

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK

Danışman
Prof. Dr. Mustafa ALP

İZMİR – 2019

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Betül ERKANLI
Öğrenci No : 2013801726
Tez Başlığı : İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

Savunma Tarihi : 27/06/2019

Danışmanı : Prof.Dr.Mustafa ALP

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Mustafa ALP	-Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof.Dr.Melda SUR	-Dokuz Eylül Üniversitesi	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	-Dokuz Eylül Üniversitesi	
Prof.Dr.Fevzi DEMİR	- Yaşar Üniversitesi	
Prof.Dr.Ali Nazım SÖZER	- Yaşar Üniversitesi	

Betül ERKANLI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği () / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

10.06.2019
Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK

ÖZET
Doktora Tezi
İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı
Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Doktora Programı

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı iradeleri ile kurulan ve sözleşmenin her iki tarafına karşılıklı borçlar yükleyen, sürekli nitelik taşıyan bir özel hukuk sözleşmesidir. İş Kanunu’nun 8. maddesinde bu sözleşme, “bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. İş görme ile ücret edimleri birbirinin karşılığını teşkil ettiğinden, ana kural iş görme edimi ifa edilmeksizin işçinin ücretine hak kazanamayacağıdır. Ancak anılan temel kuralın istisnaları mevcuttur. İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı da bunlardan biridir.

İşçiye iş görmekten kaçınma hakkı iş mevzuatında iki durumda tanınmıştır. Bunlar; ücretinin yirmi gün süreyle ödenmemesi ile işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkmasıdır. Ancak iş kanunlarında yer verilen iki sebebin yanı sıra, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğabileceği başka durumlar da akla gelmektedir.

“İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı” konulu doktora tez çalışmamız 3 ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde genel olarak işçinin iş görme borcu ile iş görmekten kaçınma hakkı kavramı ve hukuki niteliği, Türk ve Alman hukukundaki görüşler de incelenerek ele alınmıştır.

İkinci Bölümde işçinin ücretinin ödenmemesi ile işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda hangi koşullarla işi ifadan kaçınabileceği ve sonuçları incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, kanunda yer verilmemekle beraber işçinin iş görmekten kaçınma hakkının söz konusu olabileceği diğer haller ele alınmıştır.

Bu kapsamda ayrımcılık yasağına aykırılık, cinsel veya psikolojik taciz, yıllık iznin kullandırılmaması ve manevi sebeplerin işçiye iş görmekten kaçınma hakkı verip vermeyeceğı Alman Hukukunda yer alan kanuni düzenlemeler ve öğreti görüşleri de değerdendirilerek tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesi, İş Görme Borcu, Ücret, İş Görmekten Kaçınma Hakkı



ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy(PhD)
Employees’ Right to Abstain from Work
Betül ERKANLI BAŞBÜYÜK

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law PhD Program

Employment contract is a private law contract that is established with the mutual will of the parties and which imposes mutual debts on both sides of the contract. Under the Article 8 of the Turkish Labor Law, this contract is defined as an agreement whereby one party (the employee) undertakes to perform work in subordination to the other party (the employer) who undertakes to pay him remuneration. Since the performance of work and remuneration are in synallagma, the main rule is that the employee will not be entitled to the remuneration without performing work. However, there are exceptions to this main rule. Employee’s right to abstain from work is one of them.

The right to abstain from work is recognized in two conditions in the labor legislation. These are the non-payment of wages for twenty days and the emergence of occupational hazards in the workplace. However, in addition to these two reasons included in labor laws, there are some other situations that employee has the right to abstain from work.

Our thesis, entitled “Employees’ Right to Abstain from Work”, consists of three main sections. In the First Section, the performance of work, the concept of the right to abstain from work and its legal character in the context of the views in Turkish and German Law have been examined.

In the Second Section, the right of the employee to abstain from work in case of the non-payment of remuneration and the imminent and urgent danger in the workplace have been discussed.

In the Third Section, other cases that the employee has the right to abstain from work have been examined. In this context, violation of the prohibition of discrimination, sexual or psychological harassment, refuse of the employee's request to use annual leave, and whether the moral reasons would give the employee the right to abstain from work have been discussed in consideration of the legal regulations in German Law.

Keywords: Employment Law, Performance of Work, Remuneration, Right to Abstain from Work

İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xv

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÖRME BORCU VE İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

I. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCU	3
A. Genel Olarak	3
B. İşçinin İşi Bizzat (Şahsen) İfa Borcu	6
C. İşçinin Özenle İfa Borcu	9
II. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCUNUN BULUNMADIĞI HALLER	11
A. Genel Olarak	11
B. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması	13
1. Kavram	13
2. Askıya Alma Koşulları ve Askı Halleri	14
C. İşverenin Alacaklı Temerrüdü	18
1. Alacaklı Temerrüdü ve Koşulları	18
2. İşverenin Alacaklı Temerrüdü	22
a. Tanım	22
b. Koşulları	24
(1) İfası Mümkün Bir İş Sözleşmesinin Varlığı	24
(2) İşçinin İfayı Teklif Etmiş Olması	25
(3) İşverenin Haklı Bir Neden Bulunmaksızın İfayı Kabul Etmemesi ya da Hazırlık Fillerini Yapmaktan Kaçınması	27

III. İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI	29
A. Kavram	29
B. Hakkın Ortaya Çıkışı ve Hukuki Niteliği	31
1. Alman Hukukunda	31
a. Alman Medeni Kanunu Madde 320	33
b. Alman Medeni Kanunu Madde 273	37
c. Karşılaştırma	40
d. İşverenin Alacaklı Temerrüdü	41
2. Türk Hukukunda	44
a. Hakkın Ortaya Çıkışı	44
b. Hakkın Hukuki Niteliği Hakkında Görüşler	46
(1) Ödemezlilik Def'i Görüşü	47
(i) Ödemezlilik Def'i Kavramı ve Koşulları	47
(ii) İş Görmekten Kaçınma Hakkına İlişkin Görüş	49
(2) İşverenin Alacaklı Temerrüdü Görüşü	53
(3) Sui Generis Nitelik Taşıdığı Görüşü	55
(4) Diğer Görüşler	56
(i) Temel Bir Güvenlik Hakkı Olduğu Görüşü	56
(ii) Mücbir Sebebe Dayandığı Görüşü	57
(iii) Zaruret (Zorunluluk) Haline Dayandığı Görüşü	57
(5) Görüşümüz	58
C. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Topluca Kullanılması ve Toplu Eylem Hakkıyla İlişkisi	63
1. İş Görmekten Kaçınma Hakkı ve Grev İlişkisi	63
2. 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Önceki Dönemde İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kanun Dışı Grev Sayılması Sorunu	70
3. 4857 Sayılı Kanun Döneminde Sorunun İncelenmesi	73
D. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Sınırları	78
1. Genel Olarak	78
2. Son Çare Olma İlkesi	79
3. Edimin İfa Edilmeyen Kısımının Önemsiz Olması	82
4. Ücretin Ödenmemesinin Kısa Süreli Ertelenmesi	83

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNDA DÜZENLENEN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HALLERİ

I. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ HALİNDE İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI (İŞ KANUNU MADDE 34)	85
A. İşverenin Ücret Ödeme Borcu	85
1. Genel Olarak	85
2. Ücret Kavramı	86
3. Ücretin Ödenmesi	89
a. Ücretin Ödenme Yeri	89
b. Ücretin Ödenme Zamanı	90
B. Ücretin Gününde Ödenmemesinin Genel Sonuçları	91
1. İşçinin Ücret ve Faizini Talep Hakkı	92
2. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı	93
3. İdari Para Cezası	94
C. İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı	95
1. Genel Olarak	95
2. Çalışma Hakkı ve Angarya Yasağı	96
3. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Koşulları	100
a. İşçinin Ödenmesi Gereken Bir Ücret Alacağının Mevcut Olması	100
b. Ücretin Ödenmesinde Yirmi Gün Gecikilmiş Olması	106
c. Ücretin Ödenmemesinin Mücbir Sebep Dışında Bir Nedenle Kaynaklanması	111
d. İş Görmekten Kaçınmanın İşçinin Kişisel Kararına Dayanması	114
4. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kullanılması	115
a. İş Görmekten Kaçınma Hakkından Yararlanabilecek İşçiler	115
(1) İşverene Bağımlı Olarak İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçiler	115
(2) İşyerinde Çalışan Diğer İşçilerin Durumu	116
(i) Alt İşveren İşçileri	116
(ii) Geçici İşçiler	119
(iii) Grev Esnasında İş Görmekten Kaçınma	127

b. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kullanım Şekli	131
(1) Hakkın Kullanıldığıının İşverene Bildirilmesinin Gerekip Gerekmediği	132
(2) İşin Bırakılma Şekli	134
5. İş Görmekten Kaçınmanın Sonuçları	139
a. İş Sözleşmesinin Durumu	139
b. İşçinin Ücret Hakkı	141
c. İşçinin Ücretinin Mahsup Edilmesi	149
d. İş Görmekten Kaçınmanın Grev Sayılmaması	151
e. İş Görmekten Kaçınan İşçiler Yerine İşçi Alınamaması ve Bu İşlerin Başkasına Gördürülememesi	151
f. İş Görmekten Kaçınan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshedilememesi	153
g. İşçinin Sosyal Sigortalılık Durumu	154
II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ BAKIMINDAN İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI (İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU MADDE 13)	155
A. İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu	155
B. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü	158
C. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması Durumunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı	162
1. İşçinin Hakları	162
2. İşçinin İş Görmekten (Çalışmaktan) Kaçınma Hakkı	163
a. Genel Olarak	163
b. Uluslararası Düzende Çalışmaktan Kaçınma Hakkı	167
c. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Uyarınca Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları	169
(1) Ciddi ve Yakın Bir Tehlikenin Varlığı	169
(2) Tehlikenin Tespiti	174
(i) İşçinin Başvurusu	174
(ii) Tehlikenin Yakın ve Ciddi Olduğunu Tespit Edecek Merci	175
(iii) İşçinin Talebinin Kabulü	177
(3) İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması ve Tehlikenin Devam Etmesi	181

(4) İşin Durdurulmamış Olması	182
(5) Hakkın Kullanıldığıının İşverene Bildirilmesi	183
(6) Hakkın Kullanımının Başkasının Yaşamı ve Bedensel Bütünlüğü Üzerinde Tehlike Yaratmaması	185
d. Hakkın Kullanılması	186
e. Çalışmaktan Kaçınma Hakkından Yararlanabilecek İşçiler	187
3. İşçinin Kendiliğinden Çalışmaktan Kaçınma Hakkı	190
a. Genel Olarak	190
b. Hakkın Koşulları	190
(1) Ciddi ve Yakın Tehlikenin Önlenemez Olması	190
(2) İşin Durdurulmamış Olması	192
c. Hakkın Kullanımı	192
4. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Sonuçları	193
a. İş Sözleşmesinin Durumu	193
b. Çalışmaktan Kaçınılan Sürelerin Çalışma Süresinden Sayılması	195
c. İşçinin Ücret ve Diğer Hakları	196
d. Çalışmaktan Kaçınan İşçiye Yaptırım Uygulanamaması	199
e. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede İşçinin Sosyal Güvenlik Durumu	200

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKINI KULLANABİLECEĞİ DİĞER HALLER

I. AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIK	201
A. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi	201
B. Uluslararası Belgelerde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi	203
C. Türk İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı	206
D. Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Durumunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı	210
1. Genel Olarak İşçinin Hakları	210
2. İş Görmekten Kaçınma Hakkı	212
II. İŞYERİNDE CİNSEL TACİZ	216
A. Genel Olarak	216

B. İşyerinde Cinsel Taciz Kavramı	219
1. Uluslararası Alanda İşyerinde Cinsel Taciz	219
2. Türk Hukuku'nda İşyerinde Cinsel Taciz	226
a. Konunun Düzenleniş Şekli	226
b. Tanım	229
C. İşverenin İşçiyi Cinsel Tacize Karşı Koruma Yükümlülüğü	235
D. İşçinin Cinsel Taciz Durumunda İş Görmekten Kaçınma Hakkı	238
1. Genel Olarak İşçinin Hakları	238
2. İş Görmekten Kaçınma Hakkı	244
a. Alman Hukukunda	244
(1) Kanuni Düzenleme	244
(2) Koşulları	246
b. Türk Hukukundaki Görüşler	251
c. Görüşümüz	252
III. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)	255
A. Kavram ve Terminoloji	255
B. Tanım ve Unsurlar	258
1. Kavram	258
2. Unsurları	262
C. Uluslararası Belgelerde Psikolojik Taciz	267
D. Psikolojik Tacize Uğrayan İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı	269
1. Genel Olarak	269
2. İşçinin Sahip Olduğu Haklar	273
3. İş Görmekten Kaçınma Hakkı	279
a. Türk Hukukunda	279
b. Alman Hukukunda	285
III. YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKININ KULLANDIRILMAMASI	288
A. Genel Olarak	288
B. İşçinin Yıllık İzin Hakkı	290
1. Kanuni Düzenleme	290
2. İş Kanunu Uyarınca Yıllık Ücretli İzin Hakkının Koşulları	294
3. Yıllık İzin Süreleri	297

a. Asgari İzin Süreleri	297
b. Yıllık İzin Süresinden Sayılmayan Süreler	298
C. Yıllık İzin Hakkın Kullanılması ve Kullanma Zamanının Belirlenmesi	299
1. Yıllık İznin Uygulanması	299
2. Yıllık İznin Kullanılması	300
D. İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması Durumunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı	303
1. Genel Olarak İşçinin Hakları	303
2. İşçinin Kendiliğinden Yıllık İznini Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu	308
IV. MANEVİ SEBEPLERLE İŞİ İFADAN KAÇINMA	316
A. İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları	316
B. Hukuka Aykırı Talimatlar Bakımından İşçinin İş Red Hakkı	320
C. İşin Esaslı Şekilde Değiştirilmesi	321
1. Genel Olarak	321
2. Çalışma Koşulu ve Esaslı Değişiklik Kavramları	323
3. Esaslı Değişikliğin Yapılması	327
4. Teklifin İşçi Tarafından Kabul Edilmemesi	328
D. Manevi Beklenilmezlik Kavramı ve Sonuçları	332
1. Genel Olarak	332
2. Ailevi Nedenlerden Kaynaklanan Manevi Beklenilmezlik	333
3. İşçinin İş Görme Borcu İle İnancı Arasındaki Çatışma	338
a. Genel Olarak	338
b. İşin İşçinin İnancı İle Çatışması	341
c. İşçinin Dinsel Nedene Dayanan Devamsızlığı	348
SONUÇ	352
KAYNAKÇA	365

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AY	Anayasa
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
Çev.	Çeviren
DB	Der Betrieb
Dn.	Dipnot
E.	Esas
EBK	818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu
Ed.	Editör
E.T.	Erişim Tarihi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
ILO	International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İHD	İş Hukuku Dergisi
İHU	İş Hukuku Uygulamaları
İSGK	6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İş K.	4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
K.	Karar

m.	Madde
N.	Nummer/Numara
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer/Numara
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Resmi Gazete
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
s.	Sayfa
s. Kanun	Sayı Kanun
ss.	Sayfa aralığı
STSK	6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TİSK	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TSGLK	Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü İşverenleri Sendikası İş Hukuku ve İktisat Dergisi
Yarg	Yargıtay
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yön.	Yönetmelik
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

GİRİŞ

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel edim yükümlülüğü, iş görme edimini, sözleşmeye uygun olarak, bizzat ve özenle yerine getirmektir. İş görme borcunun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, işçi sözleşmeye aykırı davranmış olur ve sorumluluğu doğar. İşçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi durumunda herhangi bir sorumluluğunun doğmaması, ancak davranışının meşru bir temele dayanması ile mümkün olur. İş görmekten kaçınma hakkı da bu hakkı doğuran neden ve koşulların gerçekleşmesi durumunda, iş görme borcunun ifa edilmemesi bakımından haklı bir neden oluşturmakta, hakkın varlığının kabul edildiği hallerde işin ifa edilmemesi sonucunda, işçinin iş sözleşmesi işverence feshedilememekte ve sorumluluğuna başvurulamamaktadır.

İş görmekten kaçınma hakkı, belirli koşulların ortaya çıkması durumunda işçinin iş görme edimini, işveren tarafından karşı edim yerine getirilinceye ya da işverence işçinin edimini ifa etmesi için gereken hazırlık fiilleri gerçekleştirilinceye kadar yerine getirmeme hakkıdır. Bu hak, iş mevzuatımızda iki durum bakımından özel olarak düzenlenmiştir. İlki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen, işçinin ücretinin gününde ödenmemesidir. İlgili hükümde ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde, mücbir bir neden bulunmaksızın ödenmeyen işçinin, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği, işçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemelerinin sayısal olarak toplu nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemeyeceği düzenlenmiştir.

Kanunda düzenlenen ikinci hal, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasıdır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesiyle, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanların iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacağı kabul edilmiş, ancak ilk önce iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurularak durumun tespitinin ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesinin talep edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Her ne kadar işçinin bu iki temel durum bakımından iş görmekten kaçınma hakkı özel olarak iş mevzuatında düzenlenmişse de, hakkın hukuki niteliği, koşulları, ne şekilde kullanılacağı ve özellikle hukuki sonuçları bakımından öğretide tartışmalı

ve sorun yaratan önemli noktalar bulunmaktadır. Söz konusu tartışmalı hususların incelenmesi çalışmamız bakımından oldukça önem taşımaktadır.

Kanunlarda özel olarak düzenlenen bu iki sebebin yanı sıra, işçinin sağlığının ve kişiliğinin korunması prensibi de göz önüne alınarak, genel hükümler uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkının kabul edilebileceği bazı durumlar akla gelmektedir. İşyerinde işçiye karşı ayrımcılık yapılması, cinsel tacizde bulunulması ya da psikolojik taciz uygulanması, yıllık izin hakkının kullandırılmaması gibi haller ile manevi sebepler, kanunda düzenlenmemesine karşın işçinin iş görmekten kaçınma hakkı kapsamında tartışılması gereken durumlardandır. Böyle durumlarda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin olarak iş mevzuatında özel bir hüküm yer almadığından, işçinin bu hakka sahip olup olamayacağı, hangi koşullar çerçevesinde ve nasıl yararlanabileceği konusu önemlidir.

Çalışmamız 3 bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde işçinin genel olarak iş sözleşmesinden doğan iş görme borcu ile bu borcun bulunmadığı hallere kısaca yer verilmiş, iş görmekten kaçınma hakkı kavramı tanımlanmış, ortaya çıkışı ve hukuki niteliği konusunda Türk ve Alman Hukukundaki tartışmalar incelenmiştir. Ayrıca hakkın toplu eylem hakkıyla ilgisi irdelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, kanunda yer verilen işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin iki temel sebep ele alınmıştır. Bu çerçevede ilgili düzenlemeler ışığında işçinin hangi koşullarda işi ifadan kaçınabileceği, iş görmekte kaçınma hakkını kimlerin, nasıl kullanabileceği ve hakkın hukuki sonuçları tartışılmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise, kanunda düzenlenmeyen, ancak işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olamayacağı konusunda tartışılması gereken bazı hallere yer verilmiştir. Bu çerçevede ayrımcılık yasağına aykırılık, cinsel veya psikolojik taciz uygulanması, yıllık izin hakkının kullandırılmaması ile manevi sebeplerin iş görmekten kaçınma hakkına yetki verip vermeyeceği incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ GÖRME BORCU VE İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

I. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCU

A. Genel Olarak

İş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda¹ bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır (İş K. m. 8/I). İş ilişkisi ise, aynı Kanunda “*işçi ile işveren arasında kurulan ilişki*” şeklinde ifade edilmiştir (İş K. m. 2/I). Benzer bir tanıma 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda² da yer verilmiş ve 393. maddesinde hizmet sözleşmesi, “*işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır.

