veya toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret kesme gibi çeşitli disiplin cezalarını uygulayabilir, işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir<sup>62</sup>. Ayrıca eklemek gerekir ki, işçinin yol açtığı sonraki ifa imkânsızlığının sonuçlarına yönelik olarak 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda yeni bir hükme de yer verilmiştir. BK m. 439'da, işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakmasının sonuçları düzenlenmektedir. Buna göre, işçi haklı sebep olmaksızın işe başlamaz veya aniden işi bırakırsa, işverenin aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteyebileceği öngörülmüştür<sup>63</sup>. Maddede, işverenin ayrıca ek zararlarını giderilmesini isteme hakkı da saklı tutulmuştur.

Bunun dışında, işçinin kusurlu davranışının sözleşme öncesindeki dönemde gerçekleşmesi ve buna rağmen sözleşmenin kurulmuş olması da olasıdır. Böyle bir durumda da, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış (*culpa in*

---

<sup>60</sup> Bu zararın sözleşmeye aykırılığın yanı sıra bir haksız fiil sonucunda doğması da mümkündür, bu konuda bkz. Manfred Rehbinder, "Die Haftung des Arbeitnehmers im schweizerischen Recht", **Die Haftung des Arbeitnehmers** – Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, Heft 13, s. 70; Roland Müller, "Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers", **ArbR**, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 2006, s. 2. İsviçre öğretisinde, işçinin sorumluluğunun İsviçre Borçlar Kanunu'nun OR 41 I, OR 97 I ve OR 99 III (BK m. 49/I, m. 112/I, m. 114/II) maddelerinden doğduğu kabul edilmektedir, bkz. Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 321e, Kn. 1, s. 200. İşçinin sorumluluğunun hesaplanmasında ise Art. 321e II OR (bkz. BK m. 400) ve Art. 99 Abs. 3 OR uyarınca Art. 43 ve 44 OR (bkz. BK m. 114 II) uyarınca BK m. 51 ve 52) dikkate alınmalıdır, bkz. Rehbinder, **die Haftung des Arbeitnehmers**, s. 70-71; Müller, **Haftung des Arbeitnehmers**, s. 17; Gaye Baycık, **Türk – İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin, 2015, s. 25.

<sup>61</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 354.

<sup>62</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 354; Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 596.

<sup>63</sup> Taraflarca ücretin açıkça belirlenmediği ve işçinin sözleşmede kararlaştırılan fiili işe başlama tarihinde işyerine gelmediği hallerde, BK m. 401 hükmüne başvurulması düşünülebilir. Söz konusu hüküm gereğince, asgari ücretten az olmayan emsal ücretin dörtte biri, işçiden talep edilebilecek miktarın kapsamını oluşturacaktır.

*contrahendo* <sup>64)</sup> nedeniyle olayın özelliklerine göre tazminat ya da sözleşmenin haklı nedenle feshi gibi sonuçlar doğabilecektir<sup>65</sup>.

İş ilişkilerinde sıklıkla ortaya çıkan bir diğer durum ise, yukarıda da değinildiği üzere, işçinin etki alanında ortaya çıkan ancak kendisine bir kusurun isnat edilemeyeceği hallerdir. Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinde Kanun koyucu, iş hukukunun kendine özgü özelliklerini de göz ardı etmeyerek, işgörmeye borcunu yerine getirilmediğinde ücrete hak kazanılmayacağına ilişkin genel kurala önemli bir istisna getirmiştir. Buna göre uzun süreli bir hizmet ilişkisinde<sup>66</sup> işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemediğinde, işveren o süre için hakkaniyete uygun bir ücret<sup>67</sup> ödemekle yükümlü tutulmuştur. Ancak işçinin bu ücrete hak kazanabilmesi için, kaybının başka bir yolla karşılanmaması şartı bulunmaktadır<sup>68</sup>.

Dikkat edileceği üzere, maddede işçinin hak kazanacağı ücret tam değil, hakkaniyete uygun bir ücret olarak öngörülmüştür<sup>69</sup>. Esasında maddede bu şekilde

---

<sup>64</sup> Terimin Türkçe kelime karşılığı için bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 133, 1552, s. 37, 478.

<sup>65</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 313; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **İş Hukuku**, s. 102. Sözleşme öncesindeki kusurlu davranışa (*culpa in contrahendo*) rağmen geçerli bir sözleşme kurulması ve bu durumun sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmesi halinde artık borca aykırılık hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1561, s. 481.

<sup>66</sup> İsviçre'de bu durumda ücrete hak kazanabilmek için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin en az üç aylık çalışmasının bulunması, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesinin üç aydan fazla süre öngörmesi gerekmektedir, Rehbindler, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324a OR, Kn. 2, s. 372-373.

<sup>67</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde (Art. 324a II OR), işçiye anlaşma yoluyla, bireysel iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde daha uzun bir zaman belirlenmemiş ise, ilk hizmet yılı için üç hafta, daha uzun süreli bir hizmet ilişkisinin bulunması halinde ise bu orana uygun daha uzun süreli ödeme yapılacağından söz edilmektedir. Görüşümüze göre, "hakkaniyete uygun ücret" ifadesinden, İsviçre hukukunda olduğu gibi "hakkaniyete uygun bir süre ücret ödenmesi"nin anlaşılması yerinde olur. Öğretide haklı olarak "hakkaniyete uygun ücret" ifadesinden neyin anlaşılması gerektiğinin açık olmaması eleştiriye uğramıştır, bkz. Ekmekçi, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s. 25. Türk Borçlar Kanunu'nun ücretle ilgili bazı belirsiz hükümlerinin anlaşılabilmesinin kimi hallerde mehzaz Kanun metninde yararlanılmasını zorunlu kıldığı görüşünde bkz. Centel, **İşverenin Ücret Borcu**, s. 13.

<sup>68</sup> Madde gerekçesinde, işçinin sosyal güvenlik kurumundan gelir elde etmesi, işçinin maddi kaybının başka bir yoldan karşılanması haline örnek gösterilmektedir.

<sup>69</sup> Ekleyelim ki, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda, işçinin işgörmeye edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle yerine getirememesi haline ilişkin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmayan bir hüküm daha mevcuttur ve bu hükümde işçinin işgörmeye edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle yerine getiremediği hallerde ücrete hak kazanabilmesinin diğer koşulları ve miktarı detaylı bir şekilde

bir indirim öngörülmesi, borçlar hukukunun prensiplerine de uygundur. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun kısmen imkânsızlaşması halinde, karşı tarafın edimi de bir indirime tabi tutulduğuna göre<sup>70</sup> (BK m. 408'de işverenin işgörme edimini engellemesi sebebiyle işçinin yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir işi yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların hak kazanacağı ücretten indirileceğinin öngörülmesi gibi), işçinin kendi etki alanından kaynaklanan bir sebeple işgörme edimini sunamamasının sonucunda da karşı edim bakımından bir hakkaniyete uygun bir indirim yapılması olağan karşılanmalıdır.

Borçlar Kanunu'nun 409. maddesi, işçinin kusuru olmaksızın işgörme edimini kısa süreli ifa edememesi hallerine yönelik genel bir hüküm niteliği taşımaktadır. Kural olarak analık nedeniyle işgörme ediminin yerine getirilememesi de bu kapsamda değerlendirilebilecek bir haldir. Ancak İş Kanunu m. 74'e eklenen son fıkra uyarınca<sup>71</sup>, bu madde hükümlerinin iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanacağı öngörülmüştür<sup>72</sup>. Dolayısıyla, artık Borçlar Kanunu'na tabi kadın işçiler bakımından, annenin doğum iznini kullanmadan ölümü halinde kalan süreleri babanın kullanabilmesi bakımından ve evlat edinenler bakımından bu özel hükmün uygulanması gerekmektedir.

---

düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre (Art. 324b OR) işveren, işçi kendi kişiliğinden kaynaklanan nedenlerle işgörme edimini yerine getiremediğinde, şayet işçi bunun ekonomik sonuçlarına karşı zorunlu olarak sigortalanmış ise ve işçiye sınırlı bir süre sağlanan sigorta yardımı ücretinin beşte dördünü karşılıyor ise, ücret ödemekle yükümlü değildir. Sigorta yardımlarının daha az olması halinde, bu fark işverence karşılanmalı ve işçiye ücretinin beşte dördü miktarında ödeme yapılmalıdır. Sigorta yardımlarının bir bekleme süresinden itibaren sağlanıyor olması halinde ise, işveren bu zaman diliminde ücretin beşte dördünü ödemekle yükümlüdür.

<sup>70</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 97-98.

<sup>71</sup> Bkz. 6663 sayılı Kanun m. 22 (RG. : 10.02.2016, S. 29620).

<sup>72</sup> Anılan hükme İş Kanunu m. 74 içerisinde yer verilmesini yasama tekniği bakımından isabetsiz bulan görüş için bkz. Tankut Centel, "6663 Sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler-Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi", **Sicil**, S. 35, 2016, s. 10,15; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 705.



### 2.2.3. Özel Bir Durum: İşletme Rizikosu Teorisi

Hayatın olağan akışı içerisinde, bir iş ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa engeline sözleşme taraflarınca yol açılmamış olması da mümkündür. Diğer bir ifadeyle, imkânsızlık sonucu *tarafsız etki alanından* da doğabilir. Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde ifa imkânsızlığının düzenlendiği maddede (BK m. 136) öngörülen sonuç, ifanın borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşması durumunda borcun sona ermesidir. Ancak çalışmamızda daha önce de belirtildiği gibi, iş sözleşmelerinde uygulanmaya elverişli olmayan bu hüküm yerine, Kanun'da bu ilişki tipine özgü olarak yer verilmiş olan özel hükümlerden yararlanılması gerekir. Nitekim 119 III OR (bkz. BK m. 136/II) uyarınca, kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar hükmün uygulama alanı dışında tutulmuştur<sup>73</sup>.

İş görme ediminin ifasının engellenmesine yönelik BK m. 408 ve m. 409 hükümleri de bu anlamda birer özel hüküm niteliğinde olup, işgörme ediminin sunulmadığı hallerde ücret alacağının durumu bu anılan hükümlerde düzenlenmiştir. Gerçekten, edim yerine getirilmediğinde karşı edim hasarına kimin katlanması gerektiği sorunu, iş ilişkileri bakımından da büyük önem taşır.

İsviçre öğretisinde ifade edildiği üzere, borçlar hukuku sisteminde, işgörme ediminin tarafların kusuru olmaksızın yerine getirilmemesi durumu aslında hiç düzenlenmemiş değildir. Her şeyden önce, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 324a (karş. BK m. 409) maddesi, işgörme ediminin işçinin şahsından kaynaklanan, kusuru olmaksızın engellenmesi halini düzenlemektedir<sup>74</sup>. Yine, işletme rizikosu teorisi de (*die Betriebsrisikotheorie*) -ki bu teoriye kanun metninden ulaşılması mümkündür- esasında işgörme ediminin tarafların kusuru olmaksızın yerine getirilememesine ilişkindir<sup>75</sup>. İşletmesel aksaklıklar, pek çok nedene bağlı olarak ortaya çıkabilir: teknik eksiklikler, doğal felaketler, insandan kaynaklanan hatalar, işverenin veya

<sup>73</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 38, s. 350.

<sup>74</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324 Kn. 38, s. 350; Vischer, **Arbeitsvertrag**, s. 127.

<sup>75</sup> İsviçre öğretisinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 324. maddesi (BK m. 408'e karşılık gelen hüküm) işletme rizikosu teorisinin yasal dayanağı olarak görülmektedir, Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324 Kn. 38, s. 350.

işçilerin hastalığı ya da idari makamların aldığı önlemler bu kapsamda sayılabilir<sup>76</sup>. Bu gibi durumlarda olumsuz sonuçlarını kimin üstlenmek zorunda olduğu, işletmesel rizikonun kimin taşıdığını göstermektedir<sup>77</sup>. İşletme rizikosunun kural olarak işveren üzerinde olduğu kabul edilmektedir<sup>78</sup>.

İşletme rizikosu teorisinin ortaya çıkmasının asıl nedeni, bireysel ilişkilere göre kurgulanan imkânsızlık ve alacaklının temerrüdüne ilişkin düzenlemelerin; işin görülmesinin ayıplı ham madde, eksik enerji, bir afet sebebiyle işyerine girilememesi ya da makinelerin arızalanması gibi nedenlerle mümkün olmaması halinde uygulanmaya elverişli olmamasıdır<sup>79</sup>. Alman hukuku menşei olan bu teori ile işverenin yol açmadığı, onun kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle işçinin işyerinde işini görememesi halinde risk işverene yükletilmiştir. İşletmenin yönetiminin ve işleyişinin işverence organize edilmesinden dolayı, işletme rizikosunun kural olarak işveren üzerinde olmasını gerektirir<sup>80</sup>. İşverenin kusurunun bulunmadığı belirli hallerde işçi, işgörme edimini sunmaksızın ücrete bu teori sayesinde kavuşabilmektedir.

Teorinin ortaya çıktığı Almanya’da, işin işverenden kaynaklanmayan nedenlerle görülmemesi durumunda işçinin ücret alacağını talep edip edemeyeceği meselesinin özellikle Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarında uygulamayı epey meşgul ettiği belirtilmektedir<sup>81</sup>. Elbette işletme riski olarak anılan durumların, yalnız savaşlar sırasında değil, doğa olaylarında ya da teknik, organizasyonel, ekonomik ve politik sebeplerle de ortaya çıkabilmesi mümkündür. Böylelikle işveren yalnızca ham madde eksikliği gibi finansal riskleri (*das Wirtschaftsrisiko*) değil, doğa olaylarının veya idari makamların yasal düzenlemelerinin işyerini etkileyerek işgörmenin yerine

<sup>76</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324, Kn. 13, s. 260.

<sup>77</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324, Kn. 13, s. 260.

<sup>78</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324, Kn. 13, s. 260; Vischer, **Arbeitsvertrag**, s. 121.

<sup>79</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 61, s. 285; Dütz, Thüsing, **Arbeitsrecht**, Kn. 250.

<sup>80</sup> Dütz, Thüsing, **Arbeitsrecht**, Kn. 250-251.

<sup>81</sup> Fabricius, **Leistungsstörungen**, s. 52. Alman öğretisinde işin görülmesine engel olan durumun bütün bir meslek dalını etkilemesi söz konusu olabileceği gibi, olumsuz etkinin bir veya birkaç işletmeyle sınırlı kalabileceğine de dikkat çekilmiştir, bkz. Fabricius, **Leistungsstörungen**, s. 52-53.

getirilmesine engel olması riskini de üstlenmektedir<sup>82</sup>. Almanya’da borçlar hukuku reformu ile getirilen düzenleme uyarınca; ham madde eksikliği, enerji yetersizliği, yangın ya da işletmenin içinde bulunduğu maddi imkânsızlıklar olarak somutlaştırılabilecek örneklerde, işin görülmesini engelleyen sebebin meydana gelmesinde işverenin kusuru bulunmamasına rağmen, işçinin ücret alacağı kanun gereği (§ 615 BGB) korunmaktadır<sup>83</sup>. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, aynı sonuca Borçlar Hukuku Reformundan önce işletme rizikosu teorisini uygulayan yargı kararları ile ulaşılmakta idi<sup>84</sup>.

Bu noktada Alman hukukunda işletme riski teorisinin borçlar hukuku reformu ile Kanun metnine alındığı halinin, yeterli açıklık taşımadığı gerekçesiyle eleştiriye uğradığı da belirtilmelidir<sup>85</sup>. Söz konusu maddede (§ 615 BGB), işverenin temerrüdü nedeniyle edimini yerine getiremeyen işçinin karşı edime yine de hak kazanacağı, ancak işin görülmemesine bağlı olarak işçinin tasarruf ettiği masrafların düşüleceği ifade edildikten sonra, *bu esasların işverenin işletme rizikosunu taşıdığı hallerde de aynı şekilde uygulanacağı* belirtilmiştir. Böylelikle işverenin işletme riskini hangi durumlarda taşıdığı sorusunun cevabının yargıya bırakıldığı anlaşılmaktadır ki, işletme rizikosu teorisinin Medeni Kanun’a aktarılması bu anlamda aslında hiçbir yenilik getirmemiştir<sup>86</sup>.

İşletme rizikosu teorisine, -hukuk metinlerinde açıkça yer almasa da- İsviçre hukukunda da başvurulmaktadır. İşletme riskinin işverenin üzerinde olması, onun sorumluluk alanının dışında gerçekleşen sebeplerin işgörme ediminin kabulünü imkânsızlaştırmasını da kapsamaktadır<sup>87</sup>. İsviçre öğretisinde, işletme rizikosu ve ekonomik rizikonun işverenin üzerinde olması kuralının bazı durumlarda yumuşadığı, mücbir sebepler bakımından bir ayırım yapılarak; genel grev, savaş veya

---

<sup>82</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 62, s. 285.

<sup>83</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 25, Kn. 4, s. 389-390.

<sup>84</sup> Alman Borçlar Hukuku Reformu öncesinde işletme riski teorisinin uygulandığı bir karar örneği olarak bkz. BAG, Urt. vom 9.3.1983 - 4 AZR 301/80, (Çevrimiçi) <http://www.aus-portal.de/datenbanken>, 20.10.2015.

<sup>85</sup> Bkz. Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 67, s. 286.

<sup>86</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 65, s. 286.

<sup>87</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 122.

doğa felaketleri gibi mücbir sebeplerin ortaya çıkması durumunda işletme rizikosu teorisinin işveren lehine biraz törpülediği görüşü de savunulmaktadır<sup>88</sup>. Ancak işverenin doğa olayları, savaş gibi durumlarda işletme rizikosunu taşıyıp taşımadığının genel olarak tartışmalı olduğu söylenilebilir<sup>89</sup>.

İsviçre öğretisinde, işletme tekniğiyle ilgili, ekonomik ya da idari engellerin işletme rizikosu sayılmasının İsviçre Borçlar Kanunu'nun 324. maddesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Zira kendisine yabancı bir iş organizasyonuna tabi olarak çalışan işçinin işgörme borcunu işlemeye devam eden bir işyerinde sunabilmesi, işverenin sağlaması gereken hazırlık fiillerini yerine getirmesini gerektirir<sup>90</sup>. İşverenin bu hazırlık fiilini yerine getirmemesinde kusuru olmasa da, İsviçre Borçlar Kanunu m. 324 gereğince ücret ödeme yükümlülüğü, işverenin kabulde temerrüdü hükmü çerçevesinde korunmaktadır ve bu anlamda işverenin, kendisine gereği gibi sunulmuş olan edimden hangi sebeplerden ötürü yararlanamamış olduğu da önem taşımamaktadır<sup>91</sup>. İsviçre hukukuna göre işverenin temerrüde düşmesi onun kusurlu olmasını gerektirmemekte olup, işletme riskini işverenin taşıması gerektiği kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Bu maddede öngörülen hukuki sonuçlar, işgörme ediminin işletmesel arıza nedeniyle imkânsız hale geldiği durumlarda da doğmaktadır<sup>93</sup>. Alman hukukunda da benzer şekilde, işverenin

---

<sup>88</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 122. Yazara göre; esasında genel grev, savaş ve doğa olayları gibi durumlar da işvereni ücret ödeme borcundan kurtaramamaktadır. Bu tür durumlarda yalnızca, sadakat yükümlülüğü gereğince işçiden çalışmadığı süreyi telafi etmesi istenebilir, bkz. **Der Arbeitsvertrag**, s. 122-123. Aynı yönde Daniel Brand, Lucius Dürr, Bruno Gutknecht, Peter Platzer, Adrian Schnyder, Conrad Stampfli, Ulrich Wanner, **Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht**, Bern, Cosmos Verlag, 1991, Kn. 9, s. 167.

<sup>89</sup> bkz. Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324, Kn. 20, 25, s. 264, 266.

<sup>90</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 39, s. 350.

<sup>91</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 39, s. 350.

<sup>92</sup> Portmann, **Basler Komm.**, Art. 324, Kn. 4, s. 1826. İşçi, işverene ait bir organizasyona dâhil olduğuna göre, işgörme edimini sunabilmesinin sağlanması bakımından işverenin katılımı zorunludur, Portmann, **Basler Komm.**, Art. 324, Kn. 5, s. 1826; Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 39, s. 350. İşveren bu duruma kusuruyla yol açmasa dahi temerrüt nedeniyle işçi ücrete hak kazanmaktadır, Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.** Art. 324, Kn. 39, s. 350; Philippe Ruedin, Urs Christen, Irmtraud Bräunlich Keller, **Das Schweizerische Obligationenrecht für den Alltag**, 10. Aufl., Beobachter Edition, 2013, s. 364. Maddenin yanıltıcı lafzına karşın, işgörme edimini kabulde engellemenin, işverenin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmamasının önemi olmadığı görüşünde, bkz. Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 122; Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324, Kn. 10, s. 259.

<sup>93</sup> Reh binder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 39, s. 350.

temerrüde düşmesi bakımından kusur şartı, ne alacaklı temerrüdünün düzenlendiği genel hükümlerde (§§ 293, 294 BGB) ne de işverenin temerrüdünü özel olarak düzenleyen hükümde (§ 615 BGB) öngörülmüştür. Dolayısıyla işverenin aslında uygun bir zamanda sipariş etmiş olduğu makinanın gelmemesi veya işyerinin bir doğa olayı nedeniyle zarar görmesine bağlı olarak iş başı yapılamaması olasılıklarında işçiler, işgörme borçlarını yerine getirmek zorunda kalmaksızın ücrete hak kazanmaktadır<sup>94</sup>.

Hukukumuz bakımından ise, öncelikle işletme rizikosu teorisinin hukuki esaslarının ayrıntılı bir biçimde ele alınmamış olduğu ifade edilebilir<sup>95</sup>. Öğretide taraftar bulan ağırlıklı görüşe göre; ham madde yokluğu, kötü hava şartları veya elektrik kesilmesi gibi durumlar işverenin temerrüde düşmesini engellememektedir<sup>96</sup>. Dolayısıyla bu tür durumlarda risk işveren üzerindedir. Mücbir sebep sayılan hallerin yol açtığı bir imkânsızlık söz konusu ise, işverenin haklı bir neden ile işletme rizikosundan kurtulduğu kabul edilmektedir<sup>97</sup>.

İş hukuku öğretisinde, *Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal*, işverenin teklif edilen işin ifasını haklı neden olmaksızın reddetmesini işverenin temerrüde düşmesi bakımından bir şart olarak değerlendirmekte<sup>98</sup>, ancak işgörme ediminin sunulmasına ilişkin teklifin reddine yol açan nedenin haklı neden olarak görülebilmesi için objektif nedene dayanması gerektiğini ileri sürmektedirler<sup>99</sup>. *Soyer*'e göre, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel esaslar (mülga 818 sayılı BK m. 90 / karş. 6098 sayılı BK m. 106), hizmet sözleşmelerine ilişkin özel hüküm (mülga 818 sayılı BK m. 325 / karş. 6098 sayılı BK m. 408) bakımından da dikkate alınmalıdır, o halde işi kabulden söz edebilmek için haklı bir neden olmaksızın ifanın kabul edilmemiş olması ya da

<sup>94</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, *Arbeitsrecht*, Kn. 47, s. 281.

<sup>95</sup> Polat Soyer "İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku", *DEÜHFD*, S. 2, 1981, s. 101.

<sup>96</sup> Tunçomağ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 864-865; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, *İş Hukuku*, s. 672; Tunçomağ, Centel, *İş Hukuku*, s. 116.

<sup>97</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, *İş Hukuku*, s. 672.

<sup>98</sup> Aynı görüşte bkz. Soyer, *İşletme Rizikosu*, s. 103..

<sup>99</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, *İş Hukuku*, s. 672.

hazırlık fiillerinin yerine getirilmemiş olması gerekir<sup>100</sup>. Keza *Tunçomağ / Centel* de, ifayı kabulden kaçınmanın, hukuken hoş karşılanır bir nedene dayanmadığı sürece haksız sayılması gerektiğini ifade ederek, işverenin işin ifasını kabul etmemesinin haklı bir nedene dayanıp dayanmamasına önem vermiştir<sup>101</sup>.

Bu noktada dikkat çekmek isteriz ki, Borçlar Kanunu'nun işverenin temerrüdü yan başlığını taşıyan 408. maddesi ile aynı Kanun'un genel hükümlerinde alacaklının temerrüdünü düzenleyen 106. maddesi arasında farklılık bulunmaktadır. Borçlar Kanunu m. 106 uyarınca, alacaklının temerrüde düşmüş sayılabilmesi için, edimi kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan *haklı sebep olmaksızın* kaçınması gerekmektedir. Oysa Borçlar Kanunu m. 408'de; işverenin edimi kabulünden kaçınma sebebinin *haklı* olup olmamasına herhangi bir önem atfedilmemiştir. Kanaatimizce, (BK m. 106'nın metninden farklı olarak) BK m. 408'de yer verilmeyen "haklı sebep" ifadesinin bir şart olarak aranması isabetli değildir, zira BK m. 408 bir özel hüküm niteliği taşımaktadır. Bu anlamda işletme rizikosu teorisinin sınırları çizilirken, Borçlar Kanunu m. 106'dan yararlanılmasının isabet taşımadığını düşünmekteyiz.

Öte yandan, bilindiği üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile ilgili maddeye bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, işveren, "*işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse*" de işçiye ücretini ödemekle yükümlü tutulmuştur. Bu noktada dikkat çekmek isteriz ki, Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde "*işveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse*" ifadesi yer almasına karşılık, mehz Kanun'un 324. maddesinde *işgörmenin işverenin kusuru sonucunda yerine getirilmemesinden* söz edilmektedir. Görüşümüze göre, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun Kanun koyucusu, madde metninde farklı bir ifade kullanması bilinçli bir tercihin ürünü değildir ve kusuru ile engelleme ile kusuru ile yol açma ifadeleri birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır. Nitekim madde gerekçesinde ifade farklılığının bilinçli bir iradeyi ortaya koyduğuna yönelik

<sup>100</sup> Soyer, *İşletme Rizikosu*, s. 103.

<sup>101</sup> Tunçomağ, Centel, *İş Hukuku*, s. 116.

bir açıklama bulunmadığı gibi, maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 324. maddesinin göz önünde tutulduğuna yer verilmiştir.

Yukarıda da yer verdiğimiz üzere, bize göre bu ifade, Kanun koyucunun bu madde çerçevesinde sadece işverenin edimi kabul etmeme durumunu öngörmediğini işaret etmektedir. Maddeye yeni eklenen ifade ile söz konusu hükümde, aynı zamanda işverenin iş verme borcuna aykırılığın sonuç bağlandığı kabul edilebilir<sup>102</sup>. Borçlar hukuku öğretisinde, ifa engeli ile uyumsuzluk konusunda hüküm vermek gerektiğinde, öncelikle bir imkânsızlık halinin söz konusu olup olmadığının denetlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>103</sup>. O halde burada, Borçlar Kanunu m. 408'in lafzına da uygun olarak, öncelikle işverenin iş verme borcunun imkânsız hale gelmesinde kusuru olup olmadığının (işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engelleyip engellemediğinin) araştırılması düşünülebilir. İşveren, mümkün olan en yüksek derecede özen göstermiş olsa dahi, onu iş veremeyecek duruma sokan bir engelin söz konusu olması halinde artık iş verme borcu imkânsız hale geldiğinden, işverenin edimi kabulde temerrüde düşüp düşmediğini ayrıca değerlendirmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Böyle bir durum olmaksızın (iş verme borcunun kusursuz imkânsızlığı gibi bir durum söz konusu olmaksızın) işveren sunulan edimi kabulde temerrüde düşerse de yine BK m. 408'de öngörülen sonuç doğmaktadır ki bu ikinci ihtimalde (edimi kabulde temerrüt) işverenin bir kusur olup olmamasına bir önem atfedilmemiştir. Dolayısıyla Kanun'a göre işveren, yalnızca işgörme edimini yerine getirilmesini kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyecek bir şekilde engelleyemediği durumlarda ücret ödeme borcundan muaf tutulabilir. Diğer durumlarda (işverenin işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse yahut edimi kabulde temerrüde düşerse) ise BK m. 408 hükmü uyarınca, işçi ücrete hak kazanmaktadır. Kanun koyucunun "işverenin temerrüdü hâlinde" başlığı altında her iki duruma da aynı sonucu bağladığı görülmektedir. Madde uyarınca işçinin ücret alacağı korunmakta, ancak bu alaktan belirli kalemler mahsup edilmektedir. Sonuç olarak kanaatimizce, işletmede faaliyet örneğinin bir doğa felaketi neticesinde devam edemiyor ise, Borçlar Kanunu madde 408'de ayrı bir şart olarak yer verilmemesine

---

<sup>102</sup> II. Bölüm, 4.2.2. Başlık.

<sup>103</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 11, Kn. 3, s. 134.

rağmen işverenin edimi kabulden kaçınmasının *haklı bir nedene* dayanıp dayanmadığı hususunun değil, Borçlar Kanunu'nda yer verildiği üzere işgörme ediminin işverenin kusuru ile engellenip engellenmediğinin belirlenmesi gerekir.

Tekrar edelim ki, İsviçre hukukunda işletme rizikosunun kural olarak işverenin üzerinde olduğu kabul edilmekte ise de, işverenin doğa olayları, savaş gibi durumlarda işletme rizikosunu taşıyıp taşımadığı genel olarak tartışmalıdır<sup>104</sup>. Şüphesiz her hukuk sisteminde işverenden beklenen, işletmesinin çeşitli engeller karşısında faaliyetine devam edebilecek bir organizasyon kurmasıdır. Nitekim günümüzdeki gelişmeler, bir işverenin alması gereken önlemlerin kapsamını da artırmıştır. Diğer bir ifadeyle zaman, mücbir sebep kavramının aleyhine (onu daraltacak şekilde) işlemektedir. Mücbir sebep, genel olarak borçlunun işi ve işletmesiyle ilgisi bulunmayan, en yüksek derecede özen gösterilmiş olsa bile önlenemeyecek, önceden görülemeyen, dışarıdan kaynaklanan olay olarak tanımlanmakta, ancak bu kavramın sınırının çizilmesinin güç olduğuna da dikkat çekilmektedir<sup>105</sup>.

O halde, işverenin işletmesinde bir doğal afet neticesinde iş görülmediği hallerde, işverenin işleme rizikosunu taşıyıp taşımadığı konusunda somut durumun özelliklerinin (doğal afetin boyutu, işverence alınabilecek herhangi bir önlemin olup olmadığı vb. ) araştırılması yerinde olacaktır. Kanaatimizce eğer işverence işin görülmesinin devamı için mümkün olan en yüksek derecede özen gösterilmiş olsa dahi sonuçtan kaçınılamıyor ise, artık ona hiçbir kusur isnat edilemeyeceği kabul edilmek gerekir. Nitekim BK m. 408'de; işveren işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse işçiye ücretini ödemekle yükümlü tutulmuştur. Sonuç olarak, mücbir sebep niteliği taşıyabilecek olaylar genel bir biçimde sayılmak yerine, her bir somut olay kendi özellikleri dikkate alınarak incelenmelidir. Nitekim öğretide de ifade edildiği üzere, kimi durumda deprem, genel grev veya ihtilal gibi olayların mücbir sebep olarak nitelendirilmemesi dahi olası olup, rizikonun kime

<sup>104</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324, Kn. 20, s. 264.

<sup>105</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, Kn. 4, s. 189.



yüklenmesinin amaca daha uygun düşeceğine göre bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır<sup>106</sup>.

Yukarıda yer verildiği üzere, hangi risklerin işletme rizikosu kapsamında işverene ait olacağı tartışmalıdır. Öte yandan bu noktada, söz konusu teorinin işgörme ediminin taraflara isnat edilemeyecek nedenlerle yerine getirilmediği tüm hallerde uygulama alanı bulmadığı da ifade edilmelidir. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukuk öğretisinde ilgi çekici bir tartışmanın toplu iş uyuşmazlıkları bakımından gündeme geldiği görülmektedir. Bireysel ilişkiler için kurgulanmış olan ifa engelleri sisteminin toplu mücadele sistemine uygun olmayışı<sup>107</sup> ve toplu iş hukuku düzenindeki mücadelede silahların eşitliğinin (*die Kampfsparität*) benimsenmesi<sup>108</sup> gibi nedenler, iş mücadelesi rizikosunun (*das Arbeitskampsrisiko*) işletme rizikosu öğretisi bakımından bir istisna kabul edilmesine yol açmıştır. Bunun sonucunda da toplu iş uyuşmazlıklarında ücret alacağının durumu özel olarak ele alınmaktadır. Greve katılan işçilerin işverene işgörme edimlerini sunmama nedeniyle işveren temerrüdü gibi bir sonucun doğmayacağı açıktır<sup>109</sup>. Buna karşılık, greve katılmayarak işverene işgörme edimini sunan işçinin *işveren tarafından çalıştırılmaması* halinde ücret alacağının durumunun açıklığa kavuşturulması pek de kolay bir uğraş değildir.

Karşılaştırmalı hukukta kabul edilen baskın görüşe göre, eğer grev sırasında işletmede işin görülmesine devam edilmesi işveren için imkânsız ya da beklenilmez ağırlıkta bir durum arz ediyorsa, greve katılmayan ve çalışmaya devam etmek isteyen işçilerin ücret alacağına hak kazanamayacaklarının kabul edilmesi gerekir<sup>110</sup>. İşveren bakımından bu durumun söz konusu olabilmesi için, mevcut şartlar altında üretime

<sup>106</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, Kn. 4, s. 189.

<sup>107</sup> Bkz. Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 67, s. 286.

<sup>108</sup> Ücretin ödenmemesinin işverenin bir iş mücadelesi aracı olmadığı ve işgörme ediminin iş mücadelesi yollarına başvurulması nedeniyle yerine getirilemediği hallerde ücret riskinin dağılımına ilişkin esasların aslında iş mücadelesi hukuku ile çok az bir kesişimi olduğu görüşünde bkz. Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 75, 77, s. 288-289.

<sup>109</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 124; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art 324, s. 351, Kn. 42.

<sup>110</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 67, s. 286. İşçilerin çalıştırılmasının işverenden beklenemeyecek ağırlıkta olduğunu ispat yükü işveren üzerinde olduğu yönünde bkz. Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 25, Kn. 9, s. 391.

devam etmek, -teknik olarak mümkün olsa bile- başvuru iş mücadelesi yolları nedeniyle kendisinden beklenilmez bir hal almış olmalıdır<sup>111</sup>. İşverenin greve katılmayan işçilerini çalıştırmasının kendisinden beklenemeyeceği bu hallerde, işçilerin ücrete hak kazanamayacakları kabul edilmekte ve bu durum işletme rizikosu teorisinin bir istisnası sayılmaktadır<sup>112</sup>. Bilindiği üzere iş mücadelesi, iki güçlü sosyal grup arasında yürütülen bir mücadeledir<sup>113</sup>. Alman hukuku öğretisinde, greve katılmayan (ancak işveren tarafından çalıştırılmayan) işçilerin ücret alacağından yoksun bırakılmasının gerekçesi olarak, işçilerin kapalı bir sosyal grup olarak görülmesi gösterilmiştir; öyle ki, çalışmak isteyen işçiler greve çıkan işçilerden kaynaklanan engelin olumsuz sonuçlarına katlanmalıdır<sup>114</sup>. İsviçre öğretisinde ise, benzer yönde greve katılmayan işçilere ücret ödenmesinin iş mücadelesinde devletin tarafsız kalması ve sosyal taraflar arasında silahların eşitliği ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüş ise de<sup>115</sup>, aksi yönde görüşler de savunulmuştur. Bu görüşe göre, işgörmeye devam edilmesinin işveren için imkânsız hale geldiği durumlarda bile bu riskin işçi üzerinde bırakılması için yeterli gerekçeler bulunmamaktadır<sup>116</sup>.

Hukukumuz bakımından, iş mücadelesi rizikosuna ilişkin karşılaştırmalı hukukta süregelen tartışmanın ulusal öğretimizde yeterli ilgiye mazhar olmadığı da ifade edilmek gerekir. Kanaatimizce, toplu iş hukuku mevzuatımızdaki özel hükümler de iş mücadelesi rizikosuna ilişkin tartışmaların yaşanmasına engel olmuştur. Karşılaştırmalı hukukta işletme rizikosu teorisinin istisnası olarak kabul edilen durum, diğer bir ifadeyle işverenin greve katılmayan işçileri çalıştırmasının imkânsızlaşması halinde işçilerin ücrete hak kazanamamalarına ilişkin mülahazalar,

<sup>111</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 72, s. 287.

<sup>112</sup> Soyer, **İşletme Rizikosu**, s. 118-119.

<sup>113</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 74, s. 288.

<sup>114</sup> Emmerich, **Leistungsstörungen**, § 25, Kn. 6, s. 390. Bununla birlikte, başka bir işyerinde başlayan grevin söz konusu işyerinde çalışan işçiler üzerindeki etkilerinin farklı bir biçimde ele alınması gerekir. Örneğin, bir işyerine enerji veya hammadde sağlayan işyerinde başlayan grev nedeniyle, söz konusu mal veya hizmetin işyerine gönderilememesinden dolayı o işyerindeki işçilerin işgörmeleri mümkün olmadığında, bu işçilerin ücret alacaklarından yoksun kalacakları kabul edilmemektedir, bkz. Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 72, s. 287.

<sup>115</sup> Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 124.

<sup>116</sup> Bu yönde bkz. Wyler, **Betriebsrisiko**, s. 172.

mevzuatımızda işverenin greve katılmayan işçileri çalıştırmama serbestisine yer verilmesi, diğer bir ifadeyle bu konuda takdirin işverene bırakılmış olması nedeniyle bir anlam taşımamaktadır. Gerçekten, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 65. maddesinde; işverenin, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğu öngörülmüştür (m. 65/I). Öğretide bu hüküm, grevin uygulandığı işyerinde greve katılmayan işçilerin çalışmayı sürdürmelerinin işveren açısından gereksiz işletme giderlerine yol açabilecek olması nedeniyle, işverene tanınan bir imkân olarak değerlendirilmektedir<sup>117</sup>. Bu düzenleme, mülga 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'ndan<sup>118</sup> beri hukuk düzenimizde mevcut bulunmaktadır. Henüz 275 sayılı Kanun yürürlükte iken bu açık düzenleme karşısında işverenin greve katılmayan işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta tamamen serbest olduğu ileri sürülmüştür<sup>119</sup>. Oysa bu düzenlemeye mülga 275 sayılı Kanun'da yer verilmesine ilişkin açıklamalar incelendiğinde<sup>120</sup>, işverenin greve katılmayan işçileri çalıştırmayabilmesi ve dolayısıyla onlara ücret ödemekten kurtulabilmesinin, grev nedeniyle iş verme imkânının bulunmadığı haller ile sınırlı tutulmasının amaçlandığı ortaya çıkmaktadır<sup>121</sup>. Ancak işverenin işçileri çalıştırmama hakkını kullanabilmesi için, iş vermenin onun bakımından imkânsız hale gelmesi gibi bir koşul aranmamaktadır<sup>122</sup>. Nitekim *Oğuzman*'a göre, Komisyon görüşmelerinde bu hükme yer verilmesinin sebebi işyerini işletme imkânsızlığına

<sup>117</sup> Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 451; Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 459.

<sup>118</sup> RG. : 24.07.1963, S. 11462.

<sup>119</sup> M. Kemal Oğuzman, **Hukukî Yönden Grev Ve Lokavt**, Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967, s. 119; M. Kemal Oğuzman, **Hukukî Yönden İşçi - İşveren İlişkileri, C.1**, Yeni Mevzuata Göre Yeniden Yazılmış 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 228; Seza Reisoğlu, **Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986, s. 345; Esener, **İş Hukuku**, s. 638.

<sup>120</sup> "...Faraza 100 işçi çalıştıran bir işyerinde 98 işçi grev yapmış, sadece bu ikisi greve katılmamış ve çalışma iradesini ihzar etmişse iş verenin bu iki işçiyi çalıştırmak suretiyle fabrikasını nasıl işler halde tutacağını anlamak mümkün değildir. Bu takdirde de iş verenin kendi iradesi dışında olan bir iş inkıtaı sırasında birtakım işçilere çalışmak isterlerse dahi ücret ödemesini kabul etmek, şu kanun tasarısında bilhassa riayet etmeyi kendimize vazife saydığımız işçi ve iş veren arasındaki hakkaniyet ve hukuk dengesini işveren aleyhine kabili tecviz olmayan bir şekilde ihlâl etmiş olur..." , söz konusu açıklama için bkz. Türk İş, **Sendikalar ve Grev, Lokavt Hakları**, Ankara, Şark Matbaası, 1964, s. 148.

<sup>121</sup> Soyer, **İşletme Rizikosu**, s. 116-117.

<sup>122</sup> Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2017, s. 423.

dayanması olarak izah edilmiş ise de, Kanun metninde işverenin bu yetkisini kullanması için böyle bir şarta bağlanmamış olup, aksine işverenin “çalıştırıp çalıştırmamakta serbest” olduğu öngörülmüştür<sup>123</sup>.

Oysa karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde, işverenin sınırsız biçimde greve katılmayan işçileri çalıştırmayarak ücret ödemekten kurtulma hakkına sahip bulunduğunun kabul edilmediği görülmektedir<sup>124, 125</sup>. Öğretide de isabetle ifade edildiği üzere, işverene tanınan bu yetki, greve katılmayan işçinin çalışma hakkına önemli bir müdahaledir<sup>126</sup>. Kanun’a göre, greve katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılmayan işçilerin iş sözleşmeleri askıda kalmaktadır (m. 67/I). Bu durumdaki işçinin iş sözleşmesi askıda olacağından, işçi bu dönemde ücrete hak kazanamayacağı gibi, taraf sendikaya üye olmadığı için ya da üye olsa bile grev başlangıcında greve katılmadığı için sendikanın maddi bir yardımından da yararlanamayacaktır<sup>127</sup>. Bir görüşe göre, adil bir çözüm önerisi olarak, yasal bir değişikliğe kadar, işverenin (grev hali hariç) kendisine isnat edilebilen bir nedenle greve katılmayan işçilere iş vermediği durumlarda borçlar hukukunun genel hükümleri uyarınca ücret ödemek zorunda olduğunun kabul edilebileceği ileri sürülmüştür<sup>128</sup>. Biz de hükmü amacına göre yorumlayan bu görüşe katılmaktayız. Çalışma arzusundaki işçilerin işverence çalıştırılmaması işgörmeye ediminin

---

<sup>123</sup> Oğuzman, **Grev Ve Lokavt**, s. 119.

<sup>124</sup> Soyer, **İşletme Rizikosu**, s. 122.

<sup>125</sup> Ekleme gerekir ki öğretide, Kanunda işverene tanınan bu yetkiye ilişkin bir sınırlama öngörülmemiş olmasının, bu yetkinin sınırsız bir biçimde kullanılabilmesi anlamına gelmediğine, işverenin bu hakkını kullanırken eşitlik ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğuna, diğer bir ifadeyle bu hakkını keyfi olarak yalnız bir takım işçiler bakımından kullanmasının mümkün olmadığına dikkat çekilmektedir, bkz. Tuncay, Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, s. 423; Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 478; Sur, **Toplu İlişkiler**, s. 451; Fevzi Şahlanan, “İşe İadesine Karar Verilen İşçinin Grevdeki İşyerine İşe Başlatılma Talebi (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren**, Temmuz-Ağustos 2014, s. 403. Eşit davranma yükümünün yasakladığı hususun, işverenin aynı durumda bulunan işçiler arasında keyfi ayırım yapmaması olduğu ve dolayısıyla burada işyeri bölümlerindeki bir kısım işçinin çalıştırılıp diğer bölümdeki işçilerin çalıştırılmaması gibi durumların bir keyfilik oluşturmayacağı görüşünde bkz. Sur, **Toplu İlişkiler**, s. 451; Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 460.

<sup>126</sup> Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 459.

<sup>127</sup> Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 478; Sur, **Toplu İlişkiler**, s. 452; Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 459.

<sup>128</sup> Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 478. Yasal bir değişikliğe kadar işverenin grevci olmayan işçilere hukuken değilse bile fiilen iş vermek zorunda olduğunun kabulünün adil olacağı yönünde bkz. Kenan Tunçomağ, **İş Hukuku, Cilt II**, 2. Bası, İstanbul, 1985, s. 491.

imkânsızlığı sonucunu doğurur ki, bu durum temerrüde eş tutulmaktadır. Bu noktada, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda bu yorumumuzu destekleyecek bir değişikliğe yer verildiğini de eklemek isteriz. Yürürlükte bulunan Kanun'un 67. maddesinin birinci fıkrasında, daha önce yürürlükte bulunan Kanunlardaki düzenlemelerden farklı olarak<sup>129</sup>, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip çalıştırılmayan değil, *çalıştırılmayan* işçilerin sözleşmelerinin askıya alınacağı öngörülmektedir. Bu fıkra da bir harf değişikliğine yer verilerek, grev nedeniyle *çalıştırılmayan değil çalıştırılmayan* işçilerden söz edilmiş olmasının, işverenin greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin işgörmeye edimlerini sunmaları bakımından serbest bir tasarrufa sahip olmadığı şeklinde yorumlanabileceği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte tekrar edelim ki, öğretideki baskın görüş, işverenin greve katılmayan işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğu yönündedir<sup>130</sup>. İşverenin de greve katılmayan işçileri çalıştırmamakta haklı bir menfaati olduğundan söz etmek mümkün olup, Kanun koyucunun işçi ve işveren arasındaki menfaat çatışmasını işveren lehine çözümlendiği anlaşılmaktadır<sup>131</sup>. İşverene, işgörmeye edimini gereğini gibi sunan işçileri ücret alacağından mahrum bırakabilecek yönde bir serbestlik tanınması şüphesiz pek çok yönden eleştiriye açıktır. Nitekim greve katılmayan işçilerin işverence çalıştırılmamasına imkân tanıyan bu düzenleme öğretide öteden beri eleştirilere uğramıştır<sup>132</sup>.

İşletme rizikosu teorisi ile işçinin ücret alacağının korunmasının bir diğer istisnasını ise, işletmenin kendi varlığının tehlikeye girmesi durumunun oluşturduğu ileri sürülmektedir. Ancak bu durumu işletme rizikosu teorisinin istisnası olarak kabul için yeterli gerekçelerin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Öğretide isabetle

<sup>129</sup> Bkz. mülga 275 sayılı Kanun m. 24 ve 27; mülga 2822 sayılı Kanun m. 38 ve 42.

<sup>130</sup> Oğuzman, **Grev Ve Lokavt**, s. 119; Oğuzman, **İşçi - İşveren İlişkileri**, s. 228; Reisoğlu, **Toplu İş Sözleşmesi**, s. 345; Esener, **İş Hukuku**, s. 638; Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 459.

<sup>131</sup> Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 459.

<sup>132</sup> Oğuzman, **Grev Ve Lokavt**, s. 120; Şener Akyol, **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967, s. 122-123; Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 478; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku II- Toplu İş İlişkileri**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2016, s. 728; Sur, **Toplu İlişkiler**, s. 452.

belirtildiği üzere, işverenin iş sözleşmesini işletmesel nedenlerle geçerli feshi ya da kısa çalışma gibi kendisine sunulmuş olan imkânlarla başvurması mümkün olduğuna göre, artık işçilerden daha fazlasına katlanmalarını beklemek için makul bir neden bulunmamaktadır<sup>133</sup>. Belirtelim ki İsviçre öğretisinde de, işletmenin kendi varlığının tehlikeye düşmesi durumunda, işletmenin varlığını sürdürmesinde işçilerin de menfaati olduğu gerekçesiyle işçilerin ücretlerinde azalmaya ya da ücretlerini tamamen kaybetmeye katlanmaları gerektiğini ileri süren bu görüşe tereddütle yaklaşılmaktadır<sup>134</sup>. İşverenin daha sonradan iflas etmesi halinde, işçilerin sebepsiz yere dezavantajlı durumda kalacakları da göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husustur<sup>135</sup>.

### **3. İş Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık**

#### **3.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık**

İş Kanunu'nda başlangıçtaki imkânsızlık halinde uygulanmak üzere özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'na tabi çalışan işçilerin iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelini ortaya çıkmasına ilişkin yer verilen esasların, kural olarak İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından da geçerli olduğu belirtilmelidir<sup>136</sup>.

#### **3.2. Sonraki İmkânsızlık**

İş Kanunu'nda, -Borçlar Kanunu'nun aksine- işgörme ediminin ifasının engellenmesi ve bu durumun ücret üzerindeki etkileri genel nitelik taşıyan hükümler çerçevesinde (bkz. BK m. 408 ve 409) düzenlenmiş değildir. Bunun yerine İş Kanunu'nda pek çok özel düzenlemeye (işçinin hastalanması, bir yakınının ölümü, işyerinde ya da işçinin çevresinde ortaya çıkan zorlayıcı nedenler gibi) yer verilmiştir. İş Kanunu'nda, işçi-işveren ilişkilerinde sıklıkla ortaya çıkabilecek ifa

<sup>133</sup> Zöllner, Loritz, Hergenröder, **Arbeitsrecht**, Kn. 64, s. 285.

<sup>134</sup> Rehbinder, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, Kn. 208, s. 103; Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art 324, Kn. 43, s. 352.

<sup>135</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 43, s. 352; Portmann, **Basler Komm.**, Kn. 11, s. 1827.

<sup>136</sup> Bkz. III. Bölüm, 2.1. Başlık.

engellerinin Kanun koyucu tarafından özel olarak ele alınması, açıkça düzenleme getirilmeyen durumlarda karşı edim riskinin işçinin üzerinde bırakılmasının mı amaçlandığı yoksa düzenleme yapılmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine mi başvurulması mı gerektiği sorusunu gündeme getirebilir.

Öte yandan, İş Kanunu'nda öngörülen ve işgörme ediminin sunulmasını engelleyen durumların pek çoğunun kural olarak birer geçici ifa imkânsızlığı hali teşkil ettiği de belirtilmelidir. İfa süresinde ortaya çıkan engellerin devamlı olmadığı ve engelin ortadan kalkması ile işgörme ediminin ifasının yeniden mümkün olduğu hallerde imkânsızlığın geçici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir<sup>137</sup>, aksi halde bir sürekli imkânsızlık söz konusudur. Bununla birlikte geçici imkânsızlık hallerinde ifa engelinin ne zaman ortadan kalkacağına tam olarak bilinmemesi de olasıdır. İşte böyle durumlarda, geçici bir imkânsızlık halinin sürekli imkânsızlığa eş tutulabilmesi söz konusu olabilir<sup>138</sup>. Konuya iş ilişkileri özelinde yaklaşıldığında da, aslında İş Kanunu'nda pek çok hükümde geçici ifa imkânsızlığının ne zaman sürekli ifa imkânsızlığı ile bir tutulduğunu görmek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, İş Kanunu'nun Kanun koyucusu; dürüstlük kuralına veya sözleşmenin amacına göre yapılacak olan bu değerlendirmeyi tamamen taraf iradelerine bırakmayarak, birtakım sınırlamalar getirmiştir.