Kanunda yer verilen bu tanımlar göz önüne alındığında, iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için, genel olarak üç unsurun bulunması gerektiği sonucuna varılır. Bunlar; iş görme, ücret ve bağımlılıktır. Bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, üç unsurun birlikte bulunması şarttır; aksi takdirde birinin bile eksik olması durumunda ilişki, taraflarca bu şekilde adlandırılrsa dahi, iş sözleşmesi olarak kabul edilemez³.

İş sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüklerini, işçi açısından iş görme ediminin sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesi, işveren açısından da iş görme ediminin karşılığı olarak ücretin ödenmesi oluşturur (İş K. m. 8/I, TBK m. 393/I). İş görme ilişkisinin varlığı, yani işçi tarafından iş görme ediminin ifasının üstlenilmiş

¹ RG, 10.06.2003, Sayı: 25134.

² RG, 04.02.2011, Sayı: 27836.

³ Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 165; Ayrıca iş sözleşmesinin unsurları hakkında bilgi için bkz. Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 231-239; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2014, (2014), s. 342; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku**, Lykeion Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 76-82; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 164-172; Öner Eyrenci ve Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul, 2019, s. 59-60.

olması, iş sözleşmesinin kurulabilmesi için aranan temel unsurlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır⁴.

İşçinin iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme edimi, sözleşmenin karşı tarafı için değeri olan ve bir ihtiyacın giderilmesine yönelik olarak düzenli bir şekilde icra edilen bedensel ya da düşünsel her tür faaliyet olarak tanımlanabilir⁵. Bu faaliyetin türü, iş görme unsurunun tespiti açısından önem taşımaz, hukuka uygun olan her tür faaliyetin iş görme ilişkisi çerçevesinde işçi tarafından üstlenilmesi mümkündür. Nitekim İş Kanunu ya da Türk Borçlar Kanunu ile de iş sözleşmesinin konusunu oluşturacak işin türüne ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen her türlü çalışmanın, iş sözleşmesine konu edilebileceği söylenebilir⁶. Ancak bir faaliyetin hukuken iş olarak nitelendirilebilmesi ve iş sözleşmesine konu edilebilmesi için, hukuk düzeniyle bağdaşması, hukuka ya da ahlaka aykırı özellik taşınamaması gerekir (TBK m. 27)⁷. Örneğin adam öldürmek ya da kaçakçılık gibi fiiller, iş sözleşmesinin konusunu oluşturamaz⁸.

İş sözleşmesinin konusunu oluşturan iş görme edimi, bir şeyi yapmayı konu edinen olumlu bir eylemden meydana gelir. Bu bakımdan yapmama ya da kaçınma eylemleri, iş görme edimini oluşturmaz. Ancak işçinin iş görmemekle beraber bir işin ifası amacıyla işverenin emrine hazır şekilde beklemesi, iş görme edimi ile aynı

⁴ Temel unsurlardan biri olmakla birlikte, iş görme edimi iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru değildir. Nitekim taraflar arasında kurulan iş görme ilişkisi vekâlet, eser gibi sözleşmelerin de konusunu oluşturduğundan, iş görmenin tek başına iş sözleşmesini nitelemek ve diğer sözleşmelerden ayırt etmek için yeterli olduğu söylenemez; diğer unsurların da mevcut olması gerekir. Narmanlıoğlu, s. 168; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 344; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 76.

⁵ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018, s. 69-70; Narmanlıoğlu, s. 168; Süzek, s. 231; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 344; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 76; Çelik ve diğerleri, s. 164; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, Güncellenmiş 12. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 118; Ali Güzel, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, Ankara, 1997, (İşçi Kavramı), s. 95.

⁶ Münir Ekonomi, **Ferdi İş Hukuku, Cilt: I**, İstanbul, 1984, s. 74; Süzek, s. 231; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 344; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 76; Çelik ve diğerleri, s. 164; Eyrenci ve diğerleri, s. 61; A. Nizamettin Aktay ve Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen-Kaplan, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 51; Güzel, İşçi Kavramı, s. 95.

⁷ TBK Madde 27 – “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

⁸ Akyiğit, s. 119.

anlamda değerlendirilir⁹. Nitekim İş Kanunu'nun çalışma sürelerinden sayılan halleri düzenleyen 66. maddesinde, "*İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler*"ın de çalışma süresinden sayılacağı belirtilmiştir. Yine İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde de çalışma süresi, "*işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre*" olarak tanımlanmış, ancak ilgili hükmün devamında, İş Kanunu'nun 66. maddesinin 1. fıkrasında yazılı sürelerin çalışma süresinden sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümler göz önüne alındığında, işçinin iş görme edimini yerine getirmeksizin işverenin emrine hazır şekilde beklediği süreler, işçinin iş görme edimi içerisinde değerlendirilecektir.

İş görme ilişkisinin konusunu oluşturan edimin en önemli özelliklerinden biri, iradi nitelikte olmasıdır. İş ilişkisinde iş görme borcu, çalışan kişinin rızası ve tarafların karşılıklı anlaşmaları ile ifa edilir. Bu bakımdan iş sözleşmesi iradi çalışmaya dayalı olarak kurulan bir sözleşme olup, çalışmanın kanuni bir zorunluluğa dayanması hâlinde, iş sözleşmesinden bahsedilemez¹⁰.

İş görme ediminin diğer bir önemli özelliği, kişisel nitelikte olmasıdır. İş sözleşmesinin kurulması ve devamında işçinin nitelik, vasıf ve kişiliği birincil derecede önem taşır¹¹. Kişisel nitelik taşıyan bir sözleşme olmasının sonucu olarak iş sözleşmesi; taraflar arasında güven ilişkisinin doğumuna ve buna bağlı olarak da iş sözleşmesinin aslî edimini teşkil eden iş görme ve ücret ödeme borçlarının yanı sıra, işçi açısından sadakat ve itaat, işveren açısından ise, işçiyi koruma ve eşit işlem yapma gibi bazı yan yükümlülüklerin doğumuna yol açar¹². Yine iş sözleşmesinin kişisel niteliğine bağlı olarak, iş görme borcu bakımından işçi, iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme edimini bizzat (TBK m. 395) ve özenle (TBK m. 396) yerine getirmekle yükümlü olur¹³.

⁹ Polat Soyer, **İşçinin İş Görme Borcu**, Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 1979, s. 36; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 344; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 76; Akyiğit, s. 119; Mahmut Kabakçı, **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 6.

¹⁰ Soyer, s. 2; Narmanlıoğlu, s. 169.

¹¹ Narmanlıoğlu, s. 169.

¹² Süzek, s. 240.

¹³ İş görme borcunun ihlali ile kötü ve eksik iş görme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, s. 110-160; Kabakçı, s. 13 vd.

B. İşçinin İş Bizzat (Şahsen) İfa Borcu

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı iradeleri ile kurulan ve sözleşmenin her iki tarafına karşılıklı borçlar yükleyen, sürekli nitelik taşıyan bir özel hukuk sözleşmesidir¹⁴. İş sözleşmesinin süreklilik arz eden ve işçinin kişiliğini ön plana çıkararak taraflar arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması, sözleşmenin tarafları arasında bir güven ilişkisinin kurulmasına yol açar. Zira iş sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde, kişiler genellikle yalnızca sözleşmenin tarafı iken, iş sözleşmesinde işçi, sözleşmenin hem tarafıdır hem de konusu içinde yer alır¹⁵.

İş sözleşmesinin tarafları arasında kişisel bir ilişki kurması ve buna bağlı olarak iş ilişkisinin kurulması ve devamında işçinin kişiliğinin taşıdığı önem dolayısıyla, sözleşmenin tarafı olan ve iş görme edimini ifa etmekle yükümlü bulunan işçinin bizzat çalışmayı, yani kendi emeğini taahhüt etmesi gerekir¹⁶. Zira iş sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması ve devamı için belirleyici nitelik taşıyan en temel unsur, işçinin meslekî tecrübesi, yeterlilikleri, yetenekleri, hareketleri gibi kişiliğinden kaynaklanan özellikleridir¹⁷. İş sözleşmesiyle bir işin yapılmasını üstlenen işçinin kişiliği sözleşmenin yapılması ve devamı bakımından önem taşıdığından, işi bizzat ifa etmekle yükümlü olması doğaldır.

İşçinin bizzat ifa yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanunu'nun 395. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde aksi sözleşmeden ya da işin veya durumun gereğinden anlaşılmadıkça, işçinin iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme edimini bizzat ifa etmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir¹⁸. Hükümün ifadesinden de

¹⁴ Süzek, s. 240-241; Narmanlıoğlu, s. 165-169.

¹⁵ Ali Güzel, "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "Intuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul, 1996, (Intuitus Personae), s. 181.

¹⁶ Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi, Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 147; Ekonomi, s. 113; Turhan Esener, **İş Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 153; Tunçomağ ve Centel, s. 96; Süzek, s. 337; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 579; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 139; Narmanlıoğlu, s. 250; Çelik ve diğerleri, s. 282; Aktay ve diğerleri, s. 93; E. Tuncay Senyen-Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 156; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 22, Haziran 2011, (İşçinin Borçları), s. 6.

¹⁷ Ekonomi, s. 114; Soyer, s. 41; Eyrenci ve diğerleri, s. 116; İbrahim Aydın, **İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 95.

¹⁸ Aynı yönde düzenleme 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinde de yer almaktaydı. 818 sayılı Kanun için bkz. RG, 29.04.1926, Sayı: 359; Ayrıca benzer hükme Alman Medeni Kanunu'nun ("*Bürgerliches Gesetzbuch*") 613. maddesinde de yer verilmiş ve işçinin iş görme

anlaşıldığı üzere, bu kural emredici değil, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. İşçi ile işveren bu hususta anlaşarak iş görme ediminin üçüncü bir kişi tarafından yerine getirileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, işin yapılması bakımından işçinin kişisel özelliklerine işveren tarafından önem verilmediği sözleşmeden ya da durumun gereğinden anlaşılıyorsa, işçi işin ifasını üçüncü bir kişiye devredebilecek ya da işin ifasında yardımcı bir kişi kullanabilecektir¹⁹.

Böylece ana kural iş sözleşmesiyle üstlenilen işin, bizzat işçi tarafından ifa edilmesiye de, iş görme ediminin ifasının bu şekilde üçüncü bir kişiye geçici ya da sürekli olarak devredilmesi mümkündür. Örneğin işçinin, hastalanması halinde kendisi yerine işverenin rızasını almak kaydıyla bir başka işçiyi ikame etmesi durumunda iş görme edimi belirli bir süreyle, geçici olarak devredilmiş olur²⁰. Bu şekilde iş görme ediminin başka bir kişiye geçici olarak devredildiği hallerde işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi sona ermez²¹. Buna karşılık iş görme ediminin sürekli olarak devredilmesi durumunda ise, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin sona erdiği ve iş ilişkisinin işveren ile üçüncü kişi arasında kurulduğu kabul edilmelidir²².

İşin, niteliği uyarınca işçinin şahsen ifasını gerektirmediği durumlarda, işçinin yardımcı kişi kullanması mümkündür. Böyle bir durumda, yardımcı kişi ile işveren arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmuş sayılmaz. Burada ifa yardımcısının verdiği

edimini bizzat ifa ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) Almanca metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896BJNE062802377>, (E.T. 25.04.2019); Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Arthur Nikisch, **Arbeitsrecht**, I. Band, 3., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961, s. 283-284; Ulrich Linck, in: Schaub, **Arbeitsrechts-Handbuch**, 17. neu bearbeitete Auflage, 2017, s. 481-482, Rn. 1-2; Ludwig Schnorr von Carolsfeld, **Arbeitsrecht**, 2. neubearbeitete Auflage, Göttingen, 1954, s. 298; Ulrich Preis, **Arbeitsrecht**, 5. Auflage, 2017, s. 224-225, Rz. 1068-1071; Hans Brox ve Bernd Rüthers ve Martin Henssler, **Arbeitsrecht**, 19., überarbeitete Auflage, Stuttgart, 2016, s. 74-75, Rz. 193-194; Wolfgang Zöllner ve Karl-Georg Loritz ve Curt Wolfgang Hergenröder, **Arbeitsrecht**, 7., neu bearbeitete Auflage, C.H.Beck, 2015, s. 199, N. 2-3; Benzer şekilde İsviçre Hukukunda da bu yönde bir düzenleme mevcuttur. Bilgi için bkz. Manfred Rehbinder, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 8., neu bearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern, 1986, s. 39.

¹⁹ Alfred Hueck ve Hans Carl Nipperdey, **Lehrbuch des Arbeitsrechts**, 7. neubearbeitete Auflage, Berlin-Frankfurt am Main, 1963, s. 198; Tunçomağ ve Centel, s. 96; Soyer, s. 42; Süzek, s. 337-338; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 580; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 139-140; Narmanlıoğlu, s. 250-251; Çelik ve diğerleri, s. 283; Centel, İşçinin Borçları, s. 6.

²⁰ Soyer, s. 42.

²¹ Örneğin işin ifasının üçüncü bir kişiye bırakılmasının tipik hallerinden biri, kapıcılık hizmetlerinde eşin kapıcı yerine çalışmasıdır. Bu gibi işlerde işin ifasının zaman zaman üçüncü kişiye bırakılması, durumun gereğidir. Rehbinder, s. 39; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 580; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 140.

²² Tunçomağ ve Centel, s. 97; Süzek, s. 338.

zarardan işçi ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca sorumlu olabilir²³.

İş sözleşmesinin işçinin kişiliğiyle yakından ilgisi ve buna bağlı olarak işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getirmekle yükümlü olmasının bir sonucu olarak, iş sözleşmesi ve işçinin iş görme borcu, işçinin ölümü halinde mirasçılara intikal etmez²⁴. İşçinin ölümü halinde, iş sözleşmesi ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun kendiliğinden sona erer. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesiyle de düzenlenmiştir. Böyle bir durumda iş sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden, herhangi bir işlem ya da fesih bildirimi yapılması gerekmez²⁵. Bu nedenle sözleşmenin işçinin mirasçılarıyla devam etmesi de mümkün olmayacaktır²⁶. Zira iş sözleşmesinin işçinin kişiliğini esas alması, iş görme ediminin işçi yerine bir başkası tarafından ifa edilmesine engel olur. Ancak işçinin ölümü halinde, kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan alacakları ise mirasçılara intikal eder²⁷. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hüküm karşısında, ana kural işçinin ölümü halinde iş sözleşmesinin mirasçılara intikal etmeyeceği şeklinde olsa da, tarafların işçinin ölümünden sonra sözleşmenin mirasçılardan biriyle devam edeceğini kararlaştırmalarının mümkün olduğu öğretide ifade edilmektedir²⁸. Ancak bu halde de mirasçı ölen işçinin yerini almayıp, işveren ile mirasçı arasında yeni bir iş sözleşmesi yapılmış olur²⁹.

²³ Soyer, s. 43; Süzek, s. 338.

²⁴ Hueck ve Nipperdey, s. 198; Linck, in: Schaub, s. 482, Rn. 2; Ekonomi, s. 114; Esener, s. 154; Süzek, s. 337; Preis, s. 224, Rz. 1069; Zöllner ve diğerleri, s. 199, N. 2.

²⁵ Tunçomağ ve Centel, s. 197; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 789; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 219; Çelik ve diğerleri, s. 432; Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 6715 ve 7036 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İzmir, 2018, (İş Hukuku), s. 158.

²⁶ Hueck ve Nipperdey, s. 198; Linck, in: Schaub, s. 482, Rn. 2; Preis, s. 224, Rz. 1069; Zöllner ve diğerleri, s. 199, N. 2; Ekonomi, s. 114; Tunçomağ ve Centel, s. 197; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 790; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 219; Aktay ve diğerleri, s. 94; Akyiğit, s. 206; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Akyiğit, "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, Cilt: VI, Sayı: 22, s. 33-34; Ayrıca bu hususta bkz. Şükran Ertürk ve Betül Erkanlı, "İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Mart 2014, Cilt: IX, Sayı: 91, s. 47-48.

²⁷ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 790; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 220.

²⁸ Bu yönde bkz. Hueck ve Nipperdey, s. 198; Linck, in: Schaub, s. 482, Rn. 3; Özer Seliçi, **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 82; Ekonomi, s. 114; Tunçomağ ve Centel, s. 197.

²⁹ Hueck ve Nipperdey, s. 198; Ekonomi, s. 114; Soyer, s. 42; Aktay ve diğerleri, s. 94; Senyen-Kaplan, s. 156.

C. İşçinin Özenle İfa Borcu

İşçi iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme edimini yerine getirirken özenle davranmak yükümlülüğü altındadır³⁰. Bu husus 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'na paralel şekilde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Özen ve Sadakat Borcu" başlıklı 396. maddesinde düzenlenmiş ve işçinin yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Aksi halde işçinin, özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle işverene karşı sorumluluğu doğacaktır (TBK m. 400/I).

Söz konusu düzenleme, işçinin işini özenle ifa etmekle yükümlü olduğunu hüküm altına alan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 321. maddesine paralel şekilde getirilmiş olmakla beraber, yeni hükümde ek olarak işçinin bu yükümlülüğü 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 yükümlü olduğu belirtilmiştir (TBK m. 396/II)³¹.

İşçinin özen borcunun yansıması olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda da işverenin fesih hakkı çerçevesinde bir düzenleme yapılmış ve 25. maddenin 2. fıkrasının 1 bendinde, "*İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması*" işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih sebepleri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla işçi iş görme edimini yerine getirirken kendisinden beklenen özeni göstermeli, bu kapsamda iş güvenliğini tehlikeye atacak eylemlerde bulunmamalı, işyerindeki alet ve malzemeler ile makinelere zarar vermekten kaçınmalıdır.

³⁰ İşçinin özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Adil İzveren, "İşçinin İhtimam Mükellefiyeti", **Adalet Dergisi**, Cilt: 44, Sayı: 11, Kasım 1953, s. 1308-1321; Recep Makas, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu'na Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 4, 2012, s. 149 vd.

³¹ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun işçinin özen borcuna ilişkin "İhtimam Mecburiyeti" başlıklı 321. maddesi şu şekilde düzenlenmekteydi: "*İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur. Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malûmu olan veya olması icabeden malûmatı derecesi ve mesleki vukufu keزالik istidat ve evsafi gözetebilir.*".

Özen kavramı öğretide, borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu edimi kendisinden beklenen ve borcun ifası için gereken özen ve dikkat unsurları ile yerine getirmesi için kişiliğinde bulunması zorunlu olan bedensel ve düşünsel nitelikler olarak tanımlanmaktadır³². Özen borcu ise, işçinin işin görülmesi sırasında gereken tüm dikkati göstermesi, mesleki bilgisini, fikri ve bedeni yeteneklerini gerektiği şekilde kullanmasını ifade etmektedir³³.

İşçinin özen borcu temel olarak iş görme borcunun ifası sırasında özellikle önem kazansa da, işçi yalnızca asıl işin ifa edilmesinde değil, genel olarak iş sözleşmesinden doğan tüm borçların yerine getirilmesinde özenle davranmak yükümlülüğü altındadır. Böylece iş sözleşmesiyle yüklenilen borçların, sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak şekilde yerine getirilmesine yönelik bir borçtur³⁴. Bu açıdan öğretide işçinin yan yükümlülüklerinden biri olarak nitelendirilmektedir³⁵.

İşçinin iş görme edimini yerine getirirken göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi konusunda genel ve objektif bir ölçü verilmesi mümkün değildir; işin ve işyerinin niteliği göz önüne alınarak her iş ilişkisinde ayrıca belirlenmesi gerekir³⁶. Örneğin hastanenin temizlik işinde çalışan işçi ile bir mağazada çalışan temizlik işçisinin özen ölçüsü, her ikisi de temizlik işi olsa da aynı olmayacaktır³⁷. Bu bakımdan özen ölçüsü tespit edilirken işin niteliği, tehlikeli olup olmadığı gibi hususların dikkate alınması gerekir. Bunun yanı sıra işçinin mesleki bilgisi ve

³² İzveren, s. 1310.

³³ Seza Reisoğlu, s. 154; Ekonomi, s. 121; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 143; Çelik ve diğerleri, s. 284; A. Can Tuncay, “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt: II, İstanbul, 2001, (Sadakat Yükümlülüğü), s. 1050; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 266-267; Makas, s. 151; Sera Reyhani Yüksel, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Genel Hizmet Sözleşmesinde İşçinin Özen Borcu”, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 1, Şubat 2014, s. 102.

³⁴ İzveren, s. 1310; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 585; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 143.

³⁵ İzveren, s. 1310; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 143; Soyer’e göre, özen borcu, konusu bir işin görülmesi olan sözleşmeler açısından asli bir unsurdur. Böyle bir borçtan söz edilmeksizin hizmet edimi düşünülemez. Soyer, s. 121; Süzek’e göre, işçinin iş görme borcunu özenle ifa etme borcu, asli edim niteliği taşıyan iş görme ediminin yerine getirilmesine hizmet etmekte ve bu nedenle bu borcun ihlali asli edim yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Süzek, s. 343.

³⁶ Ekonomi, s. 123; Esener, s. 155-156; İzveren, s. 1311-1313; Tunçomağ ve Centel, s. 100; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 586; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 143; Narmanlıoğlu, s. 269; Eyrenci ve diğerleri, s. 117-118; Çelik ve diğerleri, s. 284; Tuncay, Sadakat Yükümlülüğü, s. 1050; Senyen-Kaplan, s. 160; Arslan Ertürk, s. 267; Makas, s. 155-156; Reyhani Yüksel, s. 104-105.

³⁷ Reisoğlu, Seza, s. 154; Arslan Ertürk, s. 267.

tecrübesi de gözetilerek özen yükümlülüğü açısından bir belirleme yapılmalıdır³⁸. Özen derecesinin somut olarak belirlenemediği durumlarda ise, “orta nitelikte bir işçi” ölçüt alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir³⁹.

İşçinin özen borcunun kapsamı esasen Türk Borçlar Kanunu’nun 400. maddesinin 2. fıkrası uyarınca belirlenmektedir. İşçinin işverene kusuruyla verdiği zararlardan sorumluluğunu düzenleyen bu hükümde, işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde “işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri”nin göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hüküm uyarınca işçinin özen borcunun kapsamı belirlenirken, hem işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi gibi objektif hususlar, hem de işçinin yetenek ve nitelikleri gibi sübjektif unsurlar dikkate alınacaktır. Böylece işçi işe alınırken de işçinin yetenek ve nitelikleri göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerekecek ve işçiden kendi bilgisi ve becerisi dışında bir iş yapması beklenemeyecektir⁴⁰.

II. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCUNUN BULUNMADIĞI HALLER

A. Genel Olarak

Tarafların karşılıklı iradeleri ile kurulan ve her iki tarafa karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmelerinde, karşılıklılık teşkil eden ve sözleşmenin asli edimlerini oluşturan borçlar, işçi açısından iş görme ve işveren açısından ücret ödemedir. Bu iki asli edim birbirinin karşılığını oluşturduğundan, genel kural iş görme edimi ifa edilmeksizin ücrete hak kazanılamayacağı şeklinde

³⁸ Ekonomi, s. 123; Tunçomağ ve Centel, s. 100; Soyer, s. 123; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 586; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 143; Demir, İş Hukuku, s. 159; İşçinin iş görme borcunu yerine getirdiği sırada işverene ait araç, gereç ve malzemeyi kullanırken göstermek zorunda bulunduğu özen, iş ilişkisine, işçinin o iş karşısındaki durumuna, nitelik ve kabiliyetlerine göre tayin olunur. Hiçbir işçi kişisel yetenekleri ve bilgileri dışında kalan işleri yapmaya zorlanamaz. Aksi halde işçiye niteliklerine uygun olmayan bir işin yaptırılmasını kabul eden işverence, işçinin kendisine düşen özeni göstermesine rağmen işin sonuçlanamamasından ya da gerektiği şekilde yapılmamasından dolayı sorumlu olduğu ileri sürülemeyecektir. Narmanlıoğlu, s. 269; Eyrenci ve diğerleri, s. 117; Çelik ve diğerleri, s. 284; Senyen-Kaplan, s. 160; Arslan Ertürk, s. 268; Centel, İşçinin Borçları, s. 7.

³⁹ Ekonomi, s. 123; Narmanlıoğlu, s. 269; Demir’ göre, burada işçi, kendisi işveren olsaydı o işi nasıl yapacak idiyse, işine o derece özen göstermek zorundadır. Demir, İş Hukuku, s. 159.

⁴⁰ Ekonomi, s. 124; İzveren, s. 1314; Eyrenci ve diğerleri, s. 118; Arslan Ertürk, s. 269; Makas, s. 155; Reyhani Yüksel, s. 106.

ortaya çıkmaktadır. Nitekim İş Kanunu’nun “Ücret ve Ücretin Ödenmesi” başlıklı 32. maddesinde ücret, *“bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar”* olarak tanımlanmış, bu şekilde ücretin karşılıklılık özelliği vurgulanmıştır. Böylece örneğin iş sözleşmesinin askıya alınmasına neden olan ve işçinin iş görme yükümlülüğünün ortadan kalktığı bazı hallerde, işçi iş görmediği sürece işverenin de ücret ödeme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Buna karşılık ücretin sosyal niteliği ve iş hukukunun işçiyi koruma prensibi gereğince temel kurala istisnalar getirilmiş, işçinin iş görme borcunun bulunmadığı ve iş görme ediminin işçi tarafından yerine getirilmediği bazı durumlarda ücrete hak kazanılacağı kabul edilmiştir⁴¹.

Örneğin İş Kanunu’nun 40. maddesi uyarınca, Kanunun 24. ve 25. maddelerinin 3. bentlerinde düzenlenen zorlayıcı hallerin ortaya çıkması durumunda çalışmayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi için bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödeneceği kabul edilmiştir. Yine İş Kanunu’nun 49. maddesinde hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olan işçilere aylıklarının tam olarak ödeneceği düzenlenmiştir. Bunların yanı sıra iş sözleşmesinin askıda olması halinde işçiye ücret ödeneceğinin bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılması da mümkündür⁴².

İşçiye iş görme edimini yerine getirmemesine rağmen ücret ödenmesine ilişkin bir hükme Türk Borçlar Kanunu’nda da yer verilmiştir. Kanunun 409. maddesi uyarınca,

*“Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.”*⁴³.

Özellikle işyerinde ortaya çıkan ve işletmesel nedenlerden doğan ya da işçinin kendisinden kaynaklanan ve işçiyi iş görme edimini yerine getirmekten alıkoyan işçinin hastalığı, izin durumu, ailevi sebepler gibi bazı haller ya da işverenin işi kabulde (alacaklı) temerrüdü (TBK m. 408) gibi birtakım durumlar bu kuralın

⁴¹ Bu hususta bkz. Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul, 1998, s. 219-255.

⁴² Süzek, s. 504.

⁴³ Bu hususta değerlendirmeler için bkz. Soyer, s. 192-200; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 670-685; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 173-174; Ayrıca bkz. E. Tuncay Kaplan-Senyen, “İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt I, Beta, İstanbul, 2011, (İşgörme Edimi), s. 588-592.

temel istisnaları olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁴. Çalışmamızın konusunu oluşturan işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması da işçinin iş görme edimini ifa etmemesine karşın ücretine hak kazanacağı durumlardan biridir.

B. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması

1. Kavram

İş sözleşmesinin askıya alınması, sözleşmenin devamını olumsuz etkileyen ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini olanaksız hale getiren sebeplerin sonucunda ortaya çıkan ve işçiye askı süresi boyunca iş görme edimini yerine getirmeme imkânı getiren bir hukuki durumdur⁴⁵. Askıya alınma, belirli koşulların ortaya çıkması durumunda, işçinin iş görme borcunu kusursuz olarak yerine getirememesi sonucuna fesih gibi işçi aleyhine sonuçlar doğuran bir yaptırım bağlanmayarak, iş sözleşmesinin devamının sağlanması ve böylece işçinin korunması amacıyla kabul edilmiş bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁶.

Askı halinin temel sonucu, işçinin kusuru bulunmaksızın iş görme edimini yerine getiremediği bazı sebeplerin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesinin varlığını koruması, ancak askıya alınan süre boyunca işçinin iş görme ve işverenin de ücret ödeme borçlarının askıda kalmasıdır. Böylece askı hali sayesinde işçinin iş görmemesi ve işe devam etmemesi meşru hale gelmiş olur ve işveren iş sözleşmesini bu nedene dayanarak feshedemez⁴⁷. İşçinin iş görme edimine doğrudan bağlı olan, işverenin işin yürütümüne ilişkin yönetim hakkı ile işçinin işverence verilen talimatlara uyma (itaat) yükümlülükleri de bu süre boyunca askıda kalır. Zira işçi

⁴⁴ Centel, s. 237 vd.; Kaplan-Senyen, İşgörme Edimi, s. 567 vd.; Gustav Adolf Bulla, **Lohn trotz Nichtleistung von Arbeit**, Düsseldorf, 1965, s. 9 vd.

⁴⁵ İş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, (Askıya Alınma), s. 3 vd.; Süzek, s. 492-510; Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 3, Eylül 2006, (Askı), s. 20 vd.

⁴⁶ Süzek, Askıya Alınma, s. 13; Süzek, s. 492; Eyrenci ve diğerleri, s. 175; Taşkent, Askı, s. 20.

⁴⁷ Süzek, Askıya Alınma, s. 14; Süzek, s. 492; Bununla birlikte her ne kadar işçi kusuru bulunmaksızın iş görme edimini yerine getiremiyorsa da, işçinin iş görme edimini ifada gecikmesinin dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilemeyecek kadar uzun sürmesi, iş sözleşmesinin devam etmesinin işveren açısından çekilmez hale gelmesi durumunda, işveren haklı nedenle fesih hakkına sahip olur. Bu halde işverenin fesih hakkı, işçinin iş görme edimini ifada temerrüde düşmesi anında değil, işveren tarafından objektif iyiniyet ve dürüstlük kuralı uyarınca beklenilmesi gereken sürenin sonunda doğar. Süzek, Askıya Alınma, s. 36-37, 40.

askı süresince iş görmekle yükümlü olmayacağından, işin yürütülmesine ilişkin olarak kendisine talimat verilmesi ve işçinin talimata uyma yükümlülüğünden söz edilemez⁴⁸. Sözleşmenin askıya alınması sonucunu doğuran nedenlerin ortadan kalkması durumunda ise, iş sözleşmesi tekrar hüküm doğurmaya başlar⁴⁹.

Asli edim yükümlülükleri askıda kalmakla birlikte, sözleşme esasen varlığını koruduğundan, tarafların asli edim yükümlülükleri dışında kalan bazı borçlar ise varlığını korur. Bu çerçevede işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu ile işçinin sadakat yükümlülüğü iş sözleşmesinin askıya alındığı dönemde de varlığını sürdürür. Askı süresince işveren işçinin sağlığını ve kişiliğini korumakla, işçi de işverene zarar verecek söz ya da davranışlarda bulunmamak veya işverenin sırlarını açıklamamakla yükümlü olur⁵⁰. Aksi halde bu yükümlülüklerin ihlali durumunda, diğer tarafın iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı söz konusu olabilir (İş K. m. 24/II, 25/II).

2. Askıya Alma Koşulları ve Askı Halleri

İş sözleşmesinin askıya alınması sonucunun doğması için bazı koşulların bulunması gerekir. Bunların varlığı halinde, askı hali kendiliğinden meydana gelir⁵¹. İlk olarak bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkması ve bu imkânsızlık nedeniyle işçinin iş görme edimini ifa edemiyor olması ya da işçi açısından iş görme borcunu yerine getirmesi mümkün olmakla beraber, işverenin imkânsızlık nedeniyle işçi tarafından sunulan iş görme ediminin ifasını kabul edemiyor olması gerekir⁵².

İşçinin iradesi dışında ortaya çıkan bazı ifa engelleri, iş görme borcunun ifasını imkânsız hale getirebilir. Nitekim işçinin hastalanması, iş kazasına uğraması, doğum yapması, kanundan kaynaklanan askerlik ya da kamusal bir ödevi yerine getirmesi, tutuklanması gibi bazı durumlar, maddi ifa imkânsızlığını ortaya çıkarır⁵³. Ancak iş görme ediminin yerine getirilememesi nedeniyle askı halinin varlığını tespit etmek bakımından maddi imkânsızlığın bulunması ölçütü her zaman yeterli değildir;

⁴⁸ Süzek, s. 505.

⁴⁹ Süzek, Askıya Alınma, s. 14; Süzek, s. 492; Ayrıca bkz. Sarper Süzek, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IX, Özel Sayı, 2007, (Ücretsiz İzin), s. 115; Eyrenci ve diğerleri, s. 175; Taşkent, Askı, s. 21.

⁵⁰ Zöllner ve diğerleri, s. 206, N. 30; Süzek, s. 505; Eyrenci ve diğerleri, s. 176; Taşkent, Askı, s. 20.

⁵¹ Süzek, Askıya Alınma, s. 41.

⁵² Süzek, Askıya Alınma, s. 45; Süzek, s. 496; Taşkent, Askı, s. 21.

⁵³ Süzek, Askıya Alınma, s. 46; Süzek, s. 496; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 122; Taşkent, Askı, s. 21.

ifa edememe durumu işçinin evlenmesi ya da bir yakınının ölümü gibi bir sebebe de dayanabilir. Bu tür sebepler işçinin iş görme edimini yerine getirmesi bakımından maddi bir imkânsızlık ortaya çıkarmaz; ancak burada işçinin ifada bulunması beklenemeyeceğinden, manevi bir imkânsızlık bulunduğu söylenebilir⁵⁴. Nitekim bazı manevi imkânsızlık halleri bakımından İş Kanunu da belirli durumların ortaya çıkması halinde işçiye izin verileceğini kabul etmiştir. İş Kanunu'nun Ek 2. maddesi uyarınca, işçiye evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün ücretli izin verilir. Bu süre boyunca iş sözleşmesi askıda kalır ve işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlü olmaz⁵⁵.

İş sözleşmesinin askıya alınması bakımından ortaya çıkacak imkânsızlık durumu, işverenin ifayı kabulde imkânsızlığı şeklinde de meydana gelebilir. Yani yalnızca işçi açısından ortaya çıkan imkânsızlıklarda değil, işverenin iş görme ediminin ifasını kabulde imkânsızlığa düşmesi durumunda da yine iş sözleşmesinin askıya alınması sonucu doğabilir⁵⁶.

Örneğin doğal afetler, yasama ve yürütme organınca konulan ithalat yasakları gibi nedenler işverenin iş görme edimini kabulünü imkânsız hale getirir⁵⁷. Nitekim İş Kanunu'nun işçinin haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen 24. maddesinin III. bendinde, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu bir haftalık sürede iş

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Askıya Alınma, s. 48-55; Süzek, s. 496-497.

⁵⁵ Süzek'e göre, işçiden içinde bulunduğu koşullar göz önüne alındığında iş görme edimini yerine getirmesinin beklenemez olması, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğuran ifa imkânsızlığının tespiti bakımından ölçüt olarak alınmalıdır. Zira yazara göre maddi anlamda bir imkânsızlık bulunmamasına karşın dürüstlük kuralı gereği işçiden iş görme edimini yerine getirmesi beklenemez ise, iş sözleşmesinin askıya alınması için gereken ifa imkânsızlığı gerçekleşmiş sayılmalıdır. Süzek, Askıya Alınma, s. 51; Süzek, s. 497; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 123; Yine aynı görüşte Taşkent'e göre de iş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için katı bir imkânsızlığın aranması iş hukukunun koruyucu prensibine aykırı düşer. Bu bakımdan işçi açısından işin görülmesi bakımından maddi bir imkânsızlık bulunması aranmamalı, işçiden iş görme edimini yerine getirmesinin beklenemez olması durumunda iş sözleşmesinin askıya alınabileceği kabul edilmelidir. Taşkent, Askı, s. 21.

⁵⁶ Süzek'e göre, işçiden kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesinin hangi hallerde askıya alınacağının tespiti için esas alınan, iş görme ediminin ifasının beklenemez olması ölçütünün, işveren açısından kabul edilmesi mümkün değildir. Zira iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda işveren ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulacağından, işverenden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınmasının kolaylaştırılmaması gerekir. Bu bakımdan işveren açısından imkânsızlığın tespitinde esas alınması gereken ölçüt, beklenilmezlik değil, maddi imkânsızlık olmalıdır. Süzek, Askıya Alınma, s. 51; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Süzek, s. 497; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 124.

⁵⁷ Süzek, Askıya Alınma, s. 46; Süzek, s. 497; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 124.

sözleşmesi askıda kalır. Dolayısıyla zorlayıcı sebep olarak nitelendirilebilecek durumların ortaya çıkması halinde, işverenin iş görme ediminin ifasını kabulde imkânsızlığa düştüğü ve iş sözleşmesinin bu süre boyunca askıya alınacağı söylenebilir. Ancak işverenin zorlayıcı neden sayılmayan ekonomik ve teknik nedenlerle iş görme ediminin ifasını geçici olarak kabul edememesi durumu ise, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmaz⁵⁸.

İkinci olarak, ortaya çıkan ifa imkânsızlığının geçici olması gerekir⁵⁹. İş sözleşmesinden doğan iş görme ediminin yeniden ifa edilebilir hale gelmesine kadar iş sözleşmesi askıda kalır⁶⁰. İmkânsızlığın sürekli olması ve işin daha sonra ifa edilme olanağının ortadan kalkmış olması durumunda, iş sözleşmesinin konusunu oluşturan borç da sona erer (TBK m. 136).

İş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğuran ifa engelinin geçici nitelikte olması gerektiğine, askı hallerine ilişkin İş Kanunu'nda düzenlenen çeşitli hükümlerde de yer verilmiştir. Söz konusu hükümlerde genel olarak işverenin ilgili ifa engelinin ortaya çıkmasından itibaren (her durum için ayrı süreler belirlenmekle birlikte) belirli bir süre boyunca iş sözleşmesini feshedemeyeceği, bu süre dolduktan sonra ancak fesih hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla anılan bekleme sürelerinde iş sözleşmesi askıda kalacaktır (İş K. m. 24/III, m. 25/I, b, son, m. 25/III, IV, m. 31/I-II, STSK m. 23/I, m. 67/I).

Bunun yanı sıra iş sözleşmesinin askıya alınabilmesi için, işçiden kaynaklanan hallerde iş görme ediminin ifasında ya da işverenden kaynaklanan askı durumlarında da edimin kabulünde bir kusurun bulunmaması gerekir. Aksi halde iş sözleşmesi askıya alınmayacak, bunun yerine işin ifa edilmemesi ya da işin işverence kabul edilmemesine bağlı hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır⁶¹.

Son olarak iş sözleşmesinin askıya alınması için, ifa zamanının esaslı olmaması da gerekir. İş sözleşmesinden doğan iş görme ediminin belirli bir zamanda yerine getirilmesi ya da tamamlanması gerekiyor, o süreden sonra yapılacak ifa alacaklı konumunda bulunan işvereni tatmin etmiyorsa, ifa zamanının esaslı olduğu

⁵⁸ Süzek, Askıya Alınma, s. 46; Süzek, s. 497; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 124.

⁵⁹ Süzek, s. 498; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 125.

⁶⁰ Süzek, Askıya Alınma, s. 59, 67; Süzek, s. 498; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 125.

⁶¹ Süzek, s. 499; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 126; Taşkent, Askı, s. 21.

kabul edilir⁶². Böyle bir durumda geçici imkânsızlık nedeniyle sözleşmeyle belirlenen zamanda edim ifa edilemiyorsa, artık geçici değil sürekli bir imkânsızlıktan söz edilmelidir⁶³.