### **3.2.1. İşverenin Risk Alanında Ortaya Çıkan Engeller**

#### **3.2.1.1. Zorlayıcı Nedenler**

İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına ilişkin olan İş Kanunu'nun 24. maddesinde, işçinin fesih hakkı, işyerinde meydana gelen zorlayıcı nedenlerle ilişkili olarak ele alınmıştır. Genel olarak zorlayıcı nedenlere örnek olarak; yangın, deprem, gibi doğal afetler ya da ham maddenin yasaklanması gibi hukuki nedenler gösterilmektedir<sup>139</sup>. İş Kanunu m. 24/III'te, işçinin çalıştığı işyerinde işgörme

<sup>137</sup> Dural, **İmkânsızlık**, s. 100; Seliçi, **Sürekli Borç**, s. 95-96; Süzek, **Askı**, s. 20.

<sup>138</sup> Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009, § 54, Kn. 183, s. 867; Oğuzman, Öz, **Borçlar Genel**, Kn. 1488, s. 455-456; Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 105.

<sup>139</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 722; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 548-549; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 833-834.

edimini ifa etmesini engelleyen zorlayıcı sebepler işçi bakımından haklı fesih sebebi olarak tanınmış, ancak bu hakkın doğumu için işyerinde ortaya çıkan bu engelin bir haftadan uzun sürmesi gerektiği öngörülmüştür. *Oğuzman* tarafından isabetle işaret edildiği üzere, işyerinde işin bir haftadan fazla süre ile işin tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanınmasının nedeni (mülga 3008 sayılı İş K m. 15/III, 4857 sayılı İş K m. 24/III), bu durumda işçinin ücrete hak kazanamayacak olmasıdır<sup>140</sup>.

Öğretide, zorlayıcı neden kavramının içine işyerinde öngörülemeyen, kaçınılmaz ve tarafların kusurundan kaynaklanmayan durumların girdiği ifade edilmektedir<sup>141</sup>. Bu doğrultuda maddede sözü edilen zorlayıcı nedenlerin, mücbir sebep niteliği taşıyan haller olduğu anlaşılmaktadır ki, esasında mülga 3008 sayılı İş Kanunu'nun bu maddeye karşılık gelen maddesinde de "esbabı mücbire" teriminin kullanıldığı görülmektedir<sup>142</sup>. Maddenin kapsamı bu nitelikteki zorlayıcı sebeplerle çizilmiş olduğundan, makinelerin arızalanması, onarımları ve bakımları, ham madde yokluğu, mevsim gereği satışların durması, stok fazlası gibi riskler nedeniyle işin görülememesi gibi durumların zorlayıcı neden olarak değerlendirilmemesi konusunda şüphe duyulmamak gerekir<sup>143</sup>. Ancak, yukarıda sayılan tüm bu nedenler, işletmede işin görülmesini işverenin kusuru olmaksızın engellediğinden, konunun işletme rizikosu teorisi ile bağlantılı olarak incelenmesi de şarttır<sup>144</sup>.

Çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz üzere, işletmenin yönetiminin ve işleyişinin işverence organize edilmesinden dolayı, işletme rizikosunun kural olarak işveren üzerinde olduğu kabul edilmektedir<sup>145</sup>. Bu kabule göre, işverenin işletme rizikosunu taşıdığı hallerde işçi, işverenin çevresinden kaynaklanan bir engel

---

<sup>140</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 79.

<sup>141</sup> Münir Ekonomi, **İş Hukuku** C. 1, 3. Bası, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1984, s. 202, dn. 481; Süzek, **İş Hukuku**, s. 722; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 548-549.

<sup>142</sup> Bkz. 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/III : "*İşçinin çalıştığı işyerinde işin bir haftadan fazla müddetle tatil edilmesini mucib esbabı mücbire hadis olursa (bu bir haftalık bekleme devresinde işçi yarım ücret alır).*", RG. : 15.06.1926, S. 3330.

<sup>143</sup> Süzek **İş Hukuku**, s. 723; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 549.

<sup>144</sup> İşletme rizikosu teorisi, kapsama alanına ve istinalarına ilişkin mülahazalar yukarı ele alındığından bu başlık altında ayrıca yer verilmemiştir, bu konuda bkz. III. Bölüm, 2.2.3. Başlık.

<sup>145</sup> Dütz, Thüsing, **Arbeitsrecht**, Kn. 250-251.



nedeniyle işgörme edimini yerine getiremediğinde (bu engelin ortaya çıkmasında işverenin kusuru bulunmasa dahi) kural olarak karşı edime hak kazanmaktadır. İş Kanunu bakımından ise zorlayıcı nedenler konusunda, işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebebin ortaya çıkması halinde işçiye sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı tanınmış, zorlayıcı sebebin ücret alacağı bakımından doğurduğu sonuçlar ise, İş Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; zorlayıcı sebepler nedeniyle çalışmayan işçiye *bir haftaya kadar* her gün için *yarım ücret* ödenmesi gereklidir. Bir haftalık bekleme süresinin geçmesinden sonra ise, işçi ücrete hak kazanmamaktadır<sup>146</sup>. O halde, İş Kanunu'nda yer verilen bu düzenlemeler, işletme rizikosunun İş Kanunu çerçevesinde yasal bir çözüme bağlandığını mı göstermektedir? Zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışmayan işçiye bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödeneceğine ilişkin İş Kanunu m. 40 hükmü, işletme rizikosunu işçi ve işveren arasında paylaştıran bir hüküm olarak mı değerlendirilmelidir?

*Soyer*'e göre, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde işletme rizikosuna ilişkin tartışma, İş Kanunu çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Yazara göre bu çözüm, karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar karşısında ortalama bir yol olarak değerlendirilebilir<sup>147</sup>. *Soyer*, İş Kanunu'nda zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalıştırılmayan işçiye bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödeneceğine ilişkin hükmün, Kanun koyucunun rizikoyu taraflar arasında paylaştırdığı görüşünü taşımakta ise de, işçinin sorumlu olmadığı durumdan onun aleyhine sonuç çıkarılmasını öngören hükmü isabetli bulmadığını ve bu çözümün iş hukukunun koruyucu niteliği ile bağdaşmadığını ifade etmektedir<sup>148</sup>. *İzveren*'e göre de, mücbir sebep hâli teşkil eden ifa imkânsızlıklarında işçinin sadece bir haftaya kadar olan ücret kaybı için sınırlı bir ücret garantisi sağlanması bir çözüm yolu olarak görülemez. İşçinin ücretinin, her olayda işyerinin teknik ve mali durumu da dikkate alınarak, sosyal koruma prensibinin hak ve nısfet kaidelerine göre

<sup>146</sup> Münir Evrinyol, **İşverenin Ve İşçinin Kanunî Hak Ve Ödevleri**, İstanbul, Aydınlık Basımevi, 1937, s. 58; Saymen, **İş Hukuku**, s. 574; Oğuzman, **Fesih**, s. 88; Süzek, **İş Hukuku**, s. 722; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 549.

<sup>147</sup> *Soyer*, **İşletme Rizikosu**, s. 102, 114-115.

<sup>148</sup> *Soyer*, **İşletme Rizikosu**, s. 115.

belirlenmesi gerekmektedir<sup>149</sup>. İşletmenin varlığı tehlikeye düşmedikçe ücret rizikosunun kısmen ya da tamamen işçiye yüklenmemesi, daha adil bir çözüm olacaktır<sup>150</sup>.

*Oğuzman*'ın ise, bu hükmü rizikoyu taraflar arasında paylaştıran bir hüküm olarak değerlendirmedeği söylenebilir. Genel hükümlere göre iş verme borcunun geçici bir dönem için imkânsızlaşması halinde iş verme ve ücret borçlarının sona ereceği sonucuna varan *Oğuzman*, iş hukukuna hâkim olan sosyal düşüncelerin işçiye bir süre daha ücret (sosyal yardım) yapılmasını gerektirdiğine işaret etmektedir<sup>151</sup>. Bu doğrultuda Kanun'da sosyal gerekçelerle işçinin bu bir haftalık bekleme süresince yarım ücrete hak kazanacağına ilişkin hükme yer verilmiştir.

Dikkat edileceği üzere, İş Kanunu m. 40; işletme rizikosunu adil olmayan bir biçimde taraflar arasında bölüştüren bir hüküm olarak değerlendirildiği gibi, iş hukukuna hâkim olan sosyal düşüncelerle işçiye sosyal yardımda bulunan bir hüküm olarak da değerlendirilmektedir. Görüşümüze göre, İş Kanunu m. 40 hükmünü, işverene ait olan işletme rizikosunu taraflar arasında bölüştüren ve bu rizikoyu kısmen işçi üzerine yükleyen bir hüküm olarak değerlendirmemek gerekir. Zira bu madde, İş Kanunu m. 24/III ile bağlantılıdır ve burada da münhasıran işçinin haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmektedir. Dolayısıyla İş Kanunu m. 40 hükmünün, işletme rizikosu teorisinin İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulanmasını ortadan kaldırmak yahut taraflar arasında bu rizikoyu bölüştürmek gibi bir amaç taşıdığı sonucuna varmamak gerekir. Aksine, İş Kanunu m. 40, zorlayıcı sebepler nedeniyle işyerinde işin durduğu hallerde uygulama alanı bulmaktadır ki, kanaatimizce bu haller, zaten işletme rizikosunun işverene yüklenemediği hallerdir. Yukarıda da yer verildiği üzere, İsviçre hukukunda işletme rizikosunun işverenin üzerinde olması genel kural ise de, doğa olayları, savaş gibi durumlarda işverenin işletme rizikosunu taşıyıp taşımadığının tartışmalı olduğu kabul edilmektedir<sup>152</sup>. Biz

<sup>149</sup> Adil İzveren, **İş Hukuku (I,II,III)**, Ankara, Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, 1974, s. 153

<sup>150</sup> İzveren, **İş Hukuku (I,II,III)**, s. 153; Soyer, **İşletme Rizikosu**, s. 116.

<sup>151</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 86, dn. 185.

<sup>152</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324, Kn. 20, s. 264.

mücbir sebep niteliği taşıyabilecek olayları genel bir biçimde saymak yerine, her bir somut olayın kendi özellikleri dikkate alınarak incelenmesinin isabetli olacağı görüşünde olduğumuzu ifade etmiştik<sup>153</sup>. Nitekim öğretilerde de, bazı durumlarda deprem, genel grev veya ihtilal gibi olayların mücbir sebep olarak nitelendirilmemesi dahi olası olduğu ve rizikonun kime yüklenmesinin amaca daha uygun düşeceğine göre bir değerlendirme yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir<sup>154</sup>.

Buna göre eğer somut olayda işverenin işletmesinde, en yüksek özeni göstermiş olsa bile engellenemeyecek bir durum nedeniyle işin görülmesi durmuş ise, işletme rizikosunun artık işveren üzerinde olmayacağı kabul edilmelidir. İşletme rizikosunun işverenin üzerinden alabilecek güçteki zorlayıcı nedenlerin (mücbir sebeplerin) varlığı halinde işverence işçiye artık ücret ödenmeyeceği sebebiyle, işçiye İş Kanunu m. 24/III kapsamında haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. O halde İş Kanunu'nun 40. maddesini; işletme rizikosunun işverenin üzerinde olmadığı ve dolayısıyla aslında işverenin işin görülememesine rağmen ücret ödemesine yönelik esasın ortadan kalktığı zorlayıcı (mücbir) sebep hallerinde işçiye bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmesini öngören bir hüküm olarak değerlendirmek daha isabetlidir. Nitekim *Oğuzman*, mülga 3008 sayılı İş K m. 15/III (4857 sayılı İş K m. 24/III) çerçevesinde işçiye bir süre daha ücret verilmesini, bir sosyal yardım olarak değerlendirmiştir<sup>155</sup>. Sonuç olarak İş Kanunu m. 40'ın; zorlayıcı sebepler dolayısıyla işyerinde çalıştırılmayan işçiye işverence bir haftaya kadar yarım ücret ödenmesine sağlayan, işletme rizikosunu ile sağlanan korumanın ötesinde işçi lehine bir hüküm olarak görülebilir.

Ancak yakın geçmişte mevzuatımıza getirilen değişikliklerle, zorlayıcı sebeplerle karşılaşan işverenin lehine de bazı düzenlemeler getirildiği ifade edilmelidir. Zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde işverene kısa çalışma kurumundan yararlanma imkânı sunulmuştur. Kısa çalışma, ekonomik güçlük

---

<sup>153</sup> Bkz. III. Bölüm, 2.2.3. Başlık.

<sup>154</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, Kn. 4, s. 189.

<sup>155</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 86, dn. 185.

dönemlerinde işletmelere destek sağlamak amacıyla getirilen kurumlardan biridir<sup>156</sup>. 4447 Sayılı Kanun'a<sup>157</sup> eklenen madde uyarınca işveren; genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile *zorlayıcı sebeplerle*<sup>158</sup> işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması halinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere<sup>159</sup> kısa çalışma yapabilecektir (Ek m. 2/I). Sayılan nedenlerle işletmelerde çalışmanın geçici olarak ya da kısmen durdurulması yahut çalışma süresinin indirilmesiyle, aslında işveren üzerinde olan ekonomik riziko, işçi-işveren ile devlet arasında paylaştırılmış olmaktadır<sup>160</sup>. İşte bu şekilde uygulamaya geçirilen yeni kurumlar yolu ile, karşı edim riskinin tamamen işçi üzerinde bırakılmasını engellemeye yönelik bir iş düzeninin oluşturulmak istendiği anlaşılmaktadır. Kısa çalışma talebinin uygun görülmesi halinde, işçi –belirli koşulları sağlamak kaydıyla- işsizlik sigortası fonundan ödeneğe<sup>161</sup> hak kazanmaktadır (Ek m. 2/III). Anılan maddede ayrıca, kısa çalışmanın zorlayıcı sebeplerle yapılması halinde<sup>162</sup>, kısa çalışma ödeneğinden yapılacak ödemelerin İş Kanunu m. 24/III ve m. 40'ta öngörülen bir haftalık ödeme süresinden sonra başlayacağı belirtilmiştir.

---

<sup>156</sup> Ömer Ekmekçi, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar”, **Sicil**, S. 14, 2009, s. 47.

<sup>157</sup> RG. : 08.09.1999, S. 23810.

<sup>158</sup> Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik'te (bkz. RG. : 30.04.2011, S. 27920) zorlayıcı sebepler, “*işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenler*” olarak tanımlanmaktadır (m. 3/h).

<sup>159</sup> Kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatılmasında Bakanlar Kurulu'na yetki tanınmıştır (bkz. 4447 sayılı Kanun Ek m. 2/VI).

<sup>160</sup> Nurşen Caniklioğlu, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s. 504; A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Baskı, İstanbul, 2017, s. 672-673.

<sup>161</sup> Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının %60'ı olarak belirlenmiştir (bkz. 4447 sayılı Kanun Ek m. 2/IV).

<sup>162</sup> Öğretide kısa çalışma uygulamasının ekonomik kriz dönemlerinde hatırlanmasına karşın bu kuruma zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde de başvurulabileceğine dikkat çekilmektedir, bkz. Ekmekçi, **Kısa Çalışma**, s. 53.

## 3.2.2. İşçinin Risk Alanında Ortaya Çıkan Nedenler

### 3.2.2.1. Zorlayıcı Nedenler

İş Kanunu m. 25/III'te; işverene, işçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan bir sebebin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme hakkı tanınmıştır. Bu zorlayıcı sebeplerin sel, deprem gibi doğal ya da karantinaya alınma yahut sokağa çıkma yasağı gibi hukuksal nitelik taşıyabileceği belirtilmektedir<sup>163</sup>. Söz konusu maddede, tıpkı işçinin işyerinde ortaya çıkan zorlayıcı sebepler nedeniyle iş görememesinde olduğu gibi; işçinin kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı sebeplere bağlı olarak işgörme ediminin yerine getirememesinin sonuçları da fesih hakkının kullanılması ile bağlantılı olarak ele alınmıştır. Ancak bu hakkın doğumu için, işyerinde çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı sebebin bir haftadan fazla sürmüş olması gerekmektedir. Yine, işçinin kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle çalışamaması halinde de, haklı nedenle fesih hakkının doğumunun bekleme süresi içerisinde bir haftaya kadar *yarım ücret* ödeneceği öngörülmektedir (İş K m. 40). Bir haftalık sürenin geçmesinden sonra fesih hakkının kullanılmaması durumunda sözleşme askıda haline geçecek ve işçi askı süresince ücrete hak kazanamayacaktır<sup>164</sup>.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, işçinin kendi çevresinden kaynaklanan nedenlerle işyerine ulaşamamasına ilişkin karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde kabul edilen genel esas, karşı edim riskinin işçiye yükletilmesidir. Diğer bir ifadeyle işçi kendi etki alanından kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle işgörme edimini sunmadığında ücret alacağından mahrum bırakılmaktadır. İşveren işyeri ile risklerden sorumlu tutulmakta<sup>165</sup>, işyerine ulaşma riskinin de işçi üzerinde olduğu kabul edilmektedir<sup>166</sup>. Böylelikle işçinin işyerine ulaşamaması durumunda, hem işçi hem işveren edim

<sup>163</sup> Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 861.

<sup>164</sup> Ekonomi, **İş Hukuku**, s. 214; Süzek, **İş Hukuku**, s. 713.

<sup>165</sup> Boewer, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht**, Band I, Ed.: Reinhard Richardi, Hellmut Wißmann, Otfried Wlotzke, Hartmut Oetker, 3. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2009, § 69, Kn. 57.

<sup>166</sup> Ulrich Preis, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, Ed.: Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmid, 18. Aufl., München, C.H. Beck, 2018, BGB § 615, Kn. 20; Boewer, **Münchener Handbuch**, § 69, Kn. 57.

yükümünden kurtulmuş olmaktadır<sup>167</sup>. Bu bakımdan kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle işgörme edimini sunamayan işçinin, açık Kanun hükmü uyarınca bir hafta süresince *yarım ücrete* hak kazanacağıının öngörülmüş olmasının karşılaştırmalı hukukta benimsenen genel eğilimden farklı olduğu öncelikle tespit edilmelidir. Bu durumun, özellikle bir doğa olayının aynı işyerinde çalışan çok sayıda işçiyi etkileyerek işyerine ulaşmalarına engel olması halinde, karşı edim riskinin yarısını yüklenmek zorunda kalan işveren bakımından ölçsüz bir risk dağılımı teşkil edebileceği gözden kaçırılmamalıdır<sup>168</sup>.

### 3.2.2.2. Sağlık Nedenleri

İş Kanunu'nda işçinin sağlık sebeplerine bağlı olarak işgörme edimini sunamaması, -tıpkı işgörme edimini kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı sebeplerle sunamamasında olduğu gibi- işverene iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkı tanınması ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Ancak bu defa işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğabilmesi için daha uzun bir bekleme süresi öngörülmüştür. İş Kanunu m. 25/I (b) alt bendinin son paragrafına göre, işverenin iş sözleşmesini bildirimlessiz fesih hakkı, somut olayda işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğmaktadır. Bu süre içerisinde işçinin iş sözleşmesi maddi ifa imkânsızlığı nedeniyle askıya alınmaktadır<sup>169</sup>. Bekleme süreleri içerisinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği kanunun açık hükmüdür. Belirtmek gerekir ki, Kanun'da yalnızca haklı nedenle fesih hakkının kullanımına ilişkin sınırlar öngörüldüğünden; öğretide,

<sup>167</sup> Boewer, *Münchener Handbuch*, § 69, Kn. 57.

<sup>168</sup> Bu noktada işverene bir haftalık bekleme süresinin geçmesinden sonra iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı tanınmış olması da hükmün eleştiriye açık diğer bir yönü olduğu da ifade edilmelidir. Ekleyelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işçinin çevresinden kaynaklanan nedenlerle işyerine ulaşamamasını bir haftalık bekleme süresinden sonra bir haklı nedenle fesih sebebi olarak sayan bu kural, hem 3008 sayılı mülga İş Kanunu'nda (m. 16/III) hem de 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nda (m. 17/III) bulunmakta idi. İş sözleşmesinin sona erdirilmesini bu denli kolaylaştıran bu hükmün, iş güvencesi sistemine Kanun'da yer verildiğinde revize edilmemesi isabetsiz olmuştur. İş Kanunu m. 25/III'e dayanan haklı nedenle feshlerde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacak olması, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ile karşı karşıya kalan işçi bakımından yeterli bir koruma olarak görülemez. İşçinin kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı sebeplerle işgörme edimini sunmadığı hallerde bu süre boyunca ücret alacağından mahrum kalacağıının kabulü yerine, işverene yalnızca bir haftalık bekleme süresinden sonra iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı tanınması iş ilişkilerinin özüne uygun düşmemektedir.

<sup>169</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 508.

bekleme süreleri içinde işverenin geçerli nedenle fesihle bulunup bulunamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>170</sup>.

Bu noktada hukuk sistemimizde, işverenin m. 25/I'e dayanarak sağlık nedenlerine dayalı olarak sözleşmeyi fesih hakkının doğumu için, işçinin hastalığa kendi kusuruyla yol açmasının şart koşulmadığı önemle vurgulanmalıdır. İşçinin hastalığa kusuru ile yol açtığı bir takım hallerin sonuçları, m. 25/I'de özel olarak düzenlenmiştir. İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi durumunda haklı nedenle fesih hakkının doğumu için öngörülen bekleme süreleri çok daha kısadır; işçi işgörme edimini ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sunmadığında işverene haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır (İş K m. 25/I (a)). Yine, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda da işveren bekleme sürelerine uymak zorunda olmaksızın iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmektedir (İş K m. 25/I (b)). Ancak bu sayılan haller dışında, işçinin kusuru ile ya da kusuru olmaksızın ortaya çıkan tüm hastalık ya da kaza gibi hallerde, devamsızlığın bekleme sürelerini aşmasından itibaren işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanınmaktadır<sup>171</sup>. Öyle ki, Kanun lafzı esas alınacak olursa, işçi işgörme edimini uğradığı iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı sonucunda yerine getiremediğinde de, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararlar da bu yöndedir<sup>172</sup>. Buna karşılık ekleyelim ki, öğretide, iş kazasının işverenin iş

---

<sup>170</sup> İşverenin bekleme süresi içerisinde iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih hakkı bulunmadığı yönünde, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 587-588. Aksi görüşe göre ise, bildirim süresi ve 6 haftalık sürenin geçmesi aranmaksızın her somut olayda, işçinin devamsızlığının işyerinde olumsuzluk yaratacak uzunlukta olup olmamasına göre işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih edebileceğinin kabulü gerekir, bkz. Halûk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi", **Sicil**, S. 8, 2007, s. 71.

<sup>171</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 701.

<sup>172</sup> "...4857 sayılı iş Kanunu'nun 25.maddesinde işverenin iş sözleşmesini bildirim süresini beklemeksizin fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin (I) maddesinin (2.) fıkrasında aynı maddenin (a) bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı kabul edilmiştir..." bkz. 9. HD. T. 24.11.2015, E. 2015/23385, K. 2015/33398, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 29.09.2017; "...Davacı iş kazası sonrası yaklaşık 6 ay istirahat raporu almıştır. Bu süre işveren 4857 sayılı İş

güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle meydana geldiği hallerde, dürüstlük kuralları gereği askı süresinin ifa engelinin ortadan kalkmasına, diğer bir ifadeyle işgöremezlik durumunun sona ermesine kadar uzatılması gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür<sup>173</sup>.

Dikkat edileceği üzere, İş Kanunu'na tabi olan bir işçinin, işgörme edimini sağlık sebeplerine bağlı olarak yerine getiremediği hallerde, öncelikle somut olaydaki engelin İş Kanunu m. 25/I'de yer verilen hangi rahatsızlık haline girdiğinin tespiti önem taşımaktadır. İşverenin iş sözleşmesini sağlık nedenlerine dayanarak feshedebilmesi için öngörülen bekleme süreleri yeknesak biçimde düzenlenmediğinden, işçinin hastalık nedeniyle devamsızlığının, derli toplu olmayan yaşayışından mı yoksa başka bir nedenden mi kaynaklandığının doğru biçimde tespit edilememesi, işvereni haksız feshin sonuçları ile karşı karşıya getirebilir. İş Kanunu'nda sağlık sebepleri sınırlı bir biçimde sayılmış olmadığından, sağlık sebeplerine bağlı her türlü işgöremezlik hali bu kapsamda görülebilir. Bu bakımdan örneğin işçi geçici süreli olarak akıl hastalığına tutulduğunda, bu işgörememe halinin de sağlık nedenleri kapsamında ele alınması icap eder. Dolayısıyla, işgörme ediminin bu tür bir rahatsızlık nedeniyle yerine getirilememesi halinde de, iş sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için İş Kanunu m. 25/I'de öngörülen bekleme sürelerine uyulması gerekir. Buna karşılık Yargıtay 22. Hukuk Dairesi önüne gelen bir olayda, davacı işçinin belirli bir dönemde (11.04.2008-04.06.2008) akıl hastalığına tutulmuş olmasının, iş sözleşmesini geçersiz hale getirdiği kanaatine varmıştır<sup>174</sup>. Yüksek Mahkeme'ye göre, iş sözleşmesi geçersizlik nedeniyle zaten sona erdiğinden fesihden ve dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasından söz edilemez. Oysa bilindiği üzere İş Kanunu sistematığında işgörme edimi sağlık sebeplerine dayalı

---

*Kanunu'nun 25/I.b maddesi uyarınca bildirimsiz fesih hakkı vermektedir...*" bkz. 9. HD., T. 30.6.2008, E. 2007/42752, K. 2008/18068, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 29.09.2017.

<sup>173</sup> Süzek, **Askı**, s. 79. Bu yönde bir çözümün, hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir hak iddia edemeyeceğine ilişkin genel hukuk kuralının da gereği olduğu yönünde bkz. **Askı**, s. 79. *Ergin*'e göre de, mesleki rahatsızlıklar işletmesel riziko kapsamına girdiğinden, işçinin işe devamsızlığının iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanması halinde, bu durumun fesih sebebi yapılamaması gerekir, bkz. Hediye Ergin, **Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**, İstanbul, Beta, 2009, s. 125-126.

<sup>174</sup> 22. HD. T. 13.07.2012, E. 2011/12951, K. 2012/16944, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 11.03.2016.



olarak yerine getirilemediğinde öngörülen genel esas, diğer geçici ifa imkânsızlıklarında olduğu gibi, iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır. Bu anlamda İş Kanunu'nun 25/I (b) bendinin son paragrafı torba bir hüküm gibi işlev görerek, aynı maddenin (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında kalan hallerde (hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi) iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih hakkının sınırlarını çizmektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise söz konusu kararında, işçinin fiil ehliyetini kaybetmesi ile iş sözleşmesinin doğrudan geçersiz hale geldiğini, ancak bu geçersizliğin (BK m. 394/son hükmü gereğince) ileriye etkili olarak sonuç doğuracağını kabul etmiştir. Ancak BK m. 394/son hükmü, *geçersizliği sonradan anlaşılan* hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin tüm sonuçlarının korunmasını sağlamaya yönelik getirilmiş bir hükümdür. Somut olayda geçerli bir iş sözleşmesi kurulmuş olup, geçersizliğin sonradan anlaşılması gibi bir durum bulunmamaktadır. İşçi iş sözleşmesi kurulduktan sonraki dönemde ortaya çıkan akıl hastalığı nedeniyle fiil ehliyetini kaybetse bile, bu durum iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi gibi bir sonuca yol açmamaktadır. Somut olaydaki gibi işçinin geçici bir süre (11.04.2008-04.06.2008) akıl hastalığı nedeniyle işgörme edimini yerine getiremiyor olması ile söz gelimi geçirdiği trafik kazası sonucu geçici şuur kaybı yaşaması ve hastanede bakım altında olması nedeniyle işgörme edimini yerine getirememesine, birbirinden bu denli farklı hukuki sonuçların bağlanmasını gerekçelendirmek güçtür. İş Kanunu uyarınca sağlık nedenlerine bağlı olarak işgörme edimi sunulamadığında öncelikle işçinin iş sözleşmesi belirli bir süre askıya alınmalıdır. İşçinin geçici bir süre akıl hastalığı nedeniyle fiil ehliyetini yitirmesi, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için, İş Kanunu'nda öngörülmüş olan sürelerle uyulması gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme'nin iş sözleşmesinin işverence feshine ilişkin sonuçlarının doğmayacağına ilişkin anılan kararının iş hukukunda benimsenmiş olan esaslar ile hiç örtüşmediğini belirtmek gerekir.

İşgörme ediminin sağlık nedenlerine bağlı olarak yerine getirilemediği hallerde cevaplandırılması gereken bir diğer önemli soru da, karşı edim riskine hangi tarafın katlanacağıdır. Yukarıda da yer verildiği üzere, Borçlar Kanunu'na tabi olan işçi hastalık gibi kusursuz geçici ifa imkânsızlığı nedeniyle işgörme edimini yerine

getiremediğinde, BK m. 409 uyarınca karşı edim riski işveren üzerinde bırakılmıştır<sup>175</sup>. Hatta işçinin işgörme edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle sunamadığı hallerde ücret alacağını korumaya ilişkin Borçlar Kanunu hükmünde sınırlı sayı ilkesi benimsenmediğinden<sup>176</sup>, hükmün kapsamının bir gelişim göstermekte olduğu da belirtilmelidir. Nitekim İsviçre hukukunda, ilgili hükümdeki (Art. 324a OR) örnekler arasında işçinin hastalık hali sayılmasına rağmen, günümüzde işçinin yakın akrabasının hastalığı nedeniyle işgörme edimini geçici olarak sunamamasının bu madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir<sup>177</sup>. Sosyal düşünceler, madde metninde yer alan “işçinin kusuru olmaksızın” ifadesinin daha geniş bir biçimde yorumlanmasına imkân tanımıştır. Ancak bu maddedenin sağladığı olanaktan yararlanmak da belirli şartlara bağlanmış olup, bu maddeden yararlanabilecek olan işçi tam değil, *hakkaniyete uygun* bir ücrete hak kazanabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu’nda işgörme ediminin sağlık sebepleri ile yerine getirilememesinin ücret üzerindeki etkisi Borçlar Kanunu’nda farklı bir biçimde düzenlenmiştir. İş Kanunu’nun m. 25/I (b) bendinin son paragrafında, işçinin iş sözleşmesinin hastalık nedeniyle askıda kalması nedeniyle işine gidemediği sürelerde ücretinin işlemeyeceği belirtilmektedir. Ancak bu işçilerin hastalanmaları halinde tamamen korunaksız durumda oldukları söylenemez, işgörme ediminin hastalık nedeniyle yerine getirilemediği hallerde sosyal sigorta koruması devreye girmektedir. İşçinin kusuru olmaksızın işgörme edimini sunamadığı bu hallerde ücrete hak kazanamaması sosyal gerekçelerle ikame edilmek istenilmiş ve işçinin ücret kaybını gidermek üzere geçici iş göremezlik ödeneği öngörülmüştür. Sonuç olarak, bekleme sürelerinde ücret talep edemeyecek olan işçinin geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmesi mümkündür<sup>178</sup>.

<sup>175</sup> Bu konuya ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm, 2.2.2. Başlık.

<sup>176</sup> İsviçre Borçlar Kanunu’nda da yalnızca işçinin kişiliğinden kaynaklanan en önemli nedenlere yer verilmiş, bu nedenler tüketici bir şekilde sayılmamıştır, bkz. Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324a OR, Kn. 2, s. 359.

<sup>177</sup> Staehelin, **Zürcher Komm.**, § 324a, Kn. 8, 17, s. 278, 285.

<sup>178</sup> Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 198; Süzek, **İş Hukuku**, s. 702; Ergin, **Sağlık Nedeniyle**, s. 5-6.

Bununla birlikte, sigortalıya hastalık haline bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilecekse de, geçici iş göremezlik ödeneği işçinin ücret alacağıının tamamını karşılamadığı da belirtilmelidir<sup>179</sup>. Öte yandan, hastalık sigortasından yararlanabilmek için iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta priminin bildirilmiş olması gerekmektedir (SSGSSK m. 18/I (b)). Ayrıca hastalık nedeniyle geçici iş göremezlik ödeneği, geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere ödenmektedir (SSGSSK m. 18/I (b)). Dolayısıyla, -ister İş Kanunu'na ister Borçlar Kanunu'na tabi olsun- iş sözleşmesi ile çalışanların hastalanmaları halinde, 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen hastalık sigortasından sağlanan geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmeleri için, hastalık halinin<sup>180</sup> iki günden fazla sürmesi gerekmektedir. Sosyal güvenlik mevzuatında geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmanın belirli şartlara bağlanması ve bu ödeneğin ücret kaybını tamamen ikame edecek şekilde takdir edilmemesi, İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından, işgörme ediminin sağlık nedenlerine bağlı olarak yerine getirilemediği hallerde karşı edim riskinin kısmen işçi üzerinde bırakıldığını göstermektedir.

Bu durumda yalnızca Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçi hastalık halinde iki günlük kaybının BK m. 409 hükmüne dayanarak (hükümde öngörülen şartları sağlaması kaydıyla) giderilmesini talep edebilecek; İş Kanunu'na tabi çalışanlar ise iki günlük ücret kayıplarının giderilmesini işverenden talep edemeyecektir. Hal böyle iken, işçinin çocuğunun yahut yakın akrabasının hastalanması nedeniyle işçinin işgörme edimini geçici olarak sunamaması halinde, işverenin BK m. 409 uyarınca işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olduğunu savunmak güçtür. Görüşümüze göre, BK m. 409 hükmünün âtil bir hüküm

<sup>179</sup> RG. : 16.06.2006, S. 26200. Geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı, hastalık nedeniyle iş göremezliğin başladığı tarihten önceki oniki aydaki son üç ay içerisinde sigortalının prime esas kazançları toplamının, bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle bulunan günlük kazancın yatarak tedavilerde yarısı, ayakta yapılan tedavilerde ise üçte ikisidir (5510 sayılı Kanun m. 18/III).

<sup>180</sup> 5510 sayılı Kanun m. 15/I'de hastalık hali; iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğe neden olan rahatsızlıklar olarak tanımlanmaktadır.

olmasını engellemek ve karşılaştırmalı hukuktakine paralel düzeyde bir genişleme gösterebilmesini sağlamak için yasal değişiklik yapılması isabetli olacaktır.

### 3.2.2.3. Gebelik ve Analık

Hukukumuzda kadın işçilerin korunmasına yönelik özel hükümler bulunmaktadır. Anayasa'nın da gereği olan (AY m. 50) bu korumanın sağlanması amacıyla, gebelik ve analık haline ilişkin İş Kanunu'nda özel hükümlere yer verilmiştir. Böylelikle sınırları Kanun ile belirlenmiş olan belirli bir dönem için gebelik ve analık halinin geçici ifa imkânsızlığı doğurduğu kabul edilmiş ve işgörme ediminin kısmen ya da hiç sunulmadığı bu dönemin sonuçları özel olarak düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 74. maddesi gereğince, kadın işçilerin kural olarak doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre içerisinde çalıştırılmamaları esastır<sup>181</sup>. Bu dönemde işgörme edimini sunamayan gebe işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı kabul edilir. İş Kanunu'nda işgörme ediminin sağlık nedenlerine dayalı olarak yerine getirilememesi halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için bekleme süreleri öngörülmüştür, bu bekleme süresi işçinin bildirim süresine altı hafta eklenmesi ile bulunur. Ancak doğum ve gebelik hallerinde bu sürenin 74. maddedeki sürenin bitiminde başlayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla kadın işçinin gebelik ve doğumu nedeniyle işgörme edimini geçici olarak sunamaması ile oluşan ifa imkânsızlığında, Kanun koyucu öncelikle işverenin haklı nedenle fesih hakkını sınırlamıştır. Ancak esasında, haklı nedenle fesih hakkının doğabilmesi için öngörülen bu bekleme süresinin geçmesinden sonra da işverenin serbestçe haklı nedenle fesih hakkını kullanamayacağı ifade edilmelidir. Nitekim İş Kanunu m. 74/VI'da, kadın işçiye isteği halinde onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık sürenin tamamlanmasından sonra (bkz. m. 74/I) altı aya kadar

---

<sup>181</sup> Gebe işçi eğer isterse, sağlık durumunun uygun olması durumunda, doktorun onayı ile doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenmektedir (İş K. m. 74/I). Bu sürelerin işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilmesi mümkündür ancak bu durumun hekim raporu ile belirtilmesi gerekmektedir (İş K. m. 74/III).

ücretsiz izin hakkı tanınmıştır. Yargı içtihatları, bu iznin kullanılması için işverenin onayına ihtiyaç bulunmadığı yönündedir<sup>182</sup>. Bu bakımdan, m. 74/VI'da düzenlenen ücretsiz iznin kullanılması halinde, işverenin haklı nedenle fesih hakkının m. 25/I'de öngörülen sürenin geçmesinden hemen sonra doğmayacağı belirtilmesi gerekir.

İşverenin haklı nedenle fesih hakkının sınırlandırılması dışında, işgörme edimini analık hali nedeniyle yerine getirilememesi halinde karşı edim riskin kimin üzerinde bırakılacağı sorusunun da cevaplandırılması gerekir. Analık hali İş Kanunu'nda tanımlanmamış ise de, analık halinin yahut evlat edinmenin sonuçlarına ilişkin Kanun'da çeşitli düzenlemelere yer verilmiş ve işçiye seçimlik imkânlar da sunulmuştur. Kanun'da, gebelik ve analık hali süresince belirli süreler belirtilerek, doğum yapan ya da evlat edinen kişinin ücret alacağına hak kazanmasının sınırları da çizilmiştir. Gerçekten sosyal mülahazalar, çocuğun bakımı için işgörme ediminin sunulmaması halinde karşı edim riskinin tamamen işçi üzerinde bırakılmamasını gerektirmektedir.

İş Kanunu m. 74/I'in ilk fıkrasında doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için bir izin öngörülmüştür<sup>183</sup>. Kanun'da bu iznin kadın işçinin isteği ve doktorun onayına bağlı olarak doğumdan

<sup>182</sup> "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 74/5 maddesi gereği ;isteği halinde kadın işçiye on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar izin verileceği bildirilmektedir. Söz konusu iznin kullanılması talebi işverene fesih hakkı vermeyeceği gibi kullandırılmaması davacının feshini haklı hale getirecektir. Bu anlamda izin talebinin kabulünün de kanuni bir yükümlülük olduğu görülmektedir...", 22. HD., T. 16.01.2017, E. 2015/14643, K. 2017/125 (Çevrimiçi), [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 06.10.2017; "...İş Kanunu'nun 74. maddesinde, yukarıda değinilen hususlara ek olarak, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematığı açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. Bir başka anlatımla, doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir...", 9. HD., T. 13.07.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734 (Çevrimiçi), [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 06.10.2017.

<sup>183</sup> "...4857 Sayılı İş Kanunu'nun 74.maddesinde analık halinde çalışma ve süt izni hakkı düzenlenmiş olup; ücretli yasal izin hakkı maddenin birinci paragrafında doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz olmak üzere toplam onaltı haftalık süredir.Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir..." , 9. HD. T. 26.01.2016, E. 2014/29360, K. 2016/1935, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 06.10.2017; "...İş Kanunu'nun 74. maddesinde, yukarıda değinilen hususlara ek olarak, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceği belirtilmiş...", 9. HD., T. 13.07.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 06.10.2017.

önceki üç haftaya kadar çalışmasına ve bu çalıştığı sürelerin doğumdan sonraki sürelere eklenmesine de cevaz verilmiştir. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü halinde doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullandırılmaktadır. Öğretide, babanın bu süreleri kullanabilmesi için, vefat eden annenin bir işyerinde çalışan işçi sıfatını taşımış olması gerektiği ifade edilmiştir, zira çalışmayan annenin bu süreleri kullanma hakkının olmayacağı açıktır<sup>184</sup>. Görüşümüze göre, annenin çalışmıyor olması halinde de, eğer baba çalışıyor ise, bu sürelerin çalışan baba tarafından kullanılması hakkı doğduğunun kabulü gerekir. Nitekim Kanun'un ilgili cümlesinde, kadın işçinin değil, annenin ölümünden söz edilmektedir. Maddenin amacı bebeğin doğum izni süresince bakımının sağlanması olup; çalışan babaya annenin ölümü haline böyle bir hak tanınırken, annenin çalışmıyor olması halinde böyle bir hak tanınmaması, hükmün amacına uygun düşmeyecektir. Maddede ayrıca; üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık izni kullandırılacağı da düzenlenmektedir.

Ayrıca sosyal güvenlik sistemimizde sigortalı kadınlara, doğumdan önceki sekiz ve doğumdan sonraki sekiz hafta veya çoğul gebelik halinde doğumdan önceki sekiz haftaya iki hafta eklenen süre boyunca, Kuruma başvurmak şartıyla<sup>185</sup>, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma imkânı öngörülmüştür. Ancak analık sigortası kapsamında hak kazanılan geçici iş göremezlik ödeneği, tıpkı hastalık durumunda olduğu gibi, ücret alacağının tamamını karşılamamaktadır<sup>186</sup>. Ekleyelim ki, işveren, işçinin doğum sebebiyle geçici işgöremezlik ödeneğinden yararlandığı hallerde, Kurumca yapılan ödemeyi işçinin ücretinden mahsup edebilmektedir; bunun amacı işçinin sözü edilen dönem için ücretini tam olarak alması durumunda kurumca ödenen iş göremezlik ödeneği ölçüsünde mükerrer yararlanmasının önlenmesidir<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> Centel, **Analık**, s. 11.

<sup>185</sup> Tuncay, Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, s. 451.

<sup>186</sup> Sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici iş göremezlik ödeneği, yatarak tedavilerde SSGSSK m. 17'ye göre hesaplanacak günlük kazancının yarısı, ayaktan tedavilerde ise üçte ikisidir (SSGSSK m. 18/III).

<sup>187</sup> "...Davacı işçinin doğum sebebiyle çalışmadığı dönemde kurum tarafından verilen geçici iş göremezlik ödeneği verilmiş olmasına rağmen aylık ücretlerinin tam olarak ödendiği tartışma dışıdır.

Yukarıda da yer verildiği üzere, sigortalı kadın işçi analık izninin yanı sıra, belirli şartları taşımak kaydıyla geçici iş göremezlik ödeneğine de hak kazanmaktadır. Ancak doğumda ya da doğum sonrasında annenin ölümü halinde, erkek işçiye vefat eden eşinin kullanamadığı süreler kullandırılırken, ona sosyal sigorta sisteminden geçici işgöremezlik ödeneği verileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>188</sup>. Öğretide, 5510 sayılı Kanun m. 18'de değişiklik yapılarak, bu maddenin İş Kanunu m. 74'te yapılan değişikliklerle uyumlu hale getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>189</sup>. Benzer şekilde, İş Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasında, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hali izni kullandırılacağı öngörülmüş ise, analık sigortasına ilişkin hükümlerde evlat edinmeye ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. 5510 sayılı Kanun'un hükümleri incelendiğinde; analık halinin, doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri ile ilişkilendirilerek tanımlandığı görülmektedir (bkz. 5510 sayılı Kanun m. 15/II). Kanaatimizce, üç yaşından küçük çocuğun evlat edinilmesi halinde verilen analık izni süresinde sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacağına ilişkin de yasal bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Ancak böyle düzenlemenin yokluğunun, doğumda veya doğum sonrası annenin ölümünde baba bakımından ya da evlat edinen bakımından, onları geçici iş göremezlik ödeneğinden mahrum bırakacak şekilde yorumlanmaması gerektiği görüşündeyiz. Nitekim Kanun koyucu, İş Kanunu'nun 74. maddesinde, evlat edinmeyi bir analık hali olarak nitelemiş ve esasında kadın işçilere yönelik hükümler öngörülen bu maddede hem babaya hem de evlat edinen eşlerden birine, dolayısıyla (erkek eşe de) analık hali izninden yararlanma imkânını öngörmüştür. Bize göre, bu durumun artık Kanun'da

---

*Bu halde işçi mükerrer yararlanmış olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 48/2. maddesi hükmüne göre sözü edilen ödemelerin işçi ücretlerinden mahsubu gerekir. Böyle olunca davalı işverence yapılan fazla ödemenin iadesi yönünde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir..." , 9. HD. T. 20.4.2010, E. 2008/23522, K. 2010/11355, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 06.10.2017.*

<sup>188</sup> Centel, **Analık**, s. 11.

<sup>189</sup> Centel, **Analık**, s. 11.

bir analık hali varsayılması gerekçesiyle, kendisine analık izin hakkı tanınan her işçinin geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanacağıın kabul edilmesi gerekir.

Öte yandan Kanun'da, doğum sonrası kullanılan analık hali izninin bitiminden itibaren, kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde; birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür<sup>190</sup>. Yine aynı maddede, kadın işçiye isteğe halinde, ilk fıkrada öngörülen onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık sürenin tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verileceğine yönelik düzenleme de bulunmaktadır. Bu izin de kadın işçinin yanı sıra, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinen kişiye de tanınmıştır<sup>191</sup>. Doğum yapan ya da evlat edinen işçiye tanınmış olan bu iki tür izinde, esasında işgörme borcu bakımından bir maddi ifa imkânsızlığı söz konusu değildir. Ancak çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla, diğer bir ifadeyle sosyal mülahazalarla doğum yapan işçiye veya üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiye tanınmış bir ek imkân söz konusudur. Dikkat edileceği üzere burada işçinin doğum öncesi veya doğum sonrasında olduğu gibi bir işgöremezlik hali söz konusu değildir. Bir anlamda iş ilişkisinin özelliği dikkate alınmış, işgörme ediminin maddi veya manevi bir imkânsızlık hali olmaksızın sunulmamasına -sınırları Kanun koyucu tarafından çizilerek- cevaz verilmiştir. İş Kanunu m. 74/II uyarınca işçiye isteği halinde, belirli süreler boyunca<sup>192</sup> haftalık çalışma süresinin yarısı kadar izin verilmiştir. İşçi bu

<sup>190</sup> Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenmesi, çocuğun engelli doğması hâlinde ise bu sürenin üç yüz altmış gün olarak uygulanması öngörülmüştür (İş K. m. 74/II).

<sup>191</sup> Dikkat edileceği üzere, süresi çocuk sayısına göre değişkenlik gösteren ve süresi haftalık çalışma süresinin yarısı kadar olan ücretsiz izin imkânı (m. 74/II) ile altı aya kadar ücretsiz izin imkânından, doğum sonrası analık izninin bitiminden itibaren yararlanılması öngörülmüştür. İkinci fıkrada öngörülen imkândan yararlanmayı seçen işçinin, kalan sürelerde altıncı fıkrada kendisine tanınmış olan altı aya kadar ücretsiz izin imkânının da yararlanıp yararlanamayacağı hususunda *Centel*, işçinin kendisine m. 74'te tanınan imkânlardan yalnızca birini seçebileceği kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. **Analık**, s. 12.

<sup>192</sup> Bu süreler İş K. m. 74/II'de düzenlenmiştir. Buna göre; birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmesi öngörülmüştür. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenmektedir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanmaktadır.



dönemde 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek m. 5 uyarınca yarım çalışma ödeneğinden yararlanabilecektir<sup>193</sup>. Ancak bu ödenekten yararlanmak isteyen işçinin belirli şartları sağlaması gerekir<sup>194</sup>. Sonuç olarak anılan düzenleme uyarınca; işveren işçinin işgörme ediminin yerine getirilmemesine haftalık çalışma süresinin yarısı kadar katlanmak ile yükümlü tutulmuş, haftalık çalışma süresinin çalışılmayan yarısında ise, karşı edim riski işçi üzerinde bırakılmayarak sosyal mülahazalarla Kurumca İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanmak üzere üstlenilmiştir. İş Kanunu m. 74/VI'da sunulan altı aya kadar ücretsiz izin imkânının kullanılması halinde ise, işgörme borcu bakımından geçici ve tam ifa imkânsızlığında işveren işgörme ediminden yararlanmamaya katlanmak zorunda iken, karşı edim olan ücret alacağı riski ise işçiye yükletilmiştir. Söz konusu fıkrafta, onaltı haftalık sürenin veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık sürenin tamamlanmasından sonra altı aya kadar verilecek iznin ücretsiz olduğu açıkça belirtilmiş olup, mevzuatımızda bu sürede işçiye herhangi bir ödenekten yararlanma imkânı sunulmamıştır.

Öte yandan, İş Kanunu m. 74/IV gereğince, hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verileceği öngörülmüştür. Benzer şekilde, İş Kanunu m. 74/VII'de ise, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni kullanma hakkı tanınmıştır. Bu iki halde de, esasında kadın işçi işgörme borcunu yerine getirebilecek durumdadır, ancak sosyal nedenler bu borcun yerine getirilmemesini haklı kılmaktadır. Bu geçici ve kısa süreli ifa imkânsızlıkları halinde karşı edim riski işveren üzerinde bırakılmıştır.

Son olarak eklemek gerekir ki, İş Kanunu'nun 13. maddesinin beşinci fıkrasında da analık ve evlat edinme hali ile ilgili yeni bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, ebeveynlerden biri İş Kanunu'nun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına

---

<sup>193</sup> Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır (4447 sayılı İşsizlik Sigortası K. Ek m. 5).

<sup>194</sup> 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek m. 5 uyarınca, bu ödenekten yararlanmak için; işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekmektedir.

kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Yine bu sürelerin bitiminden itibaren, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte ya da tek başına evlat edinenler de, çocuğun fiilî teslim edildiği tarihten itibaren kısmi süreli çalışmaya ilişkin bu haktan yararlanabilmektedir.