Kanunkoyucu bazı hallerde belirli sebeplerin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesinin askıda kalması sonucunu açıkça düzenlemiştir. Zira iş ilişkilerinde geçici nitelikte ve işçinin kusuru bulunmaksızın işçinin iş görme edimini ifa etmesine engel teşkil edecek pek çok neden ortaya çıkabilir. İş kazası, hastalık, analık hali, zorlayıcı nedenler gibi haller, işçinin iş görme edimini ifasını geçici olarak imkânsız kılar. Bu tür durumlara iş sözleşmesinin feshedilmesi ya da sona ermesi sonuçlarının bağlanması yerine, iş sözleşmesinin devamı ve imkânsızlığın ortadan kalkmasına kadar iş sözleşmesinin askıda kalması sonucunun kabul edilmesi, işçi lehine olmaktadır. Hastalık, kaza gibi hallerde sağlık nedenleri (İş K. m. 25/I, b), geçici askerlik ya da yasal ödev (İş K. m. 31/I-II), zorlayıcı nedenler (İş K. m. 24/III; 25/III), gözaltı veya tutukluluk hali (İş K. 25/IV), ailevi nedenler (İş K. m. 46/III, b; Ek m. 2), grev ve lokavt (STSK m. 67/I), işçi kuruluğu yöneticiliği (STSK m. 23) Kanunlarda yer verilen iş sözleşmesinin askıda kalma halleridir.

Mevzuattan kaynaklanan askı hallerinin yanı sıra, iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla askıya alınması da mümkündür. Askıya alma teklifi işverenden gelebileceği gibi, işçi de iş sözleşmesinin askıya alınmasını işverenden talep edebilir. Önemli olan, askıya almanın her iki tarafın anlaşması sonucunda gerçekleştirilmesidir⁶⁴. Ancak askıya alma teklifi işverenden geliyorsa, burada önem taşıyan husus, bu teklifin işçi aleyhine olduğu durumlarda İş Kanunu'nun çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmasına ilişkin 22. maddesinde yer alan koşullar çerçevesinde yapılması ve işçi tarafından bu şekle uygun olarak kabul edilmesidir. Özellikle ücretsiz izin şeklinde ortaya çıkan anlaşma ile askıya alma hali, işçi açısından aleyhe bir esaslı değişiklik teşkil ettiğinden, öğretide İş Kanunu'nun 22.

⁶² İfa zamanının esaslı olduğu iş sözleşmesinde açık bir şekilde “en geç”, “mutlaka”, “kesin olarak” gibi ibareler eklenerek belirtilebileceği gibi, sözleşmede hüküm bulunmasa da işin niteliğinden de ifa zamanının esaslı olduğu sonucuna varılabilir. Süzek, s. 499; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 126.

⁶³ Süzek, s. 499; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 126.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Ücretsiz İzin, s. 127 vd.; Taşkent, Askı, s. 22 vd.

maddesindeki şekle uyularak, işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵.

Bununla birlikte iş sözleşmesinin anlaşma yoluyla askıya alınması, her zaman işçi aleyhine sonuç doğurmaz. Örneğin işçinin muvazzaf askerlik görevine gitmesi durumunda kural olarak sözleşme askıya alınmaz, sona erer. Ancak bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle, iş sözleşmesinin bu süre boyunca askıda kalacağını kararlaştırılması mümkündür. Aynı şekilde işçi ile işveren arasında yapılan ve iş sözleşmesinin askıya alınması konusundaki anlaşmanın işçi lehine olması durumunda, İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan prosedüre uyulması gerekli değildir⁶⁶.

C. İşverenin Alacaklı Temerrüdü

1. Alacaklı Temerrüdü ve Koşulları

Borç ilişkisi, iki veya daha fazla kimse arasında ortaya çıkan ve taraflardan birinin diğerine bir edimi ifa ile yükümlü olduğu hukuki ilişkidir⁶⁷. Borç ilişkisine dayanarak alacaklı borçludan belirli bir davranışta bulunmasını isteme hakkına sahip

⁶⁵ Süzek, s. 500; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 127; E. Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 107; Ücretsiz izin bakımından iş sözleşmesinde değişiklik yapılması hakkında bilgi için bkz. Mustafa Alp, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 229-232; Öğretide genel olarak ücretsiz iznin ancak İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen prosedüre uygun olarak gerçekleştirilmek kaydıyla yapılabileceği görüşü kabul edilse de, Taşkent'e göre bu durumda işverenin başvurabileceği tek yolun İş K. m. 22/I'de belirtilen yazılı bildirim yolu olduğu görüşü maddenin 2. fıkrasında yer alan "Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir." ibaresini göz ardı etmektedir. Nitekim yazara göre İş Kanunu'nun 22. maddesi söz konusu değişiklik için iki yol öngörmektedir. Bunlardan ilki çalışma koşullarında esaslı değişiklik bakımından getirilen ve yapılacak değişikliğin işçiye bağlaması için, işverence yazılı olarak yapılacak değişiklik teklifinin işçi tarafından 6 iş günü içerisinde yine yazılı olarak kabul edilmesine dayanan prosedüre uygun olarak yapılan anlaşmadır. İkinci ve daha basit olan yol ise, tarafların ücretsiz izin için aralarında anlaşmalarıdır. Yazara göre, İş Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm göz önüne alındığında, anlaşmanın yeterli olduğu ve bu anlaşmanın açık veya örtülü olmasının mümkün olduğu söylenebilecektir. Taşkent, Askı, s. 22; Ayrıca bu yönde bkz. Eyrenci ve diğerleri, s. 178; Bu hususta Yargıtay da kararlarında işverence yapılan ücretsiz izin teklifinin işçi tarafından örtülü olarak kabul edilmesi halinde ücretsiz iznin geçerli olacağını kabul etmektedir. Yarg. 9. HD, 10.10.2006, 2006/24775 E., 2006/26831 K., www.kazanci.com, (E.T. 26.04.2019).

⁶⁶ Süzek, s. 500; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 127.

⁶⁷ Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 23. Bası, İstanbul, 2012, s. 33; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Ankara, 2016, s. 22.

olurken, borçlu da alacaklının bu talebini yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir⁶⁸.

Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin ifasını tam ve doğru olarak gerçekleştirebilmesi için, alacaklının borçlu tarafından sunulan ifayı kabul etmesi ya da edimin ifası için alacaklının katılımının gerektiği durumlarda, bu katılım fiillerini gerçekleştirmesi gerekir. Alacaklı, edimin ifasını kabul etmekten ya da kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haklı bir sebep bulunmaksızın kaçınırsa, temerrüde düşer. Bu temerrüt hali, alacaklının temerrüdü ya da kabul temerrüdü olarak adlandırılmaktadır⁶⁹.

Alacaklı temerrüdü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 106-111. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 106. madde uyarınca, *“Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.”* Bu hüküm emredici değil, düzenleyici bir hüküm olup, tarafların alacaklının temerrüdünün şartlarını veya sonuçlarını değiştirerek farklı hususlar belirlemeleri mümkündür⁷⁰.

Alacaklı temerrüdü, edimin ifasının alacaklının katılımına bağlı olduğu durumlarda söz konusu olur. Alacaklının katılmasının gerekli olmadığı, ifanın katılıma ihtiyaç duyulmadan da gerçekleştirilebildiği borçlar bakımından alacaklının temerrüdü sonucu doğmaz⁷¹. Eimin ifasının alacaklının katılımına bağlı olması iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki edimin ifa edilebilmesi için alacaklının ifayı

⁶⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 2010 Tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, İstanbul, 2014, s. 5; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, 2018, s. 4-5; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler**, Cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 54.

⁶⁹ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, Cilt: 1-2, (Çev. Cevat Edege), Ankara, 1983, s. 534; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 756; Eren, s. 1032; Oğuzman ve Öz, s. 352; Karahasan, s. 837; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s. 677; Nevzat Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 1992, s. 6; Mehmet Üçer, **(Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta) Alacaklının Temerrüdü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 12.

⁷⁰ Eren, s. 1035.

⁷¹ Reisoğlu, s. 334; Karahasan, s. 837; Örneğin aynı bir haktan feragatte, mesafeli satışlarda satılan malın gönderilmesinde, tazminat ediminin yerine getirilmesinde, borçlunun rekabet ya da müdahale etmemeyi üstlenmesinde durum böyledir. Eren, s. 1033; Oğuzman ve Öz, s. 353; Üçer, s. 50.

kabul etmesinin gerekmesi, ikinci şekli ise, alacaklının ifaya hazırlık fiillerinde bulunmasıdır⁷².

Alacaklının edimi kabulde ya da hazırlık fiillerini yerine getirerek ifaya katılmakta temerrüde düşmesi halinde, borçlunun borcundan kurtulabilmesi amacıyla alacaklının temerrüdü kurumu kabul edilmiş ve buna birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu, kendi edimini ifa etmek ve karşı tarafın edimini de talep etmek ister. Alacaklı temerrüdünün kabul edilmesiyle borçluya borcundan kurtulma olanağı sağlanmış olur; ayrıca hasarın alacaklıya geçmesi ve borçlunun malın muhafazasından kaynaklanan masraflardan kurtulması sonuçları ortaya çıkar⁷³.

Alacaklının temerrüde düştüğünün kabul edilmesi için, ilk olarak borçlu tarafından edimin ifasının alacaklıya teklif edilmesi ve bu teklifin borçlanılan edimin niteliğine uygun, tam ve doğru nitelikte olması, ifa zamanında ve yerinde sunulması gerekir⁷⁴. Aksi halde alacaklı kısmi olarak yapılan ya da borçlanılandan farklı olarak sunulan edimi reddetme olanağını haizdir⁷⁵. Yine, kural olarak borçlanılan edimi üçüncü bir kişinin ifa etmesine bir engel bulunmasa da, borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bir edimin ifasını üçüncü bir kişinin teklif etmesi halinde de, alacaklının ifayı reddetmesi mümkündür⁷⁶. Borçlu tarafından yapılacak ifa teklifi, fiilen yapılmalıdır; borçlunun edimin ifasını teklif etmeye hazır olması ve bunu alacaklıya bildirmesi, temerrüt sonucunun doğması için yeterli değildir⁷⁷.

İkinci olarak alacaklının temerrüde düşmesi için, borçlu tarafından borç ilişkisine uygun şekilde yapılan bir ifa teklifini haklı neden bulunmaksızın kabul etmemesi ya da ifanın gerçekleştirilebilmesi için kendisine düşen hazırlık fiillerini

⁷² Karahasan, s. 837-838; Üçer, s. 51; İlki dar anlamda katılma fiili olarak adlandırılırken, ikincisi geniş anlamda katılma olarak nitelendirilmektedir. Eren, s. 1033.

⁷³ Eren, s. 1039-1048; Kılıçoğlu, s. 677; Karahasan, s. 837; Alacaklı temerrüdünün sonuçları hakkında bilgi için bkz. Koç, s. 173 vd.; Üçer, s. 124 vd.

⁷⁴ von Tuhr, s. 534-535; Reisoğlu, s. 335; Tunçomağ, s. 757; Eren, s. 1036; Oğuzman ve Öz, s. 353; Karahasan, s. 838; Koç, s. 95; Üçer, s. 96.

⁷⁵ Eren, s. 1036; Oğuzman ve Öz, s. 354.

⁷⁶ Eren, s. 1036.

⁷⁷ von Tuhr, s. 535; Reisoğlu, s. 335; Eren, s. 1036; Tunçomağ, s. 758; Oğuzman ve Öz, s. 354; Kılıçoğlu, s. 678; Koç, s. 117; İfa teklifinin yapılması, her borç için farklılık gösterebilir. Örneğin götürülecek borçlarda borçlunun ifa teklifini yapmış olabilmesi için, edimi ifa yeri olan alacaklının ikametgâhına götürerek sunması gerekir. Aranacak borçlarda ise, borçlunun alacaklıya sözlü olarak ifayı teklif etmesi yeterli olabilir. Bu hususta bilgi için bkz. Eren, s. 1036-1037; Yapma borçlarında ise, borçlunun borcu ifaya hazır durumda olmasına rağmen, alacaklı edimi kabulden kaçındığında alacaklı temerrüdü söz konusu olabilecektir. Kılıçoğlu, s. 678.

yerine getirmemesi gerekir (TBK m. 106). Bunun için öncelikle borçlunun yüklendiği edimin ifasını gereği gibi teklif etmiş olması gerekmektedir de, borcun ifa edilebilmesi için alacaklıya bazı hazırlık fiillerinin yüklendiği hallerde, borçlunun artık edimin ifasını fiilen teklif etmiş olması aranmaz. Zira söz konusu hazırlık fiilleri yapılmadan borçlunun ifada bulunması zaten mümkün değildir. Örneğin, ifa edilecek edimi seçim hakkının alacaklıya bırakıldığı haller bu şekildedir⁷⁸. Yine malzemenin alacaklı tarafından sağlanacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen sağlanmaması durumunda da borçludan edimde bulunması beklenemez⁷⁹. Ancak böyle bir durumda alacaklının temerrüde düşmesi için, borçlunun alacaklıyı hazırlık fiilini gerçekleştirmeye davet etmesi gerekir. Buna karşılık hazırlık fiilinin belirli bir günde yapılması sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, bu halde borçlunun davette bulunması aranmamaktadır⁸⁰. Yine borcun ifasından önceki bir tarihte alacaklının borcun ifasını kabul etmeyeceğine ilişkin beyanda bulunması halinde de borçlunun fiilen ifa teklifinde bulunması beklenmeksizin alacaklının temerrüde düştüğü kabul edilebilecektir⁸¹.

Son olarak alacaklının borçlu tarafından sunulan edimi kabul etmemesi objektif olarak haklı bir nedene dayanmamalıdır⁸². Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde de alacaklının "*haklı bir sebep olmaksızın*" ifayı kabulden kaçınması halinde temerrüde düşeceği ifade edilmiştir. Sebebin haklı olup olmadığı her olaya göre değişmekle birlikte, ifa edilen edimin sözleşmeye uygun olmaması, ayıplı olması ya da eksik olması gibi haller haklı sebebe örnek oluşturabilir⁸³.

Alacaklının temerrüdü, ifayı kabul etmemenin haksız olmasına, yani objektif olarak haklı bir sebep bulunmamasına bağlı tutulduğundan, alacaklının kusurlu olması şart değildir⁸⁴. Alacaklı ifayı kabul etmede kusursuz olsa dahi, şartları

⁷⁸ von Tuhr, s. 536; Eren, s. 1037; Oğuzman ve Öz, s. 353.

⁷⁹ Kılıçoğlu, s. 679.

⁸⁰ Tunçomağ, s. 760; Reisoğlu, s. 336; Eren, s. 1037; Karahasan, s. 840; Örneğin bir eser sözleşmesi gereğince dikilmek üzere terziye elbise ısmarlanması durumunda, iş sahibinin provaya gelmesi hazırlayıcı işlemdir. Alacaklının provaya gitmesi için terzinin onu çağırması gerekir. Ancak prova zamanının önceden belirlenmiş olması durumunda yüklenicinin (terzinin) çağrıda bulunmasına gerek yoktur. Üçer, s. 51.

⁸¹ Tunçomağ, s. 758; Reisoğlu, s. 336; Oğuzman ve Öz, s. 353; Kılıçoğlu, s. 679.

⁸² von Tuhr, s. 537; Tunçomağ, s. 759; Reisoğlu, s. 336; Eren, s. 1038; Oğuzman ve Öz, s. 356; Koç, s. 153; Üçer, s. 118.

⁸³ Tunçomağ, s. 762-763; Reisoğlu, s. 336; Kılıçoğlu, s. 680.

⁸⁴ Reisoğlu, s. 336; Eren, s. 1038; Oğuzman ve Öz, s. 356.

gerçekleşmişse alacaklının temerrüdü sonucu doğabilir. Bunun için ifanın gerçekleşmesini önleyen davranışın alacaklıya yükletilebilmesi, onun etki alanında gerçekleşmesi yeterlidir⁸⁵.

2. İşverenin Alacaklı Temerrüdü

a. Tanım

İşverenin alacaklı temerrüdü, genel olarak, işçi tarafından işin ifasına hazır bulunulması ve ifanın sözleşmeye uygun olarak teklif edilmesine rağmen, alacaklı konumunda bulunan işverenin, bu ifayı objektif olarak haklı bir neden bulunmaksızın kabul etmemesi ya da işçinin iş görme edimini ifa etmesi için yapmakla yükümlü bulunduğu hazırlık fiillerini yerine getirmemesi olarak tanımlanmaktadır⁸⁶.

⁸⁵ Eren, s. 1038.

⁸⁶ Hueck ve Nipperdey, s. 218-219; Rehbinder, s. 44-45; Zöllner ve diğerleri, s. 280, N. 44; Bulla, s. 10; Michael Hoffmann, “Annahmeverzug des Arbeitgebers”, **DB**, Nr. 47, 1953, s. 994; Eugen Stahlhacke, “Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis”, **AuR**, Heft 1, 1992, s. 8; Joannis Capodistrias, “Die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung”, **RdA**, 1954, Heft 2, s. 54; Joannis Capodistrias, “Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung”, **Festschrift für Hans Carl Nipperdey Zum 70. Geburtstag**, Cilt: II, 1965, (Festschrift), s. 106; Seza Reisoğlu, s. 161; Kenan Tunçomağ, “Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İş Kabulden Kaçınma”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 1968, (İş Kabulden Kaçınma), s. 96, <http://istanbul-universitesi.dergipark.gov.tr/iusskd/issue/910/10246>, (E.T. 26.04.2019); Soyer, s. 162; Centel, s. 256; Kübra Doğan, **İş Görülmediği Halde Ücret Ödenmesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 17; Ercan Akyiğit, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması**, Ankara, 1995, (Başka İşde Çalışma), s. 144; Ercan Akyiğit, “İşverenin İş Kabulde Temerrüdünün 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 3, Mayıs 1995, (İş Kabulde Temerrüt), s. 16; Kaplan-Seneyen, İşgörme Edimi, s. 569; Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, 1998, s. 183; Engin, s. 41; Süleyman Başterzi, “İşverenin İş Görme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi ve Bunun Sosyal Sigorta Üyelik İlişisine Etkisi”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, (Temerrüt), s. 241; Gökhan Erbaş, “Alman Hukukunda İşveren Açısından Alacaklının Temerrüdü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2012, s. 150; Gamze Turan, “İşverenin Alacaklı Sıfatı İle Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 5-6, Ağustos-Kasım 2008, s. 44; İsviçre Hukukunda bir görüş, iş sözleşmesinde borçlanılan iş görme ediminin belirli bir zaman diliminde mutlaka ifa edilmesi gerektiği, zira burada “kesin vadeli bir borç” (Fixschuld) bulunduğu, bu nedenle de artık çalışılmayan sürenin telafi edilmesi mümkün olmadığından, burada alacaklının temerrüdünden değil, çalışılmayan kısım açısından bir kısmi imkânsızlık halinden söz edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşte bkz. Manfred Rehbinder, “İş İlişkisinde (İş) Kabulde Temerrüt Olur mu?”, (Çev. E. Akyiğit), Sayı: 4-5-6, **İBD**, 1995, (İş Kabulde Temerrüt), s. 283-287; Ayrıca Alman Hukukunda da aynı yönde görüşler için bkz. Volker Beuthien, “Das Nachleisten versäumter Arbeit”, **RdA**, Heft 1-2, 1972, s. 20 vd.; von Rüdiger Nierwetberg, “§ 615 BGB und der Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht”, **BB**, Heft: 16, 1982, s. 995-999; Alman Hukukunda ifade edilen aksi görüşe göre ise, burada Alman Medeni Kanunu’nun 615. maddesinde açıkça belirtildiğinden, işçinin iş görmediği süre açısından edimini daha sonra ifa ile yükümlü olmaksızın

İşverenin alacaklı temerrüdü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

“İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”

Dolayısıyla hükümde de ifade edildiği üzere, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, işçinin herhangi bir çalışması bulunmamasına rağmen ücrete hak kazanması sonucu doğmakta, bu bakımdan işverenin alacaklı temerrüdü çalışma olmadan ücret olmayacağı kuralının önemli bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁷.

Benzer bir hüküm 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda da yer almaktaydı. Kanunun 325. maddesi, *“İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur.”* şeklinde düzenlenmişti. Böylece yeni Kanunda mülga Kanunda yer alan düzenlemeye paralel yönde bir hüküm getirilmiştir.