#### 3.2.2.4. Muvazzaf (Olağan) Askerlik

Askerlik hali iş ilişkilerinde sıklıkla karşılaşılan bir ifa engelidir. Bununla birlikte İş Kanunu'nda işçinin yalnızca muvazzaf askerlik dışında bir askeri ödevle silah altına alınmasının sonuçları özel olarak düzenlenmiş, muvazzaf askerliğin iş sözleşmesi üzerindeki etkisine ise yer verilmemiştir<sup>195</sup>. Bu anlamda mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde, iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle sona erdiren işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı yönündeki hükmün, muvazzaf askerliğin iş sözleşmesi üzerindeki etkisini açıklayıcı bir özellik taşıdığı da söylenememektedir<sup>196</sup>.

Öğretide *Süzek*, muvazzaf askerlik hizmetini, uzun bir dönemi kapsadığı ve dolayısıyla geçici nitelik taşımadığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin askıya alınmasını gerektiren bir durum olarak değerlendirmemektedir<sup>197</sup>. Yine *Başterzi* de, uzun dönem askerlik hizmetinin iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmayacağı, işçilerin muvazzaf askerlik hizmetine sözleşmelerini feshederek gittiklerini ifade etmektedir<sup>198</sup>. Buna karşılık, muvazzaf askerliğin iş sözleşmesine etkisinin askerlik devam ettiği müddetçe askı durumu yaratmak olduğu görüşü de savunulmuştur<sup>199</sup>.

<sup>195</sup> Cahit Davran, "İş Kanununa ve Borçlar Kanununa Göre Muvazzaf Askerliğin Hizmet Akdine Etkisi", **İBD**, Eylül-Ekim 1970, s. 692. Yazar bu değerlendirmeyi, mülga 931 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesi bakımından yapmakta ise de, bu tespit 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir.

<sup>196</sup> Davran, **Muvazzaf Askerlik**, s. 692.

<sup>197</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 523. Şüphesiz kıdem tazminatına hakkına yönelik düzenleme, askerlik hizmetine gidilecek olması halinde tarafları iş sözleşmesini feshetmeye zorlayan bir durum olarak görülemez, taraflar arzu ederlerse iş sözleşmesini askıya alabilirler.

<sup>198</sup> Başterzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğraması**, s. 116.

<sup>199</sup> Davran, **Muvazzaf Askerlik**, s. 702. Yazar, muvazzaf askerlik hizmetini yapmak üzere işinden ayrılan işçinin işini görememesini bir kusurlu ifa imkânsızlığı hali olarak nitelendirmekte ise de (bkz. **Muvazzaf Askerlik**, s. 699, 704), görüşümüze göre burada işçinin işçinin bir kusurunun bulunmadığı, fakat onun etki alanında gerçekleşen bir imkânsızlık hâlinin kabulü daha yerinde olacaktır.

Bu görüşe göre, sözleşmenin askıda olması nedeniyle işçi işgörme edimini yerine getirmeyecek, işveren de ücret ödemekle yükümlü olmayacaktır.

Olağan askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, mevzuatımızda kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak düzenlenmiştir. Yine, fesih hakkının kullanılması durumunda, işinden ayrılan işçiler için işe geri dönme isteklerinde kendilerine öncelik tanınacağı yönünde hükme de yer verilmiştir (İş K m. 31/IV). Bu düzenleme isabet taşımakla birlikte, görüşümüze göre askerlik nedeniyle fesih hakkının yalnızca askerlik hizmetine gidecek işçiye tanınması ve işçi bu hakkını kullanmadığında sözleşmenin askıda kalacağı kabul edilmesi *de lege ferenda* bakımından iş ilişkilerinin özüne daha uygundur. Yasal bir ödev nedeniyle çalışma hayatına zorunlu olarak ara verilmesi sonucunu doğurmaktadır ve bu ifa engelinin ortaya çıkmasına taraflarca yol açılmamıştır, o halde en azından işverene fesih hakkı tanınmaksızın sözleşmenin askıya alınacağı kabul edilmelidir. Askerlik hizmetinin sırf uzun süreli olması nedeniyle askı hali yaratmayacağı sonucuna varılmasını da haklı kılmaz, nitekim hukukumuzda, örneğin askı durumu yaratan greve katılma halinde grev bakımından bir süre sınırı bulunmadığı gibi, işçi kuruluğu yöneticiliğinde de kural olarak uzun süreli bir ifa engeli söz konusudur. Sonuç olarak kanaatimizce, İş Kanunu'nda olağan askerliğe ilişkin yasal düzenlemelerin revize edilmesi isabetli olacaktır.

### **3.2.2.5. Manevra veya Herhangi Bir Sebep Silah Altına Alınma**

İş Kanunu m. 31'de yer alan düzenlemeye göre, manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan ve o işte en az bir yıl çalışmış işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılmaktadır. Esasında, işçinin herhangi bir sebeple silah altına alınması ya da kanundan doğan bir çalışma ödevi nedeniyle işgörme edimini sunamamasının geçici nitelik taşıdığı açık ise de, Kanun koyucu tarafından geçici imkânsızlık sürekli imkânsızlığa eşit tutulmuş ve sözleşmenin *feshedilmiş sayılacağı* öngörülmüştür. Bu ifa imkânsızlığının iş

ilişkinini sona erdirmesi için iki aylık sürenin<sup>200</sup> geçmiş olması gerekmektedir. Kanun'da ayrıca, iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken sürede işçinin ücretinin işlemeyeceği açıkça öngörülmüştür (İş K. m. 31/III).

### 3.2.2.6. Ailevi Nedenler

İş Kanunu Ek m. 2'de, işçiye; evlilik veya evlat edinme ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün ücretli izin verileceği, eşinin doğum yapması hâlinde beş günlük ücretli izin verileceği öngörülmüştür. İş sözleşmelerinde bağımlılık unsurunun işçinin kişiliği ile ilgili olması<sup>201</sup>, işgörmeye ediminin yalnızca maddi ifa imkânsızlıkları ile sınırlı olarak kabul edilmemesini gerektirmektedir. İş hukuku alanındaki sosyal mülahazalar, işçinin işgörmeye edimini sunamamasının, manevi nedenlerden kaynaklandığı bazı hallerde de ücretin ödenmesini devam edilmesini haklı kılmakta olup, bu konu ileride ayrıntılı olarak ele alınmaktadır<sup>202</sup>.

### 3.2.2.7. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması

4857 sayılı Kanun'da işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinin iş sözleşmesi üzerindeki etkisi, işverenin haklı nedenle fesih hakkı kapsamında ayrı bir kategori olarak ele alınmıştır<sup>203</sup>. İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması, işçinin işgörmeye borcunu yerine getirememesine yol açmakta, dolayısıyla sözleşmenin ifasında bir engel teşkil etmektedir. Ancak bu engelin ortaya çıkması halinde, henüz

<sup>200</sup> İş Kanunu m. 31/II uyarınca; işçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir ancak bu sürenin tamamı doksan günü geçemez.

<sup>201</sup> Bu unsurun, *kişisel / hukuki* bağımlılık niteliğinde olduğu yönünde, bkz. 7. HD., T. 24.02.2016, E. 2015/5576, K. 2016/4156, **Çalışma ve Toplum**, S. 52, 2017/1, s. 238-241; 9. HD. T. 18.10.2016, E. 2016/18122, K. 2016/18067, **Çalışma ve Toplum**, S. 54, 2017/3, s. 1617-1619.

<sup>202</sup> Bkz. ileride, Bölüm V.

<sup>203</sup> 1475 sayılı İş Kanunu'nda söz konusu durumun işveren bakımından iş sözleşmesinin feshinde bir haklı neden oluşturduğu kabul edilmekte idi. Ancak bu durum anılan Kanun'un 17. maddesinde öngörülmüş olan "*İşyerinde işçiyi bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı sebebin ortaya çıkması*" kategorisine dâhil kabul edilmiştir, bu konuda bkz. Fevzi Şahlanan, "Tutukluluk Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi", **Karar İncelemeleri II**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s. 148; Ercan Akyiğit, "İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)", **Sicil**, Aralık 2009, s. 54.

bir mahkumiyet halinden söz edilmediğinden, işveren bakımından bazı bekleme süreleri öngörülmüştür. Bu anlamda İş Kanunu m. 25/IV, işgörme ediminin ifasının yerine getirilmemesinde işverenin bu engele katlanma yükümlülüğünün sınırını çizmektedir. İş Kanunu m. 25/IV'e göre işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde<sup>204</sup> devamsızlığın 17. maddede belirtilen *bildirim sürelerini aşması* işverene iş sözleşmesini fesih hakkı tanımaktadır. Belirtelim ki, yargı kararlarında, bildirim sürelerinin sözleşme hükmü ile artırılmış olması halinde, bu artırılmış sürelerin dikkate alınacağı, dolayısıyla işverenin derhal fesih hakkının da tutukluluk süresinin artırılmış ihbar sürelerini aşması halinde ortaya çıkacağı kabul edilmektedir<sup>205</sup>.

Maddede bildirim süreleri yalnızca bir ölçü olarak kullanıldığından, işveren bu sürenin dolması ile haklı nedenle fesih hakkını derhal kullanabilecek, ayrıca bildirim süresine uyması gerekmeyecektir. Her ne kadar öğretilerde işçinin gözaltında olduğu ya da tutuklandığı sürenin Kanun'da öngörülen bildirim süresini aşmadığı hallerde işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshinin söz konusu olabileceği savunulmakta ise de<sup>206</sup>, görüşümüze göre burada işverenin fesih hakkının Kanun'da öngörülen süreler ile sınırlandırılmış olduğunun kabulü iş ilişkilerinin özüne daha uygundur. İşçi hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararının bulunmadığı bu durumda, Kanun koyucu tercihini iş sözleşmesinin işçinin bildirim süresi boyunca askıya alınmasından yana kullanmıştır. Diğer bir ifadeyle, işgörme ediminin işçi tarafından gözaltında ya da tutuklu olması nedeni ile yerine getirilmemesinin, işveren bakımından ancak işçinin bildirim süresinin dolmasından sonra iş ilişkisini *çekilmez*

<sup>204</sup> Ceza muhakemesine ilişkin mevzuat uyarınca, kişinin gözaltı süresi belirli koşulların gerçekleşmesi halinde en fazla dört gün sürebilmektedir (CMK m. 91). Bununla birlikte, gözaltı süresinin olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilmesi mümkündür (AY m. 19). Dolayısıyla İş K m. 25/IV uyarınca işçinin gözaltına alınması nedeniyle devamsızlığının, işçinin İş K m. 17'ye göre belirlenecek olan bildirim süresini aşması yalnızca olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş halleri bakımından söz konusu olabilecektir. Tutukluluk süresi ise, ilgili mevzuat uyarınca ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde dahi bir buçuk yıla kadar çıkabilmektedir (CMK m. 102/I).

<sup>205</sup> 9. HD., T. 01.04.2015, E. 2013/16013, K. 2015/12866, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.12.2016. Aynı yönde, Süzek, **İş Hukuku**, s. 714; Akyiğit, **Tutukluluk veya Gözaltına Alınma**, s. 58. Aksi görüşteki *Şahlanan*'a göre ise, toplu iş sözleşmesinde ihbar süresini artıran tarafların, bu artırılmış sürelerin İş K. m. 25/IV'ün uygulanmasında dikkate alınacağını açıkça kararlaştırmamış olmaları halinde, artırılmış ihbar sürelerinin m. 25/IV uygulamasında dikkate alınmaması gerekir, bkz. *Şahlanan*, **Karar İncelemeleri II**, s. 152.

<sup>206</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 714; Akyiğit, **Tutukluluk veya Gözaltına Alınma**, s. 59; *Şahlanan*, **Karar İncelemeleri II**, s. 151. *Şahlanan*'a göre, işçi bu durumda bildirim süresine uyulmamış olması nedeniyle ihbar tazminatına hak kazanacaktır, bkz. **Karar İncelemeleri II**, s. 151.

hale getirdiği varsayılmıştır. Ancak m. 25/IV'e dayanılarak yapılan fesihlerde işçinin kıdem tazminatı hakkının saklı tutulduğu da gözden kaçırılmamalıdır<sup>207</sup>.

İş Kanunu m. 25/IV bakımından, işçinin işgörme edimini sunmadığı dönemde karşı edim alacağı olan ücrete hak kazanıp kazanamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması sebebiyle çalışmadığı süre için ücret talep hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>208</sup>. Daha önce de yer verdiğimiz üzere, görüşümüze göre BK m. 409 hükmü, İş Kanunu'nda aksine bir düzenleme öngörülmedikçe, bu Kanun'a tabi işçilerin kısa süreli iş görememe hallerinde uygulanabilir niteliktedir. Bu bakımdan, İş Kanunu'nda işçinin gözaltına alınması ya da tutuklanması halinde iş sözleşmesinin askıda kaldığı dönem bakımından ücrete hak kazanılamayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle, BK m. 409 uyarınca, -bu maddedeki diğer şartları da taşımaması halinde- işçinin hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazanabileceği görüşündeyiz<sup>209</sup>.

### 3.2.2.8. İşçi Kuruluşu Yöneticiliği

İşçi kuruluşuna profesyonel yönetici olarak seçilmek işgörme borcunun yerine getirilememesi sonucunu doğuran hallerden biridir. Bu konuda Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda<sup>210</sup> profesyonel yöneticilik için öngörülen genel

<sup>207</sup> Yargıtay bazı kararlarında m. 25/IV kapsamında yapılan fesihlerin geçerli nedene dayandığını, geçerli fesih imkânının bildirim süresinin aşılması halinde ortaya çıkacağını ifade etmişse de, kategorik olarak bu feshin işverene haklı nedenle fesih imkânı tanıdığı gözardı edilmemelidir. Nitekim işçinin iş sözleşmesi geçerli nedenle feshediliyor olsa idi ihbar süresine de uyulması gerekirdi ki, kararda işverenin geçerli nedenle feshin nedeniyle işçinin ihbar tazminatına hak kazanamayacağına yer verilmesi de bir çelişki oluşturmuştur, bkz. 22. HD., T. 16.06.2014, E. 2013/13225, K. 2014/17300, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.12.2016; 9. HD., T. 05.06.2014, E. 2014/15322, K. 2014/18289, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.12.2016.

<sup>208</sup> 7. HD., T. 22.5.2015, E. 2015/10777, K. 2015/9685, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.12.2016; 9. HD., T. 01.04.2015, E. 2013/16013, K. 2015/12866, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.12.2016. Yargıtay'ın bu kararları öğretide de isabetli bulunmaktadır, bkz. Şahlanan, **Karar İncelemeleri II**, s. 152-153; Akyiğit, **Tutukluluk veya Gözaltına Alınma**, s. 61.

<sup>209</sup> Aksi görüşte, Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 683. Yazarlara göre, gözaltı ve tutukluluk hali, 1475 sayılı Kanun'un yürürlüğü döneminde öğreti ve yargı tarafından mülga m. 17/III (karş. 4857 sayılı İş K m. 25/III) kapsamında değerlendirilmekte ve işçi böylece bir haftaya kadar yarım ücrete hak kazanmakta idi. 4857 sayılı Kanun'da ise, gözaltı ve tutukluluk ayrı bir kategoride düzenlenmiş olduğundan, artık ücretin ödenmesini gerektiren bir geçici ifa imkânsızlığı hali olarak değerlendirilemez, **İş Hukuku**, s. 683.

<sup>210</sup> RG. : 07.09.2012, S. 28460.

esas, çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır<sup>211</sup>. Öğretide, işçinin sendika organlarına seçilme hakkına sahip olduğu belirtilerek, işçinin kendi iradesiyle bu hakkı kullanmasının ifa imkânsızlığı sonucunu doğurmayacağı ileri sürülmüştür<sup>212</sup>. Görüşümüze göre bu halde bir ifa imkânsızlığı olduğu kabul edilmeli, ancak işçinin bu imkânsızlıktan sorumlu tutulmayacağı ortaya konulmalıdır. Nitekim STİSK sisteminde, borçlar hukukunun genel hükümlerine göre sonraki imkânsızlık olarak nitelendirilebilecek bu husus, iş sözleşmesinin özelliği dikkate alınarak özel olarak düzenlenmiştir. Bu koruma, işçinin iş sözleşmesinin profesyonel yöneticilik dönemi boyunca askıya alınması ve işçinin talep etmesi halinde iş sözleşmesini kıdem tazminatına da hak kazanarak sona erdirebilmesi yoluyla sağlanmaktadır. Ayrıca yönetici olarak seçilen kişinin, iş sözleşmesini sona erdirmeyip askıya alırsa, yöneticilik görevinin belirli hallerle<sup>213</sup> sona ermesi halinde yeniden işine dönebilmesi de mümkündür. Ancak bunun için profesyonel yöneticinin, yöneticilik görevinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde işverene başvurması gereklidir. İşverenin işe başlatmamasının yaptırımı, iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılmasıdır (STİSK m. 23/2). Ayrıca belirtmek gerekir ki, profesyonel yönetici, yöneticilik faaliyetine istinaden çalıştığı işyerinde işgörme edimini sunmadığından, iş sözleşmesinden doğan ücret alacağına da hak kazanmamaktadır<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> STİSK m. 23/1'e göre; "İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemezsizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır."

<sup>212</sup> Süzek, **Askı**, s. 59.

<sup>213</sup> STİSK m. 23/2'de sayılan bu hallerin sınırlı sayıda olup olmadığı konusu öğretide tartışmalıdır. Sınırlı sayıda olduğu yönünde Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 751; Tuncay, Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, s. 85-86; Sur, **Toplu İş Hukuku**, s. 72-73. Tüzel kişiliği olmayan sendika şubesinin kapatılmasının da bu sayılan nedenler arasında değerlendirilmesi gerektiği görüşünde bkz. Fevzi Şahlanan, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 29; Ercüment Özkaraca, "Sendika Yöneticileri İle Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (4)**, İstanbul, Seçkin, 2014, s. 177.

<sup>214</sup> Toplu iş hukuku sisteminde yöneticiye sendika tarafından kuruluşun tüzüğünde belirtilen miktarın ödenmesi öngörülmüştür (STİSK m. 8/1 (ğ) ). Bu miktar vekâlet sözleşmesinden doğan işgörme ediminin karşılığı olarak görülmelidir. Sendika ile yönetici arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu yönünde bkz. Tuncay / Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, s. 85; Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 132; Sur, **Toplu İş Hukuku**, s. 124.

### **3.2.2.9. İşçinin Greve Katılması ve Lokavta Uğraması**

Toplu iş hukuku düzeninde işçinin greve katılması, işgörme edimini sunmaması bakımından haklı neden oluşturmaktadır. Greve katılan iş sözleşmesinin Kanun gereğince askıya alındığı kabul edilmektedir (STİSK m. 67). Karşı edimin durumu da aynı maddede açıklığa kavuşturulmuştur: Bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenmez ve bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz (STİSK m. 64/3).

Greve katılmayıp çalışan işçiler bakımından ise, karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde rastlanmayan bir çözüm tarzının öngörüldüğü dikkat çekmektedir. Kanun'da, işverenin greve hiç katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğu belirtilmektedir (STİSK m. 64/1). Çalışmamızda daha önce de yer verdiğimiz üzere, kanaatimizce işverenin, greve hiç katılmayan ya da katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğuna ilişkin 6356 sayılı Kanun'un bu düzenlemesi isabetsiz olup, hükmün revize edilmesi ihtiyacı bulunmaktadır<sup>215</sup>.

## **3.3. Özel Sözleşme Tipleri**

### **3.3.1. Pazarlamacılık Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler Bakımından**

Pazarlamacılık sözleşmesine, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ilk defa yer verilmiştir. Bu özel sözleşme türünde pazarlamacı, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına (işletme dışında) her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışma, özellikle ilaç, kozmetik, gıda alanlarında çok yaygındır<sup>216</sup>. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu çalışanların, İş Kanunu'nun kapsamında olup olmadıklarının açıklığa kavuşturulması, imkânsızlık halinde uygulanacak hükümler bakımından önem taşır. Öğretide pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanların İş Kanunu kapsamında olup olmadıkları hususunda bir görüş birliği

---

<sup>215</sup> Bkz. III. Bölüm, 2.2.3. Başlık.

<sup>216</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 299.



bulunmamakta ise de<sup>217</sup>, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden sonra varlık gösteren bu sorun bakımından yargı içtihadı, bize göre de isabetli olarak, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanların İş Kanunu'nun kapsamında oldukları yönünde gelişmektedir<sup>218</sup>.

İş Kanunu hükümlerinin pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı açıksa da, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kuralları arasında bir çelişme olduğunda, Borçlar Kanunu'nun *sonraki kanun* olması ve Pazarlamacılık Sözleşmesi hükümlerinin *genel kanun içinde özel hüküm* niteliği taşıması nedeniyle İş Kanunu'na göre öncelikle uygulanmaları gerekir<sup>219</sup>. İş Kanunu'nda bir düzenleme olmaması halinde, BK m. 469'da yapılan atıf nedeniyle, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri (BK m. 393 vd.) pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanlar için uygulama alanı bulacaktır.

Bu anlamda, "Pazarlama faaliyetinin engellenmesi" başlığını taşıyan BK m. 456 çalışma konumuz bakımından özel önem taşımaktadır. Bu hükme göre pazarlamacı, kendi kusuru olmaksızın pazarlama işlerini yürütmesi imkânsız hale geldiğinde, pazarlamacılık sözleşmesi veya kanun gereği kendisine ücret ödenmesi

---

<sup>217</sup> Pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanlara İş Kanunu'nun uygulanacağı görüşünde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 299; Ercan Güven, Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, Eskişehir, Nisan, 2017, s. 83; A. Can Tuncay, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgini) Sözleşmesi Ve Düşündürdükleri", **Çimento İşveren**, S. 2, C. 26, 2012, s. 15-17; Kübra Doğan Yenisey, "Hizmet Sözleşmesi", **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 298; İbrahim Çağrı Zengin, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2013, s. 27-31. Aksi görüşte bkz. Mollahmatmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 484; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 230.

<sup>218</sup> "... Kanun koyucunun bugüne kadar İş K. kapsamında çalışan bu kişilerin(pazarlamacı-evde hizmet sözleşmesi ile) faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermeyi istediği ve bunu da Borçlar Kanunu içinde yaptığı anlaşılmaktadır. Bir anlamda bu sözleşme türleri ile ilgili özel hükümler getirmiştir. Ancak bu İş Kanunu hükümleri kapsamında kalmadığı anlamına gelmez. Nitekim şu an tabii temsilcilerinin sözleşmeleri pazarlamacılık sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte, iş güvencesi yönünden 4857 Sayılı İş Kanunu hükümlerine tabii tutulmaktadır. Sonuç olarak; pazarlamacılık sözleşmesi İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnalar arasında sayılmadığı için İş Kanunu kapsamında bir sözleşmedir. Ancak İş Kanunu'nda bu sözleşmeye dair özel hükümler bulunmadığı ölçüde 6098 Sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri öncelikle uygulanacak, bulunmadığı takdirde önce İş Kanunu'nu sonra ise Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulacaktır...", YHGK, T. 16.11.2016, E. 2016/9-1414, K. 2016/1072, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 07.09.2017.

<sup>219</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 288. Pazarlamacılık Sözleşmesi hükümleri (BK m. 448 vd.) ile İş Kanunu hükümleri arasında çelişme söz konusu olduğunda, işçi lehine yorum yapılarak işçiyi daha fazla koruyan hükmün uygulanması gerektiği yönünde bkz. Tuncay, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, s. 17; Zengin, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, s. 30.

gereken hallerde ücrete<sup>220</sup> hak kazanacaktır. Anılan hükümde, pazarlama işlerinin pazarlamacının kusuru olmaksızın imkânsız hale geldiği hallerden söz edildiğinden, pazarlama işinin ticari işletme sahibi tarafından engellenmesi hali de hükmün kapsamına girmektedir. Böylelikle bu hüküm, işçinin yol açtığı kusursuz imkânsızlıkların yanı sıra, hem alacaklının yol açtığı (kusurlu olup olmadığı fark etmeksizin) ifa imkânsızlıklarını, hem de işgörme ediminin taraflara isnat edilemeyen nedenlerle yerine getirilememesinin işçinin karşı edimi olan ücret üzerindeki etkisini düzenlemektedir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümde pazarlama işlerini yürütmesi kendi kusuru olmaksızın imkânsız hale gelen işçiye ücret ödenmesi, *sözleşme veya kanun gereği bu halde bile kendisine ücret ödenmesi gereken* hallere özgülenmiştir. O halde pazarlamacılık sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde işçinin ücrete hak kazanıp kazanamayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Yukarıda da yer verildiği üzere, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanlar da İş Kanunu'na tabi olduklarından, bu konuda öncelikle İş Kanunu'nda özel bir hüküm olup olmadığı araştırılmalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işgörme edimini yerine getirilemediği bazı haller özel olarak düzenlenmiş, Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesi Ayırımı altında olduğu gibi (bkz. BK m. 408 ve m. 409), işgörme ediminin ifasının engellenmesi halinde ücret alacağının durumunu düzenleyen genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanın işgörme edimini ifa edememesi halinde, öncelikle İş Kanunu'nda öngörülen özel durumlardan birinin mevcut olup olmadığı belirlenmelidir<sup>221</sup>. Örneğin pazarlamacının hastalanması, kendi kusuru olmaksızın pazarlama işlerinin

---

<sup>220</sup> Hükme göre bu durumda pazarlamacının ücreti, sabit ücretine ve komisyon kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenecektir. Ancak komisyonun, ücretin beşte birinden az olması halinde, komisyon kaybı sebebiyle tazminat ödenmeyeceğinin yazılı olarak kararlaştırabilmesi mümkündür (BK m. 456/I).

<sup>221</sup> Zengin'e göre, TBK m. 456'nın uygulanması için pazarlamacıya sözleşme veya kanun gereği ücret ödenmesinin gerekmesi şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde BK m. 409 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir, bkz. **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, s. 140. Yazara göre, İş Kanunu'na tabi bir işçiye zorlayıcı nedenle iş akdinin askıya alınması durumu dışında ücret ödenmesi söz konusu değilse de, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışan işçiye BK. m. 456 uyarınca ücret ödenecektir, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, s. 140, dn. 288. Biz bu görüşe, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde (BK m. 448 vd.) açıklık olmadığında, öncelikle İş Kanunu'na başvurulması gerekçesi ile katılmamaktayız.

yürütümünü imkânsız hale getirmektedir ve (eğer sözleşmede de aksi kararlaştırılmamış ise) hastalık halinde kendisine işverence ücret ödenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır (bkz. İş K m. 25/I son). Benzer şekilde pazarlamacının evlenmesi hali de, kusuru olmaksızın pazarlama işlerinin yürütümüne engel olan hallere bir örnek teşkil ettiğinden, İş Kanunu gereğince işverence üç gün ücretli izin<sup>222</sup> verilmelidir (İş K Ek m. 2). Buna karşılık İş Kanunu'nda pazarlama işinin ticari işletme sahibi tarafından engellenmesine yönelik bir hüküm öngörülmediğinden, pazarlamacı BK m. 408 gereğince ücrete hak kazanacaktır<sup>223</sup>.

Ayrıca eklemek gerekir ki, BK m. 456/II'de, ne İş Kanunu'nda ne de Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesi Ayırımında (BK m. 393 vd.) mevcut olan bir ihtimal öngörülmüştür. Buna göre; pazarlamacının pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme imkânını bulamamasına karşın *ücretinin tamamını almışsa*, işveren *pazarlamacının yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri* onun işletmesinde yapmasını talep edebilecektir. Buna göre, örneğin taraflar arasındaki sözleşmede, işçinin kendi kusuru olmaksızın pazarlama faaliyetini yürütemediği hallerde ücretine tam olarak hak kazanacağına kararlaştırılmış olmasına rağmen, işçi hukuki bir engel nedeniyle belirli bir süre pazarlamacılık faaliyetini sürdüremiyor ise, işveren pazarlamacı işçiden ticari işletme sınırları içinde yapabileceği ve kendisinden de beklenebilecek işlerin yapılmasını isteyebilmektedir.

### 3.3.2. Evde Hizmet Sözleşmesi ile İşçiler Bakımından

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ilk defa yer verilen sözleşme tiplerinden biri de "Evde Hizmet Sözleşmesi"dir. Bu sözleşmede işçi, işveren tarafından kendisine verilen işi kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde tek başına ya da aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlenmektedir (BK m. 461 vd.). Bu çalışma türü genelde tekstil, konfeksiyon gibi alanlarda yaygın ise de, son dönemde reklamcılık, çeviri ve programcılık alanlarında da artış gösterdiğine dikkat

<sup>222</sup> Hükme göre belirlenecek ücretin tutarına ilişkin bkz. III. Bölüm, dn. 220.

<sup>223</sup> İşverenin işgörme edimini kusuruyla engellemesi veya işi kabulde temerrüde düşmesi halinde, pazarlamacıya BK m. 408 uyarınca çalışmadığı halde ücret ödeneceği yönünde bkz. Zengin, **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, s. 141.

çekilmektedir<sup>224</sup>. Pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanlarda olduğu gibi, evde hizmet sözleşmesi ile çalışanların da İş Kanunu'nun kapsamında olup olmadıklarının açıklığa kavuşturulması, çalışma konumuz bakımından, işgörme ediminin yerine getirilmemesi halinde uygulanacak hükümlerin doğru şekilde belirlenebilmesi için önem taşımaktadır.

İş Kanunu m. 4/I (d) bendinde, bir ailenin üyeleri ve üçüncü derece dâhil hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işler, İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulmuşlardır. O halde bu işleri gören kimselerin, evde çalışma yapmalarına rağmen, açıkça İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulduklarını kabul etmek gerekir<sup>225</sup>. Ancak anılan bendin dışında evde çalışması olanların, tıpkı pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanlar bakımından olduğu gibi, İş Kanunu'ndan yararlanmalarına bir engel bulunmamaktadır<sup>226</sup>. Bununla birlikte evde hizmet sözleşmesi hükümleri ile İş Kanunu hükümleri arasında bir çelişme söz konusu olduğunda, *sonraki kanun* ve *genel kanun içindeki özel hüküm* olmaları gerekçeleri ile Evde Hizmet Sözleşmesi hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerekir<sup>227</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Kanun'un Evde Hizmet Sözleşmesi hükümlerinde, işgörme ediminin ifasının engellenmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. İşgörme ediminin işveren veya işçi tarafından kaynaklanan sebeplerle yerine getirilememesinin sonuçları aynı maddede (BK m. 467) düzenlenmektedir.

Bu düzenlemede işverenin, -işçiyi aralıksız biçimde çalıştırmak şartıyla- ürünü kabulde temerrüde düşmesi halinde işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemenin çeşitli yönlerden BK m. 408 (Genel Hizmet Sözleşmesi hükümlerinde işgörme ediminin engellenmesi) ve BK m. 456'da

---

<sup>224</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 281.

<sup>225</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 283; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 309; Murat Engin, "Türk İş Hukukunda Evde Çalışma", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Ankara, 2000, s. 275, 277; Ender Gülver, "Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", **Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHFİM**, C. LXXII, S. 2, İstanbul, 2014, s. 121.

<sup>226</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 283. Aksi görüşte bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 477; Güven, Aydın, **İş Hukuku**, s. 77.

<sup>227</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 283-284; Gülver, **Evde Hizmet Sözleşmesi**, s. 121.

(Pazarlamacılık Sözleşmesi hükümlerinde pazarlama faaliyetinin engellenmesi) öngörülen esaslardan ayrıldığı göze çarpmaktadır. Söz konusu maddelerde, BK m. 467'den farklı olarak<sup>228</sup>, evde hizmet sözleşmesi ile çalışanlar bakımından yalnızca işverenin temerrüde düşmesinden söz edilmektedir. Gerçekten, yapılan işin niteliği ve çalışmanın işçinin evinde ya da işçi tarafından belirlenen başka bir yerde yapıldığı gibi özellikler göz önüne alındığında, “işgörme ediminin yerine getirilmesinin işverenin kusuruyla engellenmesi” gibi bir durumun söz konusu olamayacağı açıktır. Bu bakımdan, işgörme ediminin işçinin organizasyon çevresinde yerine getirilmesi nedeniyle, ürünü kabulde temerrüde düştüğü haller hariç olmak üzere, Evde Hizmet Sözleşmesi bakımından işletme rizikosunun işveren üzerinde olmayacağı esasının benimsenmiş olduğu söylenebilir. Zira diğer durumlarda, işverenin ücret ödemekle yükümlü olmadığı<sup>229</sup>, maddede açıkça belirtilmiştir.

İşgörme ediminin ifa edilememesine işçinin sebep olduğu hallerde ise, işverenin ücret ödemekle yükümlü tutulması için belirli şartlar öngörülmüştür. BK m. 467 uyarınca işçinin ücrete hak kazanabilmesi için; işverence aralıksız çalıştırılması, ifa engelinin işçinin kişiliğinden kaynaklanması ve kusurunun bulunmaması gerekmektedir. Madde gerekçesinde bu duruma örnek olarak, işçinin kusuru bulunmaksızın tutuklanması ya da hastalanması gibi haller gösterilmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, evde çalışanlar bakımından İş Kanunu hükümleri uygulanabilecekse de, Evde Hizmet Sözleşmesi hükümleri özel hükümler olmaları gerekçesi ile öncelikle uygulanmalıdır<sup>230</sup>. Bu düzenleme sonucunda, evde hizmet sözleşmesi ile çalışanların hastalığı halinde, İş Kanunu'ndan farklı olarak (bkz. İş Kanunu m. 25/I son) ücret ödenmelidir. Keza, işçinin gözü altına alınması veya

---

<sup>228</sup> BK m. 408'de, işverenin edimi kabulde temerrüde düşmesinin yanı sıra, işgörme ediminin yerine getirilmesinin işverenin kusuruyla engellenmesinin yaptırımını da öngörülmektedir. BK m. 456'da ise, pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesinin kendi kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesinin sonuçları düzenlendiğinden, bu ifade dolaylı olarak pazarlamacılık faaliyetinin ticari işletme sahibi işveren tarafından engellenmesinin sonuçlarını da tayin etmektedir.

<sup>229</sup> Madde metninde işverenin “bu hükümlere göre” ücret ödemekle yükümlü olmadığı ifadesine yer verilmesi, işverenin başkaca hükümlere göre ücret ödemesinin gerekip gerekmeyeceği sorusunu akla getirebilecekse de, madde gerekçesinde, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün yalnızca maddenin birinci cümlesinde sayılan iki durumla sınırlı olduğuna yer verilerek bu husus açıklığa kavuşturulmuştur.

<sup>230</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 283-284; Gülver, **Evde Hizmet Sözleşmesi**, s. 121

tutuklanması sebebiyle çalışmadığı süre için ücrete hak kazanamayacağı yönündeki yargı içtihadının<sup>231</sup>, evde çalışanlar bakımından BK m. 467 hükmünün gerekçesi de dikkate alınarak bu şekilde uygulanmaması gerekir.

#### **4. Deniz İş Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık**

##### **4.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık**

Deniz İş Kanunu'nda başlangıçtaki imkânsızlık halinde uygulanmak üzere özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'na tabi çalışan işçilerin iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelinin ortaya çıkmasına ilişkin yer verilen esasların, kural olarak Deniz İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından da geçerli olduğu belirtilmelidir<sup>232</sup>.

##### **4.2. Sonraki İmkânsızlık**

Deniz İş Kanunu<sup>233</sup>, İş Kanunu'na benzer sosyal amaç ve düşüncelerle çıkarılmış bir kanun olup, yalnızca konu edindiği iş ilişkisinin niteliği bakımından bir farklılık arz etmektedir<sup>234</sup>. Deniz İş Kanunu'nda da, işgörmeye ediminin yerine getirilmesinin işverence engellenmesinin ve işçinin işgörmeye edimini sunmamasının sonuçlarının genel olarak fesih sistemi içerisinde ele alındığı görülmektedir. Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinde, bu Kanun'a tabi çalışanların iş sözleşmelerinin hangi hallerde derhal feshedileceği ve hangi durumda sözleşmenin kendiliğinden sonra ereceği düzenlenmiştir. M. 14/III (a) uyarınca iş sözleşmesi; işveren, işveren vekili veya gemiadamı tarafından geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla bir süre seferden kaldırılması halinde derhal feshedilebilecektir. Bu bentte, esasında, işyerinden kaynaklanan bir zorlayıcı sebeple işin durmasının sonuçları düzenlenmektedir. Ancak İş Kanunu m. 24/III'ten farklı olarak iş sözleşmesini fesih

---

<sup>231</sup> Yargıtay kararlarında işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması sebebiyle çalışmadığı süre için ücret talep hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir, bkz. 7. HD., T. 22.5.2015, E. 2015/10777, K. 2015/9685, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.12.2016; 9. HD., T. 01.04.2015, E. 2013/16013, K. 2015/12866, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 25.12.2016.

<sup>232</sup> Bkz. III. Bölüm, 2.1. Başlık.

<sup>233</sup> RG. : 290.4.1967, S. 12586.

<sup>234</sup> Kar, **Deniz İş**, s. 34.

hakkı yalnızca işçiye değil, işverene ve işveren vekiline de tanınmıştır. Ayrıca yine anılan hükümden farklı olarak bekleme süresi bir hafta değil, otuz gün olarak belirlenmiştir.

Eklemek gerekir ki, Deniz İş Kanunu'nda geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla bir süre seferden kaldırılması halinde işçinin bu bekleme süresince ücrete hak kazanıp kazanmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Oğuzman'a göre, Deniz İş Kanunu m. 9/III (b) uyarınca<sup>235</sup> geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla bir süre için seferden kaldırılması halinde işverenin ücret ödeme borcundan kurtulduğu kabul edilecek olursa işverene fesih hakkı tanınmasının anlamı kalmamaktadır. Buna uygun olarak işverenin ücret ödeme borcundan kurtulmayacağına kabul edilmesi halinde ise, işçiye derhal fesih hakkının tanınmaması gerekmektedir. Yazar sözleşmenin her iki tarafına da fesih hakkı tanınmış olmasını açıklamanın güç olduğuna dikkat çekmekte ve madde hükmünü eleştirmektedir<sup>236</sup>.

Geminin seferden kaldırılması, işgörme ediminin sunulması bakımından bir imkânsızlık hali oluşturduğuna göre, görüşümüze göre burada işçinin ücret alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunun belirlenebilmesi için öncelikle geminin seferden kaldırılması sebebinin tespiti önemlidir. Nitekim geminin seferden kaldırılması kural olarak bir işletme rizikosudur. Bu bakımdan geminin sefere çıkması ihtiyacını ortadan kaldıran bir ham madde yokluğu halinde de, işçinin ücret alacağının korunması gereklidir. Çünkü bu tip bir engel mücbir sebep niteliği taşımayıp, bir ekonomik risk (*das Wirtschaftsrisiko*) teşkil etmektedir. Deniz taşımacılığını düzenleyen idari makamlardan gerekli izinlerin alınmaması gibi işverenin kusuru bulunan hallerde işçinin işgörme edimini yerine getirememesine rağmen ücrete hak kazanacağını kabul etmek gerekir.

Peki, işgörme edimini sunulamamasının nedeni, mücbir sebep ağırlığında bir engel olup, işverene hiçbir kusurun isnat edilemeyeceği bir durum söz konusu ise, diğer bir ifadeyle işletme rizikosu kapsamına girmeyen bir sebep geminin seferden

<sup>235</sup> Mülga 6379 sayılı Deniz İş Kanunu m. 9 için bkz. RG. : 20.03.1954, S. 8663

<sup>236</sup> Bkz. Oğuzman, **Fesih**, s. 89.

kaldırılmasına yol açmış ise, artık işçinin karşı edim alacağına hak kazanamayacağı kabul edilmek mi gerekir? Bu noktada, söz konusu geminin bir seferde bulunması halinde, işçinin işverene bağımlılığının en üst düzeyde olduğuna da dikkat çekmek isteriz, zira bu durumdaki işçi dinlenme zamanını dahi işverene ait bir organizasyonda geçirmektedir. Bu bakımdan diğer iş ilişkileri bakımından kabul edilen esasların, aylarca sürebilecek seferlerin söz konusu olduğu bu tür işlerde aynı şekilde kabul edilip edilemeyeceğinin ayrıca tartışılması gerekir. Öte yandan, Deniz İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da uygulama alanı bulacak olan Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi gereğince<sup>237</sup>, işçi ücrete hak kazandığında maddenin ikinci cümlesinde sözü edilen kalemler bakımından ne şekilde bir indirim yapılacağını da konunun tartışmaya açık diğer bir yönüdür. Kanaatimizce, Deniz İş Kanunu'nda bu konuda ayrıntılı bir yasal düzenlemeye yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik teşkil etmektedir.

Deniz İş Kanunu m. 14/III'te düzenlenen ve sözleşmenin her iki tarafına da derhal fesih hakkı tanıyan bir diğer hal ise, gemiadamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesidir. Dikkat edileceği üzere, iş mevzuatındaki genel yaklaşımdan farklı olarak, Deniz İş Kanunu, işçinin hastalığı ya da engelliliği halinde, herhangi bir bekleme süresi öngörmeksizin taraflara sözleşmeyi fesih hakkı tanımıştır, fakat bu hakkın kullanımı için, söz konusu durumun gemide çalışmaya *sürekli bir biçimde* engel olacak ağırlıkta olması şartı aranmaktadır. Geçici bir hastalık söz konusu olduğunda ise herhangi bir asgari bekleme süresi öngörülmediğinden, bu durumda m. 16'da düzenlenen akdin çözülmesinde bildirim sürelerine riayet edilmesi gerekecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'nun işçinin çalışmayı durdurmasına ilişkin 409. maddesi, bu alanda doğrudan uygulanabilir bir hüküm olsa da<sup>238</sup>, İş Kanunu'nun 74. maddesine eklenen son fıkra uyarınca<sup>239</sup>, bu maddedeki esasların Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar bakımından da uygulanacağı

<sup>237</sup> Bu yönde bkz. Kar, **Deniz İş**, s. 37-38, 142; Kar, **Borçlar Kanunu'nun Deniz İş Kanunu'na Etkisi**, s. 171.

<sup>238</sup> Kar, **Deniz İş**, s. 37-38, 142; Kar, **Borçlar Kanunu'nun Deniz İş Kanunu'na Etkisi**, s. 171.

<sup>239</sup> Bkz. 6663 sayılı Kanun m. 22, (RG. : 10.02.2016, S. 29620).



öngörüldüğünden<sup>240</sup>, gemiadamının işgörme edimini analık, süt izni ve evlat edinme nedenlerine bağlı olarak yerine getirememesinin artık özel olarak düzenlendiğinin kabulü gerekir<sup>241</sup>. Ancak burada yer verilen bazı hükümlerin, (örneğin kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için verilen günde toplam birbuçuk saatlik süt izninin) gemide çalışanlar bakımından nasıl uygulanacağı belirsizdir. Dolayısıyla bu çalışma alanının özellikleri gözetilerek, hükmün gemide çalışan işçiler bakımından revize edilmesi ihtiyacı bulunduğu belirtilmelidir.

## **5. Basın İş Kanunu'na Tabi Çalışanların İş İlişkilerinde İmkânsızlık**

### **5.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık**

Basın İş Kanunu'nda başlangıçtaki imkânsızlık halinde uygulanmak üzere özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'na tabi çalışan işçilerin iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelinin ortaya çıkmasına ilişkin yer verilen esasların, kural olarak Basın İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından da geçerli olduğu belirtilmelidir<sup>242</sup>.

### **5.2. Sonraki İmkânsızlık**

Kural olarak iş sözleşmelerinde ücret yapılan işin karşılığı olarak tanımlanmaktadır. Basın İş Kanunu'nda ise bu durumun aksi benimsenmiş olup, kararlaştırılan ücret, her ay peşin ödenmektedir (m. 14/I). Diğer bir deyişle ifa sırasına göre, işveren ücret ödemekte, işçi de bunun karşılığında işgörme edimini yerine getirmektedir. Basın İş Kanunu'nda düzenleme bulunmayan hallerde İş Kanunu hükümlerine mi yoksa Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Hangi Kanun hükümlerine başvurulması gerektiğinin belirlenmesi, bu Kanun kapsamında çalışanların geçici ifa imkânsızlıklarının iş ilişkisi tarafları bakımından doğuracağı sonuçların belirlenmesi önem taşımaktadır. Bizim katıldığımız görüşe göre, Basın İş Kanunu'nda boşluk

<sup>240</sup> Anılan hükme İş Kanunu m. 74 içerisinde yer verilmesini yasama tekniği bakımından isabetsiz bulan görüş için bkz. Centel, **Analık**, s. 10,15; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 705.

<sup>241</sup> Kanun'da isabetsiz bir şekilde, bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimseler "gemiadamı" olarak tanımlanmaktadır (bkz. Deniz İş K. m. 2 /B).

<sup>242</sup> Bkz. III. Bölüm, 2.1. Başlık.

bulanan hallerde İş Kanunu değil, Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmalıdır<sup>243</sup>. Zira İş Kanunu'nun Basın İş Kanunu'na göre özel hüküm olduğunu gösteren bir hükme ne İş Kanunu'nda ne de Basın İş Kanunu'nda yer verilmiştir<sup>244</sup>. İş Kanunu'nda daha ayrıntılı hükümlere yer verilmesi, bu Kanun'un diğer İş Kanunlarına nazaran genel kanun niteliği taşıdığı için yeterli değildir<sup>245</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, Basın İş Kanunu'nda işgörmeye ediminin yerine getirilmemesi ve bunun sonuçlarına ilişkin pek çok özel hüküm bulunduğu için, bu kapsamda çalışan işçilerin işgörmeye edimini sunamamaları halinde Borçlar Kanunu'na ancak nadiren başvuru gündeme gelecektir. Bu noktada Basın İş Kanunu'nda yer verilen özel hükümlerde, diğer İş Kanunlarına nazaran, büyük ölçüde işçi lehine esaslar getirilmiş olduğu da ifade edilmelidir.

Basın İş Kanunu'nda, İş Kanunu'nda olduğu gibi, sıklıkla ortaya çıkan hastalık, gebelik, askerlik gibi ifa engellerinin iş ilişkisi üzerindeki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. Bu Kanun'da ayrıca, birtakım maddi ifa imkânsızlıklarının yanı sıra, gazetecinin işgörmeye edimini yerine getirdiği süreli yayın organının görüş ve karakterindeki bariz bir değişikliğin, manevi menfaatlerini ihlal edecek bir hal alması, diğer bir ifadeyle, gazetecinin<sup>246</sup> işgörmeye edimini manevi nedenlerle sunmak istememesinin sonuçları da öngörülmüştür. Böyle bir durumda gazeteci ihbar müddetini beklemezsizin iş sözleşmesini feshedebilecek ve fesih işverenin kusuru nedeniyle gerçekleşmiş olsaydı elde edebileceği tazminatı talep edebilecektir (m. 11/I-II).

---

<sup>243</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 28-29; A. Can Tuncay, **Hukuki Yönden Basında İşçi - İşveren İlişkileri**, İstanbul, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989, s. 26; Süzek, **İş Hukuku**, s. 232; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 19. Basın İş Kanunu'nda boşluk bulunması halinde, İş Kanunu hükümlerine başvurulması, ancak İş Kanunu'nda da hüküm bulunmaması halinde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 60, 329. İş Kanunu'nun daha ayrıntılı düzenlemeler içermesi nedeniyle, işçiyi koruma ilkesi gereğince öncelikle İş Kanunu'na, burada bir hüküm bulunamazsa Borçlar Kanunu'na başvurulması gerektiği görüşünde bkz. Müjdat Şakar, **Basın İş Hukuku**, İstanbul, Beta, 2002, s. 44.

<sup>244</sup> Tuncay, **Basında İşçi - İşveren İlişkileri**, s. 26; Şakar, **Basın İş Hukuku**, s. 42.

<sup>245</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 20; Tuncay, **Basında İşçi - İşveren İlişkileri**, s. 26.

<sup>246</sup> 5953 Sayılı Basın İş Kanunu'nda "gazeteci" terimi, bu Kanun'un kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar olarak tanımlanmıştır (m. 1/II).

Basın İş Kanunu'nda işgörme ediminin ifa imkânsızlığının düzenlendiği özel hükümlerden ilki gazetecinin hastalanmasıdır. Bu madde ile, kural olarak geçici imkânsızlık hali arz eden hastalık halinin ne zaman sürekli imkânsızlığa eş tutulabileceğinin sınırı Kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. İşveren, ancak gazetecinin hastalığının altı aydan fazla sürmesi halinde iş sözleşmesini feshedebilecektir (m. 12/I).

Yine, işgörme ediminin talim veya manevra dolayısıyla yerine getirilememesine ilişkin özel hüküm bulunmakta olup, bu hüküm uyarınca silah altına alınan gazeteci, bu sürede ücretine hak kazanmaya devam edecektir (Basın İş K. m. 16/I). Ayrıca kısmi veya umumi seferberlik nedeniyle silah altına alınan gazeteci de üç ay boyunca ücretine hak kazanacaktır (Basın İş K. m. 16/II). Burada Kanun koyucu, İş Kanunu'ndan farklı olarak, gazeteciye ek bir koruma sağlamış, talim, manevra, kısmi ya da umumi seferberlik hallerinde belirli sınırlar kapsamında da olsa, işçinin ücrete hak kazanacağını öngörmüştür.

Öte yandan, ilk muvazzaf askerlik hizmeti olmak şartıyla, aldığı son ücret normal askerlik süresince yarı oranında ödenecektir. Dikkat edileceği üzere, Basın İş Kanunu'nda, muvazzaf askerlik nedeniyle işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin belirli bir süre geçtikten sonra işverence feshedilmiş sayılacağı kabul edilmediği gibi, işçinin ücretine yarı oranında hak kazanmasına imkân tanınmıştır. Böylelikle iş sözleşmesinin askıda kaldığı bu dönemde karşı edim hasarı belirli bir oranda işverene yüklenmiştir.

Basın İş Kanunu'nda kadın gazetecinin gebelik ve doğum nedeniyle işgörme edimini yerine getirememesinin sonuçlarını düzenleyen bir hükme de yer verilmiştir. Bu hükme göre; kadın gazeteci, hamileliğinin yedinci ayından itibaren doğumunun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılacak olup, bu süre boyunca son aldığı ücretin yarısına hak kazanacaktır. Üstelik Kanun'da, gazetecinin, sigortadan ya da bağlı olduğu kuruluştan alacağı yardımın bu ödemeye etki etmeyeceği de öngörülmüştür (Basın İş K. m. 16/son). Ancak çalışmamızda daha önce de yer verildiği üzere, İş Kanunu'nun 74. maddesine eklenen son fıkrada<sup>247</sup>, bu madde hükümlerinin iş

<sup>247</sup> Bkz. 6663 sayılı Kanun m. 22, (RG. : 10.02.2016, S. 29620).

sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanacağı öngörülmektedir. Bu durumda, Basın İş Kanunu'nun 16. maddesinin son fıkrasında kadın gazetecinin hamileliğine ilişkin hükmün, İş Kanunu'nun 74. maddesi ile yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığı meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanun'da Basın İş Kanunu'ndaki hükmün yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığına göre, bu hususun tespiti için yorum metodlarına başvurulmalıdır.

Sonraki kanunun önceki kanunu yürürlükten kaldırmasına yönelik yorum metodunun sağlıklı bir biçimde uygulanabilmesi için, çelişen kanunların her ikisinin de genel veya her ikisinin de özel olup olmadığının doğru bir biçimde tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>248</sup>. Ancak burada, çelişen kanunların (hükümlerin) aynı konuyu düzenlemekte oldukları da önem taşımakta olup, kapsam veya içerikte bir farklılık varsa çelişmeden söz edilemeyeceğine de dikkat çekilmektedir<sup>249</sup>. O halde, her ikisi de özel kanun niteliği taşıyan Basın İş Kanunu ve İş Kanunu'nun analık / gebelik haline ilişkin düzenlemelerinin içeriklerinin aynı olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekir.

“Analık halinde çalışma ve süt izni” kenar başlığını taşıyan İş Kanunu'nun kapsamı incelendiğinde, bu maddede esas olarak kadın işçinin doğum nedeniyle çalıştırılma yasağının sınırlarının çizildiği ve buna bağlı olarak kendisine verilen izinlerin düzenlendiği görülmektedir. 6663 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden sonra maddede yine evlat edinmeyle bağlantılı olarak işçiye tanınmış izinlere de yer verilmiştir. Nitekim İş Kanunu'nun 74. maddesi, Kanun'da “İşin Düzenlenmesi” başlıklı Dördüncü Bölüm'de yer almaktadır. Basın İş Kanunu'nun 16. maddesi ise “Askerlikte ve gebelikte ücret” kenar başlığını taşımakta olup, gebeliğe ilişkin düzenlemeler içeren son fıkrası hem kadın gazetecinin izinli sayılacağı süreleri belirlemekte hem de bu dönemde ücret alacağı bakımından özel bir çözüm öngörmektedir. Bu bakımdan, İş Kanunu'nun 74. maddesinde yer alan hükümlerin her türlü işçi için uygulanacağına yer verilmesi sonucunda, kanaatimizce her iki

<sup>248</sup> Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 26.

<sup>249</sup> Yılmaz, **Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi**, s. 26.

Kanun'da yer alan hükümler arasında yalnızca doğum nedeniyle çalışma yasağına ilişkin süreler bakımından bir çelişme ortaya çıkmıştır. Basın İş Kanunu'nda gazeteci, zorunlu olarak hamileliğinin 7. ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılmakta iken, artık 6663 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile, gazetecilerin de, İş Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasında öngörüldüğü üzere, doktorun onayı ile doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilmesi imkânı doğmuştur. Ancak aynı fıkrada işçinin doğum izni süresinde ücrete hak kazanıp kazanmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır, tekrar edelim ki İş Kanunu'nun 74. maddesi esasında analık halinde çalışma ve süt izinlerini düzenleyen bir hükümdür. Bu nedenle kanaatimizce, Basın İş Kanunu'nda işçinin ücretini düzenleyen hükmün, İş Kanunu'nun 74. maddesinin kapsamının Basın İş Kanunu'na tabi işçileri de kapsayacak şekilde genişletilmesinden sonra yürürlükten kaldırılmış olacağı sonucuna varılmaması gerekir. Bununla birlikte doğum izninde çalışma süreleri bakımından bir çelişme söz konusu olduğundan, İş Kanunu'nun 74. maddenin birinci fıkrasına üstünlük tanınacağı açıktır, zira çalışma süreleri bakımından bu hüküm sonraki hüküm niteliğini haizdir.

Basın İş Kanunu'nda ayrıca, mahkumiyet veya yayının tatilinde ücret alacağının akıbetine ilişkin de düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu 17. maddeye göre, gazetecinin özgürlüğü, mensup olduğu mevkedeki bir yayın dolayısıyla kısıtlanmış ise, ücretini almaya devam edecektir<sup>250</sup>. Böylelikle kanun koyucu, gazetecinin işgörmeye edimini gördüğü iş nedeniyle yerine getiremediği hallerde karşı edim riskinin işçi üzerinde kalmasını engellemiş, bu durumu adeta bir işveren rizikosuna gibi değerlendirerek işçinin ücrete hak kazanmasını sağlamıştır. Bununla birlikte Kanun'da bu duruma bir istisna öngörülerek, gazetecinin özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olan yayının, mevkute sorumlu müdürünün veya sahibinin haberi olmadan yapıldığı veya yaptırıldığı ya da sorumlu müdürün kontrolünden geçirilerek yayını yenilenen şekil üzerinde herhangi bir değişiklik yapıldığı veya yaptırıldığı hallerde gazeteci bu hükümde sağlanan korumadan yararlanamayacaktır.

<sup>250</sup> Üstelik gazeteci, bağlı bulunduğu kadroya yapılan zamlardan dahi emsali oranında yararlanabileceği gibi (Basın İş K m. 17/II), özgürlüğünü kısıtlanmasında o mevkededen ayrılmasından sonraki bir dönemde meydana geldiğinde de maddede öngörülen korumadan yararlanabilecektir (Basın İş K m. 17/III).

Son olarak belirtmek gerekir ki, Kanun'da her ne sebeple olursa olsun yayınına ara verilen mevkutede çalışanların ara vermeden itibaren iki ay süreyle ücretlerini almaya devam edecekleri hususunda da düzenlemeye yer verilmiştir (Basın İş K m. 17/son).



## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### İMKÂNSIZLIĞIN ATİPİK İŞ SÖZLEŞMERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

#### 1. İmkânsızlığın Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

Belirli süreli iş sözleşmesinde, taraf iradeleri sözleşmenin yalnızca belirli bir süre boyunca sürmesi yönünde uyuşmaktadır. Nitekim sözleşmeye belirli süreli olma niteliğini kazandıran unsur da, bu ilişki kurulurken tarafların açık ya da örtülü kararlaşmaları doğrultusunda sözleşmenin sona erme anını bilmeleri ya da öngörebilmeleridir<sup>1</sup>. Bilindiği üzere, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine bağlanan sonuçlar, kural olarak işçinin daha aleyhine olduğundan, mevzuatımızda bu sözleşmenin kurulmasına yönelik çeşitli sınırlamalar getirilmiştir<sup>2</sup>. Belirli süreli iş sözleşmesi süreye bağlı olarak yapılan bir sözleşme olduğundan, iş sözleşmesinden doğan borçların ifa edilememesinin bu sözleşme üzerinde nasıl bir etki doğuracağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda ifade bulan bir görüşe göre, işgörme edimi sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız hale gelmiş ise (başlangıçtaki imkânsızlık), bu imkânsızlığın öngörülen belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin yalnızca bir kısmını etkilemesi durumunda, kalan sözleşme süresinin anlaşmaya uygun olarak devam etmesi gerekir, meğer ki bu sözleşmenin ayakta tutulması bir anlam taşıyın (Art. 20 II OR, karşı. BK m. 27/II)<sup>3</sup>. Bize göre de sözleşmenin kurulmasından önce bir imkânsızlık ifa engeli ile karşılaşıldığında, tarafların sözleşmenin devamı konusunda menfaatlerinin olup olmadığının araştırılması yerinde bir çözüm tarzıdır. Ancak mevzuatımızda İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmenin kurulmasına ilişkin farklılıklar bulunması, işçinin hangi Kanun'a tabi olduğunun da gözetilmesini gerektirmektedir.

<sup>1</sup> Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, TÜHİS Yayınları, 1998, s. 7; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat, 2012, s. 15.

<sup>2</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 251; Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 8; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 47-48.

<sup>3</sup> Rehbinder, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 34, s. 348.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda, belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa kurulması için esaslı (objektif) bir sebebin bulunması gibi bir zorunluluk öngörülmemiştir<sup>4</sup>. Bu nedenle tarafların, herhangi bir üst sınıra uymak zorunda kalmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi kurması mümkündür<sup>5</sup>. Kanun'da yalnızca, yeniden belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulması ihtiyacı ortaya çıkmış ise, esaslı bir sebebin varlığı şart koşulmuştur (BK m. 430/II). Borçlar Kanunu'na tabi bir işçi söz konusu olduğunda da, işgörme ediminin yerine getirilememesine yol açan engelin belirli süreli iş sözleşmesi kurulduğu sırada öngörülen sözleşme süresinin yalnızca bir kısmını etkilemesi halinde, kalan sözleşme süresinin, sözleşmenin ayakta tutulması bir anlam taşıdığı müddetçe aynı şekilde devam edeceği düşünülebilir<sup>6</sup>. Buna karşılık, bilindiği üzere İş Kanunu'nun kapsamında olan işçiler ile belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa kurulabilmesi veya yenilenebilmesi için ise, esaslı bir sebebin bulunması gerekmektedir<sup>7</sup>. Bunlar, Kanun'un 11. maddesinde; işin belirli süreli olması, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullar olarak örneklendirilmiştir. Sözleşmenin kurulmasından önce işgörme ediminin imkânsız hale gelmesi ve bunun öngörülen sözleşme süresinin bir kısmını etkilemesi durumunda, bu defa tarafların sözleşmenin kurulması için başvurdukları objektif koşul dikkate alınarak, yine sözleşmenin ayakta tutulmasının bir anlam taşıyıp taşımadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması isabetli olacaktır.

İmkânsızlık ifa engeli, belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir. Bu durumda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar bakımından imkânsızlık

<sup>4</sup> Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinden Alman hukukunda ise, iş sözleşmesinin süresinin sınırlanması kural olarak esaslı neden şartına bağlanmamış ve ilk defa kurulacak bir sözleşmeler bakımından (en fazla iki yıla kadar olmak üzere) belirli süreli iş sözleşmesinin üç defa esaslı neden sunulmaksızın uzatılmasına imkân tanınmıştır (§ 14 I TzBfG).

<sup>5</sup> Eklemek gerekir ki, Kanun'da on yıldan uzun süreli bir sözleşmenin kurulması durumunda, taraflara altı aylık fesih bildirim şartına uymak kaydıyla sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmıştır (BK m. 430/III).

<sup>6</sup> İsviçre hukuku bakımından bu yönde Rehbinden, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324, Kn. 34, s. 348.

<sup>7</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 251; Çelik, Canıklıoğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 163; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 169; Güven, Aydın, **İş Hukuku**, s. 63-64. Belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında objektif (esaslı) neden aranmayacağı görüşünde bkz. Savaş Taşkent, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", **Sicil**, S. 9, 2008, s. 18, 22; Başak Güneş, Faruk Barış Mutlay, "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, S. 30, 2011, s. 241.



olgusuna hangi tarafça yol açıldığının veya taraflarca yol açılıp açılmadığının tespiti önem taşır. Bu durumda salt sözleşmenin belirli süreli olması, imkânsızlığın belirsiz süreli iş sözleşmesinde olduğundan daha farklı hukuki sonuçlar doğurmasını haklı kılmaz<sup>8</sup>. İş sözleşmesinden doğan borçların imkânsız hale gelmesi durumunda iş hukukuna özgü geliştirilmiş hüküm ve teoriler belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur. Örneğin, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin greve katılması durumunda sözleşmenin süresinin kesilmeyeceği ve sürenin işlemeye devam edeceği kabul edilmektedir<sup>9</sup>. İşçinin greve katılması nedeniyle sözleşmesi askıya alınacak ve işçi işgörme edimini yerine getirmeyecektir. Bu durumun karşı edim üzerinde doğuracağı sonuçlar ise, 6356 sayılı Kanun'da açıklığa kavuşturulmuştur (m. 67/3). Maddede sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olması bakımından bir ayırım gözetilmemiş, grev süresince iş sözleşmesi askıda kalan işçiye bu dönem için işverence ücret ödenmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Benzer şekilde, hamileliği nedeniyle iş sözleşmesi askıya alınan bir işçinin yerine ve onun doğum izni süresi ile sınırlı olarak işe alınan bir işçinin hastalanması halinde, işgörme ediminin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin risk alanında ortaya çıkan nedenlerle imkânsız hale geldiğinden söz edilir. Böyle bir durumda hastalık hâli, tıpkı belirsiz süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi bakımından da sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğuracak ve hastalığa bağlanan hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. Pek tabii, bu esnada doğum iznini tamamlayan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin işe dönmesi halinde, belirli süreli iş sözleşmesi sürenin tamamlanması ile kendiliğinden sona erecektir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçinin sözleşmesinin hastalık nedeniyle askıya alındığı dönem, sözleşme süresinin uzaması gibi bir sonuç doğurmayacaktır. İş görme ediminin yerine getirilmemesinin karşı edim üzerinde doğuracağı sonuçlar ise, tıpkı belirsiz süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi, İş

---

<sup>8</sup> Nitekim İş Kanunu'nun 12. maddesinde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin, *ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça*, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı bir işleme tabi tutulamayacağı öngörülmüştür.

<sup>9</sup> Akyol, **Grevin Hizmet Akdine Etkisi**, s. 102; Şükran Ertürk, "Kanuni Grev ve Lokavtın Hizmet Aktine Etkisi", Çimento İşveren Dergisi, S. 4, C. 5, 1991, s. 15; Eda Manav Özdemir, **Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 235; Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 416.

Kanunu'nun 25/I (b) bendinin son paragrafında öngörülen esaslar çerçevesinde çözümlenecektir<sup>10</sup>. Borçlar Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından da yine aynı şekilde imkânsızlık olgusuna hangi tarafça yol açıldığının veya taraflarca yol açılıp açılmadığının tespiti önem taşır. Borçlar Kanunu'na tabi ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin işgörme ediminin imkânsız hale gelmesi, sözleşme süresinin imkânsızlık ifa engelinin ortaya çıktığı dönem kadar uzaması gibi bir sonuç doğurmayacaktır. İş görme ediminin yerine getirilmemesinin karşı edim alacağı üzerinde doğuracağı sonuçlar ise, kuşkusuz Borçlar Kanunu'nda öngörülen esaslar çerçevesinde çözümlenecektir.

Öte yandan, belirli süreli iş sözleşmeleri, sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesine bağlanmış sonuçlar bakımından belirsiz süreli iş sözleşmelerine göre farklılık arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu konu İş Kanunu'nda düzenlenmediğinden, Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmakta ve bu nedenle kural olarak İş Kanunu'na ve Borçlar Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından aynı hukuki sonuçlar doğmaktadır. İşgörme ediminin yerine getirilememesine yol açan ifa engeli bir fesih sebebi yapılmış ise, bu sebebin haklı sebep niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi önem taşır, zira işveren belirli süreli iş sözleşmesini haklı sebep olmaksızın derhâl feshederse, işçi sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı BK m. 438 uyarınca tazminat olarak talep edebilmektedir<sup>11</sup>. Mülga 818 sayılı

<sup>10</sup> İş Kanunu m. 25/I (b) bendinin son paragrafında, işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği sürelerde ücretinin işlemeyeceği belirtilmektedir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm, 3.2.2.2. Başlık.

<sup>11</sup> İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshine ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, BK m. 438/I hükmünün İş Kanunu'na tabi ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için de uygulama alanı bulacağı görüşünde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 734-735. Ekleyelim ki, BK m. 438/III'te düzenlenen haksız fesih tazminatının (hâkimin bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak miktarını işçinin en fazla altı aylık ücretini geçmemek üzere serbestçe belirleyeceği tazminat), İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. *Süzek*'e göre bu tazminat Borçlar Kanunu'na tabi işçiler ile İş Kanunu'na tabi olup iş güvencesi kapsamında dışındaki işçiler için (dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için de) uygulanmalıdır, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 736. *Alpagut*'a göre bu fıkra, İş Kanunu'na tabi çalışan belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin yanı sıra, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için – ancak usulsüz fesih kişilik haklarını zedelediğinde uygulanabilir bir hükümdür, bkz. *Alpagut*, **Türk Borçlar Kanunu**, s. 931-932. *Özdemir*'e göre ise, ise haksız fesih tazminatına ilişkin hüküm isabetsiz bir biçimde İş Kanunu'na tabi belirli süreli işçiler için de uygulama alanı bulabilecek şekilde kaleme alınmıştır, bkz. Erdem Özdemir, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, **Sicil**, S. 24, 2011, s. 107-108.

Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yüksek Mahkeme, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi halinde işçiye kalan süreye ait ücretinin ödenmesi yönündeki kararlarında, dayanak noktası olarak 818 sayılı Kanun'un "iş sahibinin temerrüdü" kenar başlığını taşıyan 325. maddesini (bkz. 6098 sayılı Borçlar Kanunu m. 408) esas almıştır<sup>12</sup>. Yüksek Mahkeme'nin, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haklı bir neden olmaksızın feshinde, işçinin işgörmeye edimini ifa edememesinin işverenin temerrüdünden kaynaklandığı ve bu nedenle sanki sözleşme devam ediyormuş gibi işçinin kalan süreye ait ücret ve diğer haklarına hak kazanması gerektiği yönündeki gerekçesinin öğretide eleştiri ile karşılandığı belirtilmelidir. Şahlanan'a göre, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haklı neden olmaksızın feshinde bu gerekçeye yer verilmesi hukuki sorunun işverenin temerrüdü ile çözülmeye çalışıldığı gibi bir izlenim yaratmaktadır, oysa bu durumun bir haksız fesih olarak değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>13</sup>. Yazara göre, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 325'de öngörülen sözleşme süresi sonuna kadar işçinin alacağı miktarın ücret değil, tazminata esas alınacak tutar olarak anlaşılması ve tazminat hesabında bu maddede öngörülen esasların dikkate alınması isabet taşıyacaktır<sup>14</sup>. Nitekim bu hususun, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda açıkça bu görüş çerçevesinde çözüme kavuşturulduğu görülmektedir. 438. maddede, işverenin haklı bir sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshi halinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin süreli uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak talep edebileceği öngörülmüştür (BK m. 438/I). Ayrıca madde kapsamında, söz konusu tazminatın hesabında BK m. 408'de öngörülen esaslara (karş. mülga 818 sayılı BK m. 325) aynı şekilde yer verilmiştir (BK m. 438/II). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haklı bir neden olmaksızın feshini düzenleyen özel bir hükme yer verilmiş olmasına rağmen, Yüksek Mahkeme

<sup>12</sup> Bkz. 9. HD., T. 04.11.2010, E. 2008/40012, K. 2010/31664, **Çalışma ve Toplum**, S. 30, 2011, s. 416-419; 9. HD. T. 03.06.2010, E. 2008/28693, K. 2010/16017, **Çalışma ve Toplum**, S. 28, 2011, s. 440-443.

<sup>13</sup> Fevzi Şahlanan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmaksızın İşverence Feshi (Karar İncelemesi) (Aralık 2009)", **İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s. 295.

<sup>14</sup> Şahlanan, **Karar İncelemeleri**, s. 295.

içtihatlarında hatalı bir şekilde halen işverenin temerrüdüne ilişkin maddeye (BK m. 408) yer verilmekte ise de<sup>15</sup>; Yargıtay kararlarında yasal dayanak olarak Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinin gösterilmesi isabetli olmayıp, 438. maddenin uygulanması ve işçinin hak kazandığı alacağın tazminat olarak nitelendirilmesi gerekmektedir<sup>16</sup>.

Ayrıca ekleyelim ki, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haklı bir neden olmaksızın sona erdirilmesine ilişkin yargı kararlarında, kanaatimizce isabet taşımayan başka bir yaklaşım da ortaya konulmaktadır. Yüksek Mahkemece, işverenin yalnızca ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayandığı fesihlerinde değil, sağlık sebeplerine ve zorlayıcı sebeplere dayandığı hallerde de<sup>17</sup>, işçinin kalan süreye ilişkin talep hakkının doğmayacağı kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Tekrar edelim ki, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesi yalnızca Borçlar Kanunu'nda (BK m. 438) düzenlenmiştir ve bu nedenle İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de bu hüküm uygulanmaktadır. Haklı sebep kavramı ise, İş Kanunu'ndan farklı olarak kategoriler halinde düzenlenmemiş, genel bir şekilde tanımlanmıştır. Bu Kanun'a göre sözleşmeyi fesheden tarafın, *dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği bütün durum ve koşullar* haklı sebep sayılmaktadır (BK m. 435). Bize göre, Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin bu Kanun'un sistematığı içerisinde yorumlanması uygun olacaktır.

---

<sup>15</sup> Bkz. 9. HD. T. 05.11.2012, E. 2010/27094, K. 2012/35894, **Tekstil İşveren**, Hukuk, Mart 2014, S. 399, s. 2-3; 7. HD., T. 16.06.2015, E. 2015/18735, K. 2015/12270, **Çalışma ve Toplum**, S. 50, 2016, s. 1471-1474.

<sup>16</sup>Fevzi Şahlanan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın İşverence Feshinden Doğan Tazminat Alacağına İlişkin Yeni Düzenleme ve Yargıtay Uygulaması (Karar İncelemesi)", **Tekstil İşveren**, Hukuk, Mart 2014, S. 399, s. 4.

<sup>17</sup> 9. HD.'nin aynı konudaki başka bir kararında da (T. 21.05.2009, E. 2007/41429, K. 2009/13673) aynı şekilde İş Kanunu m. 25/IV'e (işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın belirli bir süreyi aşması) yer verilmemiştir. Şahlanan'a göre bu bende dayalı fesihler bakımından da işçinin kalan süreye ilişkin talep hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır, karar metni ve anılan görüş için bkz. Şahlanan, **Karar İncelemeleri**, s. 291-296.

<sup>18</sup> "...Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanmaması gerekir, işverenin feshi, 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin ilk bendinde yazılı olan sağlık sebeplerine, ikinci bentte sözü edilen ahlak ve iyiniyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere ve üçüncü bentte öngörülen zorlayıcı sebeplere dayanması durumunda işçiye sözleşmenin kalan süresine ait ücretler bakımından talep hakkı doğmaz...", 9. HD., T. 04.11.2010, E. 2008/40012, K. 2010/31664, **Çalışma ve Toplum**, S. 30, 2011, s. 416-419; 9. HD., T. 03.06.2010, E. 2008/28693, K. 2010/16017, **Çalışma ve Toplum**, S. 28, 2011, s. 440-443.

Diğer bir ifadeyle, belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haklı bir sebep olmaksızın sona erdirilmesi gibi bir durum söz konusu olduğunda, bu konu yalnızca Borçlar Kanunu'nda ele alındığından, “haklı sebep” teriminin *doğrudan* İş Kanunu'nda yer verilen kategorilere teşmil edilmemesi gerekir. Şüphesiz, İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer verilen kategorilerin, BK m. 435'te yer verilen haklı sebeplerle (sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesinin beklenememesi) örtüştüğü haller olacaktır. Ancak belirttiğimiz üzere, *doğrudan* İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer verilen hallerin uygulanması yerine, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshini düzenleyen BK m. 438 hükmünün, aynı Kanun'un haklı sebebe ilişkin 435. maddesi ile bağlantısı koparılmaksızın yorumlanması gerektiği görüşünü taşımaktayız.

Öte yandan, aksi yöndeki Yargıtay içtihatları çerçevesinde (belirli süreli iş sözleşmesi işverence İş Kanunu m. 25/I veya m. 25/III'te sayılan hallere istinaden feshedilen işçinin, belirli süreli sözleşmesinin kalan süresine ilişkin bir alacak hakkı doğmayacağına ilişkin içtihatlarda) her ne kadar açıkça ifade edilmemekteyse de<sup>19</sup>, işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağına kabul edilmesi icap eder. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi bu içtihatlar çerçevesinde bakiye ücret tutarındaki tazminatı talep edemeyecek ise de, iş sözleşmesi işverence ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında sona erdirildiğinden (1475 sayılı İş Kanunu m. 14/I uyarınca<sup>20</sup>) kıdem tazminatına hak kazanacaktır<sup>21</sup>.

Bir diğer değinilmesi gereken husus ise, işverenin herhangi bir kusuru bulunmaksızın imkânsızlığın ortaya çıkmasının belirli süreli iş sözleşmeleri üzerinde nasıl bir etki doğuracağıdır. Yüksek Mahkeme, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin çalıştığı bankanın tasfiye edilerek Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, bu durumu borçlar hukuku açısından işçinin

<sup>19</sup> Bkz. 9. HD., T. 04.11.2010, E. 2008/40012, K. 2010/31664, **Çalışma ve Toplum**, S. 30, 2011, s. 416-419; 9. HD., T. 03.06.2010, E. 2008/28693, K. 2010/16017, **Çalışma ve Toplum**, S. 28, 2011, s. 440-443; 9. HD., T. 05.11.2012, E. 2010/27094, K. 2012/35894, **Tekstil İşveren**, Hukuk, Mart 2014, S. 399, s. 2-3; 7. HD., T. 16.06.2015, E. 2015/18735, K. 2015/12270, **Çalışma ve Toplum**, S. 50, 2016, s. 1471-1474.

<sup>20</sup> 4857 sayılı Kanun'un 120. maddesi uyarınca, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>21</sup> Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 204; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 333.

hizmet akdinin devamında o dönemde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 117. maddesi (bkz. 6098 sayılı BK m. 136) anlamında bir ifa engeli olarak nitelemiş ve işçinin cezai şart talebini reddetmiştir<sup>22</sup>. Söz konusu karar, sürekli ifa imkânsızlığına iş hukukunda dayanılan çok az sayıda karardan birine örnek teşkil etmektedir<sup>23</sup>. *Alpagut*'a göre, İş Kanunu'nda kusursuz imkânsızlık oluşturan haller, zorlayıcı sebepler olarak İş Kanunu m. 24/III ve 25/III'te düzenlenmekte olup, kusursuz imkânsızlığın sonuçlarının Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak düzenlenmesinin nedeni, diğer bir ifadeyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinin değil feshinin öngörülmesinin nedeni, feshe bağlı hukuki sonuçların uygulanabilmesini sağlamaktır<sup>24</sup>. Yazar, işyerine düşen bir bomba veya deprem ya da askeri darbe sonucu işyerinin kapatılması gibi örneklerde işverenin bir kusuru bulunmamasına rağmen, İş Kanunu'nun sistematüğinde böyle durumlarda işverene değil yalnızca işçiye (İş K m. 24/III uyarınca) haklı nedenle fesih hakkı tanındığına dikkat çekmektedir<sup>25</sup>.

## 2. İmkânsızlığın Azami ve Asgari Süreli İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkileri

İş sözleşmelerinin, sona erecekleri zamana göre kural olarak belirli ya da belirsiz süreli olarak kurulmaları kabul edilmekte ise de, tarafların bunların dışında sözleşmeye asgari ya da azami bir süre koymaları da söz konusu olabilir<sup>26</sup>. Azami süreli iş sözleşmesi, sözleşmede öngörülen tarihte kendiliğinden sona ermekte olup (tıpkı belirli süreli iş sözleşmesinin taraflarca kararlaştırılan sürenin sonunda

<sup>22</sup> Bkz. 9 HD., T. 22.01.2004, E. 2003/22636, K. 2004/534, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 08.07.2016. Çalışmamızda anılan kararın değerlendirilmesi yalnızca iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından yapılmış, çalışma konumuzun sınırlarının dışında olması gerekçesi ile cezai şartın geçerliliği bakımından ayrıca bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

<sup>23</sup> *Alpagut, İfa İmkânsızlığı*, s. 657.

<sup>24</sup> *Alpagut, İfa İmkânsızlığı*, s. 660.

<sup>25</sup> *Alpagut, İfa İmkânsızlığı*, s. 662. Yazara göre, işverenin haklı nedenle fesih hakkı bulunmaması nedeniyle yapılacak feshin, haksız feshin sonuçlarına tabi olması gerekecektir ancak işverene herhangi bir kusur isnat edilemeyen hallerde işverenin temerrüdüne ilişkin hükmün uygulanması ve işçi lehine sürenin bitimine kadar bakiye süreye ilişkin ücret tutarında tazminata hükmedilmesi adil bir çözüm olarak gözükmektedir, bkz. *Alpagut, İfa İmkânsızlığı*, s. 662. *Alpagut*, böyle bir durumda artık İş Kanunu m. 24/III'e dayanılarak işçiye fesih iradesi atfedilerek, koşulları varsa işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını bir çözüm olarak önermekte, ancak bu çözümün pozitif hukuk bakımından tartışılabilir olduğunu da ifade etmektedir, *Alpagut, İfa İmkânsızlığı*, s. 662-663.

<sup>26</sup> Ebru Erener, *Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi*, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 48.

kendiliğinden sona ermesinde olduğu gibi) işçinin fesih bildirimine bağlanan haklardan yararlanması söz konusu değildir. Bu gerekçeyle öğretide azami süreli iş sözleşmesi kurulabilmesi için, belirli süreli iş sözleşmesinin kuruluşunda olduğu gibi objektif bir nedenin bulunması gerektiği belirtilmekte ise de<sup>27</sup>, sözleşmenin belirlenen azami süreden önce sona erdirilmiş olması halinde, taraflarca azami bir sürelendirme getirilmiş olması herhangi bir rol oynamamaktadır<sup>28</sup>. Bu bakımdan azami sürenin sonuna kadar bu sözleşmelere belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülmuş hükümler uygulama alanı bulur<sup>29</sup>. Dolayısıyla sözleşmenin devamı sırasında işgörme edimi ifa edilemediğinde, yine imkânsızlığın belirsiz süreli iş sözleşmeleri üzerindeki sonuçları doğacaktır<sup>30</sup>. İfa engeli devam ederken sözleşmede karşılaştırılan azami sürenin dolması halinde ise, taraflarca aksi karşılaştırılmadığı müddetçe, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğinin kabulü gerekir.

Asgari süreli iş sözleşmelerinde ise, taraflar, asgari bir süre içerisinde fesih haklarını kullanmayacaklarını kararlaştırmakta, diğer bir ifadeyle bu döneme özgü süreli fesih haklarından karşılıklı olarak vazgeçmektedirler<sup>31</sup>. Sözleşmeye, tarafların belirlediği asgari süre içinde belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmakta ise de<sup>32</sup>, sözleşmenin belirlenen sürenin sonunda kendiliğinden sona ermemesi, sona ermenin bir fesih beyanını gerektirmesi gibi özellikleri bu sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır<sup>33</sup>. Tarafların yalnızca süreli fesih hakkını kullanmamayı üstlendikleri dönemde imkânsızlık ifa engeli ortaya çıktığında ve bu durum sözleşme taraflarından birince fesih sebebi yapıldığında, bu feshin sözleşmenin asgari süreli döneminde mi yoksa bu sürenin dolduğu dönemden sonra mı yapıldığı önem taşır. Bunun nedeni,

<sup>27</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 266; Güven, Aydın, **İş Hukuku**, s. 83; Soyer, **Değerlendirme 2008**, s. 23.

<sup>28</sup> Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 14.

<sup>29</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 265-266.

<sup>30</sup> İmkânsızlığın belirsiz süreli iş sözleşmeler üzerindeki sonuçları için bkz. bkz. III. Bölüm 2. ve 3. Başlık.

<sup>31</sup> Oğuzman, **Fesih**, s. 12-13; Süzek, **İş Hukuku**, s. 266; Gülsevil Alpagut, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, **Sicil**, S. 8, 2007, s. 15; Erener, **Asgari Süreli İş Sözleşmesi**, s. 50.

<sup>32</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 266;

<sup>33</sup> Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s. 15.

sözleşmenin asgari süre içinde yahut asgari sürenin bitiminden sonraki dönemde feshine farklı hukuki sonuçlar bağlanmış olmasıdır<sup>34</sup>. Öğretide bizim de katıldığımız görüş, asgari süre içerisinde sözleşmenin feshedilmesine, belirli süreli iş sözleşmelerinin feshine ilişkin hukuki sonuçların uygulanmasıdır<sup>35</sup>. Dolayısıyla kararlaştırılan asgari süre dolmadan feshedilmesi ihtimalinde imkânsızlığın belirli süreli iş sözleşmeleri üzerindeki etkisinin sonuçlarına atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>36</sup>. Asgari sürenin bitiminden sonraki dönemde ise, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinin sonuçlarının doğduğu kabul edildiğinden<sup>37</sup>, belirsiz süreli iş sözleşmelerindeki gibi imkânsızlığa hangi tarafın yol açtığına (veya taraflarca yol açılıp açılmadığına) göre bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>38</sup>.

### 3. Deneme Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından

İş sözleşmesi taraflarının sözleşmeye bir deneme kaydı koymaları, sözleşmeyi deneme süreli bir iş sözleşmesi haline getirmektedir. Ancak bu durum, deneme süreli ve deneme süresinin dolmuş olan iki farklı sözleşme bulunduğu anlamına gelmemekte olup, bu sözleşme deneme süresi içeren belirli ya da belirsiz süreli tek bir sözleşmedir<sup>39</sup>. Diğer bir ifadeyle deneme süresi, bir iş sözleşmesi türü olmaktan ziyade, tarafların sözleşmede öngördükleri bir koşul olarak değerlendirilmelidir<sup>40</sup>. Bu nedenle, bir imkânsızlık ifa engeli ortaya çıktığında buna bağlı olarak doğacak sonuçlar, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasına göre doğacak sonuçlardan daha farklı değildir.

<sup>34</sup> Erener, **Asgari Süreli İş Sözleşmesi**, s. 137.

<sup>35</sup> Bu yönde bkz. Oğuzman, **Fesih**, s. 13; Alpagut, **Belirli Süreli**, s. 13; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli**, s. 27-28. Aksi görüşte, Mikdat Güler, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Legal İHSGHD**, S. 5, 2005, s. 34; Erener, **Asgari Süreli İş Sözleşmesi**, s. 143.

<sup>36</sup> Bu konuda bkz. IV. Bölüm 1. Başlık.

<sup>37</sup> Güven, Aydın, **İş Hukuku**, s. 83; Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s. 15; Erener, **Asgari Süreli İş Sözleşmesi**, s. 138.

<sup>38</sup> İmkânsızlığın belirsiz süreli iş sözleşmeleri üzerindeki sonuçları için bkz. bkz. III. Bölüm 2. ve 3. Başlık.

<sup>39</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 269. İş Kanunu m. 15 uyarınca iş sözleşmesine en fazla iki ay süreli kayıt konulabilir ve bu süre toplu iş sözleşmeleri ile bu süre en fazla dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi, mevzuatımızda Borçlar Kanunu’nda (BK m. 433), Deniz İş Kanunu’nda (m. 10) ve Basın İş Kanunu’nda (m. 10) özel olarak düzenlenmiştir.

<sup>40</sup> Güven, Aydın, **İş Hukuku**, s. 70.



Ancak bu noktada, ortaya çıkan ifa engelinin deneme süresinin işlemini kesip kesmeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Bir görüşe göre, hastalık, grev gibi nedenler deneme süresinin işlemesine engel olmaz<sup>41</sup>. Tıpkı yasal grev ve lokavt nedeniyle iş sözleşmesinin askıda olmasının belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin işlemini durdurmadığı gibi, işgörme borcunun herhangi bir nedenle deneme süresi içerisinde yerine getirilememesi de, deneme süresinin kendiliğinden uzaması gibi bir sonuç doğurmayacaktır<sup>42</sup>. İşçinin deneme süresi içerisinde hastalanması ya da kazaya uğraması bu sürenin aynı miktarda uzatılmasını gerektirmese de, taraflar gerekli görüyorsa sözleşmeyi feshederek deneme kaydı içeren ikinci bir sözleşme yapabilirler<sup>43</sup>. Ekleyelim ki, bu görüşteki bir kısım yazar, tarafların fesih yetkilerini kullandıktan sonra kuracakları deneme süreli iş sözleşmesinin süresinin, yasanın deneme süresi için tanıdığı azami süreyi aşmaması gerektiğine dikkat çekmektedir<sup>44</sup>.

#### 4. Kayan İş Süresi Bakımından

Kayan iş süresi, işçiye iş süresinin başlangıcını ve bitimini kendisinin ayarlamasına imkân tanıyan esnek bir iş süresidir<sup>45</sup>. Bu bakımdan bu model, dakikliğin önemli olduğu işyerleri için değil, iş yükünü iş süresine göre ayarlayabilme olanağı bulunan işyerleri için uygundur<sup>46</sup>. Öğretide işçiye tanınan iş saatlerini belirleme imkânının daha çok işçinin yararına olduğu kabul edilmekte ise

<sup>41</sup> Öner Eyrenci, “Zur Typologie zulässig befristeter Arbeitsverträge”, **Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge**, Ed. Münir Ekonomi, Manfred Rehbinder, Bern, Verlag Stämpfli & CIE AG, 1978, s. 69; Süzek, **İş Hukuku**, s. 269; Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 462.

<sup>42</sup> Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 417.

<sup>43</sup> Tunçomağ, Centel, **İş Hukuku**, s. 74. Konuya grev ve lokavt açısından yaklaşan *Ekmekçi* de, tarafların bu durumun (grev ve lokavtın) sona ermesinden sonra yapacakları iş sözleşmesiyle yeniden bir deneme süresi kararlaştırabileceklerini ifade etmektedir, Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 417.

<sup>44</sup> Süzek, **İş Hukuku (2002)**, s. 229; Bektaş Kar, “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2010, s. 21.

<sup>45</sup> Ömer Ekmekçi, “İşin Düzenlenmesinde Esneklik Arayışları”, **Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri**, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 80. Basit kayan iş süresinde işçinin günlük çalışma süresinin belirlenmiş olup, işçi sadece işe başlama ve bitiş saatini tayin etmektedir. Nitelikli kayan iş süresinde ise işçi bir günde ne kadar çalışacağını da kendisi belirleyebilmektedir, bu konuda bkz. Can Tuncay, “Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme”, **Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler (Esneklik)**, Ankara, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, 1995, s. 64; Ekmekçi, **Esneklik**, s. 80.

<sup>46</sup> Tuncay, **Esnekleştirme**, s. 64.

de<sup>47</sup>, bu çalışmanın aynı zamanda işveren bakımından da yararları olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>48</sup>. Nitekim bu şekilde kurulan bir ilişkide işçinin mazeret izni uygulamasının ortadan kalkmakta ya da en aza inmekte olduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>49</sup>. Karşılaştırmalı hukukta da, kayan iş saatleri modelinde, işgörme edimi esnek çalışma programı çerçevesinde yerine getirildiği müddetçe ne borçlu temerrüdünün ne de imkânsızlığın gündeme geleceği belirtilmektedir<sup>50</sup>.

## 5. İş Paylaşımı Bakımından

İş paylaşımı, genel olarak tam gün çalışılan bir işyerinde işin birden fazla işçi tarafından paylaşılması durumudur. İş paylaşımı yapan işçiler kısmi süreli çalışanlardır<sup>51</sup>. Aynı çalışma süresi içinde bir işçinin herhangi bir sebeple çalışmaması halinde diğer işçilerin onun yerine geçmeyi üstlenmiş olmaları, bu çalışmaya karakteristik özelliğini kazandırmaktadır<sup>52</sup>. Bu özelliği nedeniyle işgörme borcu bakımından ifa imkânsızlığından söz etmek güçleşmektedir. Bununla birlikte, örneğin her iki işçinin de hastalanması halinde artık yerine geçme borcunun imkânsızlık nedeniyle ortadan kalktığı kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Eklemek gerekir ki, bu çalışma modelinde de iş hukuku kuralları uygulandığından, işgörme ediminin kusursuz olarak yerine getirilemediği bu hallerde işverenin ödeme borcu devam etmektedir<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> Tuncay, **Esnekleştirme**, s. 64.

<sup>48</sup> Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 80.

<sup>49</sup> Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 80.

<sup>50</sup> Pallasch, **Arbeitsrecht**, s. 184-185.

<sup>51</sup> Pallasch, **Arbeitsrecht**, s. 90.

<sup>52</sup> Tuncay, **Esnekleştirme**, s. 70. *Süzek*'e göre bu iş ilişkisinde bir işverene karşı tam bir gün içerisinde dönüşümlü olarak işgörmeyi üstlenen işçilerden birinin işgörme edimini yerine getirememesi halinde, diğerlerinin onun yerine geçme borcu kural olarak bulunmamakta ise de taraflarca sınırlı hallerde özgü olarak yerine geçme borcunun kararlaştırılması mümkündür, bkz. *Süzek, İş Hukuku*, s. 280-281.

<sup>53</sup> Öner Eyrenci, **Kısmi Süreli Çalışmalar**, İstanbul, Mozaik Yayıncılık, 1989, s. 29.

<sup>54</sup> Eyrenci, **Kısmi Süreli**, s. 30.

## 6. Süreksiz İş Sözleşmeleri Bakımından

İş Kanunu'nda süreksiz işler, nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işler olarak tanımlanmaktadır (m. 10). Dolayısıyla bir iş sözleşmesinin süreksiz olup olmadığı, tarafların iradesinden bağımsız olarak, işin niteliğine göre belirlenmektedir.<sup>55</sup> İş sözleşmesine uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi için bu ayrımın doğru bir biçimde yapılması önem taşımaktadır, zira İş Kanunu'nun pek çok maddesinin süreksiz işlerde uygulanmayacağı öngörülmüştür (İş K m. 10/II). Bunlar arasında, uygulamada sıklıkla ortaya çıkan ve işçinin işgörme edimini sunmasına engel olan bazı özel düzenlemeler (örneğin işçinin muvazzaf askerlik hizmetinin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin 31. madde gibi) de bulunmaktadır. Dolayısıyla öncelikle bir işin süreksiz bir iş olup olmadığının tespit edilmesi önem taşımaktadır. Süreksiz bir iş olduğunun tespiti halinde ise, bu işler bakımından Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

---

<sup>55</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 249; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 158. Öğretide, sürekli-süreksiz iş ayrımının objektif olarak işin süresine göre yapılması nedeniyle, işin fiilen kaç günde tamamlandığına bir önem atfedilmemesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 249; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 158-159.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### İŞ İLİŞKİLERİNDE MANEVİ BEKLENİLMEZLİK

#### 1. Genel Olarak Manevi Beklenilmezlik

Sözleşme kurulduktan sonra borçlu tarafın edimini sunması çok güçleşebileceği gibi, alacaklı tarafın bu edimin yerine getirilmesinde ısrarcı olmasının dürüstlük kurallarına aykırı düşebileceği durumların ortaya çıkması mümkündür<sup>1</sup>. Borçlunun üstlendiği edimi ifa etmesinin aşırı güçleşmesi gibi bir durum iş ilişkileri bakımından da sıklıkla gündeme gelebilir. Hastalık, gebelik gibi hallerde işgörme borcu maddi ifa imkânsızlığı<sup>2</sup> nedeniyle yerine getirilemez iken, bazı hallerde borcun ifasının manevi sebeplerden dolayı beklenilemez olduğu kabul edilir<sup>3</sup>. Alman hukukunda edimin maddi olmayan sebeplerle yerine getirilemediği durumlarda, aslında fiilen bir imkânsızlıktan söz edilemeyeceği gerekçesiyle, *manevi çekilmezlik / beklenilmezlik (ideelle Unzumutbarkeit)* terimi kullanılmaktadır<sup>4</sup>. Benzer şekilde İsviçre öğretisinde de aslında gerçek bir imkânsızlık söz konusu olmamasına rağmen, borçlunun edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyeceği haller olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>5</sup>. Esasında bu hususa öğretimizde de işaret edilmiştir: Borcun ifasının borçlunun ruhsal hayatını derin ve

---

<sup>1</sup> Nitekim 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu durum dikkate alınmış ve aşırı ifa güçlüğü yan başlıklı yeni bir maddeye (BK m. 138) yer verilerek, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan öngörülemez nitelikteki belirli durumların sözleşme üzerinde doğuracağı sonuçlara ilişkin düzenleme getirilmiştir.

<sup>2</sup> İşçinin iş kazasına uğramasının veya meslek hastalığına tutulmasının, tutuklanmasının, yasadan doğan zorunlu askeri ya da kamusal ödevi yerine getirmesinin, doğal afetlerin, kanundan doğan yasakların maddi ifa imkânsızlığı yarattığına ilişkin bkz. Süzek, **Askı**, s. 46.

<sup>3</sup> Bu beklenilmezlik, askıya alınma hallerinde kullanılacak bir ölçüt olma özelliği taşımaktadır, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 509; Süzek, **Askı**, s. 51. Yazara göre işverenlerin ifayı kabul edememeleri halinde “beklenilmezlik” ölçütüne başvurulamayacak olup, bu durumda tek ölçüt olarak “imkânsızlık” halinin dikkate alınması gerekir, bkz. Süzek, **Askı**, s. 51.

<sup>4</sup> Alman Medeni Kanunu'na Borçlar Hukuku Reformu ile getirilen yeniliklerden biri maddi / ekonomik nitelik taşımayan ifa engellerine ilişkin (§ 275 III BGB) yeni fıkradır. Bu fıkra uyarınca, borçlunun edimini şahsen yerine getirmesi gerekiyor ve edimini sunmasının önündeki engel ile alacaklının bu edimden elde edeceği menfaatin kıyaslanması sonucunda borçludan edimini yerine getirmesinin beklenilemiyor ise borçluya işgörmekten kaçınma hakkı tanınmıştır. Öğretide, edimin yerine getirilmesinin *beklenilmezliği* halinin borçlar hukuku reformundan önce pozitif hukukta oldukça az tanındığı ifade edilmektedir, bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 145.

<sup>5</sup> Schwenger, **Obligationenrecht AT**, § 64 Kn. 63.06.

olumsuz etkileyeceği hallerde ve ondan ifanın beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı hallerde bir manevi imkânsızlık söz konusudur<sup>6</sup>.

Manevi beklenilmezlik terimine iş hukuku mevzuatında yer verilmiş değildir<sup>7</sup>. Elbette bu terime yer verilmemesi, iş ilişkisinde yalnızca maddi imkânsızlıklara sonuç bağlanmış olduğu gibi sınırlı bir yoruma yol açmamaktadır. Nitekim herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğunu buyuran MK m. 2 kuralı, işçinin kişiliğinin ön planda olduğu iş ilişkilerinde önemini pekiştirmektedir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin askıya alınmasında yalnızca maddi ifa imkânsızlıkları ile yetinmek, iş hukukunun amacıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açacaktır<sup>8</sup>. İşçi, işgörme edimini manevi sebeplerle yerine getiremediğinde edimi yerine getirmesi konusunda zorlanması onun kişilik haklarına aykırılık oluşturacaktır<sup>9</sup>.

Esasında Kanun koyucu, manevi beklenilmezlik terimini açıkça kullanmaksızın, maddi karakter taşımayan ve işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir kısım ifa engelinin iş sözleşmesi üzerinde doğuracağı etkileri düzenlemiştir. Bu anlamda İş Kanunu'ndaki "Mazeret izni" yan başlıklı maddede (İş K. Ek m. 2), işçiye ana-babasının, eşinin veya çocuğunun ölümü gibi hallerde belirli bir süre boyunca ücretli izin hakkı tanınması, işgörme ediminin yerine getirilmesinin kendisinden beklenilemez olduğu durumlara örnek teşkil etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, günümüzde manevi nitelik taşıyan ve işgörme borcunun yerine getirilmesine mani olan engellere ilişkin uyuşmazlıklar gittikçe artan bir biçimde yargılama konusu olmaktadır. Bu tür uyuşmazlıklar 1950'li yıllardan itibaren gündeme gelmeye başlamıştır ki, bu durum bir tesadüf eseri olarak

<sup>6</sup> Tekinay, v.d. , **Borçlar Genel**, s. 907.

<sup>7</sup> Bu anlamda yalnızca Basın İş Kanunu'nda, gazetecinin manevi menfaatlerinin zedelenmesi ihtimaline ilişkin bir düzenleme bulunduğu ifade edilmelidir. Basın İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca; gazetecinin çalıştığı süreli yayın organının görüşünde ve karakterinde onun şeref veya şöhretini veya umumiyetle *manevi* menfaatlerini ihlal edecek türden bariz bir değişiklik ortaya çıkması halinde gazeteciye derhal fesih hakkı tanınmıştır.

<sup>8</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 509; Süzek, **Askı**, s. 49. İmkânsızlık kavramının dar yorumlanması, dürüstlük kuralının gözden kaçırılıyor olması nedeniyle eleştirilmektedir, bkz. İnan, **Unmöglichkeit**, s. 3.

<sup>9</sup> Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 142.

görülmemelidir; İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının korunmasına yönelik hükümlerin yükselişe geçmesinin, hukuk düzeninin tamamı üzerinde tesiri olmuştur<sup>10</sup>.

Bununla birlikte, manevi beklenilmezliğin özel hukuk sistemine düpedüz yabancı bir kavram olduğundan söz etmek isabet taşımayacaktır; nitekim Medeni Kanun'un sosyal olarak hassas bir alanını oluşturan hizmet sözleşmeleri bakımından *beklenilmezlik*<sup>11</sup> unsurunu içeren § 616 BGB hükmü ( karşı. BK m. 409, Art. 324a OR ) zaten bulunmaktadır<sup>12</sup>. Şu halde hizmet sözleşmeleri bakımından Kanun'a zaten "birkaç damla sosyal yağ (*Tropfen sozialen Öls*)"<sup>13</sup> damlatılmış olduğu söylenebilir<sup>14</sup>. Ancak eklemek gerekir ki, bu hukuk sisteminde ağırlıklı olarak maddi ve ekonomik alanda ortaya çıkan ifa engellerinin sonuçlarının gözetildiği, manevi-kişisel alanda ortaya çıkan engellerin ise hatalı bir biçimde daha az dikkate alındığı hususu öğretilerde eleştirilmektedir<sup>15</sup>.

Çalışmamızın bu bölümünde, iş ilişkilerinde manevi beklenilmezlik hali teşkil eden olay grupları sınıflandırılmak suretiyle<sup>16</sup>, hukukumuz bakımından bu tür

<sup>10</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, 51. Sosyal düşüncelerin toplumsal öneminin *beklenilmezlik* kavramının kabulünün ya da reddine yönelik tartışmanın hararetini belirlediği görüşünde, Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 57.