Alacaklının temerrüdüne ilişkin olarak aynı yönde hüküm Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 615. maddesinde de yer almaktadır. Söz konusu hükümde hizmet alım hakkı sahibinin hizmeti kabulde temerrüde düşmesi durumunda,

işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü ve işçinin çalışmadığı süreye ilişkin ücretine hak kazanacağı kabul edilmelidir. Zöllner ve diğerleri, s. 280, N. 44; Türk Hukukunda ise konuyu iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi çerçevesinde inceleyen Oğuzman, işverenin işçiye iş verme yükümlülüğünü işveren açısından bir borç saymış ve bu bakımdan işverenin bundan kaçınmasını imkânsızlık olarak nitelendirmiştir. Zira yazara göre haklı bir sebep bulunmaksızın sözleşme ile bağlı kalamayacağını fesih beyanıyla ya da beyanda bulunmaksızın belirterek sözleşmeye uymayan taraf, kendi ediminde imkânsızlık yaratmış olacak, iş verme borcunun ifası işçi tarafından cebri icra yolu ile elde edilemeyeceğinden, burada ifa imkânsızlığının varlığının kabul edilmesi gerekecektir. Bu çerçevede yazar, borç imkânsız hale geldiğinden, sözleşmenin sona ereceğini kabul etmiştir. Oğuzman’ın görüşü ve karar incelemesi için bkz. M. Kemal Oğuzman, **İÜHF**M, Cilt: XXV, Sayı: 1-4, 1960, s. 430-432; Bu hususta Tunçomağ’a göre ise, iş sözleşmesi bazı istisnai durumlar dışında, işverene işçiye iş verme borcu yüklemeyiz; işçinin sunduğu işi kabul işveren açısından bir borç değil, haktır. Bu bakımdan yazara göre, işverence haksız fesih yapılması durumunda imkânsızlıktan değil, alacaklının temerrüdünden söz edilmelidir. Tunçomağ, *İşi Kabulden Kaçınma*, s. 103-104.

⁸⁷ Çalışma olmadan ücrete hak kazanılamayacağına ilişkin genel prensip Alman ve İsviçre Hukukunda da kabul edilmekte ve *“Ohne Arbeit kein Lohn”* olarak ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. Rehbindler, s. 64; Alfred Söllner, *“Ohne Arbeit kein Lohn”*, **AcP**, Sayı: 167, 1967, s. 132-147; Nitekim bu sonuca Alman Medeni Kanunu’nda da yer verilmiş ve 614. maddesinde ücretin işin ifa edilmesinden sonra ödeneceği düzenlenerek, ücretin çalışmanın karşılığı olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu hüküm şu şekildedir: *“Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.”*

borçlunun edimi daha sonra ifa etmekle yükümlü olmaksızın, ifa edilmeyen hizmetin karşılığı olarak kararlaştırılan ücretini talep edebileceği, ancak borçlunun edimin ifa edilmemesi sonucunda tasarruf ettiği ya da hizmeti başka bir şekilde kullanması dolayısıyla elde etmiş olduğu kazancın veya elde etmekten kasten kaçındığı değerlerin, ücretinden mahsup edileceği düzenlenmiştir⁸⁸.

b. Koşulları

(1) İfası Mümkün Bir İş Sözleşmesinin Varlığı

İşverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi için, ilk olarak bir iş sözleşmesinin varlığı gerekir. İş sözleşmesinden kaynaklanan temel edim yükümlülükleri iş görme ve ücrettir. İş sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, işçi tarafından ifası mümkün bir iş görme ediminin yüklenilmiş olması ve buna karşılık işveren tarafından bir ücret ödenecek olması gerekir. Burada işverenin alacaklının temerrüdüne düşmesi bakımından önemli olan husus, işçi tarafından ifası mümkün bir iş görme borcunun yüklenilmiş olmasıdır⁸⁹. Aksi halde iş görme ediminin ifasının imkânsız olması

⁸⁸ Anılan hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: “§ 615 Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko – Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.”; Yine İsviçre Borçlar Kanunu’nda da benzer bir hüküm yer almakta ve 324. maddesinin 2. fıkrasında işverenin alacaklı temerrüdü durumunda işçinin edimini daha sonra ifa ile yükümlü olmaksızın iş görme edimini ifa etmekle yükümlü olmayacağı, buna karşılık ücretine hak kazanacağı, ancak ödenecek bu ücretin işçi tarafından yapılan tasarruflar ve başka şekilde elde edilen kazançlarla daraltılmış olduğu kabul edilmektedir. Hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: “III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung, 1. bei Annahmeverzug des Arbeitgebers: Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist.

Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.” İsviçre Borçlar Kanunu (OR) metni için bkz. https://gesetzestexte.help.ch/or/artikel.cfm?key=444&art=Der_Arbeitsvertrag, (E.T. 26.04.2019); Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Rehbinden, s. 65.

⁸⁹ Örneğin sağlık nedenleri, çalışma yasağının mevcut olması ya da gerekli izinlerin eksikliği gibi sebepler, işin ifasını imkânsız kılacaktır. Erbaş, s. 154; Bu hususta Alman Medeni Kanunu’nun 296. ve 297. maddelerinde de, borçlunun teklif anında veya alacaklının ifanın kabulüne yönelik eylemde bulunması için belirlenen zamanda, edimi ifa edemeyecek durumda olması halinde alacaklının temerrüde düşmeyeceği kabul edilmiştir. İlgili hükümler şu şekilde düzenlenmiştir: §

durumunda, işverenin alacaklı temerrüdünden bahsedilemeyecek, imkânsızlık işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesini engelleyecektir⁹⁰. Aynı şekilde kurulan iş sözleşmesinin geçerli olması gerekir. Aksi halde iş sözleşmesi geçersiz ise, geçersizliğin ileri sürülmesinden sonra, işveren iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini kabul etmeme olanağına sahip olacaktır⁹¹.

(2) İşçinin İfayı Teklif Etmiş Olması

İkinci koşul, işçinin işin ifasını iş görme borcuna uygun olarak teklif etmiş olmasıdır. Yani işçinin ifa için kararlaştırılan yer ve zamanda ifa için hazır bulunmasıdır⁹². Bu, işverenin alacaklı temerrüdünün bir koşulu olduğu gibi, işçinin iş ilişkisinde önce ifa ile yükümlü olmasının da bir gereğidir⁹³. Burada önem taşıyan husus, işçinin işin ifasını ne zaman teklif etmiş sayılacağının tespiti.

İlk olarak ifa teklifinin fiilen yapılmasının gerekip gerekmediği belirlenmelidir. Kural olarak teklifin işçi tarafından fiilen yapılması aranır. Yani işçinin işyerinde işi görmeye hazır bir şekilde bulunması gerekir⁹⁴. İş görme

296 Entbehrlichkeit des Angebots – “Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt.”; § 297 Unvermögen des Schuldners – “Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken.”

⁹⁰ Rehinder, s. 65; Zöllner ve diğerleri, s. 281, N. 49; Brox ve diğerleri, s. 142, Rz. 384; Burkhard Boemke, “Aktuelle Fragen des Annahmeverzugs”, **RdA**, Heft 3, 2017, s. 193; Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94, 105; Tunçomağ ve Centel, s. 117; Soyer, s. 167; Polat Soyer, “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı**, Cilt: 2, Sayı: 2, 1981, (İşletme Rizikosu), s. 103; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 671; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 171; Koç, s. 91; Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 150; Akyiğit, İş Kabulde Temerrüt, s. 16; Kaplan-Seneyen, İşgörme Edimi, s. 569; Turan, s. 45.

⁹¹ Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 150; Erbaş, s. 151; Turan, s. 45.

⁹² Hueck ve Nipperdey, s. 218; Zöllner ve diğerleri, s. 281, N. 48; Brox ve diğerleri, s. 142, Rz. 385; Jobst-Hubertus Bauer ve Frank Hahn, “Zum Annahmeverzug des Arbeitgebers bei unwirksamer Kündigung”, **NZA**, Heft 6, 1991, s. 217; Hoffmann, s. 994; Stahlhacke, s. 8; Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94; Soyer, s. 163; Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 151; Kaplan-Seneyen, İşgörme Edimi, s. 569; Süleyman Başterzi, **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, Ankara, 2007, s. 183; Erbaş, s. 152.

⁹³ Akyiğit, İş Kabulde Temerrüt, s. 16.

⁹⁴ Hueck ve Nipperdey, s. 218; Zöllner ve diğerleri, s. 281, N. 48; Brox ve diğerleri, s. 142, Rz. 385; Hoffmann, s. 994; Stahlhacke, s. 8; Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94, 105; Tunçomağ ve Centel, s. 117; Soyer, s. 164; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 671; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 171; Centel, s. 256; Kaplan-Seneyen, İşgörme Edimi, s. 569; Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 151; Akyiğit, İş Kabulde Temerrüt, s. 16; Başterzi, s. 183; Başterzi, Temerrüt, s. 242.

borcunun hangi şartlar altında ifa edileceği kararlaştırılmışsa, ifa teklifinin de bu şartlara uygun olarak, ifada bulunulacakmış gibi yapılması gerekir⁹⁵. Yine “*işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler*” de İş Kanunu’nun 66. maddesi uyarınca çalışma süresinden sayılmıştır. Anılan hüküm göz önüne alındığında, işçinin iş görme edimini ifa etmek üzere işyerinde hazır bulunduğu süreler, fiilen çalışmaya dahi çalışma süresinden sayılacağından, işçinin işyerinde ifa için hazır bulunması, geçerli bir ifa teklifi olarak kabul edilecektir. İşverenin işi kabulden kaçındığının anlaşılıyor olması halinde, alacaklının temerrüdü sonucunun doğması için işyerinde hazır bulunma halinin bir kez yapılması yeterlidir⁹⁶.

Bununla birlikte işin ifası için işverenin bazı hazırlık fiillerini yerine getirmesi veya işçiyle beraber çalışması gerekiyorsa, fiilen işin ifasının teklif edilmesi gerekmez, sözlü bir teklif de yeterlidir⁹⁷. Örneğin, işveren alet ve malzeme vermez ya da işçiye işyerine almaz veya işin görülmesi için gerekli talimatı vermezse, işçinin sözlü bir teklifte bulunmasının ve işvereni söz konusu fiilleri yapmaya davet etmesinin yeterli olduğu söylenebilir⁹⁸. Zira işçinin iş görme edimini ifa edebilmesi için işverenin belirli faaliyetlerde bulunmasının gerektiği durumlarda, işçiden daha fazlasını beklemek işçinin durumunu haksız yere ağırlaştırmak anlamına gelecektir⁹⁹. Fakat böyle hallerde işverenin temerrüde düşmüş sayılabilmesi için öğretide, işçinin işverenden hazırlık fiillerini yerine getirmesini talep etmesi gerektiği, ancak bu durumda ifayı kabulden kaçınmadan söz edilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Aynı şekilde işverenin ifayı kabul etmeyeceğini işçiye açıkça belirttiği durumlarda da işçinin ifaya hazır olduğunu sözlü olarak bildirmesi, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi için yeterli görülmelidir¹⁰¹. Bu hususta Alman Medeni

⁹⁵ Örneğin, postalar halinde çalışılan bir işyerinde, gece postasında çalışan işçinin ancak ifa teklifini gece çalışmasının yapıldığı saatlerde sunması halinde bu geçerli bir ifa teklifi olarak kabul edilebilecektir. Soyer, s. 164.

⁹⁶ Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94; Akyiğit, İş Kabulde Temerrüt, s. 16.

⁹⁷ Hueck ve Nipperdey, s. 218; Brox ve diğerleri, s. 142, Rz. 385; Hoffmann, s. 995; Stahlhacke, s. 9; Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94; Soyer, s. 164; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 671; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 171; Koç, s. 124; Kaplan-Senyen, İşgörme Edimi, s. 570; Erbaş, s. 152-153; Turan, s. 45.

⁹⁸ Hoffmann, s. 995; Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94; Kaplan-Senyen, İşgörme Edimi, s. 570.

⁹⁹ Soyer, s. 164.

¹⁰⁰ Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94; Soyer, s. 165.

¹⁰¹ von Tuhr, s. 535; Zöllner ve diğerleri, s. 281, N. 48; Stahlhacke, s. 9; Capodistrias, Festschrift, s. 106; Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 94; Tunçomağ ve Centel, s. 117; Soyer, s. 165; Başterzi, Temerrüt, s. 242; Erbaş, s. 152; Akyiğit’e göre, işverenin kesin bir şekilde sunulan ifayı kabul

Kanunu'nun 295. maddesinde de benzer sonuç kabul edilmiş ve alacaklının açıkça edimi kabul etmeyeceğini açıkladığı hallerde veya edimin ifası için işverenin bazı işlemlerde bulunmasının gerektiği durumlarda, borçlu tarafından yapılacak sözlü ifa teklifinin yeterli olduğu düzenlenmiştir¹⁰².

(3) İşverenin Haklı Bir Neden Bulunmaksızın İfayı Kabul Etmemesi ya da Hazırlık Fiillerini Yapmaktan Kaçınması

İşverenin alacaklı temerrüdünden bahsedilebilmesi için, işverenin işçinin iş görme borcuna uygun olarak teklif etmiş olduğu işin ifasını reddetmesi ya da işin ifası için gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması ve ayrıca bu red ya da kaçınma halinin haklı bir nedene dayanmaması gerekir.

İlk önce işverenin işi kabulden kaçınması, açık ya da örtülü bir şekilde olabilir. Örneğin işveren işçi tarafından sunulan işin ifasını kabul etmeyeceğini açıkça bildirebileceği gibi, işverenin işyerini kapatması ya da tatil etmesi, makineleri işletmemesi gibi haller de işverenin işi reddini oluşturabilir¹⁰³.

İşverenin hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması sonucunda temerrüde düşmesi ise, işverence yerine getirilmediği takdirde işçi tarafından iş görme ediminin ifasını olanaksız hale getiren fiiller bakımından söz konusu olur¹⁰⁴. Örneğin işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması, işçiye alet, malzeme ya da talimat vermemesi, işçiye iş vermekten kaçınması gibi durumlar işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmemesi anlamına gelir¹⁰⁵. İşçinin iş görme edimini ifa edebilmesi için öncelikle işverence yerine getirilmesi gereken bu tür hazırlık

etmeyeceğini bildirmesi halinde sözlü bir teklife dahi gerek kalmayabilecektir. Akyiğit, İş Kabulde Temerrüt, s. 16; Alpagut'a göre, örneğin belirli süreli iş sözleşmelerinde süre sona ermeden iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi durumunda işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmeli, ancak bu halde sözleşme işveren tarafından feshedildiğinden, işçinin işin ifasını teklif etmesi alacaklı temerrüdü sonucunun ortaya çıkması bakımından aranmamalıdır. Bu hususta bkz. Alpagut, s. 185.

¹⁰² § 295 Wörtliches Angebot – "Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebot der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen."; Bilgi için bkz. Zöllner ve diğerleri, s. 281, N. 48; Bauer ve Hahn, s. 217.

¹⁰³ Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 96; Tunçomağ ve Centel, s. 117; Centel, s. 257.

¹⁰⁴ Tunçomağ ve Centel, s. 117.

¹⁰⁵ Capodistrias, Festschrift, s. 107; Tunçomağ ve Centel, s. 117; Soyer, s. 166; Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 153; Kaplan-Senyen, İşgörme Edimi, s. 571; Başterzi, Temerrüt, s. 242.

fiillerinin haklı bir sebep bulunmaksızın yapılmaması, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucuna yol açar. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde de işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi durumunda, temerrüt sonucunun uygulanacağı ifade edilmiştir.

İkinci olarak işverenin işi kabul etmemesi ya da işin ifası için kendisine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınmasının haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Haklı neden, iş görme ediminin ifasını kabul etmemeyi ya da hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmayı objektif olarak haklı kılan sebeplerdir¹⁰⁶. İşverenin işi kabul etmemede kusurunun bulunup bulunmaması ise, haksız sayılma bakımından önem taşımaz¹⁰⁷.

Burada işverenin işi kabulden ya da hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınmasını objektif olarak haklı kılan durumların neler olacağı tespit edilmelidir. Öğretide sadece işveren açısından söz konusu olan sübjektif imkânsızlıkların işletme riski içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ve işi kabul etmemeyi haklı kılan nedenler arasında sayılamayacağı kabul edilir¹⁰⁸. Örneğin işverenin hastalığı, işletmede meydana gelen elektrik kesintisi ya da makinelerin bozulması gibi işi kabul etmeyi imkânsız hale getiren sebepler, objektif açıdan haklı neden olarak görülmez¹⁰⁹.

Taraflardan hiçbirinin sorumlu olmadığı yıldırım, sel baskını gibi bir imkânsızlık nedeniyle, işverenin işçi tarafından sunulmaya hazır bulunan iş görme edimini kabul edememesi hali ise, öğretide “işletme rizikosu” kavramıyla açıklanmakta ve bu tür durumlar ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilmektedir¹¹⁰. Ancak ekonomik kriz hallerinin, bu kuramla açıklanacak bir sorun olmadığı ifade

¹⁰⁶ Tunçomağ ve Centel, s. 118; Soyer, s. 166; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 672; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 172.

¹⁰⁷ Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 96; Tunçomağ ve Centel, s. 118; Soyer, s. 166; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 672; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 172; Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 154; Engin, s. 42; Başterzi, Temerrüt, s. 242.

¹⁰⁸ Başterzi, s. 184-185; Başterzi, Temerrüt, s. 242-243.

¹⁰⁹ Tunçomağ, İş Kabulden Kaçınma, s. 96; Tunçomağ ve Centel, s. 118; Soyer, s. 166; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 672; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 172; Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 156; Engin, s. 44; Alp, s. 49; Başterzi, Temerrüt, s. 243; Turan, s. 46.

¹¹⁰ Soyer, s. 186-187; Alp, s. 48; İşletme rizikosu teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, İşletme Rizikosu, s. 101 vd.; Soyer'e göre, bu tür durumlarda imkânsızlık mı yoksa temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı belirlenirken işçinin iş görme borcunun niteliğine bakılması gerekir. Bu hususta işçinin sadece işgücünü işverenin emrinde bulundurmakla yükümlü görülmesi durumunda imkânsızlıktan söz edilemeyecek ve işveren alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılarak ücret ödemekle yükümlü tutulacaktır. Buna karşılık işçinin yalnızca işi ifaya hazır bulunmakla değil, yapmakla yükümlü olduğu işi belirli bir makine ile ve belirli bir yerde fiilen yerine getirmekle işi ifa etmiş sayıldığı takdirde işçinin edim yükümlülüğünden kurtulması, ancak ücret hakkını kaybetmesi sonucu doğacaktır. Soyer, İşletme Rizikosu, s. 103-104.

edilir. Zira böyle bir durumda başlı başına bir ifa imkânsızlığından bahsedilemeyeceği, bu durumun doğrudan doğruya işverenin ücret ödeme iktidarını ilgilendirdiği ve o nedenle bir iktisadi riziko olduğu, dolayısıyla da işveren tarafından iş görme ediminin ifasını kabul etmemeye neden olacak bir engel olarak ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir¹¹¹.

Buna karşılık resmi bir makam tarafından konulan yasak, yabancıların çalıştırılmalarına izin verilmemesi, bir bölgeyi ya da ülkeyi tümüyle etkileyen afetler, genel grev, savaş gibi haller ise, işverenin işi kabulden kaçınmasını haklı kılan objektif nedenlerden görülmelidir¹¹².

III. İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

A. Kavram

Çalışmamızın konusunu oluşturan iş görmekten kaçınma hakkı işçinin iş görme edimini yerine getirme yükümlülüğünün bulunmadığı, buna karşılık çalışmadığı süreye ilişkin ücretine hak kazanacağı hallerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. İşçinin iş sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü, sözleşmede öngörülen iş görme ediminin sözleşmeye uygun olarak bizzat kendisi tarafından, özen yükümlülüğü çerçevesinde yerine getirilmesidir. Aksi halde işçinin iş görme edimini gereği gibi ya da hiç ifa etmemesi durumlarında, işçi sözleşmeye aykırı davranmış olur ve sorumluluğu gündeme gelir. İşçinin iş sözleşmesiyle yüklendiği bu iş görme borcunu yerine getirmemesi sonucunda herhangi bir sorumluluğunun doğmaması, ancak iş görmeme davranışının meşru bir temele dayanması ile mümkün olabilir. İş görmekten kaçınma hakkı da bu hakkı doğuran neden ve koşulların

¹¹¹ Axel Joch, *Die Leistungsverweigerung im Arbeitsrecht*, Berlin 1974, s. 39-40; Soyer, s. 187; Bu hususta Alp'e göre, Borçlar Kanunu'nun işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin bu hükmü, ücretin çalışma karşılığında ödeneceği ilkesinden farklı bir düzenleme öngördüğünden, işçiyi çalıştırmaması halinde ücret riskinin işverenin taşıdığı, yani ekonomik riskin işverene ait olacağı kuralını getirmektedir. Bu çerçevede ekonomik riskin gerçekleşmesine bağlı ücret riskinin işverene ait olması, bu riskin işçiye yüklenemeyeceği ve işçiden zarara katılmasının istenemeyeceği sonucuna varılmasını sağlamaktadır. Alp, s. 49-51; Başterzi, Temerrüt, s. 243.