<sup>11</sup> Yabancı işçinin ülkesinde yerine getirmesi gereken askerlik hizmetinde (BAG, Urt. vom 22.12.1982, 2 AZR 282/82, (Çevrimiçi) [www.juris.de](http://www.juris.de), 07.04.2016) ya da ebeveynin çocuğunun uzun süreli bakımının gerektirdiği durumlarda (BAG Urt. vom 21.05.1992, 2 AZR 10/92, (Çevrimiçi) [www.juris.de](http://www.juris.de), 07.04.2016) çalışmaktan kaçınma hakkı "beklenilmezlik" kavramı altında incelenmektedir, Greiner, **Unzumutbarkeit**, 53.

<sup>12</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 48.

<sup>13</sup> Anılan meşhur deyiş için bkz. Otto von Gierke, **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1889, s. 13.

<sup>14</sup> Hizmet etmekle yükümlü olan kişinin sosyal olarak korunma ihtiyacının herkes tarafından kabul gördüğü ve anılan hükmün (§ 616 BGB) Alman Medeni Kanunu'na alınma süreci hakkında bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 48-49. Söz konusu hükmün hazırlanmasında İsviçre Borçlar Kanunu'nun örnek alındığına ilişkin Alman Medeni Kanunu hazırlık çalışmaları hakkında bkz. Benno Mugdan, **Die Gesanten Materialien Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Für Das Deutsche Reich, Band 2**, Neudruck der Ausgaber, Berlin, 1899, Aalen, Scienta Verlag, 1979, s 258; Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert, **Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Recht der Schuldverhältnisse II, §§ 433 bis 651**, Berlin, New York, Walter de Gruyter Verlag, 1980, § 616 BGB, s. 768.

<sup>15</sup> Martin Hennsler, "Das Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitnehmers bei Pflichten- und Rechtsgüterkollisionen", **AcP**, 190, 1990, s. 538.

<sup>16</sup> Soruna olay grupları oluşturularak yaklaşılması, Alman Hukuku literatüründe başvurulan bir yöntem olduğu (bu şekilde bkz. Hennsler, Krüger, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen**

uyuşmazlıklarda uygulanabilir hükümlerin tespit edilmesi ve uygun bir çözümün önerilmesi amaçlanmıştır.

## 2. İş İlişkilerinde “Beklenilmezlik” Kavramı

### 2.1. Ailevi Karakterli “Beklenilmezlik” Halleri

Bazı hallerde işçinin yakın aile çevresinde meydana gelen olaylar onu işgörmeye edimini ifa etmekten alıkoyabilir. İşçinin kendisinin doğum yapması halinde analık durumunun işgörmeye edimi bakımından maddi ifa imkânsızlığı teşkil ettiği kabul edilirken, işçinin eşinin doğum yapması halinde kendi işgörmeye edimini sunması kendisinden beklenilememektedir. Benzer şekilde işçinin evlat edinmesi ya da anne ya da babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü halinde de işgörmeye ediminin sunulması bakımından bir beklenilmezlik hali söz konusudur. Öncelikle belirtilmesi gereken husus, işçinin aile çevresinden kaynaklanan sebeplerle işgörmeye edimini yerine getirememesi halinde işverenin karşı edim riskine katlanmasının sınırlarının mevzuatımızda yeknesak bir şekilde çizilmemiş olduğudur. Şüphesiz, doğacak hukuki sonuçlar bakımından işçinin hangi Kanun’a tabi olarak çalıştığı da önem taşımaktadır. İş Kanunu Ek m. 2’de, ailevi karakter taşıyan belirli bazı haller sayılarak doğacak hukuki sonuçlar konusunda manevi imkânsızlığın ortaya çıkacağı Kanun koyucu tarafından açıkça öngörülmüş ve bu durumun karşı edim alacağı (ücret) üzerindeki etkisi düzenlenmiştir.

Elbette ailesel nedenlerin sınırlı sayıda sayılması mümkün değildir. Örneğin, çalışan ebeveynin ağır bir hastalık geçiren çocuğunu doktora götürmesi gerekebileceği gibi<sup>17</sup>, işçinin işgörmeye edimini sunmak istememesinin nedeni anne ve babasının ellinci evlilik yıldönümü kutlamasına katılmak<sup>18</sup> da olabilir. Tüketici bir

---

**Gesetzbuch, Band 4; Greiner, Unzumutbarkeit)** gözlenmiştir. Manevi beklenilmezlik / imkânsızlık teşkil eden haller bakımından benzerlik gösteren olay gruplarının sınıflandırılması, işgörmeye ediminin manevi nedenlerle yerine getirilememesine ilişkin uyuşmazlıkların çeşitli yönlerini göstermesi ve yeknesak bir çözümün güç olduğunu ortaya koyması bakımından fayda sağlaması nedeniyle tarafımızca da benimsenmiştir.

<sup>17</sup> Karşılaştırmalı hukukta bu örneğe ilişkin bir yargı kararı için bkz. BAG, Urt. vom 07.06.1978 - 5 AZR 466/77, (Çevrimiçi) [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de), 14.06.2016.

<sup>18</sup> Karşılaştırmalı hukukta bu örneğe ilişkin bir yargı kararı için bkz. BAG, Urt. vom 25. 10.1973 – 5 AZR 156/73, (Çevrimiçi) [www.juris.de](http://www.juris.de), 14.06.2016.

biçimde sayılamayacak bu halleri, maddi nitelik taşımayan ailevi karakterli beklenilmezlik halleri olarak kategorize etmek mümkündür. İşçinin işgörme edimini sunamadığı bu hallerde ücrete hak kazanıp kazanamayacağı, işgörme edimini sonradan telafi etmesinin kendisinden beklenilip beklenilemeyeceği gibi sorunlar ise pek de kolay çözümlenemeyebilir. Kanun maddelerinde bu tür uyuşmazlıklara ilişkin getirilmiş olan maddelerin uygulanabilirliği ve sınırlarının belirlenmesi yargı kararları ile şekillenmektedir<sup>19</sup>.

Yüksek mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı işçinin iş sözleşmesi, yatarak tedavi gören babasına refakat etmek üzere işyerinden ayrılması ile ilgili olarak işverenden izin almaması ve yaklaşık bir hafta süre ile işyerini izinsiz olarak terk etmesi nedeniyle devamsızlığı gerekçe gösterilerek feshedilmiştir. Yerel mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade talebi reddedilmişse de, Yargıtay bu kararı bozmuştur. Yargıtay'a göre işçinin devamsızlığı haklı bir mazerete dayanmakta olup, işçinin iş sözleşmesi haklı veya geçerli nedenle feshedilmemiştir<sup>20</sup>. İş Kanunu m. 25/II(g) uyarınca işçinin ardı ardına iki işgünü işine devam etmemesi halinde işverene haklı nedenle fesih hakkı tanımış ise de; bu hakkın kullanımı için işçinin devamsızlığının *işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın* yapılması şartları öngörülmüştür. Her ne kadar karar metninde açıkça ifade edilmese de; Yüksek Mahkeme'nin, işgörme ediminin bu tür bir mazerete dayanarak kısa süreli yerine getirilmemesine işverence *katlanılması gerektiğini*

<sup>19</sup> Eklemek gerekir ki, uygulamada sıklıkla gündeme gelebilecek bu sorunlar, toplu iş sözleşmelerine hüküm konularak da aşılmaya çalışılmaktadır. Örneğin 9. HD.'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 45/1. maddesine de yer verildiği görülmektedir. Söz konusu toplu iş sözleşmesi "*Refakatçi olduğu raporda belirtilmese dahi aile bireylerine refakat etmek zorunda kalan işçiye beş güne kadar ücretli, refakat süresi beş günü aşarsa ücretsiz izin verilir.*" hükmünü içermektedir, söz konusu karar için bkz. 9. HD., T. 07.04.2005, E. 2005/8875, K. 2005/12438, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 02.02.2017.

<sup>20</sup> "*...İnceleme konusu olayda; davacının Valilik Konağında bahçıvan-kaloriferci olarak çalışan babasının bir iş kazası sonucu gözünden yaralandığı, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Göz Hastalıkları Servisinde 3.6.2005-6.6.2005 tarihleri arasında yatarak tedavi gören ve 30 gün istirahat verilen babasına davacının refakat ettiği anlaşılmaktadır. 75.Yıl Merkez 5 Nolu Sağlık Ocağı tarafından 27.5.2005 tarihinde verilen raporda hastanın tetkik ve tedavisi yapılmak üzere oğlu refakatinde sevkinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Mevcut delillere göre davacının feshe konu yapılan devamsızlığı haklı bir mazerete dayanmaktadır. Böyle olunca feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir. Davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur...*", 9. HD., T. 05.05.2008, E. 2007/35834, K. 2008/11440, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 02.02.2017.



dolaylı olarak işaret ettiği söylenebilir. Zira Yüksek Mahkeme, somut olaydaki ailevi nedene dayalı devamsızlığın haklı bir nedene dayandığı kanaatine ulaşmıştır.

Söz konusu uyuşmazlık bakımından işçinin babasına refakat etmek zorunda kalması nedeniyle yaptığı devamsızlık gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğu tespit edilmiş ise de, işçinin ailevi sebeplere dayanarak işgörme edimini sunmadığı dönemde ücret alacağına hak kazanıp kazanmadığına ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Nitekim burada dava konusu münhasıran feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade talebinin değerlendirilmesidir. Oysa hukuki sorunun ücret alacağına hak kazanmak yönünün de, her ne kadar yargıya intikal etmiş olmasa da, incelenmeye değer olduğu açıktır. Bu bakımdan İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından yanıtlanması gereken bir diğer soru da, işgörme edimi ailevi karakterli ifa engelleri nedeniyle yerine getirilmediğinde, işverence edimin sonradan telafisinin talep edilip edilemeyeceğidir.

Somut olayda işçinin kazaya uğrayan babasına refakat etmek zorunda kalması, işgörme ediminin kusursuz ve geçici olarak yerine getirilememesi sonucunu doğurmuştur. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 409. maddesi, (söz konusu kararın verildiği dönemde yürürlükte olan 818 sayılı BK m. 328'de olduğu gibi) uzun süreli hizmet akdinde<sup>21</sup> işçinin kusuru olmaksızın işgöremediği belirli hallerde ücret isteyebileceğine ilişkin hüküm içermektedir. Öğretide her ne kadar söz konusu hükmün İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanamayacağı ileri sürülmekte ise de<sup>22</sup>, biz bu görüşe katılmadığımızı daha önce ifade etmiştik. Bize göre, İş

---

<sup>21</sup> Mehaz İsviçre Kanunu'nun BK m. 409'a karşılık gelen hükmünde (Art. 324a I OR) işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün soz konusu olması için iş ilişkisinin üç aydan fazla sürmüş olması ya da belirli süreli iş sözleşmesinin üç aydan daha uzun süreli olarak kurulmuş olması gerekmektedir. Sözleşme ilişkisi fiilen başladıktan sonra bu ilişkinin derhal fesih nedeniyle ya da karşılıklı anlaşma nedeniyle henüz üç ay dolmadan sona ermesi halinde de işverenin bu kapsamda ödeme yapma yükümlülüğü devam etmektedir, bkz. Staehelin, **Zürcher Komm.**, §324a, Kn. 33, s. 291.

<sup>22</sup> BK m. 409'da, "hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle" işgörme ediminin getirilemeyecek olması düzenlenmektedir. Oysa İş Kanunu'nda hastalık, kaza, doğum gebelik (İş K. m. 25/I (b)) ve askerlik ve kanundan doğan çalışma hallerinde (İş K. m. 31/3) sözleşmenin askıya alınması hallerinde işverence ücret ödenmeyeceği hususunda özel hükümler bulunmaktadır. Bu bakımdan bir kısım yazara göre, BK m. 409 hükmü İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanabilir nitelikte bir hüküm değildir, bu yönde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 518; Mollahmamutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 681.

Kanunu'na tabi işçiler için, somut durum bakımından aksine bir düzenleme bulunmadıkça BK m. 409 uygulanabilir niteliktedir<sup>23</sup>.

Bu görüşümüz doğrultusunda ailevi nedenlere dayalı olarak işgörme edimini geçici bir süre yerine getiremeyen işçinin edimini sunmadığı bu dönemde ücrete hak kazanıp kazanmayacağı belirlenirken, somut olay bakımından birtakım hususların açıklığa kavuşturulması gereklidir. Her şeyden önce, işçi BK m. 409'da öngörülen imkândan yararlanabilmek için bu maddede öngörülen şartları taşıyor olmalıdır. Diğer yandan, işçinin İş Kanunu'na tabi olup olmadığı da tespit edilmeli ve İş Kanunu kapsamında olduğu sonucuna ulaşıyor ise somut olayda gerçekleşen geçici ifa engeli bakımından İş Kanunu'nda özel bir düzenleme öngörülmüş olup olmadığı belirlenmelidir. İş Kanunu'nda aksine bir düzenleme bulunduğu sonucuna varılıyor ise BK m. 409 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

İşçinin kazaya uğrayan babasına refakat etmek zorunda kalması nedeniyle işgörme edimini geçici olarak sunamaması örneğinde, işçinin BK m. 409'da öngörülen şartları (uzun süreli bir hizmet ilişkisinin tarafı olmak gibi) taşıdığı varsayılacak olursa, somut olaydaki ifa engeli bakımından İş Kanunu'nda bir özel düzenleme olup olmadığının araştırılması gerekecektir<sup>24</sup>. İş Kanunu'nda hastalık hali bakımından yalnızca işçinin kendisinin hastalanmasına yönelik düzenleme (bkz. İş K. m. 25/I (b) son cümle) bulunmaktadır. Ana ve babanın şahsından kaynaklanan haller bakımından ise yalnızca vefatlarının (bkz. İş K. Ek m. 2) işçinin iş sözleşmesi

<sup>23</sup> BK m. 409'un İş Kanunu'na tabi olan işçiler için uygulamayacağı görüşü, İş Kanunu'nda özel hüküm bulunan bakımından (hastalık, kaza, gebelik, askerlik ve kanundan doğan çalışma halleri) haklılık payı taşıyor ise de, BK m. 409'un *yalnızca* Borçlar Kanunu kapsamında bulunan işçiler için uygulanacağı gibi bir sonuç doğurmaya da elverişli değildir. Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesi ayırımında "işgörme ediminin ifasının engellenmesi halinde ücret" başlığı altında yer alan BK m. 408 hükmünün İş Kanunu'na tabi işçilere uygulanması bakımından bir tereddüt yaşanmamaktadır. BK m. 409 hükmü ise işgörme ediminin ifasının işçiden kaynaklanan nedenlerle yerine getirilememesini düzenlemektedir. İş Kanunu'nda yalnızca işçinin işgörme edimini göremediği bazı haller bakımından ücrete hak kazanıp (örneğin İş K. Ek m. 2) kazanmayacağına (örneğin İş K. m. 31/III) ilişkin düzenlemeler öngörülmüş olup, işçinin kusursuz geçici ifa imkânsızlıklarının iş sözleşmesinden doğan edimler üzerindeki etkisini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle BK m. 409 hükmü, İş Kanunu'nda aynı konuda açık düzenleme bulunmayan haller bakımından, -özellikle de edimin manevi imkânsızlıklar nedeniyle yerine getirilemediği hallerde- tüm işçiler bakımından başvurulabilir bir hüküm olarak görülebilir.

<sup>24</sup> Yargı önüne taşınan uyuşmazlığın (bkz. 9. HD., T. 05.05.2008, E. 2007/35834, K. 2008/11440, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 02.02.2017) işe iade davası olması, işçinin Borçlar Kanunu kapsamında olmadığını göstermektedir.

üzerinde doğuracağı sonuçlara yer verilmiştir. Mazeret izni kenar başlıklı bu maddede, işçinin işgörme edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle değil, ailesel nedenlerle yerine getirememesi bakımından sonuçlar öngörülmüştür. Ek m. 2’de işçinin hangi ailesel nedenler ile kaç gün mazeret izinli sayılacağı belirlenmiş ve ayrıca bu süre içerisinde işçinin ücret alacağına hak kazanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu madde kapsamında *sayılmayan* ailevi nedenlerde (örneğin somut olayda olduğu gibi işçinin babasının rahatsızlığında ona refakat etmesi durumunda) ise, işçinin işgörme edimini sunmaması halinde karşı edim hasarına kimin katlanacağı konusunda yasada bir açıklık yoktur. O halde öncelikle işçinin yakın aile bireyinin hastalığı nedeniyle işgörme edimini sunamaması halinde ücret alacağının akıbeti bakımından İş Kanunu’nda yer alan hükümlerden yararlanılarak kıyasen bir sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığı incelenmelidir.

Belirtmek gerekir ki, Ek m. 2’nin, İş Kanunu içerisinde bulunduğu yer de sistematik açıdan ve amaçsal bir yorum yapılmasını güçleştirmektedir. Örneğin söz konusu maddenin birinci fıkrasında, işçinin ana veya babasının ölümü halinde üç gün ücretli izinli sayılacağı öngörülmüştür. Böylelikle Kanun koyucu tarafından, ana veya babanın ölümü halinde işçiden işgörme edimi ifasının “beklenilmez” olduğu dolaylı olarak kabul edilmiştir. Peki, bu durumda, işçinin devamsızlığının içerisinde bulunduğu özel hal ve koşullara nedeniyle (örneğin işçinin birdenbire küçük kardeşlerinin bakımını üstlenmek zorunda kalması halinde) üç günden fazla sürmesi halinde nasıl bir sonuca varılması gerekmektedir? Artık işgörme ediminin ifası, kanun hükmünün mefhumu muhalifi gereği beklenilebilir / mümkün hale mi gelmiştir?

Böyle bir uyuşmazlıkta, şüphesiz, iş hukukunun özüne uygun ve tarafların menfaatlerini hassas bir dengede gözetilen bir sonuca varılması icap eder. İş Kanunu Ek m. 2 hükmünün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, ilk bakışta işçinin maddede sayılan süreden daha uzun bir devamsızlıkta bulunması (devamsızlığın üç günü aşması) halinde, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebileceği (bkz. İş K. m. 25’de öngörülen devamsızlık süreleri) şeklinde bir yorum yapılabilecektir. İkinci bir bakış açısı ise, İş Kanunu Ek m. 2’nin yalnızca ücret alacağının akıbeti

bakımından sonuç öngören bir hüküm olduğu kabulü olacaktır<sup>25</sup>. Bize göre, bu hükmü yalnızca asgari bir koruma sağlayan bir hüküm olarak kabul etmek iş hukukunun ruhuna daha uygun olacaktır. İş Kanunu Ek m. 2 kategorik olarak ücret ile ilgili hükümler arasında düzenlenmiyor ise de<sup>26</sup>, hükmün Kanun'daki yeri, işverene derhal fesih hakkı tanınması ile bağlantılı olarak ele alınmaya da elverişli değildir. Böylelikle ana veya babanın ölüm hali için Kanun'da öngörülmüş olan ücretli izin süresinin aşılması halinde, işçinin devamsızlığının Kanun'da öngörülen süreyi aştığı oranda işçinin karşı edim alacağını talep edemeyeceği yorumunun benimsenmesi uygun olacaktır<sup>27</sup>. Gerçekten Kanun koyucu işgörme ediminin ifasının ne kadar süre manevi olarak beklenilmez olduğunu öngörmekten ziyade, işverenin böyle bir durumda karşı edim hasarına ne kadar süre katlanması gerektiğini belirlemektedir. İşverenin, işgörme ediminin yerine getirilmemesine ne kadar süre katlanması gerektiğinin ise, her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

Peki, İş Kanunu ek m. 2'de *sayılmayan* ailevi karakterli engeller nedeniyle, örneğin işçinin babasının hastalanması ve babasına kısa süreli refakat zorunluluğunun doğması halinde, işçi işgörme edimini yerine getirmediği dönemde ücrete hiç hak kazanamayacak mıdır? Tekrar edelim ki, kısa süreli / geçici imkânsızlıkların iş sözleşmesi üzerindeki sonuçlarını düzenleyen BK m. 409'da yer alan sebepler *numerus clausus* bir biçimde sayılmamıştır. Karşılaştırmalı hukuk metinlerinde, BK m. 409'a karşılık gelen maddenin kapsamının oldukça geniş bir

<sup>25</sup> Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu Ek m. 2 kapsamında tanınan ücretli izinden yararlanabilmek için, BK m. 409'daki gibi uzun süreli bir hizmet ilişkisinin varlığı şart koşulmamıştır, salt çalışma ilişkisinin tesisi ile bu hükümden yararlanabilmek mümkündür.

<sup>26</sup> İş Kanunu'nda Ek m. 2'ye yer verilmeden önce, işçinin yakın aile çevresinden kaynaklanan belirli bazı durumlar nedeniyle işgörme edimini yerine getirememesine ilişkin düzenleme, yalnızca hafta tatili ve yıllık günlerinin hesabında çalışılmış gibi sayılmak bakımından mevcut idi. 2015 tarihli Kanun değişikliği ile (bkz. 6645 sayılı Kanun, RG. : 23.04.2015, S. 29335), bu süreler ayrıca Ek m. 2'de, bu defa ücretli izin süreleri olarak düzenlenmiştir.

<sup>27</sup> Benzer şekilde, İş K. Ek m. 2/II'de, işçilerin en az yüzde yetmiş oranında engelli veya süregelen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde, hastalık raporuna dayalı olarak ve çalışan ebeveynlerden sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla, bir yıl içinde on güne kadar ücretli izin hakkı tanınmıştır. Şüphesiz bu durum, işçinin çocuğunun Kanun'da öngörülen engellilik oranının altında bir rahatsızlığı bulunması halinde işçinin hiç izin hakkının doğmayacağı şekline bir yorum yapılmasına imkân tanımaz. BK m. 409'un işçinin kusurunun olmadığı kısa süreli işgörememe hallerinde uygulanabilirliği, İş K. Ek m. 2 ile bertaraf edilmemiştir.

şekilde yorumlandığı görülmektedir. İsviçre hukukunda yakın akrabaların bakımının (örneğin çocuğun hastalanması) Art. 324a OR kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği uzun bir süre tartışılmışsa da, bugün artık işçinin bu dönemde ücrete hak kazanacağı kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Yine Almanya’da da, işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir engel nedeniyle işgörmeye ediminin engellenmesine bağlanan sonuçların düzenlendiği Alman Medeni Kanunu’nun 616. maddesi (§ 616 BGB), günümüzde yakın akrabasının öngörülemeyen rahatsızlığından dolayı bakımının sağlanabilmesi nedeniyle işin görülebilmesi durumunu kapsayacak genişlikte yorumlanmakta ve işçinin ücret alacağından mahrum kalmasının önüne geçilmektedir<sup>29</sup>. Daha önemsiz olan aile kutlamaları yahut uzak akrabaların düğün, hastalık ya da ölümlerinde ise dürüstlük kuralının (§ 242 BGB) uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>30</sup>. Yine, ailevi karakterli engeller nedeniyle işin görülmemesinin işçi bakımından bir hak teşkil edip etmediği konusuna da farklı açılardan yaklaşmıştır. Bir görüşe göre, aile *hukuku* ile ilgili yükümlülüklerin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler göre üstünlük taşıdığı kabul edilmelidir, böylelikle “beklenilmezlik” gibi muğlak bir kavrama dayanılması ihtiyacı kalmayacaktır<sup>31</sup>. Buna karşılık olarak ileri sürülen görüşe göre ise, ebeveynin çocukla *şahsen* ilgilenmesi gibi bir yasal yükümlülük bulunmamakta ve bu ihtiyaç yakın akrabalar veya bakıcılar tarafından da giderilebilmektedir. Bu nedenle ailevi *hukuksal* yükümlülükler bir gerekçe olarak gösterilerek bunlara dayanmak isabetli olmayacaktır<sup>32</sup>.

Hukukumuz bakımından ise öncelikle dikkat çekilmesi gereken husus, işçinin ailevi karakterli ifa engelleri nedeniyle işgörmeye edimini ifa edemediği hallerde

---

<sup>28</sup>Streiff, von Kaenel, Rudolph, **Arbeitsvertrag**, Art. 324a/b, Kn. 20, s. 449; Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, 128; Thomas Geiser, Roland Müller, **Arbeitsrecht in der Schweiz**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2015, Kn. 428, s. 161.

<sup>29</sup> İşçinin yakın çevresinin ihtiyaç duyduğu yardımın da işçinin kişiliğinden kaynaklandığı kabul edilmektedir, bkz. Preis, **Erfurter Komm.**, BGB § 616, Kn. 8.

<sup>30</sup> Hennsler, **das Leistungsverweigerungsrecht**, s. 563.

<sup>31</sup> Wilhelm Herschel, **AP** Nr. 48 zu § 616 BGB, Anm. zum Urt. des BAG 19.04.1978 - 5 AZR 834/76. Aynı yönde, bkz. Alfred Söllner, “Zum Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers”, **ArbuR**, Heft 10, 1985, s. 324.

<sup>32</sup> Hennsler, **das Leistungsverweigerungsrecht**, s. 562.

işçinin ücrete hak kazanıp kazanamayacağı sorununun pek ilgi görmemiş olduğudur. Bu konuda görüş bildiren *Süzek'e* göre; ailevi mazeret, işçinin devamsızlığını meşru kıldığı süre ile sınırlı kalmak üzere iş akdini askıya almakta ve işverene haklı nedenle fesih imkânı tanımamaktadır<sup>33</sup>. Öte yandan yazara göre, yasada işçinin ücrete hak kazanacağı yönünde bir hüküm öngörülmemiş olması nedeniyle, işçi bu süreye ilişkin olarak ücret talep edemeyecektir<sup>34</sup>. Yukarıda da ifade edildiği üzere, görüşümüze göre, İş Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmayan durumlarda BK m. 409 hükmü uygulanabilir niteliktedir. Bu hükümde, belirli şartları taşıyan işçinin *kusuru olmaksızın* ortaya çıkan engellerinin hukuki sonuçları düzenlenmektedir ki, bu tür durumlarda (işçinin babasının kaza geçirmesi, çocuğunun ani bir biçimde rahatsızlanması gibi) işçiye bir kusur isnat edilemeyeceği açıktır. Bu görüş çerçevesinde, işçinin böyle bir durumda iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa etmemesi durumunda, işverenin başka bir yolla karşılanmadığı takdirde işçiye hakkaniyet uygun bir ücret ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varmak gerekir. Ancak, pozitif hukukumuzda yer alan bazı düzenlemelerin, işçinin babasının ya da çocuğunun hastalanması nedeniyle işgörmeye edimini yerine getiremediğinde ücrete hak kazanmasını engellediği kanaatini taşımaktayız. Bu bakımdan, öğretide savunulan İş Kanunu'na tabi işçilerin BK m. 409 hükmünden yararlanamayacakları ve dolayısıyla ücrete hak kazanamayacakları sonucuna<sup>35</sup>, işçinin yakın aile bireylerinin hastalığı nedeniyle işgörmeye edimini sunamaması örneği bakımından, farklı bir gerekçe ile ulaşmaktayız. Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçinin, kendi hastalığı nedeniyle işine gidemediği sürelerde ücreti işlemez iken (bkz. İş K. m. 25/I (son)), çocuğunun / ebeveynlerinin ani rahatsızlığı sebebiyle hastaneye götürmesi halinde ücretinde kesinti yapılmayacağını savunmak son derece güç gözükmektedir.

---

<sup>33</sup> *Süzek*, görüşünü ifade ettiği monografisinde (**İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**) yalnızca işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının doğmayacağından söz etmektedir. Bu eserin yayımlandığı dönemde, hukukumuzda henüz iş güvencesi sistemi bulunmadığından işverenin geçerli nedenle fesih hakkının bulunup bulunmadığı bakımından bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Yazara göre ancak işçinin uzun süren devamsızlığı işveren bakımından katlanılmaz hale geldiğinde fesih hakkı doğmaktadır, *Süzek*, **Askı**, s. 54.

<sup>34</sup> *Süzek*, **Askı**, s. 54.

<sup>35</sup> *Süzek*, **İş Hukuku**, s. 518; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 681.

Tekrar ifade etmek isteriz ki, işçinin çocuğunun ya da ebeveyninin hastalığı nedeniyle refakatinin gerekmesi halinde ücretinde kesinti yapılabileceği sonucuna varmak, modern iş hukukunun amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu anlamda İş Kanunu'nda işçinin hastalığı nedeniyle işine gidemediği dönemde ücretinin işlemeyeceğine yönelik hüküm lağvedilerek<sup>36</sup>, işçilerin uygulamada sıklıkla gündeme gelebilecek bu durumlarda BK m. 409'da öngörülen güvenceden yararlanmaları sağlanmalıdır. Bu noktada, ailesel nedenler başlığı altında toplanan olay gruplarının çok çeşitli olduğunun gözden kaçırılmaması gerekmekte olup, İş Kanunu kapsamındaki işçi de, birtakım ailevi karakterli ifa engelleri nedeniyle işgörememe hallerinde hakkaniyete uygun bir ücret alacağına hak kazanabilmelidir. Bu tür ailevi engellerin taşıdığı çeşitlilik karşısında toptan bir cevap verilmesi yerine, her olayın özelliklerine uygun bir çözümün benimsenmesi daha isabetli olacaktır.

Öte yandan yukarıda da yer verdiğimiz üzere, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından ortaya çıkabilecek diğer bir sorun da İş Kanunu m. 64 uyarınca bu işçilerden telafi çalışmasının talep edilip edilemeyeceğidir. Nitekim telafi çalışması yapılabilecek hallerden biri de işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi olup, yasayla veya sözleşmelerle işçiye verilmesi zorunlu olan izinler için telafi çalışması yaptırılmaz<sup>37</sup>. O halde burada üzerinde durulması gereken husus, ailevi karakterli ifa engeli ile karşılaşan işçinin işgörme edimini yerine getirmemesi için işverenden izin almak zorunda olup olmadığıdır. İş Kanunu Ek m. 2 kapsamında sayılan hallerde, işçiye *ücretli izin verileceğinden* söz edilmektedir. Bu anlamda Kanun'un lafzı işçiye ücretli izin hakkı tanınması yönünde olup, işçinin ayrıca işverenden izin almak yükümlülüğü bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İş Kanunu Ek m. 2'nin kapsamında sayılmayan haller bakımından ise yeknesak bir sonuca varmak güç gözükmektedir. Bu anlamda işçinin ağır derecede hastalanmış çocuğu ile ilgilenmek zorunda kalması nedeniyle işgörmemesi ile

<sup>36</sup> Hastalanan işçinin işine gidemediği dönemde ücretinin işlemeyeceğini öngören İş Kanunu m. 25/I b bendinin son paragrafına ilişkin eleştiriler hakkında bkz. yukarıda III. Bölüm, 3.2.2.2. Başlık.

<sup>37</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 818; Çelik, Caniklioglu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 648; Ekmekçi, **Telafi Çalışması**, s. 34.

ebeveynlerinin ellinci evlilik yıldönümü kutlamasına katılmasına<sup>38</sup> aynı hukuk kurallarının uygulanması her zaman hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Her ne kadar işçinin ebeveynlerinin ellinci evlilik yıldönümüne katılmak amacıyla işgörme edimini sunmak istememesi halinde BK m. 409 anlamında bir kusurdan söz edilemeyecek ise de, işçinin bu tür bir nedenle işgörme edimini yerine getirmemesi halinde çalışılmayan sürelerin İş Kanunu m. 64 uyarınca telafi çalışmasına konu olması mümkündür. Burada işgörme ediminin yerine getirilmesinin *beklenilmez* hale gelip gelmediğinin tespiti de önemlidir. İşçinin işgörme edimini ifa etmesinin kendisinden *beklenilemez* olduğu haller bakımından, işverenden izin alması gerektiğini ileri sürmek ise kendi içerisinde çelişkili olacaktır. Ekleyelim ki, karşılaştırmalı hukuk öğretisinde, BK m. 409'a karşılık gelen hükmün, kusursuz geçici ifa imkânsızlıklarında yalnızca işçinin ücret alacağından mahrum kalmasını önlemek fonksiyonu taşımadığı, aynı zamanda işçiye işgörme edimini sunmaktan kaçınma hakkı tanıdığı savunulan görüşler de ileri sürülmüştür<sup>39</sup>. Bize göre bu hükmü işgörme edimini sunmamama hakkı tanıyan bir hüküm olarak kabul ederek çözüme ulaşmak yerine, işçinin işverenden izin almak zorunda olup olmadığının somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi isabetli olacaktır. Buna uygun olarak, somut olaydaki ailevi karakterli engelin niteliği / ağırlığı karşısında, işçinin işgörme edimini sunmamak için işverenden izin alması beklenemiyor ise, işçinin telafi borcundan söz edilmemesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından, yukarıda yer verdiğimiz sorunların büyük bir çoğunluğu gündeme gelmemektedir. Borçlar Kanunu kapsamındaki işçi, çocuğunun ya da anne veya babasının rahatsızlığı nedenine bağlı olarak işgörme edimini kısa süreli sunamadığında BK m. 409'da öngörülen şartları taşımak kaydıyla hakkaniyete uygun bir ücrete hak

---

<sup>38</sup> İsviçre hukukunda, 234a OR hükmünün, işçinin ebeveynlerinin 50. evlilik yıldönümü kutlamasına katılmak için işgörme edimini geçici olarak sunamaması halinde uygulanabilir olduğu yönünde, bkz. Rehbinden, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324a OR, Kn. 11, s. 367.

<sup>39</sup> Örneğin Almanya'da henüz borçlar hukuku reformu yürürlüğe girmeden önce (275 III BGB'de ifadan kaçınma hakkının koşulları ayrıca düzenlenmemiş iken) § 616 BGB hükmünün (karş. BK m. 409) karşı edimin akıbetinin yanında, işgörme edimini sunmaktan kaçınmaya imkân tanıdığı görüşünde, bkz. Reinhard Richardi, "Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", **NZA**, Heft 18, 2002, s. 1007; Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 378-379.



kazanabileceklerdir. Böylelikle işgörme ediminin ailevi nedenlerle yerine getirilememesinin sonuçları bakımından, ülkemizdeki işçilerin büyük çoğunluğunun tabi olduğu İş Kanunu düzenlemelerinin, hem Borçlar Kanunu'nun hem de bu alandaki çağdaş gelişmelerin çok daha gerisinde kaldığı ifade edilmelidir.

## 2.2. Vicdanî Nedenlerle Ortaya Çıkan Beklenilmezlik Halleri

Anayasa'nın 24. maddesinde, herkesin vicdan hürriyetine sahip olduğu ifade edilmiştir. Herkes kavramı, doğal olarak işçi ve işverenleri de kapsamaktadır<sup>40</sup>. İş sözleşmesinin tarafı olan işçilerin birer vatandaş olarak sahip oldukları temel hakların işyerinde de belirli bir uzantısı mevcuttur. İşçinin işverene bağımlı olarak işgörmesi, şüphesiz, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde askıya alınması gibi bir sonuç doğurmaz. Ancak bu özgürlüğün bazı sınırları da bulunmaktadır, bu sınırlardan biri işçinin ifade özgürlüğünün işgörme borcunun yerine getirmesini engellememesi gereğidir<sup>41</sup>. Örneğin işçi, düşünce ve toplantı ve gösteri özgürlüğünü kullanmak amacıyla, işgörme borcunu yerine getirmekten imtina edemez<sup>42</sup>. Fakat ifade özgürlüğünün iş hayatına yansımaları her zaman bu şekilde olmayabilir. Hayatın olağan akışı içerisinde, işçinin dünya görüşünün görmekte olduğu iş ile bağdaşmamasının onu iç dünyasında bir çatışmaya sürüklemesi olasıdır; örneğin tekstil üretiminde çalışan bir işçinin, kendisinden kürklerin işlenmesi istenildiğinde kürklere dokunamayacağını düşünmesi bu tür bir iç çatışma halidir.

Öğretide işgörme borcu bakımından, işçinin düşünceyi açıklama özgürlüğü ile işçinin kendi inanç ve duyguları nedeniyle bir işi reddedip reddedemeyeceği konuları arasında ayırım yapılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>43</sup>. İşçinin vicdani nedenlerle işgörmekten kaçınma hakkı olduğu kabul edilecek ise, edim hasarına kimin katlanması gerektiği sorusunun da çözüme kavuşturulması gerekir. İş ilişkisi

---

<sup>40</sup> Zeki Okur, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **Kamu-İş**, C. 8, S. 4, 2006, s. 44.

<sup>41</sup> Sezgi Öktem Songu, "Anaysal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", **Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, 2013, s. 628.

<sup>42</sup> Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 55; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s. 241.

<sup>43</sup> Okur, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, s. 56.

açısından daha somut bir şekilde ele alınacak olursa; işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle feshedilip feshedilemeyeceği, eğer feshedilmeyecek ise işçinin kaçındığı döneme ilişkin olarak ücret alacağına hak kazanıp kazanmayacağı gibi sorular ortaya çıkmaktadır. Gerçekten konuya işveren cephesinden bakıldığında, işçinin özel hayatından kaynaklanan bazı nedenlerin işgörme edimini sunmasına engel olması halinde, işverenin birden fazla menfaati zedeleneyecektir. İşçinin vicdani bir gerekçeyle işgörmekten kaçınması halinde ücret alacağına hak kazanamayacağı sonucuna varılacak olsa bile, işverenin tek menfaatinin ücret ödemekten kurtulmak olmadığı, böyle bir durumda işverenin işgörme edimini elde edememek nedeniyle de bir zarara uğrayacağı açıktır. Diğer yandan öğretide, işverenin menfaatleri ile vicdan özgürlüğü arasında bir karşılaştırmanın, ancak işletmenin menfaatinin de anayasal bir hak ile bütünleştiği durumlarda yapılabilmesinin mümkün olduğunu, işverenin diğer herhangi hukuken korunan bir menfaatinin işçinin vicdan özgürlüğü ile karşılaştırılmaz bir değerde olduğu görüşü de savunulmaktadır<sup>44</sup>.

Gerçekten bu türden bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, -tıpkı işgörme ediminin ailesel nedenlerle yerine getirilmesinin işçiden beklenilemeyeceği hallerde olduğu gibi- toptan bir şekilde yanıt verilmemeli, tarafların menfaatleri hassas bir şekilde tartılmalı ve hangi tarafın menfaatine üstünlük tanınacağı ancak somut olayın özelliklerine göre titiz bir şekilde değerlendirilerek tespit edilmelidir. Yukarıda da yer verildiği üzere, işçinin vicdani bir iç çatışma içinde bulunması halinde işgörmekten kaçınma hakkından söz etmenin mümkün olup olmadığı, işçinin bu döneme ilişkin ücret talep edebilip edemeyeceği, kaçınma hakkından söz edilemiyor ise işçinin işverenin zararını tazmin etmesi gerekip gerekmediği gibi sorunların çözümü pek kolay değildir. İş hukuku mevzuatımızda, işçinin vicdani nedenlerle işgörme edimini yerine getirmemesinin hukuku sonuçları ile ilgili tek hüküm Basın İş Kanunu'nun 11. maddesidir. İlgili hükümde; süreli yayın organının görüşünde ve karakterinde gazeteciye şeref veya şöhretini veya umumiyetle *manevi* menfaatlerini ihlal edecek türden bariz bir değişiklik ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesini

---

<sup>44</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 121.

ihbar süresini beklemeksizin sona erdirme hakkı tanınmıştır<sup>45</sup>. Vicdan özgürlüğünün ifade özgürlüğünün bir uzantısı olması nedeniyle konunun Kanun koyucu tarafından basında çalışanlar bakımından ele alınmış olması da aslında olağan karşılanmalıdır. Karşılaştırmalı hukukta bu konuda yargıya taşınan ilk uyuşmazlıkların da basın alanında olduğu görülmektedir. Alman hukukunda bu konuda önemli tartışmalar bulunmakta olup, bu uyuşmazlıkların öğreti tarafından sistematik bir biçimde inceleme konusu yapılmaya başlanması, konunun ilk kez yargı kararlarına yansımalarından sonra başlamıştır<sup>46</sup>.

İşçinin vicdani nedenler ileri sürerek işgörmekten kaçınmasına ilişkin Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen ilk kararda uyuşmazlığın geçtiği işyeri bir matbaadır. Uygulamada *birinci matbaa kararı* olarak anılan bu kararda; bir basımevinde çalışan işçi, bir dergiye aşırı sağcı bir ekin basılmasına yönelik işi görmeyi reddetmiş ve vicdani nedenlerle dergiye dokunamayacağını belirtmiştir. Bunun üzerine iş sözleşmesi işverence süresiz feshedilmiş ve işçi tarafından da işe iade davası açılmıştır. İşçi her ne kadar yerel mahkeme ve eyalet mahkemesinde lehine sonuç alamamış ise de, Federal Mahkeme işçiyi haklı bulmuştur<sup>47</sup>. Öğretide karara ilişkin dikkat çekici olarak nitelendirilen nokta; Federal Mahkeme'nin vicdani nedenlerle işgörmeme hakkının bulunup bulunmadığını hukuki olarak hiç değerlendirmeksizin “*hiçbir Alman vatandaşının, eli kanlı bir şiddet ve haksız olan Nazizm rejimini yücelten veya onu tehlikesizmiş gibi gösteren bir dergiyi basmaya zorlanamayacak olması*” gerekçesiyle işçiyi haklı bulmuş olmasıdır<sup>48</sup>. Hatta kararda

---

<sup>45</sup> Bu fesih hakkının pek çok ülkede tanındığı yönünde bkz. Müjdat Şakar, “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/2, s. 15. Bu tür hükümlerin “vicdan hükmü” olarak anıldığına ilişkin ayrıca bkz. G.Bohère, **Gazetecilik Mesleği – Gazetecilerin Çalışma Koşulları Üzerine Bir İnceleme**, (Çev.: N. Süral), Ankara, Maya Matbaacılık, (Türkçe Basım) 1986, s. 68; Şakar, **Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi**, s. 15.

<sup>46</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 69.

<sup>47</sup> Bkz. BAG, Urt. vom 29.01.1960, 1 AZR 200/ 58, (Çevrimiçi) [www.juris.de](http://www.juris.de), 24.04.2016.

<sup>48</sup> Greiner'e göre, mahkemenin önüne gelen olayda neo-nazi niteliği taşıyan bir işin görülmesinin işçiden talep edilmesi karar bakımından belirleyici olmuş ise de, burada aslında hukuki gerekçeden yoksun politik bir karar verilmiştir, bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 71.

işçinin bu şekilde bir talimata karşı çıkma hakkının bulunmasının ötesinde, karşı çıkma yükümlülüğü taşıdığından söz edilmektedir<sup>49</sup>.

Yaklaşık çeyrek yüzyıl sonra Federal Mahkeme önüne yine basım evinde çalışan bir işçi ile ilgili uyuşmazlık gelmiştir ki bu karar uygulamada *ikinci matbaa kararı* olarak anılmaktadır. Bu olayda işçi, savaşı yücelten ve revizyonist nitelik taşıyan bir baskının yapılmasının gerekmesi üzerine işgörmeyi vicdani sebeplerle reddetmiş, bunun üzerine sözleşmesi süresiz ve tedbiren süreli bir biçimde feshedilmiştir<sup>50</sup>. Bu ikinci kararda Federal Mahkeme yine işçi lehine karar vermiş olup, gerekçelerini 1960 tarihli *birinci matbaa kararından* daha farklı biçimde kurgulamıştır: Mahkemeye göre burada değerlendirilmesi gereken din ve vicdan özgürlüğü bağlamında işverenin yönetim hakkının hakkaniyete uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır<sup>51</sup>. Hakkaniyete uygunluk ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda ise mahkemece; vicdani uyuşmazlığın ortaya çıkışının sözleşme kurulurken öngörülebilir olup olmadığı, işçinin işgörme edimini yerine getirmesinin işletme için gerekliliği, gelecekte daha fazla vicdan uyuşmazlığının tekrar edip etmeyeceği gibi ölçütlerin araştırıldığı görülmektedir<sup>52</sup>. Kararda vurgulanan nokta; işçinin işgörmekten kaçınma hakkının söz konusu olduğu ve işgörme ediminin ipso iure ortadan kalkmadığıdır ki, bu kararda dayanan gerekçeler, Federal Mahkeme'nin verdiği ilk matbaa kararından açık bir şekilde farklılık göstermiştir<sup>53</sup>.

Vicdani nedenlerle işin görülmemesine ilişkin Federal Mahkeme'nin önüne gelen bir diğer olayda ise, ilaç sanayiinde çalışan bir işçi, ışın tedavisi gerektiren hastalıklardan kaynaklanan semptomların kısa süreli olarak giderilmesine yönelik bir ilacın geliştirilmesi için çalışmaktadır. İlaç üzerinde çalışmalar sürerken, üretici tarafından bu ilacın nükleer bir savaşta askerlerin ışın tedavisi gerektirecek bir

---

<sup>49</sup> Greiner, *Unzumutbarkeit*, s. 71; Dieter Reuter, "Das Gewissen des Arbeitnehmers als Grenze des Direktionsrechts des Arbeitgebers", *BB*, Heft 6, 1986, s. 386.

<sup>50</sup> BAG, Urt. vom 20.12.1984 - 2 AZR 436/83, (Çevrimiçi) [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de), 24.04.2016.

<sup>51</sup> Söz konusu kararın verildiği dönemde işverenin yönetim hakkına ilişkin düzenleme Alman Medeni Kanunu'nda (§ 315 BGB) yer almakta ise, bu konu günümüzde (01.01.2002 tarihinden beri) Medeni Kanun'da değil, Ticari Düzen Kanunu'nda (§ 106 GewO) yer almaktadır.

<sup>52</sup> Greiner, *Unzumutbarkeit*, s. 72-73.

<sup>53</sup> Greiner, *Unzumutbarkeit*, s. 73.

rahatsızlığa maruz kalmalarından sonra kısa süreli olarak halen savaşıma yeteneklerinin devamının sağlanmasına yönelik olası bir kullanım sahası daha olacağı açıklanmıştır. İşçinin bu açıklamadan sonra vicdani gerekçelerle ilacın geliştirilmesinde çalışmayacağını bildirmesi üzerine sözleşmesi süreli olarak feshedilmiştir<sup>54</sup>. Federal Mahkeme bu kararda da işçi lehine karar vermiş ve kararını büyük ölçüde ikinci matbaacı kararındaki esaslar ile örtüşen biçimde gerekçelendirmiştir. Kararda yenilik gösteren kısım, -ayrıntılı olarak açıklanmasa da-, çalışmaktan kaçınma hakkının gerekçelendirilirken Alman Medeni Kanunu'nun 616. maddesine (§ 616 BGB) dayanılmış olmasıdır<sup>55</sup> ki, bu hüküm içerik bakımından büyük ölçüde BK m. 409'un karşılığını oluşturmaktadır.

Dikkat edileceği üzere karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde verilen yargı kararlarda, işçinin geçici ifa imkânsızlığında ücret alacağından mahrum kalmamasını sağlamaya yönelik hüküm (§ 616 BGB, karş. BK m. 409), aynı zamanda işgörme ediminin vicdani nedenlerle yerine getirilmemesi bakımından kaçınma hakkı tanıyan bir hüküm olarak da değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, işçinin gördüğü iş ile bağlantılı olarak içine girdiği vicdani ile çatışma halinin “iş gördüğü süreye oranla kısa bir süreliğine” ortaya çıkması ihtimalinin ancak çok seyrek olarak gerçekleşebileceğine dikkat çekilerek, hükmün bu tür uyuşmazlıklarda ancak çok sınırlı bir uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmüştür<sup>56</sup>. Bunun nedeni vicdani uyuşmazlığın; ya işçinin değişimi güç olan vicdani görüşünün değişimiyle ya da ifa edilen işgörme faaliyetinde değişiklik yapılması<sup>57</sup> ile çözülebilir bir nitelik taşımasıdır<sup>58</sup>. Öte yandan, anılan hükmün vicdani uyuşmazlıklarda uygulanabilir

<sup>54</sup> BAG, Urt. vom 24.05.1989 - 2 AZR 285/88 , (Çevrimiçi) [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de), 24.04.2016.

<sup>55</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 75-76.

<sup>56</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 143. Yazara göre, Almanya'da borçlar hukuku reformundan (1.1.2002'den) önce, ifa engelleri hukukunda beklenilmezlik kategorisinin bulunmamasının önemli bir istisnasını işgörme ediminin geçici olarak engellenmesine ilişkin hüküm (§ 616 BGB, karş. BK m. 409) oluşturmuştur. Hüküm, reform öncesi dönemde sui generis bir nitelik taşımış ve henüz borçlar hukuku alanında tanınmayan bir ifa engeli kategorisinin iş hukukunda örneğini teşkil etmiştir, bkz. **Unzumutbarkeit**, s. 145.

<sup>57</sup> Bu yönde bkz. Wolfhard Kohte, “Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz – Zur Aktualität des Rechts der Leistungsstörungen”, **NZA**, Heft 5, 1989, s. 167.

<sup>58</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 143-144. Yazara göre, nadiren de olsa, işçinin işyerinde verilen tek bir işe özgü olarak vicdani bir uyuşmazlık içine düşmesi durumunda, iş gördüğü oranla kısa bir süreli

nitelik taşıdığını kabul etmekle birlikte, vicdani bir çatışmaya sürüklendiğini iddia eden işçinin ifa engelinin ortaya çıkmasında kusurlu olup olmadığının gözetilmesi gerektiğine dikkat çeken yazarlar da bulunmaktadır. Maddede (§ 616 BGB) işgörme ediminin işçinin kusuru olmaksızın yerine getirilememesinden söz edildiğine göre vicdan uyuşmazlığının sözleşme kurulurken öngörülebilir nitelik taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır ve öngörülebilir olduğu söylenebiliyorsa burada bir kusurdan söz edilmelidir<sup>59</sup>.

Buna karşılık öğretilerde anılan hükmün (§ 616 BGB) bu tür uyuşmazlıklarda uygulanmasını tümünden reddeden görüşler bulunduğu da belirtilmelidir<sup>60</sup>. Bu yöndeki bir görüşe göre, işçinin vicdanen yaşadığı güçlük kendisine verilen işi yerine getirmesini imkânsız kıldığı hallerde, her iki tarafa isnat edilemeyen kusursuz imkânsızlık halinin söz konusu olduğu kabul edilmeli ve işçinin ücrete hak kazanamayacağı sonucuna varılmalıdır<sup>61</sup>. İşçinin iş sözleşmesi vicdani sebeplerle işgörmeyi reddettiği hallerde geçerli sebeple feshedilemeyecekse de, söz konusu hüküm (§ 616 BGB, karşı. BK m. 409) işin vicdani nedenlerle reddedilmesi halinde uygulanabilecek bir hüküm değildir<sup>62</sup>. Vicdanla ilgili uyuşmazlıkların bu hüküm (§ 616 BGB) çerçevesinde değerlendirilemeyeceği yönündeki görüşün bir diğer gerekçesi ise, vicdan özgürlüğünün yalnızca işçinin vicdan ihtilafına düşmesi halinde işgörmeye zorlanamamasını, diğer bir ifadeyle çalışmaktan kaçınma hakkının bulunmasını garanti altına almasıdır<sup>63</sup>. Hatta işçi vicdani nedenlerle işten kaçınmak konusunda karar aldığı anda, bu kişisel kararı sonucunda finansal olarak dezavantajlı duruma düşmeye hazır olduğunu göstererek ciddiyetini de ispat etmiş olmaktadır<sup>64</sup>.

---

engelden söz edilir ki, bu tür durumlarda § 616 BGB hükmünün uygulanması söz konusu olabilecektir, **Unzumutbarkeit**, s. 144.

<sup>59</sup> Hansjörg Otto, **Personale Freiheit und soziale Bindung**, München, Verlag C. H. Beck, 1978, s. 128.

<sup>60</sup> Reuter, **Das Gewissen**, 389; Kohte, **Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz**, s. 167.

<sup>61</sup> Reuter, **Das Gewissen**, s. 389. Yazarın bu görüşünü borçlar hukuku reformundan (1.1.2002'den) önce oluşturmuş olduğu belirtilmelidir.

<sup>62</sup> Reuter, **Das Gewissen**, s. 389.

<sup>63</sup> Hennsler, **Münchener Komm.**, § 616 BGB, Kn. 49, s. 1456.

<sup>64</sup> Hennsler, **Münchener Komm.**, § 616 BGB, Kn. 49, 1457; Belling, **Erman BGB**, § 616, Kn. 28, s. 2576.

Sonuç olarak, Alman hukukunda işçinin işgörmeye edimin yerine getirmesinin onu vicdani bir çatışmaya sürüklemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Borçlar hukuku reformundan önce, bu durumun dayanak noktalarından birini § 616 BGB hükmü oluşturmuştur. Günümüzde ise maddi karakterli olmayan kişisel ifa engellerine ilişkin § 275 III BGB hükmünün vicdani nedenlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için uygulama alanı bulacağı ağırlıklı olarak kabul görmektedir<sup>65</sup>. Alman Medeni Kanunu'nun 275. maddesinin üçüncü fıkrası dürüstlük kuralından kaynaklanmakta olup, alacaklının ifa menfaatinin borçlunun edimini ifa edebilmek için yapması gereken masraf ile büyük bir orantısızlık içerisinde olup olmadığına bir önem atfedilmemiştir<sup>66</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinden İsviçre'de de benzer bir şekilde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan işin görülmesinin işçi tarafından engellenmesine yönelik hükmün (Art. 324a OR, karşı. § 616 BGB ve BK m. 409) işçinin vicdani sebeplerle işgörmeyi reddetmesi halinde uygulama alanı bulacağı savunulduğu görülmektedir. Öğretide bu hükmün uygulanabilmesi için, vicdan uyuşmazlığının sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülemez nitelik taşıması gerektiği ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Öte yandan vicdani gerekçelerle işgörmekten kaçınmanın iş ilişkisi üzerindeki sonuçları bakımından, işçinin o işyerindeki her türlü işi yapmaktan uzun bir süreliğine mi, yoksa belirli bir iş yapmaktan kısa bir süreliğine mi kaçındığının belirlenmesi gerektiğine de dikkat çekilmektedir<sup>68</sup>.

Konuya hukukumuz bakımından yaklaşmak gerekir ise, işçinin vicdani nedenlerle işgörmeye edimini sunmamasının işçi bakımından *beklenilmez* bir durum teşkil edip etmediği, böyle bir durumun işverene iş sözleşmesini geçerli ya da haklı nedenle fesih hakkı tanıyıp tanımadığı veya bu nedenlerle işgörmemenin işverene bir

---

<sup>65</sup> Preis, **Erfurter Komm.**, BGB § 611a, Kn. 687; Hennsler, **Schuldrechtsreform**, s. 131; Gotthardt, **Arbeitsrecht**, s. 56; Dirk Looschelders, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2015, s. 165, Kn. 442. Aksi görüşte bkz. Dauner- Lieb, **Das Neue Schuldrecht**, s. 111, Kn. 71.

<sup>66</sup> Lothar Haas, Dieter Medicus, Walter Rolland, Carsten Schäfer , Holger Wendtland, **Das neue Schuldrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 2002, s. 92-93; Ergüne, **İmkânsızlık Halleri**, s. 356.

<sup>67</sup> Gremper, **Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Recht**, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1993, s. 142; Vischer, **Der Arbeitsvertrag (1994)**, s. 128.

<sup>68</sup> Gremper, **Arbeitsrechtliche Aspekte**, s. 142.

fesih hakkı tanımayacağı kabul ediliyor ise işçinin bu dönemde ücrete hak kazanıp kazanmayacağı hususlarının pek gündeme gelmediği öncelikle belirtilmelidir. Elbette, işçinin kişilik haklarının korunması gerektiği noktasında tereddüt bulunmadığı gibi, işçinin vicdan özgürlüğü de kişisel varlıkları arasında değerlendirilmektedir<sup>69</sup>. Bununla birlikte, işçinin işgörme edimini vicdani nedenlerle yerine getirmeyeceğini beyan etmesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlığın, işçinin vicdan özgürlüğü karşısında çözümlenmesinin oldukça güç olabileceği açıktır.

Görüşümüze göre, işgörme ediminin vicdani gerekçelerle sunulmadığı hallerde yeknesak bir formülden söz edilmesi mümkün olmayıp, her bir somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Bu anlamda karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde önerilmiş olan ölçütlerden de yararlanılabilir. Örneğin, yukarıda verdiğimiz tekstil atölyesinde çalışan ve kendisinden kürk işlenmesi talep edilen işçinin çalışmayı reddetmesi halinde, işçinin o işyerinde işe başlarken kürklerin işlenmesi görevinin kendisine verilmesini öngörüp öngöremeyeceği gibi hususların dikkate alınması isabetli olacaktır. İş sözleşmesi kurulurken işçinin kürk ile temas edecek bir görev alacağını hiç öngöremeyeceği sonucuna varılabiliyor ise, işverenin işçiye başka bir görev verip veremeyeceği yahut kaçınma sebebinin kısa süreli ve geçici olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer işçinin işgörme edimini sunmasının kendisinden beklenilemez olduğu sonucuna ulaşıyor ise, işçinin işverence kendisine başka bir görev verilinceye kadar geçirdiği dönemde BK m. 409 uyarınca<sup>70</sup> ücret alacağından mahrum kalmaması gerekir.

Diğer yandan, işverenin işçiye başka bir iş vermesinin mümkün olmadığı ve işçinin içine düştüğü vicdani çatışmanın sürekli bir ifa engeli oluşturduğu hallerde, bu durumun iş sözleşmesi bakımından nasıl bir etki doğuracağını da açıklığa kavuşturulması gerekir. Gerçekten işçinin vicdani sebeplerle işgörme edimini yerine getirmemesi halinde, işverenin işçinin işe devamsızlığını (bkz. İş K m. 25/II (g)) ya

<sup>69</sup> “...Kişisel haklar, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlar. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, servet, haysiyet ve itibar, ün, ad, sır ve resim hep kişisel varlıklardır...”, 9. HD., T. 20.01.2015, E. 2014/14808, K. 2015/131, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 18.11.2017.

<sup>70</sup> Borçlar Kanunu m. 409 hükmünün İş Kanunu’na tabi işçiler bakımından uygulanamayacağı görüşünde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 518; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 681.



da görevini yerine getirmemesini (bkz. İş K m. 25/II (h)) gerekçe göstererek iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının bulunup bulunmadığının tespiti önemlidir. Görüşümüze göre böyle bir sürekli ifa engeli karşısında her ne kadar iş ilişkisinin sürdürülmesi taraflardan beklenilemez ise de, işverenin haklı nedenle fesih hakkının bulunduğundan söz etmek de iş ilişkileri bakımından adil bir çözüm olmayacaktır. Nitekim işçinin işe devamsızlığı işveren bakımından kural olarak bir haklı nedenle fesih sebebi ise de, aynı bentte (İş K m. 25/II (g)) işçinin devamsızlığının haklı bir sebebe dayanmaması şartı da koşulmuştur. İşçinin, içerisinde bulunduğu vicdani çatışmayı sözleşme başlangıcında öngöremediği ve kendisine başka bir işin verilmesinin de mümkün olmadığı hallerde, anayasal güvence altında olan vicdan özgürlüğü karşısında işgörmemesinin haklı bir nedene dayandığının kabulü isabetli olacaktır. Benzer şekilde, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi işveren bakımından kural olarak bir haklı fesih sebebi ise de (İş K m. 25/II (h)), Yüksek Mahkeme isabetli olarak dürüstlük kurallarının bu işin yapılmasını gerektirmemesi halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğmayacağı yönünde karar vermektedir<sup>71</sup>.

Öte yandan, işçi, işgörme edimini vicdani gerekçelerle sunmadığını tartışmasız ve güçlü bir şekilde ortaya koyduğu takdirde işini görmemesi işverenin iznine de tabi olmadığından, kendisinden İş Kanunu m. 64 kapsamında telafi çalışması yapması da istenemeyecektir.

### **2.3. Dini Nedenlerle Ortaya Çıkan Beklenilmezlik Halleri**

Anayasa'nın 24. maddesinde koruma altına alınan özgürlüklerden biri de din özgürlüğüdür. Bu özgürlüğün de, tıpkı diğer özgürlüklerde olduğu gibi, bazı sınırlamalara tabi tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Ancak bu sınırlamaların çerçevesini çizmek çoğu zaman oldukça güç ve tartışmalı bir hal alabilmektedir. Nitekim işçinin dini inançlarını ileri sürerek işgörme edimini yerine getirmemesine

<sup>71</sup> 9. HD. T. 17.03.2011, E. 2009/7928, K. 2011/7367, (Çevrimiçi) [www.lexpera.com](http://www.lexpera.com), 16.04.2018.

<sup>72</sup> Bu konuda bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 9/2: “*Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkaları- nın hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.*”.

ilişkin uyuşmazlıkların gittikçe artan bir biçimde yargı kararlarına konu olduğu görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçinin dini inançlarını gerekçe göstererek işgörme edimini sunmamasına ilişkin uyuşmazlıklar kendi içerisinde de büyük bir çeşitlilik taşımaktadır. Kadın doktorun erkek hastaya bakmaktan imtina etmesi<sup>73</sup>, işçinin hac ibadetini gerçekleştirmek amacıyla işgörme edimini sunmaması<sup>74</sup> ya da işçinin işyerinde cübbe ve takke giymesi, sakal bırakmak konusunda direnmesi ile bağlantılı<sup>75</sup> ortaya çıkan uyuşmazlıkların yakın zamanda Yargıtay'ın önüne geldiği görülmektedir. Yargı kararlarında konu, aşağıda da daha detaylı inceleneceği üzere, genel olarak işverenin yönetim hakkının sınırları ile işçinin kişiliğinin korunması borcunun kapsamı bağlamında değerlendirilmektedir.

9. Hukuk Dairesi'nin 2006 tarihli kararına<sup>76</sup> konu olan olayda işçi, hac yolculuğuna çıkacak olması gerekçesiyle yıllık izin hakkının dilekçesinde belirttiği dönemde kendisine tanınmasını talep etmiş, ancak isteği işveren tarafından aynı dönemde başka bir işçiye izin verilmiş olması gerekçesiyle reddedilmiştir. İşçinin yıllık izin talebi kabul görmemesine rağmen izin talep ettiği dönemde işyerine gitmemesi üzerine iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir. Uyuşmazlık, somut durumun işveren bakımından bir haklı nedenle fesih nedeni oluşturup oluşturmadığı noktasındadır. Konuyu işverenin yönetim hakkının kapsamında değerlendiren 9. Hukuk Dairesi'ne göre; somut olayda işçi ile aynı görevi yapan daha kıdemli işçiye aynı tarihlerde izin verilmiş olması nedeniyle davacı işçinin talebinin geri çevrilmesi, işverence yönetim hakkının kötü niyetli kullanıldığını göstermemektedir. Öte yandan, işçinin yıllık izin kullanma talebini Yıllık İzin Yönetmeliği'nde öngörülen zamanda (talep edilen izin tarihinden bir ay önce) sunmamış olması da, talebin

---

<sup>73</sup> Dava konusu uyuşmazlık, tesettürlü uzmanın testislerinde problem olan hastanın ultrasonunu çekmek istemediğine ilişkin haberin yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle maddi manevi tazminata hak kazandırıp kazandırmayacağına ilişkindir, bkz. 4. HD., T. 08.03.2011, E. 2010/598, K. 2011/2473, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 23.11.2017.

<sup>74</sup> 9. HD. T. 20.06.2006, E. 2006/15954, K. 2006/17843, **Çalışma ve Toplum**, S. 11, 2006/4, s. 194-195.

<sup>75</sup> 7. HD. T. 15.6.2015, E. 2014/18048, K. 2015/12110, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 27.4.2016.

<sup>76</sup> 9. HD. T. 20.06.2006, E. 2006/15954, K. 2006/17843, **Çalışma ve Toplum**, S. 11, 2006/4, s. 194-195.

işverence kabul edilmemesi bakımından geçerli bir dayanak noktası olarak görülmüştür. Sonuç olarak işçinin yıllık ücretli izninde hacca gitmek isteğinin, o tarihte başka bir işçiye yıllık izin tanınmış olması nedeniyle reddedilmesi, Yüksek Mahkeme tarafından işverenin yönetim hakkının sınırlanmasını gerektiren bir durum olarak değerlendirilmemiştir.

Bu karardan yaklaşık on yıl sonra, bir işçinin hacca gitmek isteği nedeniyle işverenden ücretsiz izin talep etmesi ve talebinin kabul görmemesine rağmen hacca gitmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilmesi ile ilgili bir uyuşmazlık yeniden 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta, işverenin işçi öğretmenin ücretsiz izin talebini reddetme gerekçesi, bu iznin eğitim ve öğretimi kesintiye uğratacak olmasıdır. Ancak işçi öğretmen yurtdışına çıkmış ve işgörme edimini sunmadığı bu döneme ilişkin işverene sağlık raporu sunmuştur<sup>77</sup>. Yargıtay kararında “...*Davacı öğretmenin hacca gitme imkanını elde ettiği ve bu ibadet zamanının okulların açık olduğu döneme isabet etmesi nedeniyle işgörme edimini uzun bir süre yerine getiremeyeceği açık olup işyerinde 15 yıllık kıdemi bulunan davacıya bu ibadetini ifası için izin verilmemesi, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği, işçinin kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ahlaki değerlerinin korunmasını da içerdiği dikkate alındığında, işçinin rapor alarak hacca gitmesinin işverene haklı fesih olanağı tanıyacağı kabulü mümkün görülmemektedir...*” ifadelerine yer verilmiş, işverence iş sözleşmesinin feshinin bir haksız fesih teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.

Yakın geçmişte 7. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiş bir diğer olayda ise, işçi uzun süreden beri cübbe-takke giymekte ve sünnet sakalı uzatmakta olduğunu, ancak çıkarılmış kıyafet talimatına uygun olarak giyinmeyenlerin işyerine alınmadığını ve işyerinde devamsızlık tutanağı tutulması gibi uygulamalara maruz bırakıldıklarını iddia etmiştir. İşçi ayrıca iş sözleşmesini feshetmek zorunda kaldığı iddiasıyla işverene karşı maddi ve manevi tazminat davası açmıştır<sup>78</sup>. 7. Hukuk Dairesi'ne göre, işverenin işyerinde çalışma düzen ve disiplinini sağlamaya yönelik kararlar

<sup>77</sup> 9. HD. T. 12.02.2014, E. 2014/664, K. 2014/4313, **Çalışma ve Toplum**, S. 45, 2015/2, s. 328-330.

<sup>78</sup> 7. HD. T. 15.06.2015, E. 2014/18048, K. 2015/12110, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 27.04.2016.

alması yönetim hakkının gereği olup, işyerinde uyulması gereken kılık kıyafet kuralları ile sakal boyunun düzenlenmesi kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilememelidir. Yüksek Mahkeme bu gerekçelerle maddi ve manevi tazminat koşullarının oluşmadığı sonucuna ulaşarak yerel mahkeme kararını bozmuştur.

İfade etmek gerekir ki, işçinin dini nedenlerle işgörme edimini sunmak istememesi ve bu durumun iş ilişkisi bakımından doğuracağı sonuçlar karşılaştırmalı hukukta da yüksek mahkeme kararlarına konu olmaktadır. Bu konuda Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta<sup>79</sup>, Müslüman işçi araba yeri yıkama bölümünde çalışmakta iken işyeri el değiştirmiş ve işçi içecek bölümüne alınmıştır. Burada içecek sandıklarını yerleştirerek ve rafları düzenleyerek üç yıl çalıştıktan sonra, kendi isteği üzerine işinde değişiklik yapılmış ve taze ürünlerin bulunduğu kısımda görevlendirilmiştir. Ancak buranın ısı derecesinin düşük olmasının işçinin sağlığını olumsuz etkilemesi ve rapor alarak iş görememesine neden olması üzerine işinde yeniden değişiklik yapılarak tekrar içecek kategorisinde görevlendirilmiştir. Ancak bu kez işçi, dini nedenlerle alkol içeren ürünlere temas edemeyeceğini belirterek işgörme borcunu yerine getirmekten kaçınmış ve bunun üzerine iş sözleşmesi feshedilmiştir. Birinci derece mahkemesi; işçinin işinin alkollü içeceklerin tüketimini değil yalnızca taşınmasını gerektirmesi ve içecekler ile bu şekilde bir temastan kaçınmanın dini bir gereklilik olmaması gerekçesi ile işçinin davasını reddetmiştir. İşçi, istinaf kanun yoluna başvurmuş ise de, ikinci derece mahkeme, ilk derece mahkemesinden farklı olarak, burada derhal fesih yerine süreli fesih hakkının kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bunun üzerine uyuşmazlık, davacı işçi tarafından Federal İş Mahkemesi'ne taşınmıştır. 24.02.2011 tarihli kararı ile davayı yeniden görülmesi için Eyalet Mahkemesi'ne gönderen Federal İş Mahkemesi'ne göre; geçerli bir fesihten söz edilebilmesi için, işçinin başka bir işte çalıştırılıp çalıştırılmayacağı araştırılmalı ve ancak işçinin başka bir şekilde istihdam edilme imkânının bulunmaması halinde fesih yoluna başvurulmalıdır<sup>80</sup>. Her

<sup>79</sup> BAG, Urt. vom 24.02.2011 - 2 AZR 636/09, (Çevrimiçi) [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de), 21.01.2016.

<sup>80</sup> Schleswig-Holstein Eyalet Mahkemesi'ne söz konusu uyuşmazlığın sonucunu öğrenmek için yaptığımız yazılı müracaatta, taraflar arasında bu aşamada sulh sağlandığı bilgisine ulaşılmıştır.

ne kadar işçinin kural olarak işgörme edimini yerine getirmemesi bir yüküm ihlali oluşturup olağan feshe yol açabilirse de, verilen talimatın Ticari Düzen Kanunu'nda (§ 106 GewO) öngörülen esaslara uygun olmaması nedeniyle geçersiz olduğu durumlarda bir yüküm ihlalden söz edilemez. İşçi tarafından din ve inanç özgürlüğü ile çatışan bir durum işverene bildirildiğinde, bu durumun işverence dikkate alınması gereklidir. Federal Mahkeme'ye göre, işveren ancak işçiye uygun olabilecek olanakları sunması halinde yönetim hakkını hakkaniyete uygun bir biçimde kullanmış sayılacaktır. Sonuç olarak, Federal İş Mahkemesi söz konusu kararında da ortaya koymuş olduğu üzere, işçinin işgörme edimini sunmaktan inancı gereği kaçınması durumunda, öncelikle işverenin yönetim hakkını Ticari Düzen Kanunu'nun 106. maddesine (§ 106 GewO<sup>81</sup>) uygun bir şekilde kullanıp kullanılmadığını araştırmaktadır. Bu araştırma, Federal Mahkeme'nin bu tür uyuşmazlıklar bakımından takip ettiği birinci adım olarak tanımlanabilir. Şayet işverenin yönetim hakkını hukuka uygun bir şekilde kullandığı kanaatine varılıyorsa, bu defa ikinci adıma geçilmektedir. Bu aşamada ise, Mahkeme işçinin Medeni Kanun m. 275/III'te düzenlenen def'i hakkını (§ 275 III BGB) kullanma şartlarının oluşup oluşmadığı bakımından inceleme yapmaktadır. Yukarıda da yer verildiği üzere, Alman hukukunda imkânsızlık ifa engelinin düzenlendiği maddeye borçlar hukuku reformu ile eklenen ve özellikle işgörme sözleşmeleri bakımından önem taşıyan fıkrada; alacaklının ifa çıkarımının borçlunun ifa için aşması gereken zorluklara kıyasen önem taşımaması halinde, borçlunun şahsen yerine getirmesi gereken ifadan kaçınabileceği düzenlenmiştir<sup>82</sup>.

Ancak belirtmek gerekir, Alman hukuku öğretisinde Yüksek Mahkeme'nin bu çözüm tarzı isabetsiz bulunmakta<sup>83</sup>; işçinin inanç ve vicdan özgürlüğü ile ilgili bir ihtilaf söz konusu olduğunda Ticari Düzen Kanunu (§ 106 GewO) bakımından işverenin yönetim hakkını objektif ve hakkaniyete uygun kullanıp kullanılmadığının

---

<sup>81</sup> Söz konusu madde (§ 106 GewO) işverenin yönetim hakkına ilişkindir. Bu hükmün birinci fıkrasına göre, iş koşulları; bireysel iş sözleşmesi, işletme sözleşmesi hükümleri, uygulanan bulan toplu iş sözleşmesi ya da kanun hükümleri ile karşılaştırılmadıkça, işveren işgörme ediminin içeriğini, yerini ve zamanını hakkaniyete uygun bir biçimde belirlemelidir.

<sup>82</sup> Ergüne, **İmkânsızlık Halleri**, s. 355; Gündoğdu, **Kusurlu İfa İmkânsızlığı**, s. 386.

<sup>83</sup> Gotthardt, **Arbeitsrecht**, s. 56; Greiner, **AP GG Art. 4 Nr. 9**, Anm. zum Urt. des BAG 24.02.2011-2 AZR 636/09.

kontrolünün yapılmasının makul bir çözüm olmadığı ifade edilmektedir<sup>84</sup>. Zira işverenin talimat verirken işçinin inanç ve vicdan özgürlüğü ile ilgili bir ihtilaf içinde bulunup bulunmadığını bilmesi olanaklı değildir; kaldı ki, işveren işçinin hangi dine mensup olduğunu bilse dahi işçinin din ve vicdan hürriyetinden kaynaklanan uyuşmazlığı ne yoğunlukta yaşadığını tahmin edemeyecektir<sup>85</sup>. Üstelik işçinin din ve vicdana yönelik tutumu zaman içerisinde değişkenlik de gösterebilir<sup>86</sup>. Federal İş Mahkemesi bu bilinmezliği aşabilmek amacıyla, işverenin yönetim hakkını hakkaniyete uygun olarak kullanıp kullanmadığını denetlerken işçinin işverene içine düştüğü çatışmayı bildirip bildirmediğini gözetiyor olsa bile; Medeni Kanun m. 275 III'te (§ 275 III BGB) işçiye açıkça def'i hakkı tanınmış iken, işçinin işverene içinde bulunduğu çatışmayı (aslında hukuki zemini de olmayan) bildirme / açıklama yükümlülüğünden söz etmek tatmin edici bir çözüm olarak görülemez<sup>87</sup>. Bu nedenle, -Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu'nun gerekçesinde vicdani uyuşmazlıkların işlem temelinin çökmesi veya dürüstlük kuralı kapsamında çözülmesi gerektiği belirtilmiş olsa bile<sup>88</sup>-, aşırı derecede subjektiflik içeren din ve inanç alanında sorunun ifa engelleri hukuku sisteminde kişiye def'i hakkı tanıyan kurullarla çözülmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>89</sup>.

Alman hukukundan farklı olarak pozitif mevzuatımızda, şahsen ifa edilmesi gereken borçlara özgü olarak, borçlunun edimini ifa etmesine engel olan durumun aşılması ile işverenin edimden sağlayacağı menfaat kıyaslandığında, borçlunun edimi yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyeceği sonucuna varılan hallerde borçluya “kaçınma hakkı” tanıyan bir hüküm (bkz. § 275 III BGB) bulunmamaktadır. Ancak dikkat çekmek isteriz ki, borçluya def'i hakkı tanıyan bu hükmün varlığına karşın, Alman Federal İş Mahkemesi işçinin dini gerekçelerle

---

<sup>84</sup> Donat Wege, **Religion im Arbeitsverhältnis**, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, S. 143; Greiner, **Anm. zum Urt. des BAG 24.02.2011**.

<sup>85</sup> Wege, **Religion im Arbeitsverhältnis**, s. 143.

<sup>86</sup> Greiner, **Anmerkung zum Urteil des BAG 24.02.2011**.

<sup>87</sup> Greiner, **Anmerkung zum Urteil des BAG 24.02.2011**.

<sup>88</sup> Bkz. BT- Drs. 14/6040, s. 130, (Çevrimiçi) <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>, 14.05.2016.

<sup>89</sup> Greiner, **Anmerkung zum Urteil des BAG 24.02.2011**.

işgörmekten kaçınmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda konuyu öncelikle *işverenin yönetim hakkının hakkaniyete uygun biçimde uygulanıp uygulanmadığı* açısından ele almaktadır.

Yukarıda yer verildiği üzere, Yargıtay da, benzer bir şekilde önüne gelen bu tür uyuşmazlıklarda konuyu *işverenin yönetim hakkı* çerçevesinde ele almıştır. Ancak yine de, hâlihazırda pek fazla sayıda olmayan bu uyuşmazlıklar bakımından istikrarlı bir inceleme metodu olduğundan söz edilemez. Nitekim yukarıda da yer verdiğimiz 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu iki kararda (bkz. birinci<sup>90</sup> ve ikinci<sup>91</sup> hac kararı), konu işverenin yönetim hakkının kapsamı ve sınırları çerçevesinde ele alınmış ise de, bu kararların yeterli hukuki gerekçelendirilmeden uzak bir şekilde değişkenlik arz ettiği görülmektedir. Örneğin, davalı işverenin bir kolej ve davacının ise bu kolejin öğretmeni olduğu uyuşmazlıkta (ikinci hac kararı<sup>92</sup>), işverenin gözetme borcu gereği, işçinin ahlaki değerlerini korumakla yükümlü olduğu ve işçinin rapor olarak hacca gitmesinin işverene haklı nedenle fesih olanağı tanımayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Kararda yer verildiği gibi, işçinin “ *kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ahlaki değerlerinin korunması* ” gerektiği tartışmasızdır<sup>93</sup>. Ancak bu tür uyuşmazlıkların çözümünde taraflardan birinin talebine üstünlük tanınacaksa da, iş barışının muhafaza edilebilmesi için çok hassas bir denge gözetilmelidir. Ne yazık ki Yüksek Mahkeme'nin kararının böyle bir denge arayışının ürünü olduğu söylenememektedir. Örneğin kararda somut durumun özelliklerine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme (davalı tarafın bir öğretim kurumu olması, davalı kolejde başka bir kimya öğretmeninin çalışıp çalışmadığının tespiti) yapıp yapılmadığı anlaşılammaktadır. Oysa ibadet hürriyeti ile sadakat borcunun karşı karşıya geldiği durumlarda her somut olayın özelliğine göre değerlendirme

---

<sup>90</sup> 9. HD. T. 20.06.2006, E. 2006/15954, K. 2006/17843, **Çalışma ve Toplum**, S. 11, 2006/4, s. 194-195.

<sup>91</sup> 9. HD. T. 12.02.2014, E. 2014/664, K. 2014/4313, **Çalışma ve Toplum**, S. 45, 2015/2, s.328-330.

<sup>92</sup> 9. HD. T. 12.02.2014, E. 2014/664, K. 2014/4313, **Çalışma ve Toplum**, S. 45, 2015/2, s.328-330.

<sup>93</sup> Ekleyelim ki öğretide bir görüşe göre, işçinin vicdan özgürlüğü hakkına sınırsız bir şekilde müracaat edilebileceği savunulurken, işçinin edimini yerine getirmekten kaçınması sonucunda işverenin temel haklarının zedelenip zedelenmediği konusunda yorum yapılmaması şaşırtıcıdır. İşörme ediminin vicdani sebeplerle yerine getirilmemesine ilişkin makalesinde bu yönde bkz. Dieter Leuze, “Zur Arbeitsverweigerung aus Gewissengründen”, **RdA**, 1993, Heft 1, s. 20.

yapılmalı ve özgürlüğün kapsam ve sınırları buna göre tayin edilmelidir<sup>94</sup>. Öğretide, işverenin işçinin hac ibadetini yerine getirme talebine -uzun bekleme süreleri dikkate alındığında- izin vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiş ise de<sup>95</sup>, işverenin yönetim hakkının dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanıp kullanmadığının belirlenebilmesi için somut olayın tüm şartlarının dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin yukarıda yer verilen, içecek bölümünde çalışmakta olan işçinin dini nedenlerle alkol içeren ürünlere temas edemeyeceğini belirterek işgörme edimini sunmaktan kaçınması üzerine iş sözleşmesinin feshine ilişkin uyuşmazlıkta<sup>96</sup>, Federal Mahkeme ancak işçiye uygun olabilecek olanakların sunulmuş olması halinde işverenin yönetim hakkını hakkaniyete uygun bir biçimde kullanmış sayılacağına dikkat etmiştir. Somut olay özelinde ise davacı bir fizik öğretmenidir ve işgörme edimini sunmak istememesi sebebinin gördüğü iş ile bağlantısı bulunmamaktadır. Öte yandan söz konusu somut olayda, işverenin işin görülmesine yönelik menfaatinin yanı sıra, işverenin bir öğretim kurumu olması ve eğitim ve öğretimin aksayacak olması nedeniyle öğrencilerin menfaatlerinin zedelenebileceği de<sup>97</sup> gözden uzak tutulmamalıdır. Esasında 9. Hukuk Dairesi'nin verdiği kararda esas eleştirilecek nokta<sup>98</sup>, somut olayın şartlarını inceleyen titiz bir araştırmanın yapıldığının ortaya koyulmamış olmasıdır. Aksine, söz konusu kararda, işverenin işçiyi gözetme

---

<sup>94</sup> Dilek Dulay, “Karar İncelemesi: İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 48, 2016, s. 271.

<sup>95</sup> Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, s. 46. *Alpagut*’a göre, bir kereye mahsus hac ibadetinin daha sonra yerine getirilemeyecek nitelik taşıması, bu ibadetin işverenin gözetim yükümlülüğü çerçevesinde ele alınmasını gerektirmektedir, bkz. **Değerlendirme 2014**, (Genel Görüşme), s. 108.

<sup>96</sup> BAG, Urt. vom 24.02.2011 - 2 AZR 636/09, (Çevrimiçi), [www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de), 21.01.2016.

<sup>97</sup> *Tuncay*’a göre, öğrencinin eğitim görme hakkı göz önüne alındığında, eğitim dönemi ortasında bir öğretmene hac ibadeti nedeniyle izin verilmesi gerektiği düşüncesi isabet taşımamaktadır, bkz. **Değerlendirme 2014**, (Genel Görüşme), s. 100.

<sup>98</sup> Esasında somut olaydaki uyuşmazlık işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığına, diğer bir ifadeyle işverence yapılan feshin haklı fesih niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkindir. Çalışma konumuzun kapsamı dışında olması nedeniyle bu hususa ilişkin bir değerlendirme bilinçli olarak yapılmamış, yalnızca bu durumun işçinin işgörme edimini yerine getirmesi bakımından bir manevi beklenilmezlik hali teşkil edip edemeyeceği üzerinde durulmuştur. İşçinin eğitim dönemi başladıktan sonra ücretsiz izin talebinin kabul görmemesi üzerine, sahte rapor alınarak işyerine gelmemesinin işverene haklı sebeple fesih hakkı tanıyıp tanımayacağı hususuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. *Alpagut*, **Değerlendirme 2014**, s. 46; Dulay, **Karar İncelemesi**, s. 273.



borcunun işçinin *ahlaki değerlerinin korunmasını da içerdiği* hususuna, soyut bir biçimde dayanıldığı anlaşılmaktadır. Oysa işçi - işveren ilişkilerinde menfaat dengesinin sağlam bir biçimde kurulması, çalışma barışının sağlanabilmesi için şarttır. Öğretide isabetle belirtildiği gibi, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde, tıpkı işçinin vicdani nedenlerle işgörme edimini sunmamasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda olduğu gibi, tarafların çatışan menfaatlerinin iyi bir şekilde dengelenebilmesi için “*sine ira et studio*” bir çözüme ulaşılmasına gayret edilmelidir<sup>99</sup>.

#### **2.4. Diğer Nedenlerle Ortaya Çıkan Beklenilmezlik Halleri**

İş ilişkilerinde manevi beklenilmezlik hali oluşturabilecek örneklerin yukarıdaki olay grupları ile sınırlı olmadığı açıktır. Karşılaştırmalı hukuk öğretisinde, bu anlamda ortaya çıkabilecek çeşitli örnekler arasında, işçinin korkuya kapılması nedeniyle işgörme edimini sunmaktan kaçınması hali de gösterilmiştir<sup>100</sup>. İşçinin büyük bir korku duyduğu bilinmesine karşılık onu bu işi görmeye zorlamak, onun temel değerleri ile bu değerlere saygı gösterilmesi hakkının göz ardı edilmesi anlamına gelecektir<sup>101</sup>. Bu zorlamanın belirli bir düzeye ulaşarak işçide psikolojik ya da fiziksel patolojik bir duruma yol açtığı durumlarda işçinin sağlığı zarar görmüş olmaktadır<sup>102</sup>.

Bu tür bir korku haline örnek olarak, işyerinde ölümlü bir iş kazasının gerçekleşmesi halinde, buna şahit olan işçinin içinde bulunduğu şok durumunun işgörme edimini yerine getirmesini beklenilmez kılması gösterilebilir. Benzer şekilde, 13 Mayıs 2014 tarihinde Manisa ilinin Soma ilçesinde gerçekleşen faciadan hemen sonra, diğer maden işletmelerinde çalışan maden işçilerinin yer altına inmekten kaçınmaları gibi bir örnekte de işgörme ediminin yerine getirilmesinin duyulan korku / endişe nedeniyle beklenilmez hale geldiğinden söz edilebilir<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Greiner, *Unzumutbarkeit*, s. 178.

<sup>100</sup> Greiner, *Unzumutbarkeit*, s. 309.

<sup>101</sup> Greiner, *Unzumutbarkeit*, s. 309-310.

<sup>102</sup> Greiner, *Unzumutbarkeit*, s. 310.

<sup>103</sup> Her ne kadar karşılaştırmalı hukuk öğretisinde söz konusu maddenin (§ 616 BGB, karşı. BK m. 409) aynı anda birden fazla işçiyi etkileyen durumlarda (objektif imkânsızlık hallerinde) uygulanmaya

Karşılaştırmalı hukuk öğretisinde, çok kısa bir süre önce hayati tehlike içine düşmüş bir işçinin de korku nedeniyle işgörme edimini sunmaktan kaçınabileceği ifade edilmiştir<sup>104</sup>.

İş hukuku öğretimizde işçinin büyük bir korkuya kapılması hususunun iş ilişkisi üzerindeki etkileri, bu korkunun işgörme borcu bakımından manevi beklenilmezlik hali oluşturup oluşturmayacağı meselesi -tespit edebildiğimiz kadarıyla- inceleme konusu yapılmış değildir. İlgili mevzuat hükümleri incelendiğinde, öncelikle, işçiye sağlığının olumsuz etkilenmesi halinde iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının tanınmış olduğu belirtilmelidir. Ancak işçinin duyduğu büyük korku sağlığını (psikolojik ya da fiziksel olarak) olumsuz etkileyen bir boyuta ulaşmış olsa dahi, bu fesih hakkının kullanımı, sözleşme konusu işin yapılmasının *işin niteliğinden doğan bir sebeple* işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olmasına bağlıdır (İş K m. 24/I). Söz konusu maddede işin niteliğinden doğan bir sebep ve dolayısıyla süregelen bir durumun varlığı şart koşulduğundan, İş K m. 24/I'e dayalı bir fesih yapılamayacağı açıktır. Bununla birlikte, işçinin içerisinde bulunduğu durum işverence bilinmesine rağmen işgörmeye zorlanması halinde, işçinin iş sözleşmesini ahlak ve iyi niyete uymayan hallere dayanarak haklı nedenle feshetmesi (İş K m. 24/II) düşünülebilir. Ancak dikkat çekmek gerekir ki, işçinin kapıldığı büyük korkuya / içerisinde bulunduğu büyük şoka rağmen işgörme edimini yerine getirmeye zorlanması halinde işçiye yalnızca haklı nedenle fesih hakkı tanındığını söylemek, işçiye yeterli bir koruma sağlamaktan çok uzak bir yaklaşımdır. Görüşümüze göre, işçinin içerisinde bulunduğu korku / dehşet hali nedeniyle işgörme edimini geçici olarak sunamaması haklı fesih sebebi yapılamayacağı gibi, somut olayın özelliklerine göre, işçinin işgörme edimini sunmasının kendisinden beklenilemez olduğu sonucuna ulaşıyor ise BK m. 409

---

elverişli bir madde olmadığı belirtilmekteyse de, (bkz. Preis, **Erfurter Komm.**, BGB § 616, Kn. 3; Joussen, **BeckOK ArbR BGB**, § 616, Kn. 18-19; Rehbindler, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324a, Kn. 11, s. 366.) burada işçilerin toplu olarak birlikte hareket etmek iradelerinden ziyade, her bir işçi bakımından bireysel bazda işgörme edimini sunmaya devam etmenin *beklenilememesi* halinin toplu bir nitelik taşıması söz konusudur.

<sup>104</sup> Otto, **Personale Freiheit**, s. 107. Yazarın aktardığına göre, Essen İş Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin verdiği kararında işverenin işçinin anlaşılabilir korku duygusuna saygı göstermesi gerektiğine işaret etmiştir, bkz. s. 107-108.

hükümünün uygulama alanı bulması gerekir. Diğer bir ifadeyle, işverenin işçiye başka bir görev verip veremeyeceği yahut kaçınma sebebinin kısa süreli ve geçici olup olmadığı gibi hususlar araştırılmalı ve şartları sağlanıyorsa işçi BK m. 409'a istinaden ücret alacağından<sup>105</sup> mahrum kalmamalıdır.

İşçi bakımından beklenilmezlik hali teşkil edip etmediği tartışılabilir bir diğer hal ise, geçici iş ilişkisi kurulduğunda gündeme gelebilir. Bilindiği üzere, bu ilişkide, işveren belirli şartlara uymak kaydıyla işçisini başka bir işverene işgörmeye edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmektedir. Bu üçlü ilişkide iş sözleşmesi, işçi ile onu devreden işveren arasında devam etmekte ise de, işçi işgörmeye edimini geçici bir süreliğine başka bir işverende yerine getirmektedir<sup>106</sup>. Geçici iş ilişkisinin düzenlendiği İş Kanunu'nun 7. maddesinde, geçici işçi çalıştıran işverenin grev sırasında geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramayacağı açıkça öngörülmüş ise de<sup>107</sup>, işçinin iş sözleşmesi ile bağlı bulunduğu işverenin işyerinde bir grev yapılması halinde işçinin bu greve katılımına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İş hukuku öğretisinde işçinin kendi işyerinde grev yapılması halinde bu greve katılmasının devralan işveren ile ilişkisi üzerindeki etkileri tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işyerinde imzalanacak olan toplu iş sözleşmesi işçinin bireysel iş sözleşmesini etkileyeceğinden işçinin bu greve katılma hakkı bulunmaktadır<sup>108</sup>. Aksi görüşe göreyse, işçinin işyerinde uygulanan greve katılması geçici işverene karşı olan işgörmeye borcunun ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>109</sup>. Biz öğretide ileri sürülen ilk görüşe katılmaktayız. Bize göre, işçinin işgörmeye edimini başka bir işverende sunmayı üstlenmiş olması, onun kendi iş sözleşmesini iyileştirme mücadelesinin<sup>110</sup> dışına çıkarılmasını haklı kılmaz. İşçinin grev hakkına dayanarak

<sup>105</sup> Borçlar Kanunu m. 409 hükümünün İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulanamayacağı görüşünde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 518; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 681.

<sup>106</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 293; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, **İş Hukuku**, s. 208-209.

<sup>107</sup> Anılan düzenlemede 6356 sayılı Kanun'un 65. maddesi hükümleri saklı tutulmuştur (İş K. m. 7/V).

<sup>108</sup> Süzek, **İş Hukuku (2015)**, s. 311; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 229; Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", **Legal İHSGHD**, S. 2, 2004, s. 378.

<sup>109</sup> Murat Engin, **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, Basisen, 1993, s. 110; Serkan Odaman, **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, İstanbul, Legal, 2007, s. 71.

<sup>110</sup> İşçinin, işyerinde uygulanan greve katılmasının geçici işverene karşı olan işgörmeye borcunun ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı görüşündeki yazarlar, bu durumun işçinin grev sonunda imzalanacak

işgörme edimini kendi işyerinde sunmamasının işgörme borcunun ihlali gibi bir sonuç doğuracağı düşünülemeyeceğine göre, işgörme borcunun geçici olarak bir başka işverene devredilmiş olması da bir fark yaratmamalıdır. İşçinin işyerinde yapılacak olan bir greve katılması onun sendikal özgürlüğünün zaten bir parçasıdır. Bu bakımdan işçinin geçici işverende işgörme edimini yerine getirmesinin *beklenilmez* olduğu gibi bir ölçüte başvurulması ihtiyacı da bulunmamaktadır.

Yine konumuz bakımından ilgi çekici bir diğer husus ise, işçilerin *toplu eylem hakkı* çerçevesinde işgörme edimini sunmamalarının *beklenilmezlik* kategorisinde değerlendirilmeye elverişli olup olmadığıdır. Bilindiği üzere işçilerin toplu eylem hakkına dayanarak iş bırakmalarına ilişkin uyuşmazlıklar giderek artan bir şekilde yargı kararlarına konu olmaktadır<sup>111</sup>. 22. Hukuk Dairesi yakın geçmişte verdiği bir kararında<sup>112</sup> işçilerin işten *haklılıkları bakımından kamuoyu oluşturma işlevini*

---

toplu sözleşmeden yararlanmasına engel olmayacağını ileri sürmekte iseler de (bu görüşte, Engin, **İşveren**, s. 110; Odaman, **Ödünç İş İlişkisi**, s. 72), bu şekilde bir kabulün grevin yeterli güce ulaşması bakımından olumsuz etkisi olacağı açıktır.

<sup>111</sup> Bu yönde bkz. 7. HD. T. 11.06.2014, E. 2014/7358, K. 2014/13055, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 12.02.2016; 22. HD. T. 14.05.2013, E. 2013/7515, K. 2013/10949, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 15.03.2015.

<sup>112</sup> Daire, Türk Hava Yollarında çalışan bir kısım işçinin iş sözleşmelerinin kanun dışı greve katıldıkları gerekçesi ile süresiz feshedilmesine ilişkin uyuşmazlığa ilişkin olarak; işçilerin ulusal ve uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca barışçıl *toplu eylemlerde bulunma hakları bulunduğunu* ifade etmiş, ancak olaydaki eylem ile işyerinin niteliği dikkate alındığında toplu iş bırakma eylemine son çare olarak başvurulmadığı ve ölçülülük ilkesinin dikkate alınmadığı sonucuna varılması sebebiyle fesih için haklı sebep bulunmadığı kanaatine varmıştır: “...*Dairemizce uluslararası hukuk çerçevesinde işçilerin, ortak ekonomik ve sosyal menfaatlerini ilgilendiren konularda tepkilerini toplu eylem yoluyla ifade etme haklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak, iş bırakmak suretiyle yapılan toplu eylemlerin ulusal ekonomiyi ve kamu düzenini olumsuz etkilemesi ihtimali karşısında, bu hakkın sınırsız bir şekilde kullanılması düşünülemez. Çalışma barışı için işverenin mülkiyet hakkı ile işçilerin toplu pazarlık hakları arasında adil bir dengenin kurulması gereklidir. Her şeyden önce iş bırakmak suretiyle yapılan eylemlere kanuni grevde olduğu gibi son çare olarak başvurulmalı ( Ultima Ratio İlkesi ) ve ölçülülük ilkesine uyulmalıdır...*”. Yüksek Mahkeme, işçilerin hava iş kolunda getirilmek istenen grev yasağına karşı kamuoyu oluşturmak amacıyla protesto eyleminde bulunmalarının uğrayacakları olası mağduriyetler konusunda dikkat çekmek, yasama organınca yapılmak istenen değişikliği engellemek gibi meşru bir amaç güttüğünü kabul etmekte ise de, “*bu haklı amaca yönelik olarak ortaya konulan söz, eylem ve davranışların, işçilerin seslerini ve haklılıklarını ülke gündemine taşımak işlevini aşacak biçimde uzun süreli çalışmaktan kaçınmaları ve hizmeti esaslı şekilde aksatmaları yukarıda belirtilen ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacaktır*” sonucuna varmıştır. bkz. 22 HD., 14.05.2013, E. 2013/7515, K. 2013/10949, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 15.03.2015. Ekleyelim ki, somut olayda fesih işleminin, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eden önceki toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca Disiplin Kurulu Kararı alınmadan yapıldığı için haksız hale geldiği tespit edilmiş ise de, yerleşik içtihadı göre feshin haksız hale gelmesi geçerli sebebi ortadan kaldırmadığından, işverence yapılan feshin geçerli bir nedene dayandığı kabul edilmiş ve sonuç olarak işçilerin işe iade talepleri kabul edilmemiştir.

*aşmayacak biçimde kısa süreli kaçınmalarının* toplu eylem hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında yaygınlaşan bir ifade olarak göze çarpan toplu eylem hakkı, ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmekte<sup>113</sup> ve yukarıda yer verilen kararda da dikkat edileceği üzere, belirli koşullara uygun olmak şartı ile kanun dışı grev olarak görülmemektedir. Son yıllarda öğretimizde de, sırf siyasi bir amaç taşımayan, barışçıl ve ölçülülük ilkesine uygun iş bırakmaların toplu eylem hakkı çerçevesinde değerlendirileceği görüşünün artan bir şekilde savunulduğunu söylemek mümkündür<sup>114,115</sup>. Belirtmek gerekir ki, yargı içtihatlarında, işçinin toplu eylem hakkına başvurması, bu iş bırakmanın işverene fesih hakkı tanıyıp tanımayacağı bağlamında değerlendirilmiştir. Bir sonraki adım olarak, bu hakkın ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kullanılması halinde, işçilerin iş bıraktıkları dönemin bir beklenilmezlik hali teşkil edip edemeyeceği, diğer bir ifadeyle bu dönemde BK m. 409 kapsamında ücrete hak kazanılıp kazanılmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu bağlamda kamuda çalışanlar bakımından, örneğin kamu görevlisi öğretmenlerin bir ya da iki günlük iş bırakma eylemine katılmalarının bir disiplin cezasını gerektirmeyeceği ve aylıktan kesme cezası verilemeyeceği yönündeki Danıştay kararlarının<sup>116</sup> artık yerleşik hale gelmesi de bu sorunu daha ilgi çekici kılmaktadır.

Bilindiği üzere yasal grev söz konusu olduğunda, grevin süresi bakımından bir üst sınır da bulunmamasına rağmen, grev süresince işverence iş sözleşmesi askıda

<sup>113</sup> E. Murat Engin, “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 5, S. 2, 2015, s. 11.

<sup>114</sup> Gülsevil Alpagut, “6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum”, **Legal İHSGHD**, C. 9, S. 35, 2012, s. 45; Sevil Doğan, “Toplu Eylem Hakkı ve Siyasi Grev Bağlamında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 40, 2014, s. 326; A. Can Tuncay, “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 42, 2014, s. 280-281, 283; Mesut Gülmez, “Toplu Eylem Hakkına Dahil Protesto Grevleri, Yasa Dışı Grev Değildir- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Karar Eleştirisi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 43, 2014, s. 245; Engin, **Toplu Eylemler Üzerine**, s. 34-35.

<sup>115</sup> Öğretide *Ekmekçi* ise, toplu eylem hakkını *de lege ferenda* savunmakta ise de, mevcut mevzuat çerçevesinde toplu eylem yapılamayacağı görüşündedir. Yazara göre yorum yolu ile bu hakkın varlığını tanımak imkânı bulunmamaktadır, bkz. Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku**, s. 500, 503-504, 506.

<sup>116</sup> Sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemek fiilinin mazeret olarak kabulü gerektiği yönünde bkz. Danıştay 12. D. T. 20.12.2004, E. 2004/4209, K. 2004/4148, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 08.12.2017; Danıştay 12. D. T. 04.12.2013, E. 2013/5972, K. 2013/9647, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 08.12.2017; Danıştay İDDGK, T. 20.03.2014; E. 2013/4031, K. 2014/975, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 08.12.2017.

kalan işçilere ücret ödenmeyeceği hususunda açık düzenleme bulunmaktadır (STİSK m. 67/3). Toplu eylem hakkının kullanımının ise, hukuka uygun addedilebilmesi için ölçülülük ilkesine uygun düşecek bir süre ile sınırı olduğundan, kural olarak greve nazaran çok daha kısa süreceği öncelikle söylenebilir. Bu zaman zarfının görece kısa oluşu, görüşümüze göre karşı edim alacağına işverene yükletilebilmesini makul hale getirmez. Nitekim toplu eylem hakkını kullanan işçi, bir durumu protesto etmek amacıyla (örneğin yukarıda yer verilen kararda<sup>117</sup> olduğu gibi, hava iş kolunda getirilmek istenen grev yasağına karşı kamuoyu oluşturmak amacıyla) işgörme edimini yerine getirmemektedir. Bu anlamda edimi yerine getirmesi kendisinden *beklenilemez* değildir, işçi yalnızca toplu eylem hakkı kapsamında iş bırakmaktadır. Sonuç olarak ifade etmek isteriz ki, kanaatimizce toplu eylem hakkına başvurulması manevi beklenilmezlik kapsamında değerlendirilmeye elverişli bir hal değildir. İşçi, ifade özgürlüğünün uzantısı olan toplum eylem hakkını kullandığında, bu onun iş sözleşmesinin feshi için geçerli ya da haklı bir neden oluşturmayacaksa da, işgörme edimini sunmadığı döneme ilişkin karşı edim alacağını elde etmemeye katlanmalıdır.