¹¹² Tunçomağ, *İşi Kabulden Kaçınma*, s. 96, 106; Tunçomağ ve Centel, s. 118; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 672; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 172; Engin, s. 39; Turan, s. 46.

gerçekleşmesi durumunda, iş görme borcunun yerine getirilmemesi açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir¹¹³.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı, belirli bazı koşulların ortaya çıkması durumunda işçinin iş sözleşmesi ile yüklendiği iş görme edimini, işveren tarafından karşı edim ifa edilinceye ya da işverence işçinin edimini ifa etmesi için gereken belirli hazırlık fiilleri gerçekleştirilinceye kadar, yerine getirmeme olanağına sahip olması şeklinde tanımlanabilir¹¹⁴. Tanım çerçevesinde hakkın genel koşulları, iş sözleşmesinden doğan, ifası mümkün bir iş görme borcunun varlığı, işverence iş sözleşmesinden doğan bir edimin veya kanundan kaynaklanan bir yükümlülüğün ifa edilmemesi ve ifanın sağlanması için baskı kurulması amacıyla işçi tarafından işin bırakılması olarak sayılabilir¹¹⁵. Burada işi bırakmanın geç ya da kötü ifa şeklinde değil, işin hiç ifa edilmemesi olarak gerçekleştirilmesi, aynı zamanda iradi olması ve geçici nitelik taşıması da gereklidir¹¹⁶.

İş görmekten kaçınma hakkı sayesinde belirli durumların ve koşulların ortaya çıkması halinde işçi, sözleşmeden doğan ve temel edim yükümlülüğü niteliğinde olan iş görme borcunu yerine getirmeme olanağına sahip olmakta ve işçinin bu davranışı hukuka uygun bir sebebe dayandığından, borca aykırılık olarak değerlendirilememektedir. Böylece işçinin sorumluluğu doğmamakta, işveren de işçinin iş görme edimini yerine getirmemesine dayanarak sözleşmeyi feshetme olanağına sahip olamamaktadır. Bu açıdan iş görmekten kaçınma hakkı, edimini yerine getirmeyen işverene karşı ifayı sağlamak amacıyla bir baskı aracı oluşturmaktadır¹¹⁷.

¹¹³ İbrahim Aydın, "İşverenin İşyerinde "Çalışan" İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 4, Temmuz 2005, (İş Görmekten Kaçınma), s. 18; Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 20.

¹¹⁴ Hueck ve Nipperdey, s. 222; Nikisch, s. 375; Linck, in: Schaub, s. 526, Rn. 1; Capodistrias, Festschrift, s. 105, 112; Alfred Söllner, "Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers", **ZfA**, Sayı: 1, 1973, (ZfA), s. 2; Wilhelm Haase, **Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis**, Diss. Köln, 1967, s. 1; Rolf Keller, "Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB", **JuS**, Heft 9, 1982, s. 665; Florian Dehmel, **Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung**, Duncker&Humblot, Berlin, 2009, s. 15, 19; Jens Aschmoneit, **Herausgabeansprüche und Zurückbehaltungsrechte während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**, Frankfurt am Main, 2010, s. 45; Soyer, s. 211-212; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 18; Göktaş, s. 20.

¹¹⁵ Söllner, ZfA, s. 2-3; Capodistrias, Festschrift, s. 112-113.

¹¹⁶ Capodistrias, Festschrift, s. 112-113.

¹¹⁷ Söllner, ZfA, s. 3; Capodistrias, Festschrift, s. 105, 112; Dehmel, s. 19; Aschmoneit, s. 45.

Türk hukukunda İş Kanunlarında belirli koşulların bulunması durumunda, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği iki temel duruma yer verildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 34. maddesinde yer verilen, işçinin ücretinin gününde ödenmemesidir. İkinci hal ise, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasıdır; ki böyle bir durumda işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde işçinin kanunen iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu bu iki durum incelenecektir.

Kanunlarda açıkça düzenlenen iki halin yanı sıra, işçinin sağlığının ve kişiliğinin korunması prensibi de göz önüne alınarak, genel hükümler uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkının kabul edilebileceği bazı durumlar akla gelmektedir. Örneğin işyerinde işçiye karşı ayrımcılık yapılması, cinsel tacizde bulunulması ya da psikolojik taciz (mobbing) uygulanması, yıllık izin hakkının kullandırılmaması gibi haller, kanunda düzenlenmemesine karşın işçinin iş görmekten kaçınma hakkı kapsamında tartışılması gereken durumlardandır. İşçinin ifadan kaçınma hakkı, bu tür durumlarda işvereni söz konusu uygulamayı sona erdirmeye ya da yerine getirilmeyen yükümlülüğün ifa edilmesine veya işvereni işyerinde gerekli önlemleri almaya ve işyerini işçilerin çalışmasına uygun hale getirmeye zorlamak amacıyla kabul edilen bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde Kanunda düzenlenmeyen hallere yer verilecek ve iş görmekten kaçınma hakkını doğuran nedenler tartışılacaktır.

B. Hakkın Ortaya Çıkışı ve Hukuki Niteliği

1. Alman Hukukunda

Alman Hukuku’nda, öğreti ve yargı kararlarında, işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, dürüstlük kuralının bir gereği olarak, yaygın şekilde kabul edilmektedir¹¹⁸. Özellikle işçinin ücretinin zamanında veya sözleşmede

¹¹⁸ Hueck ve Nipperdey, s. 222; Nikisch, s. 375; Schnorr von Carolsfeld, s. 329; Kirschner, “Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers”, **DB**, Nr. 25, 1961, s. 842; Brox ve diğerleri, s. 128, Rz. 349-350; Capodistrias, Festschrift, s. 105; Jürgen Hollstein, **Der Wilde Streik und die Kollektive Ausübung eines Arbeitsverweigerungsrechts**, Göttingen, 1969, s. 14; Haase, s. 3-4; Joch, s. 1-2; Keller, s. 665; Aschmoneit, s. 45 vd.; Ayrıca bkz. Wilhelm Haase, “Abgrenzung der gemeinsamen

kararlaştırılan miktara uygun olarak ödenmemesi, işverenin işyerinde işçinin korunması için gerekli önlemleri almaması ve işyerinde işçinin iş görmesi için sağlıklı ve uygun çalışma ortamını sağlamaması, işverenin işçiye yıllık izin hakkını kullandırmaması, işverence verilen işin işçinin vicdani yüklerine aykırı düşmesi (“*Gewissenskonflikt*”) ya da insanlık onurunu veya kişilik haklarını ihlal edici nitelik taşıması genel olarak öğretide işçinin iş görmekten kaçınma hakkı çerçevesinde tartışılan hususlardır¹¹⁹.

Hakkın mevcudiyeti genel olarak kabul edilmekle beraber, tartışmalı olan husus, bu hakkın somut olayda hangi koşullarla uygulanacağı ve böylece işçinin hangi hallerde iş görmekten kaçınma hakkını kullanmaya yetkili olacağı konusundadır. Bunun için de ilk önce işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini belirlenmesi ve ona göre somut olayda aranacak unsurların tespit edilmesi gereklidir.

Alman Hukuku’nda söz konusu hakkın hukuki niteliği Alman Medeni Kanunu (BGB)’nda düzenlenen iki farklı hüküm çerçevesinde açıklanmaktadır. Öğretinin bir kısmı hakkın hukuki temelini Alman Medeni Kanunu (BGB)’ nun ödemezlik def’ini düzenleyen 320. maddesine (“*Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*”) dayandırırken¹²⁰, bir kısmı da aynı Kanunda yer alan ve genel olarak borçlunun belirli koşullar altında, yapmakla yükümlü bulunduğu edimi ifadan

Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an der Arbeitsleistung vom Streik”, **DB**, Nr. 16, 1968, (DB), s. 708, dn. 2’de sayılan yazarlar; İş görmekten kaçınma hakkına ilişkin öğretide tartışmalı bir husus, belirli bir zamana bağlı olup, daha sonradan ikame edilmesi mümkün olmayan işler bakımından bu hakkın kullanılıp kullanılamayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Zira bir görüşe göre, iş sözleşmesiyle yüklenilen işin, başka bir zamanda yerine getirilmesinin mümkün olmaması durumunda, işin yapılması gereken zamanda iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması, iş görme ediminin ifasını imkânsız hale getirecektir. Bu görüşle, 273. ve 320. maddelerin iş görme edimini göz önünde tutmadığı, aksine iş görmekten kaçınma hakkının uygulanması bakımından borç ilişkilerinin çözümünün yalnızca ertelenmesine neden olacağı ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz. Wolfgang Grunsky, “Streik und Zurückbehaltungsrecht – BAGE 15, 174”, **JuS**, Heft 2, 1967, s. 61-64; Ayrıca bu hususta bkz. Joch, s. 13 vd.; Buna karşılık diğer görüş tarafından ise, işin ikame edilebilirliği konusundaki eksikliğe ilişkin bu görüşün geçerli olmadığı, zira Kanunun iş görmekten kaçınma hakkı bakımından 273. ile 320. maddelerde iş görme ediminin ikame edilebilir nitelikte olup olmamasına göre bir sınırlama getirmediği ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz. Franz Bydlinski, “Die Einrede des nicht Erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen”, **Festschrift für Artur Steinwenter, Zum 70. Geburtstag**, Verlag Hermann Böhlau Nachf., Graz Köln, 1958, s. 150; Söllner, ZfA, s. 6; Haase, s. 14.

¹¹⁹ Kirschner, s. 844; Capodistrias, s. 55; Söllner, ZfA, s. 4; Haase, s. 43-84; Joch, s. 58-91; Dehmel, s. 151-186.

¹²⁰ Bydlinski, s. 140; Söllner, ZfA, s. 6-7.

kaçınma hakkını düzenleyen 273. maddesine (“Zurückbehaltungsrecht”) dayandırmaktadır¹²¹.

a. Alman Medeni Kanunu Madde 320

Alman Medeni Kanunu’nun ödemezlik def’ini düzenleyen 320. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin, önce ifa ile yükümlü olmadıkça, karşı edim yerine getirilinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınabileceği düzenlenmiştir¹²². İş sözleşmesi de iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, tarafların asli yükümlülüklerini oluşturan iş görme ve ücret ödeme borçları değişim içerisinde bulunduğu, ödemezlik def’ine ilişkin 320. maddenin anılan asli edim yükümlülükleri bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı öğretide tartışılmaktadır.

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için belirli koşulların arandığı görülmektedir. İlk olarak ödemezlik def’i olanağından yararlanmak için, borç ilişkisinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve ödemezlik def’ine konu edilecek yükümlülüklerin, karşılıklılık ilişkisi (*synallagma*) içerisinde bulunması gerekir. Böylece ödemezlik def’i yalnızca asli edim yükümlülüğü niteliğinde olan ve karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunan edimler bakımından söz konusu olurken, yardımcı işler bu def’inin kapsamında değerlendirilemeyecektir¹²³. İş sözleşmesi, ilişkinin taraflarına karşılıklı borçlar yüklediğinden, temel olarak iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olma koşulunu karşılamaktadır. İş sözleşmesinde karşılıklılık içerisinde yer alan asli edim yükümlülükleri, işçi açısından iş görme ve işveren açısından da ücret ödeme borcudur. Bu bakımdan 320. madde uyarınca işçinin iş

¹²¹ Nikisch, s. 375; Zöllner ve diğerleri, s. 291, N. 87; Kirschner, s. 842; Hollstein, s. 14; Haase, s. 10; Dehmel, s. 89, 94.

¹²² § 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags – “(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.

(2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.”

¹²³ Kirschner, s. 842; Karl Adler, “Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB”, *Festschrift für Ernst Zitelmann*, München-Leipzig, 1913, s. 3-4; Aschmoneit, s. 49.

görmekten kaçınma hakkının, iş sözleşmesinde karşılıklı asli edim yükümlülüklerini teşkil eden bu borçlar bakımından söz konusu olacağı, iş görme borcunun synallagmatik açıdan karşılığını oluşturan işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi durumunda söz konusu hüküm uyarınca ödemezlik def'inin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir¹²⁴.

320. maddenin uygulanabilmesi bakımından aranan ikinci koşul, ödemezlik def'ini ileri sürerek edimini ifadan kaçınma hakkına sahip olacak tarafın, borç ilişkisi bakımından edimini önce ifa ile yükümlü olmamasıdır¹²⁵. Aksi halde önce ifa ile yükümlü bulunan taraf, karşı tarafın edimini ifa etmemesine dayanarak kendi edimini yerine getirmekten kaçınamaz. Alman Medeni Kanunu'nun ödemezlik def'ine ilişkin 320. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde de bu husus açıkça ifade edilmiş ve ödemezlik def'inden ancak önce ifa ile yükümlü olunmaması durumunda yararlanılabileceği düzenlenmiştir. Anılan koşul özellikle iş ilişkisi bakımından önem taşır. Zira iş sözleşmesinde genel kural işçinin asli edim yükümlülüğü olan iş görme edimini önce ifa ile yükümlü olmasıdır. Nitekim Alman Hukuku'nda işçinin önce ifa ile yükümlü olması prensibi, genel olarak Alman Medeni Kanunu'nun 614. maddesinde düzenlenmiş ve ücretin kural olarak iş ilişkisinde sözleşmeyle yüklenilen işin yerine getirilmesinden sonra ödeneceği ifade edilmiş, böylece işçinin iş ilişkisinde önce ifa ile yükümlü olduğu prensip olarak kabul edilmiştir¹²⁶. Söz konusu hüküm karşısında 320. maddede yer verilen ödemezlik def'ine ilişkin düzenlemenin, iş ilişkilerinde uygulanabilirliği sorunu ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak temel kural, işçinin iş görme edimini önce ifa ile yükümlü olması ise de bunun tarafların anlaşması ile bertaraf edilmesi mümkündür¹²⁷. Böyle bir durumda işçinin artık önce ifa yükümlülüğü bulunmayacağından, ödenmeyen ücreti karşısında ödemezlik def'ine ilişkin 320. maddeye dayanarak, iş görmekten kaçınması mümkün olacaktır. Ancak bu yönde bir anlaşma bulunmaması durumunda, işçi önce ifa ile yükümlü olacağından, 320. maddenin 1. fıkrası göz önüne

¹²⁴ Kirschner, s. 842; Haase, s. 5.

¹²⁵ Christian, Grüneberg, in: Palandt, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 76. neubearbeitete Auflage, 2017, § 320, s. 551, Rn. 15-16; Haase, s. 6; Günther Küchenhoff, "Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis", **AuR**, 1965, s. 139.

¹²⁶ § 614 Fälligkeit der Vergütung – "Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten."

¹²⁷ Walter, Weidenkaff, in: Palandt, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 76. neubearbeitete Auflage, 2017, § 614, s. 976; Haase, s. 6.

alındığında, hükmün uygulanabilirliği sorunu gündeme gelmekte ve işçinin önce ifa ile yükümlü bulunduğu iş görme edimi bakımından iş görmekten kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamayacağı konusu önemli bir sorun teşkil etmektedir.

320. maddenin iş görmekten kaçınma hakkı bakımından uygulanabilirliği konusunda Alman Hukuku öğretisinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, ödemezlik def'ine ilişkin 320. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde yer alan ve borçlunun önce ifa yükümlülüğü altında olduğu durumları ödemezlik def'inin ileri sürülmesi bakımından istisna tutan düzenleme ve 614. maddede düzenlenen işçinin önce ifa yükümlülüğüne ilişkin temel prensip karşısında, işçinin önce ifa yükümlülüğü tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilmedikçe, söz konusu hüküm iş görmekten kaçınma hakkı bakımından uygulanabilir olmayacaktır¹²⁸.

Diğer görüşe göre ise, işçinin önce ifa yükümlülüğü ilişkisinin tamamı için değil, bir ücret dönemi bakımından söz konusudur¹²⁹. Aksi halde önce ifa borcu nedeniyle işçinin sınırsız bir şekilde kredi vermesi ve belirsiz bir süre karşılıksız olarak çalışmaya zorlanması sonucu doğacaktır¹³⁰. Bu görüş uyarınca, bir önceki dönemde ifa edilen iş görme edimi nedeniyle hak kazanılan ücret ile gelecekte ifa edilecek iş görme edimi karşılıklılık ilişkisi (*synallagma*) içerisinde yer almaktadır¹³¹. Dolayısıyla görüş, ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı bakımından ödemezlik def'inin uygulanabileceğini kabul etmektedir.

Öğretide iş görme edimine karşılık oluşturan ücret dönemi dikkate alınarak ayrı ayrı değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre, iş ilişkisinde Kanunda da açıkça düzenlendiği üzere, işçi önce ifa ile yükümlü olup, işi ifa etmesi sonucunda ücretine hak kazanır. İşçinin, henüz iş görme edimini tamamlamamış bulunduğu ücret dönemi bakımından ücretinin ödenmemesi gerekçesiyle ödemezlik def'ini ileri sürmeye ve iş görmekten kaçınmaya yetkili olmayacağının kabul edilmesinde kuşku yoktur¹³². Ancak burada tartışmalı olan husus, işçinin geçmiş ücret dönemi için iş görmekten

¹²⁸ Kirschner, s. 842; Haase, s. 6-7; Küchenhoff, s. 139; Hollstein, s. 33; Joch, s. 3-4.

¹²⁹ Bu görüşte bkz. Linck, in: Schaub, s. 527, Rn. 3; Bydlinski, s. 149-151; Söllner, ZfA, s. 7; Brox ve diğerleri, s. 128, Rn. 349.

¹³⁰ Bydlinski, s. 149-151; Söllner, ZfA, s. 7; Dehmel, s. 95.

¹³¹ Bydlinski, s. 149-151; Söllner, ZfA, s. 7.

¹³² Örneğin, işçi Mart ayındayken o ayın ücreti henüz ödenmediği için iş görmekten kaçınmaz. Zira işçi bir ücret dönemi için iş görme edimini önce ifa etmekle yükümlüdür; bu ifa üzerine ücretine hak kazanır. Bu bakımdan önce ifa yükümlülüğü dolayısıyla anılan durumda işçi ödemezlik def'inden yararlanma yetkisine sahip olmayacaktır. Dehmel, s. 91; Ayrıca bu hususta bkz. Dehmel, s. 91, dn. 23'te belirtilen yazarlar.

kaçınma hakkına sahip olup olmayacağı ve işçinin önce ifa yükümlülüğünün bu soruna etkisidir.

İşçinin önce ifa yükümlülüğünü düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 614. maddesi uyarınca ücret, sözleşmede öngörülen işin yerine getirilmesinden sonra ödenir. Ancak yine aynı maddenin ikinci cümlesinde, ücretin zamana oranla ödenmesi, yani periyotlar halinde ödenmesi durumu için farklı bir düzenleme getirilmiş ve ücretin her bir periyodun sona ermesinden sonra ödeneceği kabul edilmiştir (BGB m. 614). Bu hüküm karşısında öğretide işçinin iş görme edimini önce ifa yükümlülüğünün iş sözleşmesinin tamamı için değil, bir ücret dönemi bakımından söz konusu olduğu, her ücret dönemi açısından yeniden önce ifa ile yükümlü olduğu ve hükmün bu şekilde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³³. Yani işçi, ilgili ücret dönemi başladığında önce ifa ile yükümlü olup, söz konusu dönem bittiğinde artık o dönem için önce ifa yükümlülüğünü yerine getirmiş ve ücretine hak kazanmış olacaktır. Bu bakımdan işçinin yalnızca içerisinde bulunulan, güncel ücret dönemi için bir önce ifa yükümlülüğü bulunduğu ve bu nedenle içerisinde bulunulan ücret dönemi bakımından ödemezlik def'inden ve buna dayanarak iş görmekten kaçınma hakkından yararlanmasının söz konusu olmayacağı söylenebilecektir¹³⁴. İşçinin geçmiş dönemde ödenmeyen ve muaccel olan ücret alacağı bakımından ise, söz konusu ücret dönemine ilişkin iş görme edimini ifa etmiş bulunması sebebiyle işçinin iş görme edimini yerine getirme konusunda bir önce ifa yükümlülüğü altında olmadığı ve bu nedenle ödemezlik def'ine dayanarak bir sonraki dönem bakımından iş görmekten kaçınabileceği öğretide ifade edilmektedir¹³⁵.

Bunun yanı sıra önce ifa yükümlülüğü bulunmasına rağmen borçlunun yükümlü olduğu edimi ifadan kaçınabilmesine ilişkin olarak, Alman Medeni Kanunu'nun 321. maddesinde ("*Unsicherheitseinrede*") özel bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre karşılıklı borçlar doğuran sözleşmelerde önce ifa ile yükümlü olan taraf, karşı edimi talep hakkının risk altında olması

¹³³ Linck, in: Schaub, s. 527, Rn. 3; Söllner, ZfA, s. 7; Brox ve diğerleri, s. 128, Rn. 349; Dehmel, s. 92-93.

¹³⁴ Dehmel, s. 91.

¹³⁵ Bydlinski, s. 149; Söllner, ZfA, s. 7; Brox ve diğerleri, s. 128, Rn. 349; Haase, s. 10; Dehmel, s. 92.

durumunda, önce ifa yükümlülüğüne rağmen, edimini ifadan kaçınabilir¹³⁶. Bu hükme dayalı olarak, işçinin ücret hakkının işverenin finansal durumu nedeniyle risk altında olması durumunda, işverence ücreti ödeninceye ya da bir güvence gösterilinceye kadar, işçinin doğrudan anılan hüküm uyarınca iş görme edimini ifadan kaçınmasının mümkün olduğu söylenebilecektir¹³⁷.

Öğretide bazı durumlarda, dürüstlük kuralı uyarınca önce ifa yükümlülüğünün kalkmasından ya da sınırlandırılmasından söz edilebileceği de ifade edilmektedir. Bu hallerden biri, önce ifa yükümlülüğü karşısında hak sahibi olan kişinin, kendi yükümlüğünü yerine getirmeyeceğini kesin olarak açıklaması durumudur. Öğretide önce ifa yükümlülüğü altında olan borçlunun bu yükümlülüğünden kurtulması sonucunun doğacağı kabul edilmektedir¹³⁸. Konumuz açısından da, bu görüşün sonucu olarak, işverenin sonraki dönemler bakımından ücret ödeme borcunu yerine getirmeyeceğini açık ve kesin bir şekilde bildirmiş olması durumunda, işçinin artık iş görme edimi bakımından önce ifa ile yükümlü olmadığı söylenebilecektir. Aynı zamanda böyle bir durumda işçinin, Alman Medeni Kanunu'nun 320. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, ücreti ödeninceye kadar iş görmekten kaçınma hakkından yararlanması da mümkün olacaktır¹³⁹.

b. Alman Medeni Kanunu Madde 273

Yukarıda sözü edilen Alman Medeni Kanunu'nun 320. ve 321. maddeleri ele alındığında, bu hükümlerin yalnızca sözleşmeden kaynaklanan ve karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunan edimler bakımından uygulama alanına sahip olduğu, diğer edimler açısından ise herhangi bir çözüm getirmediği görülmektedir. İş ilişkisinde tarafların

¹³⁶ § 321 Unsicherheitseinrede – "(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

(2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung."

¹³⁷ Capodistrias, Festschrift, s. 111-112; Haase, s. 7; Joch, s. 5; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Grüneberg, in: Palandt, § 321, s. 551-52; Dehmel, s. 131-151.

¹³⁸ Haase, s. 82.

¹³⁹ Haase, s. 83.

karşılıklılık içerisinde bulunan asli edim yükümlülükleri olan iş görme ve ücret edimleri dışında pek çok yan yükümlülükleri bulunur. Yan yükümlülükler bakımından da iş görmekten kaçınma hakkı söz konusu olabildiğinden, konuya yalnızca ödemezlik def'ine ilişkin hüküm çerçevesinde yaklaşmanın soruna sınırlı bir cevap oluşturacağı, bu nedenle karşılıklılık ilişkisi dışında kalan hak ve yükümlülükler bakımından iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁰. Bu bakımdan öğretilerde genel olarak iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen ve daha geniş bir düzenleme olan Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesine göre sorunun çözümlenmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir¹⁴¹.

Alman Medeni Kanunu'nun "Zurückbehaltungsrecht" başlıklı 273. maddesinde, genel olarak alacaklıya karşı aynı borç ilişkisinden doğan muaccel alacağı bulunan borçlunun, alacaklı tarafından söz konusu edim ifa edilinceye kadar borçlu olduğu edimi yerine getirmekten kaçınabileceği düzenlenmektedir¹⁴². İş sözleşmesi bakımından söz konusu hüküm uygulandığında, alacaklı konumunda bulunan işveren tarafından sözleşmeyle yüklenilen bir borcun yerine getirilmemesi durumunda, işçinin bu borç yerine getirilinceye kadar iş görme edimini ifadan kaçınabileceği söylenebilecektir¹⁴³.

273. maddenin iş sözleşmelerinde uygulanabilmesi ve işçinin bu hüküm kapsamında iş görmekten kaçınma hakkına sahip olabilmesi için, belirli koşulların varlığı gereklidir. İlk önce işçinin işverene karşı iş ilişkisinden doğan bir hakkı bulunmalıdır. Bu hak sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanabilir¹⁴⁴. İkinci koşul,

¹⁴⁰ Haase, s. 7-8; Joch, s. 7.

¹⁴¹ Nikisch, s. 375; Schnorr von Carolsfeld, s. 329; Kirschner, s. 842; Capodistrias, s. 53-54; Haase, s. 7-8; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Haase, DB, s. 708; Zöllner ve diğerleri, s. 291, N. 87; Joch, s. 7.

¹⁴² § 273 Zurückbehaltungsrecht – "(1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

(2) Wer zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

(3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen."

¹⁴³ Grüneberg, in: Palandt, § 273, s. 358; Söllner, ZfA, s. 2; Keller, s. 665; Haase, DB, s. 708; Joch, s. 9; Dehmel, s. 89; Aschmoneit, s. 48.

¹⁴⁴ Capodistrias, s. 54; Ücret hakkı ya da işveren adına yapılan masrafları talep hakkı, burada işçinin işverene karşı sahip olduğu ve iş ilişkisinden kaynaklanan haklara örnek olarak verilebilir. Haase, s. 9.

işçinin iş görmekten kaçınma hakkının gerekçesini oluşturan bu karşı hakkın muaccel olmasıdır. Aksi halde muaccel olmayan bir hakka dayanarak iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması haklı bulunmayacaktır¹⁴⁵. Burada değerlendirilmesi gereken önemli bir husus, işçinin önce ifa yükümlülüğüdür. Zira işçinin önce ifa yükümlülüğü bulunduğu durumlarda, iş görme edimini yerine getirmediği sürece, karşılık oluşturan edimi talep hakkı da henüz muaccel olmayacak, bu nedenle işçi bu hükme dayanarak da iş görmekten kaçınma hakkına sahip olamayacaktır¹⁴⁶. Ancak sözü edilen sonuç yukarıda da ifade edildiği üzere, ücret dönemlerine bölünen iş sözleşmesinde, yalnızca gelecek ya da içerisinde bulunulan ücret dönemi açısından geçerli olur. Geçmiş ücret dönemi bakımından ise, iş görme edimi ifa edilmiş olduğundan, bu döneme ilişkin ücret alacağı muacceldir ve işçinin bu döneme ilişkin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınabilmesi mümkündür¹⁴⁷.

Üçüncü olarak ise, 273. madde uyarınca iş görmekten kaçınma hakkının söz konusu olabilmesi için, işçinin yerine getirilmeyen bu karşı hakkı ile ifayla yükümlü olduğu iş görme edimi arasında bağlantı (*“Konnexität”*) bulunmalı, yani bu haklar aynı ilişkiden ya da birbiriyle yakından bağlantılı ilişkilerden doğmuş olmalıdır¹⁴⁸. İş ilişkilerinde, karşılıklılık içerisinde bulunan haklar aynı ilişkiden doğduğundan, aralarında bağlantı bulunduğu konusunda genellikle şüphe bulunmaz¹⁴⁹. Ancak 273. madde uyarınca iş görmekten kaçınma hakkının söz konusu olabilmesi için, hakların karşılıklılık ilişkisi içerisinde olması ya da mutlaka doğrudan aynı iş sözleşmesinden kaynaklanması şart değildir. Böyle durumlarda 273. madde uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için, karşı edim ile işçinin iş görme borcu arasında bağlantı bulunması gerekir. Bu bağlantı iş sözleşmesi ile ekonomik açıdan bağlantılı olan sözleşmelerden de doğabilir¹⁵⁰. Örneğin işçinin işin görülmesi amacıyla işverene araç-gereç, makine ya da taşıt sağlaması durumunda, işin

¹⁴⁵ Grüneberg, in: Palandt, § 273, s. 359, Rn. 7-8; Kirschner, s. 843; Haase, s. 10; Haase, DB, s. 708; Capodistrias, s. 54; Keller, s. 665-666; Aschmoneit, s. 48.

¹⁴⁶ Kirschner, s. 844; Haase, s. 10.

¹⁴⁷ Haase, s. 10; Özellikle 273. madde değerlendirildiğinde, ödemelik def'ini düzenleyen 320. maddeden farklı olarak iş görme edimi ile iş görmekten kaçınma hakkına konu olacak işçinin karşı edimi arasında karşılıklılık ilişkisinin bulunmasını aramadığından, öğretide iş görmekten kaçınma hakkının ücretin ödenmemesi durumunda geçmiş ücret dönemi bakımından mümkün olacağı genellikle kabul edilmektedir. Kirschner, s. 844.

¹⁴⁸ Grüneberg, in: Palandt, § 273, s. 359, Rn. 9-10; Kirschner, s. 843; Haase, s. 10; Haase, DB, s. 708; Capodistrias, s. 54; Keller, s. 665; Aschmoneit, s. 48.

¹⁴⁹ Kirschner, s. 843; Haase, s. 10-11.

¹⁵⁰ Kirschner, s. 843.

görülmesiyle temin edilen şeylerin iadesi ya da bu konuda bir anlaşma mevcutsa kullanım bedeli ödenmesi gibi haklar bakımından bağlantının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁵¹.

Son olarak 273. madde uyarınca iş görmekten kaçınma hakkından bahsedilebilmesi için, söz konusu borç ilişkisinde bu hakkın kullanımının hariç tutulmamış olması ya da borç ilişkisinin doğasının bu hakkın kullanılmasına engel oluşturmaması gerekir¹⁵². Öğretide genel olarak, tarafların bu yönde bir anlaşmasının bulunması, kanunda bu sonuca yol açacak bir hükmün mevcut olması ya da borç ilişkisinin doğasının gerektirdiği hallerde, iş görmekten kaçınma hakkının hariç tutulması ve kullanımına engel olunması sonucunun ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir¹⁵³. Taraflar arasında bir anlaşmanın ya da bu sonuca neden olacak bir kanun hükmünün bulunduğu tespit edilmesi zor değildir. Ancak borç ilişkisinin doğasının bu sonucu gerektirmesi, her zaman belirlenmesi kolay olmayan bir durumdur. Burada iş görmekten kaçınma hakkının borç ilişkisinin doğası uyarınca hangi hallerde mümkün olamayacağının sınırı, dürüstlük kuralı ve işçinin sadakat yükümlülüğü çerçevesinde belirlenmelidir¹⁵⁴.

c. Karşılaştırma

Yukarıda sözü edilen iki hüküm karşılaştırıldığında, bazı farklılıkların bulunduğu görülür. Bu farklardan en temeli işçinin 320. maddede düzenlenen ödemezlik def'inden yararlanabilmesi için edimler arasında bir karşılıklılık ilişkisinin bulunması şartken, 273. madde uyarınca iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması açısından karşılıklılık ilişkisinin mevcut olmasının gerekmemesidir¹⁵⁵.

İkinci farklılık hakkın sonucu bakımından ortaya çıkar. İş görmekten kaçınma hakkının dayanağının ödemezlik def'ine ilişkin 320. madde ya da genel olarak iş görmekten kaçınmayı düzenleyen 273. maddeden kaynaklandığının kabul edilmesi,

¹⁵¹ Bu hususta bkz. Kirschner, s. 843.

¹⁵² Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kirschner, s. 844; Haase, s. 8; Haase, DB, s. 708; Keller, s. 666; Aschmoneit, s. 48.

¹⁵³ Grüneberg, in: Palandt, § 273, s. 359-360, Rn. 12-16; Kirschner, s. 844; Haase, s. 8; Haase, DB, s. 708; Keller, s. 666; Aschmoneit, s. 48.

¹⁵⁴ Haase, DB, s. 708-709; İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının sınırları hakkında açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, D.

¹⁵⁵ Söllner, ZfA, s. 2; Keller, s. 668; Soyer, s. 213; Dehmel, s. 94.

temelde hakkın varlığı açısından bir şüphe yaratmaz, her iki durumda da işçi iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır. Ancak hakkın hukuki dayanağının belirlenmesi, iş görmekten kaçınmanın sonuçları bakımından etkili olabilir. Bu hususta işverenin iş görmekten kaçınma hakkını önleme olanağı bakımından bir farklılık mevcuttur. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesinin 3. fıkrasında, anılan hükme göre kullanılan iş görmekten kaçınma hakkının, işveren tarafından güvence gösterilerek önlenebileceği düzenlenmiştir¹⁵⁶, 320. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde açıkça bu olanağın bulunmadığı ifade edilmiştir¹⁵⁷.

Kanunun ifadesi uyarınca iki hükmün sonucu bakımından diğer fark, Alman Medeni Kanunu'nun 320. maddesinin 2. fıkrasında ücretin ödenmeyen kısmının önemsiz derecede az olması halinde işçinin iş görmekten kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırı düşeceği düzenlenmiştir, 273. maddede bu hususta bir hükme yer verilmemesidir. Ancak bu durum iki hüküm arasında önemli bir farklılık yaratmamaktadır. Zira 273. madde uyarınca iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması da genel dürüstlük kuralıyla sınırlı olarak uygulanacaktır (BGB m. 242)¹⁵⁸.

d. İşverenin Alacaklı Temerrüdü

İş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği bakımından değerlendirilmesi gereken diğer bir önemli husus, işverenin alacaklı temerrüdüdür. Özellikle iş görmekten kaçınma hakkının ortaya çıktığı temel hallerden biri olan, işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün ihlali, öğretide genellikle Alman Medeni Kanunu'nun alacaklının temerrüdünü düzenleyen 293 vd. hükümleriyle birlikte değerlendirilmektedir¹⁵⁹. Anılan 293. maddede, alacaklının kendisine sunulan edimi

¹⁵⁶ İlgili fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: "... (3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen."

¹⁵⁷ Soyer, s. 213; İlgili fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: "... Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung."

¹⁵⁸ Söllner, ZfA, s. 9; Alman Medeni Kanunu'nun 242. maddesinde, borçlunun işi dürüstlük kuralına uygun olarak ifayla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. § 242 Leistung nach Treu und Glauben – "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

¹⁵⁹ Kirschner, s. 845; Capodistrias, s. 54.

kabulden kaçınması durumunda temerrüde düşeceği kabul edilmiş, devamı hükümlerde ise bunun koşulları ve çerçevesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir¹⁶⁰.

Öğretide işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan asli edimini ifa etmediği ve işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu durumlarda, işverenin işi kabulde temerrüde düştüğü, işçinin bu nedenle iş görme edimini ifadan muaf olduğu ve iş görme edimini ifa etmediği hallerden ayırt edilmesi gerektiği görüşü ifade edilmektedir¹⁶¹. Özellikle bu hususta öğretide, genel olarak işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, Alman Medeni Kanunu'nun 293 vd. hükümleri uyarınca alacaklının temerrüdüne düşeceği ve bunun sonucunda da, işçinin iş görme edimini ifa yükümlülüğünden kurtulacağı kabul edilmektedir¹⁶². Zira buna göre genel olarak, işverenin işyerinde işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, bu yükümlülük ihlalinin etkilenen işçiler, iş görme edimini ifaya devam etmeye zorlanamaz. Böyle bir durumda işçiler iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecekleri gibi, işveren tarafından söz konusu yükümlülük yerine getirilene ve işyerinde gerekli önlemler alınana kadar işçiler işi ifadan muaf olur ve bu çerçevede iş görme edimini ifadan kaçınma yetkisini haizdirler¹⁶³.

Bu görüş tarafından öğretide iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini 320. maddede düzenlenen ödemezlik def'ine dayandırılmasının mümkün olmadığı, zira iş görmekten kaçınma hakkının ödemezlik def'i yoluyla sağlanması durumunda, bunun yalnızca asli edim yükümlülükleri bakımından söz konusu olacağı, yan yükümlülükler bakımından ise iş görmekten kaçınma hakkına temel oluşturamayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁴. İşveren, işin ifası için öncelikle sağlamakla yükümlü olduğu koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda alacaklı temerrüdüne düşecek ve işçi buna dayanarak işyerinde gerekli önlemler alınana ve işverence söz konusu koruma yükümlülüklerinin gereği yerine getirilene kadar iş görme edimini ifadan kaçınabilecektir¹⁶⁵. Zira işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü ve bu kapsamda işyerinde gerekli önlemleri alma borcu, işin ifası

¹⁶⁰ § 293 Annahmeverzug – “Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.”

¹⁶¹ Capodistrias, s. 54.

¹⁶² Haase, s. 69.

¹⁶³ Kirschner, s. 845; Capodistrias, s. 54.

¹⁶⁴ Kirschner, s. 845.

¹⁶⁵ Hueck/Nipperdey, s. 218; Kirschner, s. 845; Capodistrias, s. 54.

bakımından hazırlık fiili teşkil etmektedir. İşverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin tanımlamalarda da ifade edildiği üzere, işin ifası için işverenin bu eyleme katılımının arandığı durumlarda, katılım yükümlülüğü işverence yerine getirilmezse, işveren alacaklı temerrüdüne düşer ve işçi iş görme edimini ifa etmeme olanağına sahip olur. Bu çerçevede öğretide işçinin işyerinde ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı korunması ve işyerinin işçinin çalışması için elverişli, sağlıklı ve uygun hale getirilmesi eylemlerinin işveren açısından işin işçi tarafından ifası için bir hazırlık fiili teşkil ettiği, bu yükümlülükler aykırı davranılması durumunda işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceği ve işçinin iş görmekten kaçınabileceği kabul edilmektedir (BGB m. 615)¹⁶⁶. Burada iş görmekten kaçınma hakkına dayanak oluşturan husus, işçinin işverene karşı sahip olduğu muaccel bir karşı hak değil, işverenin hazırlık ve katılım fiillerini yerine getirmemesi dolayısıyla alacaklı temerrüdüne düşmesidir¹⁶⁷.