### **3. Manevi İmkânsızlık Hallerinde Uygulanabilecek Hükümler**

#### **3.1. Geçici İmkânsızlık Hükümünün (BK m. 409) Değerlendirilmesi**

Borçlar Kanunu'nun 409. maddesi, işçinin uzun süreli hizmet ilişkisinde kusuru olmaksızın işgörme edimini kısa süreli olarak yerine getirememesi halinde ücret alacağından tamamen yoksun kalmasını engelleyen bir hükümdür. Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmelerine özgü Kanun'da yer verilmiş bu hükme benzer düzenlemeler karşılaştırmalı hukukta da yer almaktadır (bkz. § 616 BGB, Art. 324a OR).

Hükümde sayılan hastalık, askerlik gibi örneklerden de anlaşılacağı üzere, burada münhasıran işçinin şahsi etki alanından kaynaklanan ifa engellerinin sonuçları düzenlenmektedir<sup>118</sup>. Ancak madde her ne kadar işçinin kişiliğinden kaynaklanan

---

<sup>117</sup> 22 HD. T. 14.05.2013, E. 2013/7515, K. 2013/10949, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 15.03.2015.

<sup>118</sup> Objektif nitelik taşıyan ve aynı zamanda birden fazla işçinin işgörme edimini engelleyen sebeplerin (sel basması, çığ düşmesi gibi nedenler) bu hükmün kapsamında olmadığı kabul görmektedir, meğer ki objektif ifa engeli işçiyi özel olarak (heyelan sırasında işçinin yaralanması gibi) etkilesin. Böyle bir durumda özel olarak etkilenen işçi bakımından madde yeniden uygulama alanı bulacaktır, Rehbinden,

maddi ifa imkânsızlıklarının sonuçlarını düzenler görünmekteyse de, karşılaştırmalı hukuk öğretisinde isabetli bir şekilde ifade edildiği üzere, burada sayılan örneklerin yalnızca fiziksel imkânsızlık olarak anlaşılması ve basit beklenememe halinin de (bloße Unzumutbarkeit) bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>119</sup>. Nitekim Zürich İş Mahkemesi'nin önüne gelen uyuşmazlıkta<sup>120</sup>, işçinin ailesi ve kardeşlerinin durumunu öğrenebilmek için deprem felaketinin yaşandığı bölgeye gitmesinin bu madde kapsamında görülmesi, hükmün (Art. 324a OR) işçinin işgörmeye edimini manevi nedenlerle ifa edemediği hallerde de uygulanabileceğini göstermektedir<sup>121</sup>. Sonuç olarak, mehz İsviçre hukuku bakımından söz konusu maddenin işçinin işgörmeye edimini kendi etki alanından kaynaklanan ve *maddi nitelik taşımayan* haller bakımından da uygulama alanı bulacağına hem öğretide hem de yargı kararlarında benimsendiği söylenebilir. Esasında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki hüküm de kaleme alınışı itibarıyla, iş hukuku alanında gözlemlenen çağdaş gelişmelere uygun bir biçimde yorumlanmaya elverişlidir. Ancak uygulamamızda bu hükme sıklıkla müracaat edildiği söylenememekte olup, bunun bir nedeni, uygulamanın, m. 409 hükmünün İş Kanununa tabi işçiler için uygulanabilir nitelikte olmadığını savunan görüş çerçevesinde<sup>122</sup> şekillenmiş olması olabilir.

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinden Alman hukukunda ise, söz konusu maddenin (§ 616 BGB) yalnızca işçinin geçici ifa imkânsızlığında ücret alacağından mahrum kalmasını engellemeyi ötesinde bir fonksiyon taşımakta olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre; her ne kadar hükmün lafzına sıkı bir şekilde bağlı kalarak yorumlanması halinde, yalnızca işçinin karşı edimi (ücreti) bakımından bir düzenleme içerdiği gibi bir sonuca ulaşmak mümkün ise de, hükmün aslında örtülü olarak başka bir fonksiyon taşıdığı gözden kaçırılmamalıdır<sup>123</sup>.

---

Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324a, Kn. 11, s. 366; Streiff, von Kaenel, Rudolph, **Arbeitsvertrag**, Art. 324a/b, Kn. 6, s. 407.

<sup>119</sup> Claus-Wilhelm Canaris, "Grundrechte und Privatrecht", **AcP**, 184 (1984), s. 238; Preis, **Erfurter Komm.**, BGB § 616, Kn. 3; Streiff, von Kaenel, Rudolph, **Arbeitsvertrag**, Art. 324a/b, Kn. 6, s. 407.

<sup>120</sup> Karar metni için bkz. **SJZ** 77, 1981, s. 234-236.

<sup>121</sup> Rehbindler, Stöckli, **Berner Komm.**, Art. 324a, Kn. 11, s. 366-367.

<sup>122</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 518; Mollahmamutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 681.

<sup>123</sup> Hensler, **das Leistungsverweigerungsrecht**, s. 563; Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 378. Greiner'e göre, § 616 BGB hükmünde yalnızca ücret alacağının açıkça düzenlendiğinin kabul edilmesi ve edim

Hükmün birinci fonksiyonu, işçinin işgörme edimini sunmamasına rağmen karşı edim alacağıın devam edeceğine yönelik istisna oluşturması iken; ikinci (ve örtülü) fonksiyonu ise, işçiye edimini sunmaktan kaçınma hakkı tanınması, dolayısıyla işçiyi birincil edim yükümlülüğünden (işgörme edimi) kurtarmasıdır<sup>124</sup>. Ancak bu noktada Alman hukuk sisteminde Borçlar Hukuku Reformundan sonra<sup>125</sup> Medeni Kanun'a ekonomik nitelik taşımayan ifa engellerine ilişkin (§ 275 III BGB) yeni bir fıkra eklendiğinin ve bu değişikliğe istinaden bu görüşün yeni bir boyut kazandığının da belirtilmesi gerekir. Bu yeni düzenleme uyarınca, borçlunun edimini şahsen yerine getirmesi gerekiyorsa ve edimini sunmasının önündeki engel ile alacaklının bu edimden elde edeceği menfaatin kıyaslanması sonucunda borçludan edimini yerine getirmesinin *beklenilemeyeceği* hallerde borçluya işgörmekten kaçınma hakkı tanınmıştır. Bu yeni düzenlemeden sonra artık § 616 BGB hükmünün, edimin sunulmasından kaçınma hakkı tanıyan örtülü ikinci fonksiyonunu büyük ölçüde kaybettiği belirtilmektedir<sup>126</sup>.

Bilindiği üzere mevzuatımızda, borçluya belirli hallerde (edimini şahsen yerine getirmesi gerekmesine rağmen, edimini sunmasının önündeki engel ile alacaklının bu edimden elde edeceği menfaatin kıyaslanması sonucunda borçludan edimini yerine getirmesinin beklenememesi halinde) işgörmekten kaçınma hakkı tanıyan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, işçinin işgörme edimini kısa süreli olarak sunamaması halinde ücret alacağını düzenleyen hükmün (BK m. 409), kapsamının tespiti ve karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar da dikkate alınarak maddi nitelik taşımayan engeller bakımından uygulanabilirliğinin tartışılması önemlidir.

---

borcunun sona erip ermeyeceğinin belirlenmesinin dürüstlük kuralına bağlı bir yoruma bırakıldığının ileri sürülmesi tutarsızlık oluşturacaktır, bu bakımdan hükmün her iki sonucu da içerecek genişlikte yorumlanması gerekmektedir, Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 149, 378.

<sup>124</sup> Richardi, **Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis**, s. 1007; Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 49. Aynı yönde, Hennsler, **das Leistungsverweigerungsrecht**, 563. Yazar bu görüşünü gerekçelendirirken “çok azı kapsar (*argumentum a maiore ad minus*)” mantık kuralından hareket etmektedir.

<sup>125</sup> Bkz. 29.11.2001 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Resmi Gazetesi (**BGBI. I S. 3138**), (Çevirimiçi) <https://dejure.org/BGBI/2001/BGBI. I S. 3138>, 29.05.2018.

<sup>126</sup> Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 379. Bununla birlikte, § 275 III BGB kapsamında değerlendirilemeyecek bir durum söz konusu olduğunda, § 616 BGB hükmünün hem çalışmaktan kaçınma hakkı tanıyan hem de ücrete hak kazandıran şekilde çift fonksiyon taşımaya devam edeceği görüşünde bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 379.



Nitekim Borçlar Kanunu'nda işçinin kusuru olmaksızın işgörme edimini kısa süreli olarak yerine getiremediği hallerde ücret alacağından tamamen mahrum kalmasını önleyen BK m. 409 hükmü, karşılaştırmalı hukukta bu maddeye karşılık gelen hükümlere (§ 616 BGB, Art. 324a OR) denk bir koruma sağlamaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu m. 409'un sağladığı korumadan yararlanmak için bazı şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Öncelikle işçi, işverenin işyerinde uzun süreden beri çalışıyor olmalıdır. Öte yandan işçi işgörme edimini sunmasını engelleyen duruma kusuru ile yol açmamış olmalıdır<sup>127</sup>. Maddede aranan bir diğer koşul ise, işgörme edimini ifa edememesinin işçinin iş gördüğü süreye oranla kısa sürmüş olmasıdır. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde işveren, başka bir yolla karşılanmamış ise o süre boyunca işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.

Peki, hukuk düzenimiz bakımından işçinin kişiliğinden kaynaklanan manevi bir engel söz konusu olduğunda, işçi BK m. 409'da sağlanan korumadan yararlanabilecek midir? Dikkat çekelim ki, tıpkı karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, bu maddede verilen örnekler de sınırlı sayı prensibi ile sayılmamıştır. Alman hukuku öğretisinde BK m. 409'a denk gelen hüküm olan § 616 BGB hükmünün geniş bir uygulama alanına sahip olduğu genel olarak kabul görmekte, ancak konuya farklı cephelerden yaklaşılmaktadır<sup>128</sup>. Örneğin bir görüşe göre, § 616 BGB hükmü işçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenleri de kapsadığından, vicdani gerekçelerle işgörme edimini sunmaktan kaçınmak da bu kapsamda görülmeli<sup>129</sup> ve

---

<sup>127</sup> İşçinin kusurunun hafif olduğu hallerde yine de bu hükmün kapsamından yararlanabilmesi gerektiği yönünde bkz. Streiff, von Kaenel, Rudolph, **Arbeitsvertrag**, Art 324a/b OR, Kn. 29, s. 460. Örneğin işçi ilgilendiği ekstrem sporu yaparken bir kaza geçirmişse, bu durumda da –işverence işçinin ağır bir kusuru ispat edilemedikçe- kusursuz olduğu kabul edilmelidir, bkz. Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 129; Geiser, Müller, **Arbeitsrecht**, s. 163-164, Kn. 432. Buna karşılık işçinin spor yaparken gerekli kurallara, önlemlere uygun davranmaması halinde (öngörülen ipi yahut kaskı kullanmaması gibi) ağır ihmalden söz edilmesi gerekeceği yönünde, bkz. Streiff, von Kaenel, Rudolph, **Arbeitsvertrag**, Art 324a/b OR, Kn. 29, s. 461; Vischer, **Der Arbeitsvertrag**, s. 129. Benzer şekilde, işçinin intihar girişiminde bulunması durumunda da, psikolojik bir rahatsızlığının söz konusu olması nedeniyle işçinin bir kusurundan söz edilmemesi gerekir, Geiser, Müller, **Arbeitsrecht**, Kn. 433, s. 163.

<sup>128</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hennsler, **Münchener Komm.**, § 616 BGB, Kn. 49, s. 1457

<sup>129</sup> Sudabeh Kamanabrou, “Der Entgeltanspruch bei gewissensbedingter Arbeitsverweigerung”, **Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gädechtnisschrift für Ulrich Zachert**, Baden Baden, Nomos, 2010, s. 406-407.

böyle bir durumda işverenin işçiye başka bir iş imkânı verme bulunmadığında da işçinin ücret alacağı bu korunmalıdır<sup>130</sup>. Ancak bu korumadan yararlanabilmek için, engelin uzun süreli olmaması ve bu engelin ortaya çıkmasında işçiye bir kusur isnat edilememesi gerekmektedir<sup>131</sup>. Benzer şekilde, işçinin ücret alacağının § 616 BGB kapsamında korunabilmesi için, vicdani uyuşmazlığın ortaya çıkabileceğinin öngörülebilir olup olmadığının göz önüne alınması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>132</sup>. Diğer görüşteki yazarlara göre ise, anayasal güvence altına alınmış olan vicdan özgürlüğü, münhasıran işçinin vicdani tasavvuru ile çatışan bir işgörmeye ediminden kaçınabilmesine imkân tanımakta olup, işçinin subjektif vicdani kararından kaynaklanan ekonomik sonuçların sözleşmenin karşı tarafına yüklenmesini gerektirmemektedir<sup>133</sup>. Ekleyelim ki, İsviçre öğretisinde de işçinin kural olarak öngörülebilir olan vicdan uyuşmazlığından kaçınma yükümlülüğü bulunduğu<sup>134</sup> ve Art. 324a OR hükmünün işçinin vicdani sebeplerle işgörmeyi reddetmesi halini de kapsadığını savunan görüş bulunmaktadır<sup>135</sup>.

Konuya iş hukuku uygulamamız çerçevesinden bakılacak olursa, BK m. 409 hükmü, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, işçinin kişiliğinden kaynaklanan *maddi* ifa imkânsızlıklarında dahi yaygınlıkla başvurulmuş bir hüküm değildir. İş Kanunu'nda bazı maddi ifa imkânsızlıklarının özel olarak düzenlenmiş olması, öğretilerde bu maddenin İş Kanunu'na tabi işçilere uygulanmayacağı şeklinde bir yaklaşımın benimsenmesine yol açmıştır<sup>136</sup>. Görüşümüze göre bu hükmün, İş Kanunu'nda düzenlenmeyen maddi ifa imkânsızlıkları bakımından İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulanmasına bir engel bulunmadığı gibi, manevi beklenilmezlik

<sup>130</sup> Kamanabrou, **Der Entgeltanspruch**, s. 411.

<sup>131</sup> Kamanabrou, **Der Entgeltanspruch**, s. 411.

<sup>132</sup> Otto, **Personale Freiheit**, s. 129.

<sup>133</sup> Belling, **Erman BGB**, § 616, Kn. 28, s. 2576; Henssler, **Münchener Komm.**, § 616 BGB, Kn. 49, s. 1457.

<sup>134</sup> Yazar göre, bu türden bir işten kaçınmanın iş ilişkisi üzerindeki etkisi ve bundan doğacak sonuçların belirlenmesinde, işçinin o işyerindeki her türlü işi yapmaktan uzun bir süreliğine mi, yoksa belirli bir iş yapmaktan kısa bir süreliğine mi kaçındığı da önemli bir farklılık teşkil etmektedir, bkz. Gremper, **Arbeitsrechtliche Aspekte**, s. 142.

<sup>135</sup> Gremper, **Arbeitsrechtliche Aspekte**, s. 143.

<sup>136</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 518; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **İş Hukuku**, s. 681.

hallerinde de uygulama alanı bulması kural olarak mümkündür. Ancak çalışmamızda da yer verdiğimiz üzere, manevi beklenilmezliğe ilişkin olay grupları çok büyük bir çeşitlilik arz etmektedir. Bu nedenle manevi beklenilemezliğe yol açan somut olayın özelliklerinin gözetilmesi ve işçi ile işveren arasındaki hassas menfaat dengesinin korunabilmesi için toptan bir yanıt vermekten kaçınılması isabetli olacaktır. Nitekim işgörme ediminin vicdani sebeplerle yerine getirilmemesine ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuk öğretisinde savunulan bir görüş; işverenin yerine getirilmesini talep ettiği işgörme edimine hukuk düzenince izin verilmiş olduğundan hareket ederek, işçinin münhasıran en yüksek kişilik alanına ilişkin olan bir sebebe istinaden edimini yerine getirmemesinin ekonomik sonuçlarının işverene yükletilmesinin adil olmayacağına altını çizmektedir<sup>137</sup>. Bu görüşte haklılık payı bulunduğunu inkâr etmemekle birlikte, manevi uyuşmazlığın ortaya çıkacağına işçi bakımından kesinlikle öngörülemez olduğu; işveren bakımından ise işçinin işgörme edimini sunması halinde bir çatışma haline sürüklenebileceğinin kolayca öngörülebilen olduğu bir somut olay kurgusunda, BK m. 409 hükmünün uygulanabilir olduğu kanaatini taşımaktayız. Sonuç olarak hukukumuz bakımından da söz konusu hükmün, manevi beklenilmezlik halinde işçinin kısa süreli olarak işgörme edimini sunmamasını haklı kılan bir zemin oluşturabileceği gibi, gerekli hallerde hakkaniyete uygun bir düzeyde ücret alacağından da mahrum kalmamasını sağlayan bir dayanak noktası oluşturabileceği kanaatini taşımaktayız.

### **3.2. Dürüstlük Kuralı'nın (MK m. 2/I) Değerlendirilmesi**

Dürüstlük kuralının hukukumuzdaki pozitif dayanağı Medeni Kanun'un ikinci maddesinin birinci fıkrasıdır. Kanun'da dürüstlük kuralının bir tanımının yapılmamış olması, zamanın yol açtığı anlayış farklılıklarına uygun olarak bu kavramın da değişebilmesine imkân sağlamaktadır<sup>138</sup>. Alacaklının borçlusundan neyi talep edebileceğinin ve borçlunun alacaklısına neyi ifa edeceğinin belirlenmesinde

<sup>137</sup> Hennisler, **Münchener Komm.**, § 616 BGB, Kn. 49, s. 1457.

<sup>138</sup> Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku**, C.1, 12. Baskı, İstanbul, Filiz, 2017, Kn. 1221, s. 242.

rol oynayan<sup>139</sup> dürüstlük kuralının tanımı, öğreti ve mahkeme kararlarına bırakılmıştır<sup>140</sup>.

Herkesin, dolayısıyla işçi ve işverenin de, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu açıktır. Dürüstlük kuralının tanımı iş hukuku mevzuatında da isabetli olarak yapılmamıştır. Yalnızca, Borçlar Kanunu'nun 399. maddesinde, işçinin işverenin yaptığı genel düzenleme ve özel talimatlara *dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde* uymak zorunda olduğu belirtilmiştir<sup>141</sup>. Ancak anılan maddede, işverenin yönetim yetkisini kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiğine açıkça yer verilmemiştir. Şüphesiz bu durum işverenin yönetim yetkisini kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Nitekim işverenin yönetim yetkisini dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması gereği, Medeni Kanun'un ikinci maddesinden doğmaktadır<sup>142</sup>. Ayrıca öğretide, dürüstlük kuralının işverenin yönetim yetkisi üzerinde daha kapsamlı olduğuna da dikkat çekilmektedir, zira işveren iş sözleşmesinin ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafıdır<sup>143</sup>.

İşçinin işgörme edimini manevi sebeplere dayalı olarak sunmamasından doğan uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararları incelendiğinde de, konuya dürüstlük kuralı perspektifinden yaklaşıldığı görülmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda mahkeme, uyuşmazlığın çözümünde işverenin yönetim yetkisini iyi niyet kurallarına uygun

<sup>139</sup> Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006, s. 6. Sözleşmelerin kuruluşları, içeriklerinin belirlenmesi, hükümleri ve sona ermesinde dürüstlük kuralının farklı roller üstlendiği yönünde, bkz. Dural, Sarı, **Türk Özel Hukuku**, Kn. 1231, s. 246.

<sup>140</sup> Dural, Sarı, **Türk Özel Hukuku**, Kn. 1221, s. 242.

<sup>141</sup> Bu yönde bkz. 9. HD. T. 24.10.2017, E. 2016/26560, K. 2017/16565 ve T. 9.10.2017, E. 2016/24758, K. 2017/15219 sayılı kararları: "...İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir...Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, işgörme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir..." , (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 26.12.2017.

<sup>142</sup> Bu yönde bkz. 9. HD., T. 14.07.2008, E. 2007/42697, K. 2008/20143, **Çalışma ve Toplum**, S. 21, 2009, s. 143-148.

<sup>143</sup> Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", **Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul, Beta C. 20, S. 1, 2014, s. 41.

şekilde kullanıp kullanmadığını araştırmaktadır<sup>144</sup>. Esasında borçlar hukuku öğretisinde, edimin ifasının borçlunun manevi dünyasında derin ve olumsuz etkiler ortaya çıkardığı hallerde edimin yerine getirilmesini talep etmenin, dürüstlük kurallarına aykırılık sonucunu doğurduğu öteden beri kabul edilmektedir<sup>145</sup>. Bu durumun tipik bir örneği olarak çocuğu ölüm döşeğinde bulunan bir sanatçıdan konser vermesinin istenmesi gösterilmektedir<sup>146</sup>.

Alman hukuku bakımından da borçlar hukuku reformundan önce, manevi beklenilmezlik ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde dürüstlük kuralının düzenlendiği § 242 BGB hükmünden yararlanılmış ve bu tercih öğretisi tarafından da isabetli bulunmuştur<sup>147</sup>. Ancak dürüstlük kuralına başvurulması ihtiyacı borçlar hukuku reformu ile ortadan kalkmış olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Zira Borçlar Hukuku'nun Modernleştirilmesi Kanunu Taslağı'nın gerekçesinde; inanç ve din özgürlüğünden kaynaklanan uyuşmazlıklarının çözümü için, işlem temelinin çökmesi teorisine ilişkin hükme (§ 313 BGB) veya dürüstlük kuralına ilişkin hükme (§ 242 BGB) başvurulması gerektiği belirtilmiştir<sup>148</sup>.

### 3.3. Aşırı İfa Güçlüğü Hükümünün (BK m. 138) Değerlendirilmesi

Sözleşme kurulduktan sonra, taraflarından birinin, herhangi borç ihlali olmaksızın sözleşme kurulduğu sırada öngörülemeyen durumlar nedeniyle

---

<sup>144</sup> "...Yıllık ücretli izin yönetmeliğinde de belirtildiği üzere yıllık izin kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. İşverenin bu hakkının iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği açıktır. Bir başka anlatımla, işçinin anayasal temeli olan dinlenme hakkının, işyerinin gereklerine uygun biçimde ve mümkün olduğunca işçinin talebi çerçevesinde kullandırılması gerekir. İşverenin bu noktada yönetim hakkını kötüye kullanmasının yasalar karşısında korunmayacağı kabul edilmelidir..." Bkz. 9. HD., T. 20.06.2006, E. 2006/15954, K. 2006/17843, **Çalışma ve Toplum**, S. 11, 2006/4, s. 194-195.

<sup>145</sup> Tekinay, v.d., **Borçlar Genel**, s. 907; Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 98.

<sup>146</sup> Altunkaya, **Başlangıçtaki İmkânsızlık**, s. 98.

<sup>147</sup> Hennsler, **das Leistungsverweigerungsrecht**, 545; Greiner, **Unzumutbarkeit**, 376

<sup>148</sup> Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu Taslağı Gerekçesi, BT-Drs. 14 (2001) 6040, s. 130, (Çevrimiçi) <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>, 18.02.2016. Öğretide, borçlar hukuku reformu ile artık manevi beklenilmezliğin unsurlarını düzenleyen § 275 III BGB bendine Kanun'da yer verildikten sonra, kanun gerekçesinde bu tür bir ihtilafa düşülmesi durumunda vicdani nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda sorunun çözümünün (reform öncesi dönemde olduğu gibi) dürüstlük ilkesine bırakılması öğretilen görüş için bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 377.

sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmesinin çok güçleşmesi mümkündür<sup>149</sup>. Öğretide, böyle bir gelişmenin söz konusu olması halinde, mevcut içerik ile sözleşmeye devam edilmesinin çekilmez hale gelmesi ve özellikle karşılıklı edimler arasındaki dengenin büyük ölçüde bozulması durumunda, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması veya sona erdirilmesinin esasında bütün sürekli borç ilişkileri bakımından bir ihtiyaç olduğuna dikkat çekilmektedir<sup>150</sup>.

Sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen durumların ortaya çıkmasının sözleşme üzerindeki etkisi ilk defa 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 138. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulma aşamasında taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması ve kendisinden borcun ifasının istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşmesi halinde, belirli şartların da varlığı aranarak, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilecek, bu olmadığı takdirde ise sözleşmeden dönebilecektir. Borçlu, sürekli edimli sözleşmelerde kural olarak dönme hakkı yerine fesih hakkını kullanacaktır. Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu kavram ahde vefa ilkesinin istisnalarından bir olarak kabul edilen işlem temelinin çökmesine ilişkindir. Ancak aşırı ifa güçlüğü, işlem temelinin çökmesi teorisinin ayaklarından yalnızca birini oluşturmaktadır<sup>151</sup>.

Subjektif imkânsızlığa yol açan olayda olduğu gibi, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ihtiyacını doğuran olayda da; önceden öngörülemeyen ve iki tarafa da isnat edilemeyen bir gelişme söz konusudur ve bu özellikleri taşımaları her iki durum arasındaki benzerliği ortaya koymaktadır<sup>152</sup>. Değinilen benzerlik nedeniyle, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik ve taraflara isnat edilemeyen gelişmenin subjektif bir imkânsızlık mı yoksa işlem temelinin

---

<sup>149</sup> Dural, Sarı, **Türk Özel Hukuku**, Kn. 1243, s. 251-252.

<sup>150</sup> Dural, Sarı, **Türk Özel Hukuku**, Kn. 1245, s. 252.

<sup>151</sup> Serozan, **İfa Engelleri**, § 20, Kn. 12, s. 277. İşlem temelinin çökmesi teorisinin kapsamında kabul edilen diğer haller; “karşılıklı sözleşmede edimler arası dengenin bozulması” ile “alacaklının sözleşmeyle izlediği amacın boşa çıkması”dır. Bu teoriye ilişkin detaylı bilgi için bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 13, s. 264 v.d.

<sup>152</sup> Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, s. 175.

çökmesi mi olduğuna yönelik bir sınırı çizmek pek kolay olmayabilir<sup>153</sup>. Öte yandan, bilindiği üzere, bir edimin imkânsız hale gelmesi durumunda uyarılama istemi söz konusu olamaz ve bu bakımdan imkânsızlık ile aşırı ifa güçlüğü hallerine farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır<sup>154</sup>.

Bu anlamda, subjektif imkânsızlık hali ile benzerlikler taşıyan ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ilk defa yer verilen aşırı ifa güçlüğü düzenlemesinin, işçinin işgörme borcunun manevi sebeplere dayanarak yerine getirmekten kaçındığı haller bakımından uygulanmaya elverişli bir hüküm olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu da gündeme gelebilir. Borçlu (işçi), kendisinden kaynaklanmayan ve iş sözleşmenin yapıldığı sırada kendisi veya işvereni tarafından öngörülme, öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum nedeniyle işgörme ediminin ifası dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde aleyhine değişmişse hâkimden iş sözleşmesinin uyarlanmasını isteyebilecek ya da iş sözleşmesini feshedebilecek midir?

Aşırı ifa güçlüğü kenar başlıklı maddede, ifayı güçleştiren olağanüstü durumun, taraflarca *öngörülmemesi ve öngörülmesinin de beklenmemesi* gerektiği belirtilmektedir. İşgörme ediminin manevi nedenlerle yerine getirilemediği haller bakımından bu koşulun büyük oranda sağlanabilmesi mümkündür. Bazı hallerde, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan olgular, daha sonra işçiden edimin ifasını beklemenin dürüstlük kurallarına aykırı düşeceği şekilde değişebilir. Ancak söz konusu 138. maddede aynı zamanda olağanüstü durumun *borçludan kaynaklanmayan* bir sebeple ortaya çıkması şartı aranmaktadır. İşte bu son şartın, işgörme ediminin ifasının manevi sebeplerle yerine getirilemediği örneklerle bağdaşması mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar ortaya çıkan engel nedeniyle

---

<sup>153</sup> Baysal, **Sözleşmenin Uyarlanması**, s. 175.

<sup>154</sup> Nitekim hükmün gerekçesinde de aşırı ifa güçlüğü kavramının imkânsızlıktan farklı bir kavram olduğu belirtilmektedir: “*İmkânsızlık kavramından farklı olan aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarılama isteminin temeli, Türk Medenî Kanununun ikinci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarıdır.*”, (Çevrimiçi) <http://www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>, 01.01.2018. Karşılaştırmalı hukuk öğretisinde de imkânsızlık (§ 275 BGB) ve işlem temelinin çökmesi (§ 313 BGB) hükümlerinde öngörülen hukuki sonuçların birbirinden oldukça farklı olması nedeniyle her iki hükmün uygulama alanı arasındaki sınırın çizilmesinin önemine dikkat çekilmiştir, bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 373.

işçiye herhangi bir kusur isnat edilemeyecekse de, işgörme ediminin ifasına engel olan olağanüstü gelişmenin, münhasıran borçludan kaynaklandığı şüphesizdir. Esasında, Alman hukuku öğretisinde de dikkat çekilmiş olduğu gibi, işlem temelinin çökmesi teorisinin, maddi ve ekonomik zorluklar (*materiell-wirtschaftliche Unzumutbarkeit*) için üretilmiş bir teori olduğu da<sup>155</sup> gözden kaçırılmamalıdır. Gerçi, Alman borçlar hukukunda reform gerçekleştiren kanunun gerekçesinde, işlem temelinin çökmesine ilişkin maddenin (§ 313 BGB) işgörme ediminin dini ve vicdani nedenlerle yerine getirilmediği hallerde uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir<sup>156,157</sup>. Ancak eklemek gerekir ki, anılan maddede (§ 313 BGB), ortaya çıkan olağanüstü durumun *borçludan kaynaklanmaması* gibi bir şarta yer verilmemektedir.

### 3.4. Görüşümüz

Çalışmamızda da pek çok defa vurgulandığı üzere, iş sözleşmelerinin ayırt edici unsuru bağımlılık unsurudur. Bu unsurun, *kişisel / hukuki* bağımlılık niteliğinde olduğunun yargı içtihatlarında da yerleşik hale geldiği görülmektedir<sup>158</sup>. İşgörme ediminin işçinin kişiliğine bağlı olması nedeniyle, bu edimin cebri icra yolu ile yerine getirilmesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır<sup>159</sup>. Bu özelliği ona, diğer işgörme sözleşmelerinden farklı bir otorite / bağımlılık ilişkisi kazandırmaktadır<sup>160</sup>. İş ilişkisinin bu özelliğinin bir diğer sonucu da, işgörme ediminin yerine getirilmesinin işçiden beklenemeyeceği bazı hallerin iş sözleşmesi üzerindeki etkisinin Kanun koyucu tarafından özel olarak gözetilmesidir ki, bu durumun en belirgin örneklerinden biri ailesel nedenlerle işgörme ediminin yerine getirilememesine ilişkin hükümde karşımıza çıkmaktadır (bkz. İş K Ek m. 2). Ancak

<sup>155</sup> Hennsler, **das Leistungsverweigerungsrecht**, s. 545; Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 373.

<sup>156</sup> Söz konusu kanunun gerekçesi için bkz. BT-Drs. 14 (2001) 6040, (Çevrimiçi) <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406040.pdf>, 18.02.2016.

<sup>157</sup> Madde gerekçesinde yer verilen bu açıklamaya eleştirel bir yaklaşım için bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 377. Yazara göre, Kanun koyucu tarafından sorunun çözümü için § 313 BGB hükmünün yanı sıra diğer bir hüküm olarak dürüstlük kuralının düzenlendiği § 242 BGB hükmünün işaret edilmesi de isabetsizdir, bkz. **Unzumutbarkeit**, s. 377.

<sup>158</sup> 7. HD., T. 24.02.2016, E. 2015/5576, K.. 2016/4156, **Çalışma ve Toplum**, S. 52, 2017/1, s. 238-241; 9. HD. T. 18.10.2016, E. 2016/18122, K. 2016/18067, **Çalışma ve Toplum**, S. 54, 2017/3, s. 1617-1619.

<sup>159</sup> Ertürk, **Temel Haklar**, s. 142.

<sup>160</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 250.



işgörme ediminin manevi sebeplerle yerine getirilemediği haller, -yukarıda da olay grupları halinde sunulmaya çalışıldığı üzere- çok çeşitlidir. Nitekim başta işgörme ediminin dini sebeplerle yerine getirilememesine ilişkin olmak üzere, maddi nitelik taşımayan engeller nedeniyle borcun yerine getirilememesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların giderek artan bir biçimde yargı önüne geldiği gözlemlenmektedir<sup>161</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçinin işgörme edimini yerine getirmesinin kendisinden *beklenilemeyeceği* iddiasını taşıyan bir kısım engeller, işçinin anayasal güvence altına alınan özgürlükleri ile de yakından bağlantılıdır. Durumun bu özelliği, anayasal normun özel hukuk düzeyinde ortaya çıkan ilişkilere etkisi meselesinin de gözetilmesini gerektirmektedir<sup>162</sup>. Gerçekten özel hukuk alanının, Anayasadan bağımsız ve özerk bir alan olarak düşünülmemesi gerektiği açıksa da<sup>163</sup>, temel hakların yatay etkisinin bulunup bulunmadığı hususu tartışmalı bir konudur<sup>164</sup>. Öğretimizde 1961 Anayasası ile tartışılmaya başlanan<sup>165</sup> temel hakların yatay etkisi sorunu üzerine genel olarak üç teori oluşturulmuş olup, bunlar; doğrudan yatay etki, dolaylı yatay etki ve koruma yükümlüğü teorileridir<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> 9. HD. T. 20.06.2006, E. 2006/15954, K. 2006/17843, **Çalışma ve Toplum**, S. 11, 2006/4, s. 194-195; 9. HD. T. 12.02.2014, E. 2014/664, K. 2014/4313, **Çalışma ve Toplum**, S. 45, 2015/2, s. 328-330.

<sup>162</sup> Anayasal normun yatay ilişkilere uygulanması, “Anayasanın üçüncü kişilere etkisi” veya “Anayasanın özel hukuka etkisi” kavramları ile de ifade edilmektedir, bkz. Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yayınları, 1978, s. 249; Ertürk, **Temel Haklar**, s. 34. Anayasal temel hak ve ilkelerin yatay etkisinin en önemli uygulama alanının “kamu düzenine ve ahlaka aykırılık butlanı” olduğu yönünde, Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007, s. 204.

<sup>163</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 9. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 417. Yazara göre, temel hak ve hürriyetlerin özel kişileri etkileme imkânı varsa da; bu soruna toplu bir şekilde cevap vermek yerine, her temel hak ve hürriyet için, o temel hak ve hürriyeti düzenleyen anayasa ve kanun hükümleri dikkate alınarak cevap aramak isabetli olacaktır. Bu inceleme sonucunda bir temel hakkın özel kişileri etkileyeceği sonucuna ulaşıyorsa bu temel hakkın özel hukuk ilişkilerinde de ileri sürülmesi mümkündür, bkz. **Anayasa Hukuku**, s. 417.

<sup>164</sup> Gözler, **Anayasa Hukuku**, s. 417; Detlev W. Belling, Nurten İnce, “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 137, 2014, S. 137, s. 3.

<sup>165</sup> Hüseyin Özcan, “Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 182; Belling, İnce, **Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, s. 37.

<sup>166</sup> Bu teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk, **Temel Haklar**, s. 34-47; Belling, İnce, **Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, s. 6-12.

İş hukuku öğretimizde bu konuda baskın bir görüş bulunduğundan söylemek yerinde olmayacaktır. Anayasanın iş ilişkilerine etkisi konusu bugüne kadar tek tük incelenmiş bir konudur<sup>167</sup>. Öğretide *Soyer* Anayasanın özel hukuk ilişkilerinde etkili olabileceğini kabul etmekte, ancak bu etkinin doğrudan doğruya etki olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir, zira Anayasa kuralları incelendiğinde, özel hukuk sülhelerinin değil, devletin muhatap alındığı anlaşılmaktadır<sup>168</sup>. Yazara göre, doğrudan veya dolaylı etki teorileri tatminkâr gerekçe sağlamamakta olup, tutarlı bir sonuca ulaşabilmek için Anayasa hükümlerinin koruma normları olma işlevlerinin olduğu kabul edilmelidir<sup>169</sup>. *Ulucan* ise, Anayasanın kişileri de bağlayacağına yönelik maddeden hareketle (bkz. 1961 Anayasası m. 8, 1982 Anayasası m. 11), özel hukuk kişilerini de bağlayan doğrudan normatif etkinin bulunduğunu savunmaktadır, ancak Anayasa hükümlerinin hepsi aynı nitelikte olmadığından her bir Anayasa hükmünün niteliği göz önüne tutularak doğrudan doğruya etkisinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir<sup>170</sup>. *Ertürk* ise iş hukuku alanında iş sözleşmesi taraflarının sosyal ve ekonomik eşitsizliklerinden hareket ederek temel hakların uygulanabileceği bir alana ihtiyaç duyulduğuna dikkat çekmektedir<sup>171</sup>. Yazara göre, Anayasal normun yatay etkisinin dolaylı uygulanması; yasama faaliyetinde bulunulmasında, özel hukuk kuralı Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanmasında, Anayasa'ya aykırı özel hukuk kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinde ve özel hukuk alanındaki boşlukların Anayasa'ya uygun şekilde doldurulmasında kendini göstermektedir<sup>172</sup>. Yine *Tanör* de, Anayasanın yatay ilişkiler üzerindeki etkisinin, işçinin işverene karşı

---

<sup>167</sup> Genel olarak öğretimizde bu sorunun hiçbir zaman Alman hukukunda olduğu boyutta bir ilgi görmediğine ilişkin tespit için bkz. Özcan, **Drittwirkung der Grundrechte**, s. 187.

<sup>168</sup> Yazarın doğrudan doğruya etki görüşüne karşı çıkan gerekçeleri için bkz. Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, 1987, s. 171-174. Aynı görüşte bkz. Öktem Songu, **İfade Özgürlüğü**, s. 622.

<sup>169</sup> Soyer, **Genel İş Koşulları**, s. 175.

<sup>170</sup> Devrim Ulucan, **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği**, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1981, s. 57-58.

<sup>171</sup> Ertürk, **Temel Haklar**, s. 40.

<sup>172</sup> Ertürk, **Temel Haklar**, s. 42.

korunması ile ilgili yasal çözümlere yol göstererek onları Anayasa ile tutarlı bir hale getirdiğini ifade etmiştir<sup>173</sup>.

Anayasal normun yatay ilişkiler üzerinde nasıl bir etki doğurduğuna ilişkin verilecek cevap, iş ilişkisi bakımından işgörme borcunun yerine getirilmesinin *beklenilemez* olduğu iddiası söz konusu olduğunda, önem taşıyacaktır. Bir temel hakkın ileri sürülmesi suretiyle işgörme ediminin yerine getirilmemesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar giderek artan bir biçimde yargı önüne gelmektedir. Bu anlamda örneğin, işçinin iş sözleşmesinde üstlendiği edimin dini inancı ile bağdaşmadığını iddia etmesi gibi durumlardan kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, işçinin din ve vicdan özgürlüğü ile işverenin işin görülmesine yönelik haklı çıkarı arasında bir denge kurulması gerekliyse de<sup>174</sup>, bu dengenin kurulması hiç de kolay bir uğraş değildir. *Ertürk*'e göre, bir işyerinde belirli bir işi kimin yapacağını belirlenmesi işverenin yönetim yetkisi kapsamında olup, bu yetki makul ölçülerle sınırlandırılmıştır ve Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğü bu sınırlama bakımından dikkate alınması gereken makul ölçülerden biridir<sup>175</sup>. Nitekim yüksek yargı kararları incelendiğinde de, bu tür uyuşmazlıkların genel olarak işverenin yönetim hakkı ve bu hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı ekseninde ele alındığı görülmektedir<sup>176</sup>. İşveren, Medeni Kanun m. 2 uyarınca yönetim hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uygun davranmakla yükümlü olduğundan, işgörme ediminin manevi sebeplerle yerine getirilmemesinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde dürüstlük kuralına başvurulması kanımızca da isabetlidir. Ancak bu uyuşmazlığın dürüstlük kuralına uygun çözümünde adil bir dengenin kurulmasının pek basit bir uğraş bir olmadığı da ifade edilmelidir. Örneğin işçinin işgörme edimini yerine getirdiğinde içine düşeceği iç çatışma halini öngörmesinin mümkün olmadığı durumlarda<sup>177</sup>, işçinin kusurundan söz etmek

<sup>173</sup> Tanör, **Sosyal Haklar**, s. 259-260.

<sup>174</sup> Ertürk, **Temel Haklar**, s. 137-138.

<sup>175</sup> Ertürk, **Temel Haklar**, s. 138.

<sup>176</sup> Bu şekilde örneğin bkz. 9. HD. T. 20.06.2006, E. 2006/15954, K. 2006/17843, **Çalışma ve Toplum**, S. 11, 2006/4, s. 194-195.

<sup>177</sup> Ekleyelim ki, öğretilerde, uyuşmazlığın öngörülebilir olup olmadığı önemli bir ölçüt teşkil ettiği kabul edilmekte ise de, öngörülebilir olan her tür vicdani uyuşmazlığın işin görülmesinden kaçınılmasına engel olacağını varsaymanın da aşırıya kaçan bir yaklaşım olacağı ifade edilmektedir,

mümkün olmayacağı gibi, işverenin işin görülmesine yönelik haklı menfaati de şüphesiz yok sayılamaz. Öğretide, inanç özgürlüğünün işverenin işgörme edimini yerine getirilmemesine katlanmasını gerektirecek kadar geniş kapsamlı yorumlanamayacağından hareketle, işverenin o işi bir başka işçiye gördürmesi gibi bir olasılık da bulunmadığında, artık feshin gündeme geleceği ifade edilmektedir<sup>178</sup>. Bu feshin haklı nedene dayanıp dayanmayacağı hususunun ise ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere İş Kanunu'nda işçinin devamsızlığının belirli sürelerle ulaşması, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme imkânı tanımaktadır. İş K m. 25/II (g)'de aranan sözleşmeyi fesih şartları, işçinin bu devamsızlığı için işverenden izin alınmamış olması ya da devamsızlığının haklı nedene dayanmaması şartlarıdır. Manevi beklenilmezlik halleri de devamsızlık bakımından bir haklı sebep teşkil edebilir ve somut olay bakımından işgörme ediminin ifa edilmemesine yol açan manevi karakterli engelin devamsızlığı haklı kılması durumunda işçinin haklı nedenle feshe karşı korunduğu sonucuna varılabilir. Nitekim Yüksek Mahkeme, işçinin *aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı* gibi durumların işverene haklı nedenle fesih imkânı vermediği görüşündedir<sup>179</sup>. Ancak elbette devamsızlığın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı nihai olarak somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilebilecek bir durumdur. Bu bakımdan, karşılaştırmalı hukukta manevi beklenilmezlikler için başvuru ölçütlerinden de yararlanılabilir. Örneğin gördüğü iş nedeniyle vicdani bir çatışma yaşadığını ileri süren ve işgörme edimini sunmaktan kaçınan işçinin, bu iç çatışma halini sözleşme kurulurken öngörüp öngöremeyeceği ya da işverence işçiye kısa süreli başka bir iş verilmesinin mümkün olup olmadığı dikkate alınarak, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle feshinin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı değerlendirilebilir. Sonuç

---

bu yönde bkz. Theo Mayer Maly, "Das Gewissen und Das Arbeitsrecht", **Festschrift für Gerhard Müller**, Duncker & Humblot, 1981, s. 331.

<sup>178</sup> Ertürk, **Temel Haklar**, s. 139.

<sup>179</sup> "...İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır. İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işdevamsızlığı haklı kılan nedenlerdir...", bkz. 9. HD., T. 22.02.2016, E. 2014/30472, K. 2016/3413, **Çalışma ve Toplum**, S. 52, 2017/1, s. 311315.

olarak burada yol gösterici olan somut olayın özellikleri olacaktır. Diğer yandan, yine İş Kanunu'nun 25. maddesinin III. bendinde yer verilen “zorlayıcı sebepler” de işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan haller arasında sayılmakta olup, burada işçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan engelin niteliğine (maddi ya da manevi karakterli oluşuna) ilişkin bir ayırım yapılmamış, yalnızca bir haftalık bekleme süresi getirilmiştir. Bu durumda işçinin dayandığı devamsızlığı kılan haklı nedenin bir haftalık bekleme süresini aşması halinde, iş sözleşmesinin m. 25/III kapsamında haklı nedenle feshedilip edilemeyeceği sorusu da gündeme gelebilir. Bize göre, İş Kanunu m. 25/III'ün uygulama alanı *zorlayıcı nedenlere* hasredilmiş olduğundan, işçinin içerisinde bulunduğu subjektif beklenilmezlik hallerinde bu bende dayanarak sözleşme haklı nedenle feshedilemez. Nitekim yargı kararlarının da bu bendin kapsamını objektif nitelik taşıyan sel, kar, deprem gibi doğal olayları ile çizdiği görülmektedir<sup>180</sup>.

İşçinin işgörme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenilemez olduğunu ileri sürmesinin işverene kural olarak haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği, burada somut olayın şartlarının belirleyici olduğu tespit edildiğine göre, takiben açıklığa kavuşturulması gereken diğer husus, işverenin iş sözleşmesini geçerli neden ile feshedip feshedemeyeceğidir. Bilindiği üzere işveren, iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshinde, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak (İş K m. 18/I) ve yazılı olarak yapacağı fesih bildirimini açık ve kesin bir şekilde belirtmek (İş K m. 19/I) zorundadır. İşçinin işgörme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenilemeyeceğini ileri sürmesi, işçiye ilişkin nedenler kategorisinde incelenmelidir. İş güvencesi sisteminde işçiye ilişkin nedenler, işçinin davranışlarından ya da yeterliliğinden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılmaktadır (İş K m. 18/I)<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> 9. HD. T. 09.05.2016, E. 2016/7175, K. 2016/11446, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 11.02.2018; 22. HD. T. 02.06.2016, E. 2016/13216, K. 2016/15988, (Çevrimiçi) [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 11.02.2018.

<sup>181</sup> İşçinin yetersizliği veya davranışlarıyla fesih nedenleri tüketici bir şekilde sayılmamış olup, geçerli nedenler; İş Kanununun 25. maddesinde sayılan ve derhal feshi mümkün kılan “haklı neden” derecesine ulaşmayan, fakat süreli feshe imkân tanıyan haller olarak tanımlanmaktadır, bkz. bu yönde 9. HD. T. 19.10.2015, E. 2014/15778 K. 2015/28966, (Çevrimiçi)

İşçinin davranışlarından doğan sebeplere örnek olarak Kanun gerekçesinde, “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek” gibi durumlara yer verilmiştir<sup>182</sup>. Dikkat edileceği üzere, işçinin davranışlarına dayanan fesihlerde işçinin kusuru aranmaktadır<sup>183</sup>. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere, işçinin işgörme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenilemeyeceği hallerde işçinin kusurundan söz edilmemekte, aksine bu durum bir kusursuz ifa imkânsızlığı hali olarak değerlendirilmektedir.

Öğretide mesleki yetersizlik ve fiziki yetersizlik olarak ikiye ayrılan işçinin yetersizliği halleri de yine Kanun gerekçesinde örneklendirilmiştir. İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesinde yer verilen “ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği, uyum yetersizliği” gibi haller işçinin mesleki yetersizliğine ilişkindir. Dikkat edileceği üzere, işçinin mesleki yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenler işçinin durumunun gördüğü iş bakımından yeterli olmamasına ilişkin iken, manevi beklenilmezlik hallerinin birçoğunda, işçinin işgörme edimini sunması hiç mümkün olamamaktadır. Bu durum, işçinin ileri sürdüğü manevi beklenilmezliğin mesleki yetersizlik kapsamında da değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır. İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesinde ayrıca “sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma” gibi hallere yer verilmiş olup, bu haller işçinin fiziksel yetersizliğine ilişkin örnekler

---

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.02.2018. Benzer yönde bkz. “...karar gerekçesinde feshin haklı nedene dayandığı belirtilmişse de, davacının feshi konu edilen besin maddesini izinsiz başka birine vermesi davranış ölçülülük ilkesi uyarınca haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmadığı, ancak işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, işverenin davacı ile iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği bu nedenle feshin haklı fesih niteliğinde olmamakla birlikte geçerli nedene dayandığı anlaşılmalıdır...” 9. HD., T. 19.2.2015, E. 2014/33555 K. 2015/7365, (Çevrimiçi) [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), 13.02.2018

<sup>182</sup> TİSK, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, Matsa Basımevi, s. 99.

<sup>183</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 587. Bu yönde bkz. 9. HD. T. 14.07.2008, E. 2007/42697, K. 2008/20143, Çalışma ve Toplum, S. 21, 2009, s. 143-148.

olarak kabul edilmektedir. Kanaatimize göre, işgörme ediminin manevi gerekçelerle yerine getirilemeyeceği iddia edildiğinde, işçinin fiziksel yetersizliğinden kaynaklanan sebepler ile benzerlik kurulması daha uygun gözükmektedir. Elbette, işgörme edimi manevi gerekçelerle yerine getirilemediğinde engel fiziksel değildir. Ancak fiziksel olmayan bu engel de, tıpkı fiziksel bir yetersizlikte olduğu gibi, *işçiyi çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen* bir durum arz etmektedir. Eklemek gerekir ki, fiziksel yetersizliğin tek başına geçerli bir neden sayılamaması gerektiği, bu yetersizliğin ancak işyerinin normal işleyişini bozması ve işgörme borcunun gereği gibi yerine getirilmesini engellemesi halinde fesih konusu yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>184</sup>. Yine tüm bu koşullar gerçekleşmiş olsa dahi, işveren fesih yoluna başvurmadan önce, iş ilişkisinin devam edebilmesi için başvurulabilecek önlemleri almış olmalıdır<sup>185</sup>. Nitekim öğretimizde feshin son çare olması ilkesine, işçiyeye ilişkin nedenlerle yapılan fesihlerde de uyulması gerektiği görüşü kabul görmektedir<sup>186</sup>. Bu nedenle işçi işgörme edimini örneğin vicdani gerekçelerle yerine getirmekten kaçındığında ve işçiyeye herhangi bir kusur izafe edilemediğinde, tıpkı fiziksel bir yetersizlik durumunda olduğu gibi, bu durum hemen bir geçerli fesih nedeni yapılmamalı, öncelikle işçiyeye bir başka görev verilip verilemeyeceği araştırılmalıdır. Örneğin, işçi bir siparişin hazırlanması sürecinde bir iç çatışmaya sürüklendiği iddiası ile hâlihazırda gördüğü işi yapmaktan kaçınıyor ise, işçiyeye geçici bir süreliğine bir başka görevin verilmesinin mümkün olup olmadığı dikkate alınabilir. Ancak işverenden bu işçi için yeni bir iş yaratmasının da beklenmemesi gerekir<sup>187</sup>. Alınabilecek önlemler

---

<sup>184</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 587.