Yine Alman Hukuku öğretisinde bir görüşe göre, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranması sonucunda işçinin genel olarak iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesi hükümlerine göre de iş görmekten kaçınma hakkına başvurusunun gerekmediği, zira bu durumda işçinin doğrudan işin ifasından muaf olacağı da ifade edilmektedir¹⁶⁸. Buna göre Alman Medeni Kanunu'nun alacaklının temerrüdünde işin ifasının teklifine ilişkin 295. maddesinde, alacaklının işi kabul etmeyeceğini açıkça bildirmesi halinde ya da işin ifa edilmesi için öncelikle kendisinin bir edimde bulunması gereken durumlarda, işçinin iş görme edimini ifaya hazır olduğunu bildirmesinin temerrüt sonucunun doğması bakımından yeterli olduğu düzenlenmiştir. Konumuz bakımından da işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması, işin ifası için yerine getirilmesi gereken ve işçi açısından çalışma koşullarının sağlanması anlamını taşıyan bir yükümlülük olduğundan, işverenin işin ifasına katılımı niteliği taşımakta, böylece işverenin bu yükümlülüğü söz konusu hükümde ifade edilen, işverenin işin ifası için

¹⁶⁶ Hueck ve Nipperdey, s. 218; Kirschner, s. 845; Capodistrias, s. 54; Haase, s. 69-70.

¹⁶⁷ Capodistrias, s. 54.

¹⁶⁸ Capodistrias, Festschrift, s. 108; Haase, s. 70; Bununla birlikte öğretide işverenin koruma yükümlülüğünü ihlali nedeniyle ortaya çıkan iş görmekten kaçınma hakkının alacaklı temerrüdü hükümlerine göre değil, genel iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesine dayandırıldığı da görülmektedir. Söllner, ZfA, s. 17.

bir edimde bulunması gereken durumlardan biri olarak nitelendirilmektedir¹⁶⁹. Böyle bir durumda işçinin, işin ifasını sözlü olarak işverene teklif etmekle, iş görme edimini ifadan derhal kurtulacağı kabul edilmektedir¹⁷⁰.

2. Türk Hukukunda

a. Hakkın Ortaya Çıkışı

İş görmekten kaçınma hakkı hukukumuzda iki durumda kanuni olarak kabul edilmiştir. Bunlar; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen işçinin ücretinin ödenmemesi ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan, işveren tarafından işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle bir tehlike halinin meydana gelmesidir¹⁷¹. Bu iki nedenin ortaya çıkması durumunda işçinin, ilgili hükümlerde öngörülen koşulların gerçekleşmesi kaydıyla, iş görmekten kaçınması mümkün olacaktır.

İş görmekten kaçınma hakkı, her iki durum bakımından da ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile tanınmıştır. İşçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkı halen bu Kanunun 34. maddesinde düzenlenmekteyken, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte işçinin işyerinde tehlike halinde çalışmaktan kaçınma hakkı, İş Kanunu kapsamından çıkarak bu Kanunla düzenlenmiştir. İki durumda işçinin bu hakka sahip olduğu Kanunda açıkça düzenlenmiş olduğundan, ilgili hükümlerde belirtilen koşulların varlığı halinde işçinin iş görmekten kaçınabileceği konusunda bir tereddüt bulunmayacaktır. 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemlerde ise, iş kanunlarında işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından, konu oldukça tartışmalıydı. Ancak kanuni bir düzenlemesi bulunmamaktaysa da sayılan iki nedene dayalı olarak işçinin iş görmekten kaçınabileceği öğretide, farklı hukuki temellere dayandırılmakla beraber kabul edilmekteydi¹⁷².

¹⁶⁹ Capodistrias, Festschrift, s. 107; Haase, s. 69-70.

¹⁷⁰ Haase, s. 69-70.

¹⁷¹ Kanunda düzenlenen bu haller, çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecektir.

¹⁷² Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962, s. 74; Soyer, s. 220-221; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Polat Soyer, "Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi", **İHU**, İşK. 26, No. 1, 1979, (İHU), s. 4 vd.; Can, Tuncay, **İHU**, TSGLK m. 19,

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Kanunda açık bir hüküm yer almadığından konu tartışmalı olmakla birlikte, öğretide bazı yazarlarca ücretin ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmayacağının tespiti hususunda, Borçlar Kanunu'nun ödemezlik def'ine ilişkin 81. maddesinin (EBK)¹⁷³ uygulanması gerektiği ve söz konusu hüküm uyarınca işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu ileri sürülmekteydi¹⁷⁴. Zira bu görüş, iş sözleşmesi taraflarına karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşme olduğundan, Borçlar Kanunu'nun karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde ifaya ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmekte ve bu kapsamda işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda işçinin ödemezlik def'ini ileri sürerek iş görme edimini ifadan kaçınabileceğini kabul etmekteydi¹⁷⁵.

Türk Hukukunda ilk olarak Kaniti, bu görüşü benimsemiş ve karşılıklı borçlar yükleyen, sürekli bir borç ilişkisi olan iş sözleşmesinde taraflardan birinin edimini ifa etmediğinde ödemezlik def'inden yararlanılabileceğini, özellikle işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmemesi durumunda, işçinin bu def'iyi ileri sürerek, ücret ediminin karşılığını teşkil eden iş görme borcunu ifadan kaçınabileceğini kabul etmiştir¹⁷⁶.

Soyer de, işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda Borçlar Kanunu'nun ödemezlik def'ine ilişkin 81. maddesi uyarınca iş görme edimini ifadan kaçınabileceğini kabul etmekteydi. Yazara göre, işçinin ücretinin ödenmemesi işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı vermekle beraber, bu olanağın tanınmış

No. 2; Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, "Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Özel Sayı, 2010 (Basım Yılı: 2012), (İş Görmekten Kaçınma), s. 612-615.

¹⁷³ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi şu şekilde düzenlenmekteydi: "*Mütakabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır.*"

¹⁷⁴ Bu görüşte bkz. Kaniti, s. 74; M. Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, Cilt 1, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, (İşçi İşveren İlişkileri), s. 246; Soyer, s. 220; Soyer, İHU, s. 4; Tuncay, İHU, TSGLK, m. 19, No. 2; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 612; Eyrenci ve diğerleri, s. 159; Melda Sur, **Grev Kavramı, Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme**, İzmir, 1987, (Grev Kavramı), s. 81; Centel, s. 370-371; Şahin Çil, "İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt: II, İstanbul, 2011, (Ücretin Ödenmemesi), s. 1271; Murat Engin, "Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2003, (İş Görmekten Kaçınma), s. 77.

¹⁷⁵ Kaniti, s. 74; Soyer, İHU, s. 4.

¹⁷⁶ Kaniti, s. 74-75.

olması, iş görmekten kaçınma hakkının bulunmadığını kabul etmeyi gerektirmez. Zira söz konusu 81. madde bütün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri kapsadığından, işçi böyle bir durumda iş sözleşmesini feshetmek zorunda bırakılmamalı, iş görmekten kaçınma hakkı da tıpkı fesih hakkı gibi işçinin başvurabileceği haklardan biri olarak kabul edilmelidir¹⁷⁷.

4857 sayılı Kanun öncesinde konu, işçinin iş görme borcuna ya da sadakat borcuna aykırılık¹⁷⁸ ile kanun dışı grev¹⁷⁹ çerçevesinde değerlendirilmekteydi¹⁸⁰. Nitekim bu dönemde Yargıtay da işveren tarafından ücretinin ödenmemesinin işçiye işi bırakma ya da başka tür eylemlerde bulunma olanağı vermeyeceğini, böyle bir durumda işçinin yasal yollara başvurma ve bu kapsamda Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne şikâyetle bulunma, dava açma ya da iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip olduğunu kabul etmekteydi¹⁸¹. Ancak Yargıtay'ın bu görüşü öğretide, Anayasa'da yer alan ücretin korunması ilkesine aykırı düştüğü ve Borçlar Kanunu'nun ödemezlik def'ine ilişkin hükümleri göz önüne alındığında, işçiye iş görmekten kaçınma hakkının tanınması gerektiği ifade edilerek eleştirilmekteydi¹⁸².

b. Hakkın Hukuki Niteliği Hakkında Görüşler

Türk Hukukunda, Alman Hukukunda olduğu gibi (BGB m. 273) iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin genel bir düzenleme bulunmayıp, işçiye işi ifadan kaçınma hakkı veren kanuni düzenlemeler işçinin ücretinin gününde ödenmemesi ve işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması hallerine ilişkin hükümlerle sınırlıdır. Türk Hukuku öğretisinde hakkın hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin, işçinin iş görmekten kaçınma

¹⁷⁷ Soyer, s. 220-221.

¹⁷⁸ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 22.01.2002, 2001/20349 E., 2002/593 K. <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/07hukuk.pdf>, (E.T. 30.01.2018).

¹⁷⁹ İş görmekten kaçınma hakkının 4857 sayılı Kanun öncesi dönemde kanun dışı grev sayılması hususundaki tartışmalara, toplu eylem hakkıyla bağlantısı sebebiyle, Birinci Bölüm, III, C, 2 başlığı altında yer verilecektir.

¹⁸⁰ Bu hususta bilgi için bkz. Sur, Grev Kavramı, s. 82-85.

¹⁸¹ Bilgi için bkz. Narmanlıoğlu, s. 308; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 612; Göktaş, s. 39; Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 14.11.2000, 2000/12534 E., 2000/16327 K., 9. HD, 15.09.1999, 1999/10492 E., 1999/13722 K., www.kazanci.com, (E.T. 31.01.2018), 9. HD, 05.11.1974, 1974/6317 E., 1974/24156 K., 9. HD, 22.09.1975, 1975/25578 E., 1975/42855 K., Sur, Grev Kavramı, s. 86, d. 176-177; Ayrıca söz konusu kararın incelemesi için bkz. Kemal Oğuzman, "Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi", İHU, İş K. 26, No.1, s. 1; Soyer, İHU, s. 1-6; 9. HD, 21.6.1994, 1994/1728 E., 1994/9862 K., www.kazanci.com, (E.T. 31.01.2018).

¹⁸² Bu hususta bkz. Soyer, s. 222-223; Sur, Grev Kavramı, s. 84-85; Göktaş, s. 39-40.

hakkına temel oluşturacak sebebin türüne de bağılı olarak, genel olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinde düzenlenen ödemezlik def'i ve 408. maddesinde yer alan işverenin alacaklı temerrüdü çerçevesinde toplandığı görülmektedir.

(1) Ödemezlik Def'i Görüşü

(i) Ödemezlik Def'i Kavramı ve Koşulları

Tam iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, genel kural tarafların yüklendikleri edimleri aynı anda ifa etmeleridir¹⁸³. Bununla birlikte taraflarca bu kuralın aksi kararlaştırılarak farklı bir ifa sırası belirlenebilir. Ayrıca kanundan, işin niteliğinden ya da teamülden aksinin anlaşılması durumunda da ifa sırasının farklı şekilde uygulanması mümkündür¹⁸⁴. Böyle istisnai bir durum bulunmadıkça taraflar aynı anda ifa ile yükümlü olurlar. Türk Borçlar Kanunu'nun "VI. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, 1. İfade sıra" başlıklı 97. maddesinde, "*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*" denilmiş, böylece ödemezlik def'ine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

Ödemezlik def'i, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini daha sonra ifa etme hakkı bulunmadıkça, kendi ediminin ifasını önermeden karşı taraftan ifa talep etmesi halinde diğer tarafın sahip olduğu ve ifadan kaçınma imkânı veren def'i hakkı olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁵. Bu def'inin amacı, hem karşı edim ifa edilinceye kadar alacaklıya kendi edimini ifadan kaçınma hakkı vererek onun açısından bir teminat fonksiyonu oluşturmak, hem de edimini ifa etmeyen karşı taraf üzerinde bir baskı kurmaktır¹⁸⁶.

¹⁸³ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve karşılıklılık ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, 1995, s. 3-23.

¹⁸⁴ Oğuzman ve Öz, s. 335-336.

¹⁸⁵ Tunçomağ, s. 736; Eren, s. 1008; Oğuzman ve Öz, s. 337.

¹⁸⁶ Ödemezlik def'i hakkında ayrıntılı için bkz. Eren, s. 986 vd.; Tunçomağ, s. 735-755; Oğuzman ve Öz, s. 337-348.

Ödemezlik def'inden yararlanmak için bazı koşulların varlığı gereklidir. İlk olarak borcun kaynaklandığı sözleşme ilişkisi, taraflarına karşılıklı borçlar yükleyen bir ilişki olmalıdır¹⁸⁷. Zira tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların birbirlerine karşı borçlandıkları edimler arasında bir karşılıklılık ve değişim ilişkisi söz konusudur. Ödemezlik def'inin kullanılabilmesinin de ilk ve temel şartı, borç ilişkisinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve ayrıca def'ie konu edilecek edimlerin karşılıklılık ilişkisi içerisinde olmasıdır; aksi halde bu def'iden yararlanılması söz konusu olmaz¹⁸⁸. Ayrıca karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşme ilişkisinden doğan tüm edimler bakımından da ödemezlik def'ine başvurulması mümkün olmayacak, yalnızca karşılıklılık ilişkisi içerisinde olan borçlar bakımından bu def'inin kullanılması söz konusu olabilecektir.

Karşılıklı edimlerin mevcut ve muaccel olması da ödemezlik def'inden yararlanılabilmesi için gerekli bir unsurdur. Söz konusu borç ilişkisinin geçerli olarak kurulması ve bu ilişkiden doğan alacağın geçerli olarak doğması, varlığını sürdürmesi ve sona ermemiş olması gerekir¹⁸⁹. Henüz doğmamış ya da herhangi bir sebeple sona ermiş bir alacak bakımından ödemezlik def'inin kullanılması mümkün değildir¹⁹⁰.

Sözleşme taraflarından birinin ödemezlik def'i ileri sürebilmesi için, sözleşmenin karşı tarafınca ifanın teklif edilmemiş olması gerekir. Burada ifanın niteliği önem taşır. Zira ifanın gereği gibi teklif edilmiş sayılması için, borçlanılan edime ve sözleşmeye uygun olması gerekir. İfanın sözleşmeye uygun olarak yapılmaması, ayıplı ya da eksik olması durumunda, sözleşmenin karşı tarafının eksiklik giderilinceye kadar ödemezlik def'inden yararlanma hakkı devam eder¹⁹¹.

¹⁸⁷ Kaniti, s. 66; Eren, s. 1009; Tunçomağ, s. 739; Oğuzman ve Öz, s. 339.

¹⁸⁸ Buna karşılık öğretide dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı hallerde ödemezlik def'inin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bilgi için bkz. Eren, s. 1010; Bu hususta Kaniti'ye göre ise, örneğin karşılıklı sözleşmenin yanında yer alan anlaşmanın yüklediği borçlar karşılıklı sözleşmeye bağlı olarak düşünülmüşse, karşılıklı sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı yan borcun ifasından kaçınmak mümkün olabilir. Kaniti, s. 67-68.

¹⁸⁹ Eren, s. 1013; Oğuzman ve Öz, s. 342.

¹⁹⁰ Bu hususta öğretide zamanaşımına uğramış alacaklar bakımından ödemezlik def'ine başvurulup başvurulamayacağı tartışılmaktadır. Genel itibariyle, zamanaşımı alacağı sona erdirmeyip yalnızca talep edilebilirliğine etki ettiği ve def'i hakları da zamanaşımına uğramadığından, bu tür alacaklar bakımından da ödemezlik def'ine başvurulabileceği kabul edilmektedir. Kaniti, s. 109; Eren, s. 1014; Tunçomağ, s. 743; Oğuzman ve Öz, s. 342.

¹⁹¹ Eren, s. 1014.

Son olarak tarafların sözleşmeden doğan edimi aynı anda ifa etmekle yükümlü bulunmaları; yani taraflardan birinin önce ifa ile yükümlü bulunmaması gerekir. Karine olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin tarafları edimlerini aynı anda ifa ile yükümlü olurlar. Bununla birlikte tarafların anlaşması ile bu karinenin aksi kabul edilebileceği gibi, bir kanun hükmü veya bir teamül de bu kuralın aksini, yani taraflardan birinin önce ifa ile yükümlü olmasını gerektirebilir¹⁹². Bu hallerde, önce ifa ile yükümlü bulunan tarafın, karşı tarafın edimini ifa etmediği gerekçesiyle ödemezlik def'ine başvurması mümkün değildir. Böylece tarafların edimlerini aynı anda ifa ile yükümlü olmaları, ödemezlik def'inin doğumu bakımından şarttır.

(ii) İş Görmekten Kaçınma Hakkına İlişkin Görüş

Yukarıda açıklanan koşullar dâhilinde, ödemezlik def'inin iş sözleşmelerinde uygulanabilirliği, özellikle çalışmamız çerçevesinde işçinin bu def'i olanağından yararlanarak iş görme edimini ifadan kaçınmasının mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde yer verilen iş sözleşmesine ilişkin tanımlar göz önüne alındığında, iş sözleşmesinin taraflarına birbirinin karşılığını teşkil eden borçlar yükleyen bir borç ilişkisi olduğu görülür. İş sözleşmesinden doğan ve karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alan edimler işçi açısından iş görme, işveren açısından ise ücret ödemedir. Ücret, iş görme ediminin karşılığını teşkil ettiğinden, ücretinin ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli, öğretide yaygın olarak ödemezlik def'ine dayandırılmaktadır¹⁹³.

¹⁹² Bu hususta örneğin hizmet sözleşmelerinde öncelikle ifa yükümlülüğü işçiye aittir. Eren, s. 1016; Tunçomağ, s. 745.

¹⁹³ Bu görüşte bkz. M. Polat Soyer, "İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı-Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, İstanbul, 2011, (İş Görmekten Kaçınma), s. 657; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 689; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 180; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 612; Melda Sur, "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", **Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan**, 2005, (Çalışmaktan Kaçınma Hakkı), s. 399-400; Ali Güzel, "Karar İncelemesi-İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 2, 2005, s. 130-131; Demir, İş Hukuku, s. 193; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 79; Göktaş, s. 44-48; Cevdet İlhan Günay, "Ücretin Gününde Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, (30. Yıl Armağanı), s. 479; Murat Topuz, "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş K. m. 34 ve m. 83)", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2007, s. 461; Dilek Dulay

Ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı, ücretin işveren tarafından belirli bir süreyle ödenmemesi durumunda işçilere iş görme edimini yerine getirmeyerek, işvereni ücret ödemeye zorlama amacı taşıyan bir hak olarak ortaya çıkmaktadır. Sözü edilen görüş, iş görme edimi işverenin ücret ödeme borcunun karşılığını oluşturduğundan, ücret ediminin yerine getirilmemesi durumunda işçiye iş görmekten kaçınma hakkı tanınmasının, Borçlar Hukuku anlamında bir ödemezlik def'i oluşturduğunu ifade etmekte ve bu hakkın ödemezlik def'inin bir görünüm şekli olduğunu kabul etmektedir¹⁹⁴.

Bu hususta önem arz eden ve öğretide tartışılan bir sorun ise, işçinin önce ifa yükümlülüğünün ödemezlik def'inin kullanılmasına etkisidir. İşçinin ücretinin bir işin karşılığında ve en geç ayda bir ödeneceğini düzenleyen İş Kanunu'nun 34. maddesi ile aksine bir âdet olmadıkça, ücretin işçiye her ayın sonunda ödeneceğine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 406. maddesi göz önüne alındığında, işçinin iş sözleşmesiyle yüklendiği iş görme edimini önce ifa ile yükümlü olduğu, iş görme ediminin ifasından sonra işçinin ücretine hak kazanacağı sonucuna varılır. İfada sırayı düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinde ise, ifa isteminde bulunan tarafın, *“sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça”*, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ödemezlik def'inden yararlanabilmek için, def'i hakkına sahip olan tarafın önce ifa ile yükümlü olmaması gerekmektedir. Bu durum iş sözleşmesinde kural olarak önce ifa ile yükümlü bulunan işçinin, ücretinin ödenmemesi nedeniyle ödemezlik def'ine dayanarak iş görmekten kaçınabileceğinin kabul edilmesi açısından bir tereddüt doğurmaktadır.

Öğretide işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda sahip olacağı iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağını ödemezlik def'ine dayandıran görüşün bu nedenle eleştirildiği görülmektedir. Bu hususta Alpagut'a göre, İş Hukuku bakımından genel prensip (Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri haricinde), aksi kararlaştırılmadıkça önce işçinin iş görme edimini yerine getirmesi ve çalışması

Yangın, “Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, **TAAD**, Cilt: III, Sayı: 10, Temmuz 2012, s. 210.

¹⁹⁴ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 