<sup>185</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 616; Ali Güzel, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultimo Ratio) İlkesinin Getirilmesi (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, S. 4, 2005, s. 181.

<sup>186</sup> Bu yönde bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 616-617; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **İş Hukuku**, s. 494; Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, **III. Yılında İş Yasası**, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005, s. 227; Savaş Taşkent, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 2011, s. 179; Nazlı Töre, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri”, **TİSK Akademi**, 2011/I, s. 136, dn. 11.

<sup>187</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 617; Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi**, İstanbul, Beta, 2003, s. 91-92; Töre, **Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri**, s. 137.

işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü ortadan kaldırmamalı, işletmeye zarar vermeyecek nitelikte olmalıdır<sup>188</sup>. Görüşümüze göre, işgörme ediminin yerine getirmesinin kendisinden beklenilemez olduğunu ileri süren işçiye, geçici ya da daimi olarak başka bir iş verilemiyor ise, artık bu durum işveren bakımından geçerli bir fesih nedeni yapılabilir.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından ise işverenin (sürelî) fesih serbestisi bulunmakta olup buna ilişkin tek sınırlama işverenin fesih hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının denetlenmesidir<sup>189</sup>. Kural olarak, bir işçinin anayasal güvence altında olan temel hak ve özgürlüklerini kullanması hakkın kötüye kullanılması sayılmamaktadır, meğer ki bu hak ve özgürlüklerin kullanımı işyerinin gerektiği şekilde işletilmesini engellesin veya işyerinde bulunması gereken uyumu bozsun<sup>190</sup>. İşverenin meşru ve makul nedenlere dayanması fesih hakkını kötüye kullanmadığını gösterdiğinden<sup>191</sup>, işgörme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenilemeyeceğini ileri süren işçinin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla -kötü niyet tazminatı sonucu ile karşı karşıya kalınmaksızın- sona erdirebilmesi gerekir. Ancak işçinin anayasal güvence altında olan bir hakkı ile işverenin işletmesel bir menfaati arasında bir çatışma söz konusu olduğundan, işverenin dayandığı meşru ve makul nedenin de belirli bir ağırlıkta olması gerektiği görüşündeyiz. İşverenin fesih hakkının sınırı objektif iyi niyet kurallarına aykırı davranmamak ölçütü ile çizildiğinden, işveren aynı durumda bulunan dürüst, namuslu ve makul bir işverenin davranacağı gibi davranmalıdır<sup>192</sup>. Bunun sonucunda, işveren iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin, kısa bir süreliğine işgörme edimini yerine getirmekten kaçındığında (örneğin suni kürklerin işlendiği bir tekstil atölyesinde istisnaen gerçek

---

<sup>188</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 617; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **İş Hukuku**, s. 210; Mollamahmutoğlu, Astarlı Baysal, **İş Hukuku**, s. 1013-1014.

<sup>189</sup> Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara, 1976, s. 74. İş hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak kabul gören görüşe göre, işverenin fesih hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı belirlenirken dikkate alınması gereken ölçüt işverenin objektif iyi niyet kurallarına aykırı davranıp davranmadığıdır, bkz. Süzek, **İş Hukuku**, s. 555-556.

<sup>190</sup> Süzek, **Fesih**, s. 147-148.

<sup>191</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 556-557, ayrıca bu yönde bkz. 9. HD. T. 17.09.2007; E. 2007/29103 K. 2007/26743, **Çalışma ve Toplum**, S. 16, 2008, s. 272-274.

<sup>192</sup> Süzek, **İş Hukuku**, s. 556; Süzek, **Fesih**, s. 86; Engin, **İşletme Gereklere**, s. 17.



bir kürkün işlenmesi ihtiyacı doğduğunda işçinin bu kürkü işlemeyi reddetmesi halinde) işveren, yönetim hakkını makul bir işveren gibi kullanmalı, feshi *ilk çare* olarak görmemelidir.

Öte yandan, işçi manevi beklenilmezlik içerisinde bulunduğu gerekçesiyle işgörme edimini yerine getirmediğinde gündeme gelebilecek tek uyuşmazlık iş sözleşmenin feshine ilişkin değildir. İşçinin işgörme edimini sunamadığı dönemde ücret alacağına hak kazanıp kazanmayacağı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Daha önce de değindiğimiz üzere, İş Kanunu'nda işçinin geçici ifa imkânsızlığını düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakta iken, Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinde işçiden kaynaklanan kusursuz geçici ifa imkânsızlıkları *genel olarak* düzenlenmekte ve karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde BK m. 409'un karşılığını oluşturan bu düzenlemelerin (bkz. § 616 BGB, Art. 324a OR) maddi nitelik taşımayan beklenilmezlik hallerinde de uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>193</sup>. Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulanabilmesi için genel kural İş Kanunu'nda bu konuda özel bir hüküm<sup>194</sup> bulunmaması olduğuna göre, yukarıda da açıkladığımız üzere, işgörme ediminin yerine getirilmesinin beklenilmezliği söz konusu olduğunda BK m. 409 hükmünün İş Kanunu'na tabi işçiler için de uygulanabileceği görüşündeyiz. Böylelikle İş Kanunu'ndaki boşluk, genel kurallardan yararlanılarak ve iş hukukunun özüne uygun bir şekilde çözüme kavuşturulmuş olacaktır. Gerçekten Borçlar Kanunu'na tabi işçilere ifanın beklenilemez olduğu hallerde bir koruma sağlanıp, ülkemizdeki işçilerin önemli bölümünün tabi olduğu İş Kanunu bakımından bu tür uyuşmazlıkların tamamen korumasız bırakılacağı düşünülemez.

Bu noktada tekrar belirtmek isteriz ki, BK m. 409'da işçiye geçici ifa imkânsızlığı süresinde tam ücretin değil, *hakkaniyete uygun* bir ücret ödenmesinden

---

<sup>193</sup> Canaris, **Grundrechte**, s. 238; Preis, **Erfurter Komm.**, BGB § 616, Kn. 3; Streiff, von Kaenel, Rudolph, **Arbeitsvertrag**, Art. 324a/b, Kn. 6, s. 407.

<sup>194</sup> BK m. 409'da açıkça yer verilen bazı ifa imkânsızlıkları (hastalık, askerlik, kanundan doğan çalışma) açısından İş Kanunu özel düzenlemeler (örn. bkz. İş K. m. 31) içermektedir. Bu haller bakımından İş Kanunu'nun yalnızca ilgili hükümleri uygulanabilecektir.

söz edilmektedir<sup>195</sup>. Şüphesiz, hakkaniyete ilişkin ücretin miktarı ya da süresi, hâkim tarafından somut durumun özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir<sup>196</sup>. İşgörme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenilemez olduğunu savunan işçinin gerekçeleri -yukarıda da olay grupları halinde incelenmeye çalışıldığı üzere-, çok çeşitli olabilir. Kimi durumlarda işçinin işgörmeme nedeni tamamen iç dünyasına (bkz. vicdani veya dini nedenlerle beklenilmezlik halleri) ilişkin iken; kimi zaman işçinin işgörmeme gerekçesi yine iç dünyası ile ilgili ise de, bu duruma yol açan sebep işyerinden kaynaklanabilir. Böyle bir duruma örnek olarak ölümlü bir iş kazasının gerçekleşmesinden sonra işçinin bir süre korkuya kapılarak edimini sunamaması örnek gösterilebilir. Sonuç olarak, işçinin işgörme edimini yerine getirmesinin kendisinden beklenilemez olduğunu açık ve ciddi olarak ortaya koyduğunda ve özellikle bu durumun ortaya çıkmasında işçiye herhangi bir kusur izafe edilemediği hallerde<sup>197</sup>, işçinin BK m. 409'da sağlanan korumadan yararlanabileceği görüşündeyiz. Bu noktada ekleyelim ki, BK. m. 409, yalnızca *uzun süreli hizmet ilişkilerinde ve işgörme ediminin kısa süreli olarak yerine getirilemediği* hallerde uygulanabilir bir hüküm olma özelliğini taşımaktadır. Bu hükmün kapsamında olmayan hallerde, diğer bir deyişle hizmet ilişkisinin uzun süreden beri devam etmediği ya da ifa engelinin kısa süreli olmaması halinde ise, işgörme ediminin yerine getirilmemesinin iş ilişkisi üzerinde doğuracağı sonuçların dürüstlük kuralına göre (MK m. 2) belirlenmesi gerekir.

---

<sup>195</sup> Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde (Art. 324a II OR) ise "hakkaniyete uygun ücret" ifadesine yer verilmemiş, ancak işçiye (belirli şartlarla) sınırlı bir süre için bir ödeme yapılacağı öngörülmüştür.

<sup>196</sup> Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinde yer verilen ifadeden ne anlaşılması gerektiği açık olmadığı gibi (bu yönde bkz. Ekmekçi, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s. 25) konunun yargı içtihatları ile de yerleşik bir çözüme kavuşturulduğu söylemek güçtür.

<sup>197</sup> İç çatışmanın işçi bakımından öngörülebilir olup olmadığı gibi kriterlere ilişkin bkz. Greiner, **Unzumutbarkeit**, s. 72-73.

## SONUÇ

İş hukuku alanının bağımsız bir hukuk dalı olarak tanınması, işçi ve işveren arasındaki ilişkinin özel bir ilişki olarak ele alınması gerektiğinin kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Sürekli borç doğuran ilişkilere özgü genel hükümlerin, iş sözleşmelerine olduğu gibi uygulanması bu alanın özüne uygun düşmediğinden, iş hukuku mevzuatı pek çok özel hükümle donatılmıştır. Bu doğrultuda, borçlar hukukuna ait bir kavram olan imkânsızlığın, iş hukuku alanında belli bir dönüşümden geçirilmesine de ihtiyaç duyulmuş ve işgörme ediminin işçiden veya işverenden kaynaklanan ya da taraflardan kaynaklanmayan nedenlerle yerine getirilememesinin sonuçları iş hukuku mevzuatında özel olarak ele alınmıştır. Borçlar hukukunun genel hükümlerinde ifa imkânsızlığının hukuki sonuçları, kural olarak borçlunun bundan sorumlu tutulup tutulamayacağına göre belirlenirken, iş hukuku alanında işçinin kendi çevresinden kaynaklanan sebeplerle borcunu yerine getiremediği hallerde, onun sorumluluğunu azaltan ya da ortadan kaldıran hükümlere yer verildiği görülmektedir. Benzer şekilde, bu alanda işyerinde işin görülmesi işverenin yol açmadığı bir engel nedeniyle durduğunda da, işçinin ücrete hak kazanmasının önünü açan teoriler üretilmiştir.

Bilindiği üzere iş hukuku mevzuatında iş sözleşmeleri tek bir Kanun'da yeknesak bir biçimde değil, dört ayrı Kanun nezdinde düzenlenmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda, işgörme ediminin yerine getirilememesine ilişkin pek çok özel hüküm yer almaktadır. İş ilişkilerinde sıklıkla ortaya çıkan ifa engellerinin Kanun koyucu tarafından özel olarak ele alınması, ilk bakışta isabetli bir tercih gibi görülebilecekse de, bu hükümlerin pek çoğunun içerik itibarıyla imkânsızlık ifa engelinin iş ilişkilerinin özüne uygun bir biçimde dönüştürülmesine yönelik ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğu belirtilmelidir. Hatta ülkemizdeki işçilerin büyük bir çoğunluğunun tabi olduğu İş Kanunu'nda, işgörme ediminin tarafların kusuru olmaksızın yerine getirilememesine ilişkin sağlanan korumanın, Borçlar Kanunu'nun dahi gerisinde kaldığını ifade etmek isteriz. İş Kanunu'na tabi bir işçi, maddi bir ifa imkânsızlığı teşkil eden hastalık nedeniyle işgörme edimini yerine getiremediğinde, Kanun'un açık hükmü gereğince ücrete hak kazanmamaktadır ve hastalık halinde

sosyal sigorta korumasının hastalığın iki günden fazla sürmesi halinde devreye girmesi nedeniyle, bu iki gün bakımından karşı edim hasarını üstlenmiş olmaktadır. Oysa Borçlar Kanunu'na tabi olan işçiler, iki günlük kayıpları bakımından da BK m. 409 kapsamında hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazanabilmektedir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan işçinin hastalanması örneği, mevzuatımızda taraflar arasındaki risk dağılımı konusunda İş Kanunu'na ve Borçlar Kanunu'na tabi olmanın yarattığı farkı göstermesi bakımından çarpıcıdır. İş sözleşmelerini düzenleyen diğer iki Kanun olan Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu bakımından, işgörme ediminin yerine getirilememesi konusunda işin niteliğinden kaynaklanan farklılıklar sebebiyle ayrıksı düzenlemelere yer verilmesinin isabet taşıdığı söylenebilecek ise de, aynı sonuca İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nu bakımından varmanın güç gözüktüğüne dikkat çekmek isteriz.

Öte yandan, mevzuatımızda işgörme ediminin çeşitli sebeplerle yerine getirilmemesinin, ücret alacağından mahrum kalmak dışında da ağır sonuçları bulunmaktadır. Kanun'un genel yaklaşımı, işgörme edimi yerine getirilemediği hallerde, -kimi zaman kısa kimi zaman uzun bekleme süreleri öngörerek-, sorunu taraflara fesih hakkı tanıyarak çözmek yönündedir. İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan İş Kanunu m. 25/III hükmü bu anlamda çok çarpıcı bir nitelik taşımaktadır. Özellikle iş güvencesi sisteminin kabul edildiği bir hukuki düzende, imkânsızlığa bağlanan sonuçların fesih hakkının kullanılması ile bu kadar yakın bir bağlantı içerisinde kurgulanmış olmasının isabet taşıdığı söylenemez. Çeşitli engeller ortaya çıktığında, oldukça kolay bir biçimde iş sözleşmesini sona erdirme yolunu gösteren İş Kanunu'nun, iş hukukunun günümüzde ulaştığı noktanın çok gerisinde bir anlayış taşıdığı belirtilmelidir. Esasında İş Kanunu'nda yer alan bu tür hükümler, imkânsızlık ifa engelinin karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere benzer, çağın ruhuna uygun bir gelişim ve dönüşüm göstermesinin de önüne geçmektedir. Nitekim kanaatimizce, bu durumun bir tezahürü olarak, karşılaştırmalı hukukta geliştirilmiş bir teori olan işletme rizikosu teorisi, hukuk uygulamamızda güçlü bir konum edinmemiştir. Her ne kadar işverenin işletme rizikosunu taşıdığına ilişkin genel bir kabul mevcutsa da, bu teorinin uygulamasının dar bir alana özgülendiğini

görmekteyiz. Oysa işyerinde işverenin kusuru ile sebebiyet vermediği bir engel yüzünden işgörme edimi yerine getirilemediğinde, kural olarak bu işin görülememesinden kaynaklanan hasarın işverenin üzerinde olduğuna ilişkin bu teori, görüşümüze göre Borçlar Kanunu m. 408'e istinaden bizim hukuk düzenimizde de karşılaştırmalı hukukta olduğu ölçekte uygulanmaya elverişlidir. Belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukta bu teorinin bazı sınırları ve istisnaları olduğuna dikkat çekilmektedir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinin de esasında bu teorinin mutlak bir biçimde uygulanmasına imkân tanır bir biçimde kaleme alındığı söylenemez. Ancak söz konusu teori, uygulamamızda zaten oldukça dar bir çerçevede ele alındığından, teorinin uygulama alanının kapsamına ilişkin karşılaştırmalı hukukta süregelen hararetli tartışmaların bizim hukukumuzda mevcut olmadığını görmekteyiz. Kanaatimizce işletme rizikosuna teorisinin hukuk uygulamamızda olması gereken gelişimi göstermesinin önündeki engel, Borçlar Kanunu'nda anılan hükmün kendisinden değil, iş hukuku mevzuatında yer verilen diğer bazı hükümlerden kaynaklanmaktadır. Bu anlamda örneğin, zorunlu nedenlerle işin durduğu her türlü durumda işverenin telafi çalışması talep edebilme hakkının bulunduğu kabul edilir ise, kural olarak işverenin üzerinde olan işletme rizikosunun işçi üzerine kaydırılmasının önüne geçilmesi mümkün olmayacaktır. Oysa çalışma hayatında esneklik sağlamak için getirilmiş olan telafi çalışmasına yönelik hükmün, taraflar arasındaki risk dağılımını işçinin aleyhine ağırlaştırmak gibi bir amaç taşımadığı konusunda tereddüt etmemek gerekir. Bu gerekçelerle, iş hukuku mevzuatındaki birtakım hükümlerin işletme rizikosuna teorisinin ortaya çıkaran Kanun'un ruhuna tamamen aykırı düşecek bir biçimde yorumlamaktan kaçınılmalıdır.

Bu noktada zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalıştırılmayan işçiye bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödeneceğine ilişkin İş Kanunu'nun 40. maddesinin, işletmesel rizikoyu taraflar arasında bölüştürerek bu hususa ilişkin yasal bir zemin oluşturduğu yönündeki görüşe katılmadığımızı da tekrar ifade etmek isteriz. Esasında içerisinde bulunduğumuz zamanın, zorlayıcı sebep kavramının kapsamını daraltacak bir biçimde işlemekte olduğu da göz ardı edilmemek gerekir. Dikkat çekmek isteriz ki, seferde olan bir gemide işçi genel tatil

günü dahi işverene ait bir organizasyon çevresinde geçirmek zorundadır ve işçinin işverene bağımlılığı bu anlamda en üst düzeye çıkmaktadır. Böyle bir ilişkide, işgörmeye ediminin yerine getirilmesinin engellenmesinde işverene hiçbir kusur isnat edilemese dahi, işçinin ücretinden bırakılmasının yerinde olup olmadığı hususu üzerinde düşünölmeye değerdir. Ancak İş Kanunu'nun bu konuya ilişkin yaklaşımı çağın çok gerisinde kalmıştır. Görüşümüze göre, bu sorunun birkaç hükümde değişiklik yapılmak suretiyle aşılması da pek olası değildir. İş hukuku mevzuatının tamamında iş ilişkilerinin özüne uygun düşer bir yaklaşımı yansıtan bir revizyon, hatta bir reform yapılması ihtiyacı bulunduğu kanaatini taşımaktayız.

Son olarak, işgörmeye ediminin manevi nedenlerle yerine getirilememesine ilişkin olarak uyuşmazlıkların da yargı önüne gelmekte olduğuna dikkat çekmek isteriz. Yargı içtihatlarında bu soruna genellikle işverenin yönetim hakkını dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanıp kullanmadığı noktasında çözüm aranmakta olup, hâlihazırda pek fazla sayıda olmayan bu uyuşmazlıklar bakımından istikrarlı bir inceleme metodu olduğundan söz edilememektedir. Kanaatimizce, çok büyük bir çeşitlilik arz eden ve çözümü son derece karmaşık olabilecek bu tür uyuşmazlıklarda, soruna yalnızca işverenin yönetim hakkının sınırları bakımından yaklaşmak yetersiz kalacaktır. Karşılaştırmalı hukukta bu tür uyuşmazlıklar bakımından birtakım ölçütlerden yararlanıldığı görölmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda sözleşme taraflarının tatmini ve çalışma barışının sağlanabilmesi için, her şeyden önce somut olayın özelliklerinin titiz bir şekilde irdelenmesi ve işverenin yönetim hakkının dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanıp kullanmadığı dışında ölçütlerden de yararlanılması isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Adomeit, Klaus, Bal-Kurpiers, : **Latince Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 2. Emel Baskı, İstanbul, Legal, 2011.
- Akkanat, Halil : “Alacaklı Temerrüdü, Diğer İfa Engelleri”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, C. I, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 345-357.
- Akyiğit, Ercan : **Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği**, İstanbul, Kazancı, 1990.
- Akyiğit, Ercan : “İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)”, **Sicil**, S. 16, 2009, s. 53-62.
- Akyol, Şener : **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967.
- Akyol, Şener : **Dürüstlük Kuralı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006.
- Alpagut, Gülsevil : **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, TÜHİS Yayınları, 1998.
- Alpagut, Gülsevil : “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkânsızlığı”, **Legal İHSGHD**, S. 6, 2005, s. 656-664.

- Alpagut, Gülsevil : “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, **III. Yılında İş Yasası**, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005, s. 200-251.
- Alpagut, Gülsevil : “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, **Sicil**, S. 8, 2007, s. 13-21.
- Alpagut, Gülsevil : “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İHSGHD**, C. 8, S. 31, 2011, s. 913-959.
- Alpagut, Gülsevil : “6356 Sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum”, **Legal İHSGHD**, C. 9, S. 35, 2012, s. 25-55.
- Alpagut, Gülsevil : “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016, s. 3-79.
- Altunkaya, Mehmet : **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara, Yetkin, 2005.



- Arslan Ertürk, Arzu : **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha, 2010.
- Astarlı, Muhittin : “Telafi Çalışması”, **Legal YKİ**, S. 7, 2008, s. 9-34.
- Atamer, Yeşim : “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, II. Cilt**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 317-360.
- Başoğlu, Başak : “Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık”, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 489-517.
- Başpınar, Veysel : **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara, Adalet Matbaacılık, 1998.
- Başterzi, Süleyman : **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişisine Etkisi**, Ankara, 2007.
- Baycık, Gaye : “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul, Beta, C. 20, S. 1, 2014, s. 223-262.
- Baycık, Gaye : **Türk – İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin,

2015.

- Baysal, Başak : “Aşırı İfa Güçlüğü”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, C.II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 332-342.
- Baysal, Başak : **Sözleşmenin Uyarlanması**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Becker, Hermann : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, (Çev. : A. Suat Dura), Ankara, Yargıtay Yayınları, No: 24, 1993.
- Belen, Herdem : “Borçlunun Temerrüdü”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, C. I, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 48-79.
- Belling, Detlev W. , İnce, Nurten : “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 137, 2014, s. 3-58.
- Beuthien, Volker : “Das Nachleisten versäumter Arbeit”, **RdA**, Heft 1/2, 1972, s. 20- 23. “Die Unmöglichkeit- ein Wiedergänger”, **Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger**, München, Verlag C.H. Beck, 2004, s. 20-23.
- Bohère, G. : **Gazetecilik Mesleği – Gazetecilerin**

- Çalışma Koşulları Üzerine Bir İnceleme,**  
(Çev. : N. Süral), Ankara, Maya  
Matbaacılık, 1986.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz : **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş  
Sözleşmesi,** İstanbul, Vedat, 2012.
- Brand, Daniel, Dürr, Lucius, : **Der Einzelarbeitsvertrag im  
Gutknecht, Bruno, Platzer, Peter, Obligationenrecht,** Bern, Cosmos Verlag,  
Schnyder, Adrian, Stampfli, 1991.  
Conrad, Wanner, Ulrich
- Bucher, Eugen : **Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2.**  
Aufl., Zürich, Schulthess, 1988.
- Bundesminister der Justiz (hrsg.) : **Abschlußbericht der Kommisson zur  
Überarbeitung des Schuldrechts,** Köln,  
Bundesanzeiger Verlagsges. mbH.,1992.
- Canaris, Claus-Wilhelm : “Grundrechte und Privatrecht”, **AcP**, 184,  
1984, s. 201-246.
- Canaris, Claus-Wilhelm : “Die Reform des Rechts der  
Leistungsstörungen”, **JZ**, 10/2001, s. 499-  
530.
- Canaris, Claus-Wilhelm : “Zur Bedeutung der Kategorie der  
„Unmöglichkeit“ für das Recht der  
Leistungsstörungen”, **Die  
Schuldrechtsreform vor dem  
Hintergrund des  
Gemeinschaftsrechts,** Mohr Siebeck,  
Tübingen, 2001, s. 43-66.
- Caniklioğlu, Nurşen : “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa

- Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal, 2005, s. 499-547.
- Centel, Tankut : **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul, Türkiye Denizciler Sendikası, 1987.
- Centel, Tankut : “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Borcu”, **Sicil**, S. 23, 2011, s. 5-14.
- Centel, Tankut : “6663 Sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikle- Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi”, **Sicil**, S. 35, 2016, s. 9-16.
- Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat : **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul, Beta, 2017.
- Dauner Lieb, Barbara, Heidel, Thomas, Ring, Gerhard : **Nomos Kommentar BGB**, Band 2/1, § 241-610, 2. Aufl., Baden Baden, 2012 (Yazar Adı, **NK-BGB**, § , Kn., s. ).
- Dauner Lieb, Barbara, Heidel, Thomas, Ring, Gerhard : **Das Neue Schuldrecht**, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2002 (Yazar Adı, **Das Neue Schuldrecht**, s. , Kn. ).
- Davran, Cahit : “İş Kanununa ve Borçlar Kanununa Göre Muvazzaf Askerliğin Hizmet Akdine Etkisi”, **İBD**, Eylül-Ekim 1970, s. 692-705.
- Doğan Yenisey, Kübra : “Hizmet Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 297-336.

- Doğan Yenisey, Kübra : **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul, Beta, 2014.
- Doğan, Sevil : “Toplu Eylem Hakkı ve Siyasi Grev Bağlamında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 40, 2014, s. 305-333.
- Dulay, Dilek : “Karar İncelemesi: İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 48, 2016, s. 263-274.
- Dural, Mustafa : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul, Faklterler Matbaası, 1976.
- Dural, Mustafa, Sarı, Suat : **Türk Özel Hukuku**, C.1, 12. Baskı, İstanbul, Filiz, 2017.
- Dtz, Wilhelm, Thüsing, Gregor : **Arbeitsrecht**, 20. Aufl., München, C.H. Beck, 2015.
- Ehmann, Horst : “Das Lohnrisiko bei Smog-Alarm”, **NJW**, 1987, s. 401-410.
- Ehmann, Horst : “Garantie-oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung?”, **Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag**, Verlag C.H. Beck, München, 2007, s. 165-217.
- Ekmekçi, Ömer : “İşin Düzenlenmesinde Esneklik

- Arayışları”, **Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, s. 79-88.
- Ekmekçi, Ömer : “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, **Legal İHSGHD**, S. 2, 2004, s. 367-382.
- Ekmekçi, Ömer : “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri”, **Çimento İşveren**, S. 6, C. 19, 2005, s. 30-39.
- Ekmekçi, Ömer : “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar”, **Sicil**, S. 14, 2009, s. 47-59.
- Ekmekçi, Ömer : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, **Sicil**, S. 13, 2009, s. 19-28.
- Ekmekçi, Ömer : **Toplu İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Ekonomi, Münir : **İş Hukuku**, C. 1, 3. Bası, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1984.
- Ekonomi, Münir : “Telafi Çalışması”, **Legal İHSGHD**, S 4. 2004, s. 1247-1260.
- Emmerich, Volker : **Das Recht der Leistungsstörungen**, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2005.

- Engin, E. Murat : **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, Basisen, 1993.
- Engin, E. Murat : “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, s. 269-287.
- Engin, E. Murat : **İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi**, İstanbul, Beta, 2003.
- Engin, E. Murat : “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 5, S. 2, 2015, s. 9-36.
- Ercoşkun Şenol, Kübra : **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin, 2017.
- Erener, Ebru : **Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Ergin, Hediye : **Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**, İstanbul, Beta, 2009.
- Ergüne, Mehmet Serkan : “Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, **İÜHFİM**, Cilt. LXII, S. 1-2, 2004, s. 351-380.

- Ertürk, Şükran : “Kanuni Grev ve Lokavtın Hizmet Aktine Etkisi”, **Çimento İşveren Dergisi**, S. 4, C. 5, 1991 (s. 3-17).
- Ertürk, Şükran : **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara, Seçkin, 2002.
- Esener, Turhan : **İş Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- Ettmeyer, Wendelin : **Lesitungssörungen im Arbeitsverhältnis**, Wien, Facultas Verlag, 2008.
- Evrinyol, Münir : **İşverenin Ve İşçinin Kanunî Hak Ve Ödevleri**, İstanbul, Aydınlık Basımevi, 1937.
- Eyrenci, Öner : “Zur Typologie zulässig befristeter Arbeitsverträge”, **Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge**, Ed. Münir Ekonomi, Manfred Reh binder, Bern, Verlag Stämpfli & CIE AG, 1978, s. 62-78.
- Eyrenci, Öner : **Kısmi Süreli Çalışmalar**, İstanbul, Mozaik Yayıncılık, 1989.
- Eyrenci, Öner : “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, **Legal İHSGHD**, S. 41, 2004, s. 15-56.
- Eyrenci, Öner : “4857 Sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları”, **Prof. Dr. Ünal Narmanhoğlu’na Armağan, Dokuz**



**Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dergisi**, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 31-42.

- Eyrenci, Öner : “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, Legal, 2014, s. 150-185.
- Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş, Ulucan, Devrim : **Bireysel İş Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2017.
- Fabricius, Fritz : **Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970.
- Franko, Nisim : “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununda İşçinin İş Talep Etme Hakkı”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1991, s. 269-284.
- Gauch, Peter : Kommentar zum schweizerischem Zivilgesetzbuch, **Obligationenrecht, das Erlöschen der Obligationen**, Teilband V I h, Art. 114-126 OR, 3. völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich, Schulthess, 1991 (Yazar Adı, Obligationenrecht, Band V, Art. ).
- Gauch, Peter, Schlupe, Walter R. , : **Schweizersiches Obligationenrecht**

- Emmenegger, Susan : **Allgemeiner Teil, Band II**, 10. Aufl.,  
Zürich, Schulthess, 2014.
- Geiser, Thomas, von Kaenel, Adrian, Wyler, Rémy : **Arbeitsgesetz / Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2005 (Yazar Adı, **Arbeitsgesetz**, Kn. , s. )
- Geiser, Thomas, Müller, Roland : **Arbeitsrecht in der Schweiz**, 3. Aufl.,  
Bern, Stämpfli Verlag, 2015.
- v. Gierke, Otto : **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**,  
Berlin, Verlag von Julius Springer, 1889.
- Gotthardt, Michael : **Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform**, München, Beck, 2003.
- Göçmez, Selin : **Ekonomik Güçlüklerin İşverenin İş Verme ve Ücret Borcu Üzerine Etkileri**,  
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,  
Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- Greiner, Stefan : **Ideelle Unzumutbarkeit**, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.
- Greiner, Stefan : **AP Nr. 9 zu § 4 GG, Anm. zum Urt. des BAG 24.02.2011 - 2 AZR 636/09.**
- Gremper, Philipp : **Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Recht**,  
Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1993.

- Gücün, Cevad Abdürrahim : **Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları, İkinci Kitap, Menkul Mallar ve Borçlar**, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1946.
- Güler, Mikdat : “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Legal İHSGHD**, S. 5, 2005, s. 27-82.
- Gülmez, Mesut : “Toplu Eylem Hakkına Dahil Protesto Grevleri, Yasa Dışı Grev Değildir-Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Karar Eleştirisi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 43, 2014, s. 233-255.
- Gülver, Ender : “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, **Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, İÜHFİM**, C. LXXII, S. 2, İstanbul 2014, s. 103-122.
- Günay, Cevdet İlhan : **İş Kanunu Şerhi**, 1. Cilt, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2015.
- Gündoğdu, Fatih : **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, XII Levha, 2014.
- Güneş, Başak, Mutlay, Faruk Barış : “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 30, 2011, s. 231-288.
- Güven, Ercan, Aydın, Ufuk : **Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, Eskişehir,

Nisan, 2017.

- Güzel, Ali : “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultimo Ratio) İlkesinin Getirilmesi (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum**, S. 4, 2005, s. 159-182.
- Güzel, Ali / Ugan Çatalkaya, Deniz : “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul, Beta, C. 20, S. 1, 2014, s. 17-66.
- Haas, Lothar, Medicus, Dieter, Rolland, Walter, Schäfer, Carsten, Wendtland, Holger : **Das neue Schuldrecht**, München, Verlag C.H. Beck, 2002.
- Henssler, Martin : “Das Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitnehmers bei Pflichten- und Rechtsguterkollisionen”, **AcP**, 190, 1990, s. 538-571.
- Henssler, Martin : “Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform”, **RdA**, Heft 3, 2002, s. 129-140.
- Henssler, Martin, Krüger, Wolfgang : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4**, §§ 535–630h BGB, 7. Aufl., C. H. Beck München, 2016 (Yazar Adı, **Münchener**

- Komm., § , Kn. ).**
- Herschel, Wilhelm : **AP** Nr. 48 zu § 616 BGB, Anm. zum Urt. des BAG 19.04.1978 - 5 AZR 834/76.
- v. Hoyningen-Huene, Gerrick : “Die Haftung des Arbeitnehmers in der Bundesrepublik Deutschland”, **Die Haftung des Arbeitnehmers**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, s. 23-42.
- Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim : **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 4. Aufl., 2007 (Yazar Adı, **Basler Komm.**, Art. , Kn. ).
- Peter / Wiegand, Wolfgang
- Huber, Ulrich : **Leistungstörungen Band I**, Mohr Siebeck, 1999.
- İnan, Ali Naim : **Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freiburg, 1956.
- İnceoğlu, Murat : “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008, s. 237-254.
- İzveren, Adil : **İş Hukuku (I,II,III)**, Ankara, Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, 1974.
- Jakobs, Horst Heinrich, Schubert, Werner : **Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Recht der Schuldverhältnisse II §§ 433 bis 651**, Berlin, New York, Walter de Gruyter

- Verlag, 1980.
- Kalb, Heinz-Jürgen : **Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre**, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.
- Kamanabrou, Sudabeh : “Der Entgeltanspruch bei gewissenbedingster Arbeitsverweigerung”, **Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gadechnisschrift fur Ulrich Zachert**, Baden Baden, Nomos, 2010, s. 400-411.
- Kaplan, Emine Tuncay : “İşverenin Koruma ve Gzetme Borcunun Kapsamı”, **Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, Kamu-İş**, C. 7, S. 2/2003, s. 137-151.
- Kar, Bektaş : “Deneme Sureli İş Sozleşmesi”, **Osman Guven ankaya’ya Armağan**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2010, s. 15-32.
- Kar, Bektaş : **Deniz İş Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2012.
- Kar, Bektaş : “6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi”, **İÜHFİM, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan**, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 167-176.
- Karaçöp, Eda, Yamakoğlu, Efe : “6098 Sayılı Turk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sozleşmesine İlişkin Hukumleri ve İş Kanunları İle İlişkisi”, **Legal İHSGHD**,

C. 10, S. 38, 2013, s. 83-148.

- Koç, Nevzat : **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1992.
- Kohte, Wolfhard : “Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz – Zur Aktualität des Rechts der Leistungsstörungen”, **NZA**, Heft 5, 1989, s. 161-169.
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009.
- Kramer, Ernst A. : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1991 (Yazar Adı, **Berner Komm.**, Art. , Kn. ).
- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil**, 14. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987.
- Lehmann, Heinrich : “Die positiven Vertragsverletzungen”, **AcP**, S. 96, 1905, s. 60-113.
- Leuze, Dieter : “Zur Arbeitsverweigerung aus Gewissengründen”, **RdA**, 1993, Heft 1, s. 16-24.

- Looschelders, Dirk : **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 13. Aufl., München, Verlag Franz Vahlen, 2015.
- Manav Özdemir, Eda : **Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Mayer Maly, Theo : “Das Gewissen und Das Arbeitsrecht”, **Festschrift für Gerhard Müller**, Duncker & Humblot, 1981, s. 325-332.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş : **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Mommsen, Friedrich : **Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse**, Braunschweig, Schwetschke 1853.
- Mugdan, Benno : **Die Gesamten Materialien Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Für Das Deutsche Reich, Band 2**, Neudruck der Ausgaber Berlin 1899, Aalen, Scienta Verlag, 1979.
- Müller, Roland : “Aktuelle Rechtssprechung zur Haftung des Arbeitnehmers”, **ArbR**, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 2006, s. 1-18.
- Müller Chen, Markus : **Folgen der Vertragsverletzung**, Zürich, Schultess Verlag, 1999.
- Müller Glöge, Rudi, Preis, Ulrich, Schmidt, Ingrid : **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 18. Aufl., München, C.H. Beck, 2018



- (Yazar Adı, **Erfurter Komm.**, BGB § ,  
Kn. ).
- Narmanlıoğlu, Ünal : **İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri**, 3.  
Baskı, İstanbul, Beta, 2016.
- Nomer, Halûk Nami : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15.  
Bası, İstanbul, Beta, 2017.
- Odaman, Serkan : **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç  
İş İlişkisi**, İstanbul, Legal, 2007.
- Oğuzman, M. Kemal : **Hizmet “İş,, Akdinin Feshi**, İstanbul,  
İsmail Akgün Matbaası, 1955.
- Oğuzman, M. Kemal : **Hukukî Yönden Grev Ve Lokavt**,  
Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası,  
İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967.
- Oğuzman, M. Kemal : **Hukukî Yönden İşçi - İşveren İlişkileri**,  
**C.1**, Yeni Mevzuata Göre Yeniden  
Yazılmış 3. Bası, İstanbul, Fakülteler  
Matbaası, 1984.
- Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami : **Medenî Hukuk**, 23. Bası, İstanbul, Vedat,  
2017.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1**,  
Turgut 16. Bası, İstanbul, Vedat, 2018.
- Okur, Zeki : “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi  
Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş**, C. 8, S.  
4, 2006, s. 41-88.
- Otto, Hansjörg : **Personale Freiheit und soziale Bindung**,  
München, Verlag C. H. Beck, 1978.

- Ögüz, Tufan : “İfa İmkânsızlığı”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan**, C. II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 327-331.
- Öktem Songu, Sezgi : “Anaysal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 609-650.
- Özcan, Hüseyin : “Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 181-200.
- Özdemir, Erdem : “İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret”, **III. Yılında İş Yasası**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2005, s. 27-55.
- Özdemir, Erdem : “6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, **Sicil**, S. 24, 2011, s. 107-113.
- Özkaraca, Ercüment : “Sendika Yöneticileri İle Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (4)**, İstanbul, Seçkin, 2014, s. 167-199.
- Palandt, Otto : **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, Band 7, 75. Aufl., München, Verlag C. H. Beck,

- 2016 (Yazar Adı, **Palandt-BGB**, § , Kn. , s. )
- Pallasch, Ulrich : **Arbeitsrecht**, München, Verlag Franz Vahlen, 2014.
- Picker, Eduard : “Fristlose Kündigung und die Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungs- gefahr im Dienstvertragsrecht- Teil 2”, **JZ**, 15/16, 1985, s. 693-706.
- Rehbinder, Manfred : “Die Haftung des Arbeitnehmers im schweizerischen Recht”, **Die Haftung des Arbeitnehmers** – Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1981, Heft 13, s. 66-77.
- Rehbinder, Manfred : “Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis?”, **SJZ**, Heft 22, 15. November 1982, 78. Jahrgang, s. 353-356.
- Rehbinder, Manfred : **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 15. neu bearbeitete Aufl., Bern, Stämpfli Verlag, 2002.
- Rehbinder, Manfred, Stöckli, Jean-Fritz : **Berner Kommentar, 2. Teilband - Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt - Einleitung und Kommentar zu den Art 319-330b OR**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2010 (Yazar Adı, **Berner Komm.**, Art. , Kn. ).

- Reisoğlu, Seza : **Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.
- Reisoğlu, Seza : **Toplu İş Sözleşmesi Grev Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986.
- Reuter, Dieter : “Das Gewissen des Arbeitnehmers als Grenze des Direktionsrechts des Arbeitgebers”, **BB**, Heft 6, 1986.
- Richardi, Reinhard / Wißmann, Hellmut / Wlotzke, Otfried / Oetker, Hartmut : **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht**, Band I, 3. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2009 (Yazar Adı, **Münchener Handbuch**, § , Kn. )
- Richardi, Reinhard : “Probleme des Arbeitsentgelts bei flexibler Arbeitszeit”, **Betriebliche Altersversorgung in der Diskussion zwischen Praxis und Wissenschaft – Festschrift für Peter Ahrend**, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1992, s. 263-272.
- Richardi, Reinhard : “Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **NZA**, Heft 18, 2002, s. 1004-1012.
- Rolfs, Christian, Kreikebohm, Ralf, Giesen, Richard, Udsching, Peter : **BeckOK Arbeitsrecht**, 47. Edition, C. H. Beck München, 2018 (Yazar Adı, **BeckOK ArbR**, BGB, § , Kn. )
- Ruedin, Phlippe / Christen, Urs / : **Das Schweizerische Obligationenrecht für den Alltag**, 10. Aufl., Beobachter

- Bräunlich Keller, Irmtraud : Edition, 2013.
- Saymen, Ferit Hakkı : **Türk İş Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Schulze, Reiner / Ebers, Martin : “Streitfragen im neuen Schuldrecht”, **JuS**, 4/2004, s. 265-272.
- Schlechtriem, Peter : “Die Unmöglichkeit- ein Wiedergänger”, **Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger**, München, Verlag C.H. Beck, 2004, s. 125-133.
- Schlüter, Andreas : “Leistungsbefreiung bei Leistungserschwerungen”, **ZGS**, 2003, s. 246-254.
- Schwarze, Roland : **Das Recht der Leistungsstörungen**, 2. Aufl., Berlin / Boston, De Gruyter, 2016.
- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 6. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Seliçi, Özer : **Kesin Vadeli İşlemler**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Yeni Seri-Yıl:1, No:3'den Ayrı Bası, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968.
- Seliçi, Özer : **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

- Serozan, Rona : “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, No. 18, İstanbul 1990, s. 27-42.
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2007.
- Serozan, Rona : **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, 7. Bası, İstanbul, Filiz, 2016.
- Serozan, Rona : **Medeni Hukuk**, 7. Baskı, İstanbul, Vedat, 2017.
- Soyer, Polat : “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku”, **DEÜHFD**, C. 2, S. 2, 1981, s. 101-126.
- Soyer, Polat : **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, 1987.
- Soyer, Polat : “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, **Sicil**, S. 22, 2011, s. 12-21.
- Söllner, Alfred : “Zum Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers”, **ArbuR**, Heft 10, 1985, s. 323-326.
- Stachelin, Adrian : **Der Arbeitsvertrag Art. 319-330a OR**,

- Obligationenrecht Teilband V/2c,  
Schulthess, 2006. (Yazar Adı, **Zürcher  
Komm.**, § , Kn. )
- Stoll, Hans : “Überlegungen zu Grundfragen des Rechts  
der Leistungsstörungen aus der Sicht des  
Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes”,  
**Festschrift für Werner Lorenz zum 80.  
Geburtstag**, Sellier European Law  
Publishers, München, 2001, s. 287-301.
- Streff, Ullin, von Kaenel, Adrian, : **Arbeitsvertrag**, 7. Aufl., Zürich,  
Rudolph, Roger Schultess, 2012.
- Stürner, Rolf : **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch**, 16.  
Aufl., C. H. Beck, 2015 (Yazar Adı,  
**Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch**, § ,  
Kn. ).
- Sur, Melda : “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **A.  
Can Tuncay’a Armağan**, Legal, 2005, s.  
395-414.
- Sur, Melda : **İş Hukuku Toplu İlişkiler**,  
Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, Turhan  
Kitabevi, 2017.
- Sümer, Halûk Hadi : “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından  
Sağlık Sebepleri ile Feshi”, **Sicil**, S. 8,  
2007, s. 66-73.
- Süzek, Sarper : **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye  
Kullanılması**, Ankara, 1976.
- Süzek, Sarper : **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel**

- Teorisi**, Ankara, Savaş Yayınları, 1989.
- Süzek, Sarper : **İş Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2017.
- : **İş Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta, 2016 (Süzek, **İş Hukuku (2016)**, s. ).
- : **İş Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2015 (Süzek, **İş Hukuku (2015)**, s. ).
- : **İş Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, Beta, 2002 (Süzek, **İş Hukuku (2002)**, s. ).
- Şahlanan, Fevzi : “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmaksızın İşverence Feshi (Karar İncelemesi) (Aralık 2009)”, **İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011.
- Şahlanan, Fevzi : “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3)**, Ankara, Seçkin, 2013, s. 13-50.
- Şahlanan, Fevzi : “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın İşverence Feshinden Doğan Tazminat Alacağına İlişkin Yeni Düzenleme ve Yargıtay Uygulaması (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren, Hukuk**, Mart 2014, S. 399, s. 2-4.
- Şahlanan, Fevzi : “İşe İadesine Karar Verilen İşçinin



- Grevdeki İşyerine İşe Başlatılma Talebi (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren**, Temmuz-Ağustos 2014, S. 403, s. 2-4.
- Şahlanan, Fevzi : “Tutukluluk Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi”, **Karar İncelemeleri II**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016.
- Şakar, Müjdat : **Basın İş Hukuku**, İstanbul, Beta, 2002.
- Şakar, Müjdat : “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Çalışma ve Toplum**, S. 17, 2008, s. 11-29.
- Tanör, Bülent : **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yayınları, 1978.
- Taşkent, Savaş : “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil**, S. 9, 2008, s. 14-22.
- Taşkent, Savaş : “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 2011.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi : **Borçların İfası, İhlâli, Sona Ermesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1967.

- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, 1993.
- Tillmanns, Kerstin : **Strukturfragen des Dienstvertrages**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- Topuz, Seçkin, Canbolat, Ferhat : “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 673-718.
- Töre, Nazlı : “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio ve Sosyal Seçim İlkeleri”, **TİSK Akademi**, 2011/I, s. 130-152.
- v. Tuhr, Andreas, Escher, Arnold, Schulin, Hermann : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II**, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974.
- Tuncay, A. Can : **Hukuki Yönden Basında İşçi - İşveren İlişkileri**, İstanbul, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989.
- Tuncay, A. Can : “Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme”, **Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler (Esneklik)**, Ankara, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, 1995, s. 57-74.
- Tuncay, A. Can : “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi Ve Düşündürdükleri”, **Çimento İşveren**, S. 2, C. 26, 2012, s. 4-

17.

- Tuncay, A. Can : “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum**, S. 42, 2014, s. 274-283.
- Tuncay, A. Can, Savaş Kutsal, Burcu : **Toplu İş Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2017.
- Tuncay, A. Can, Ekmekçi, Ömer : **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2017.
- Tunçomağ, Kenan : “Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü”, **İş Hukuku Dergisi**, C.1 S.2, 1969, s. 113-131.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler**, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri**, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977.
- Tunçomağ, Kenan : **İş Hukuku, Cilt II**, 2. Bası, İstanbul, 1985.
- Tunçomağ, Kenan, Centel, Tankut : **İş Hukukunun Esasları**, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.
- Türk-İş : **Sendikalar ve Grev, Lokavt Hakları**, Ankara, Şark Matbaası, 1964.
- Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu : **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi**, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, Matsa Basımevi, 2015.

- Ulucan, Devrim : **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği**, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1981.
- Ulusan, İlhan : **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukukî Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:72, 1990.
- Vischer, Frank : **Der Arbeitsvertrag**, 3. Aufl., Basel, Helbing&Lichtenhahn Verlag, 2005 (Arbeitsvertrag).
- Vischer, Frank : **Der Arbeitsvertrag**, 2. Aufl., Basel, Helbing&Lichtenhahn Verlag, 1994. (Vischer, **Arbeitsvertrag (1994)**, s. ).
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht Band VI, 1 Abteilung, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2000 (Yazar Adı, **Berner Komm.**, Art. , Kn. ).
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht Band VI, 1 Abteilung, 4. Teilband, Allgemeine Bestimmungen Art. 68-96**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2005 (Yazar Adı, **Berner Komm.**, Art. , Kn. ).
- Wege, Donat : **Religion im Arbeitsverhältnis**, Berlin, Duncker & Humblot, 2007.

- Westermann, Harm Peter, : **Erman Bürgerliches Gesetzbuch**, Band I,  
Grunewald, Barbara, Maier – 14. Aufl., Köln, das Verlag Dr. Otto  
Reimer, Georg Schmidt, 2014 (Yazar adı, **Erman BGB**, §  
, Kn., s. ).
- Wolfgang, Krüger : **Münchener Kommentar zum  
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2**, §§  
241-432 BGB, 7. Aufl., C. H. Beck  
München, 2016 (Yazar Adı, **Münchener  
Komm.**, § , Kn. ).
- Wyler, Mark : **Betriebsrisiko und Arbeitskampsrisiko  
nach schweizerischem Recht**, Verlag Paul  
Haupt Bern, 1985.
- Yavuz, Cevdet, Özen, Burak, Acar, : **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**,  
Faruk 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.
- Yılmaz, Ejder : ““Genel Kanun – Özel Kanun” İlişkisi  
(Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu  
Bağlamında)”, **Sicil**, 2011, S. 22, s. 22-31.
- Zengin, İbrahim Çağrı : **Pazarlamacılık Sözleşmesi**, İstanbul, On  
iki Levha, 2013
- Zöllner, Wolfgang, Loritz, Karl- : **Arbeitsrecht**, 7. Aufl., C.H. Beck, 2015.  
Georg, Hergenröder, Curt  
Wolfgang

## ÖZGEÇMİŞ

1986 yılında İstanbul’da doğdum. 2004 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde başladığım lisans öğrenimimi, 2006-2007 öğretim yılında Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Erasmus Programı öğrencisi olarak bulunarak, 2009 yılında tamamladım. Aynı yıl kabul edildiğim İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programından, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Meslek Hastalığı Kavramı” başlıklı tezi savunarak 2012 yılında mezun oldum. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programına kabul edildim. Doktora tez çalışmam kapsamında, TÜBİTAK tarafından sağlanan bursla Bonn Rheinische Friedrich Wilhelm Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Enstitüsü’nde bir yıl süre ile misafir araştırmacı olarak bulundum. 2011 yılından beri İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaktayım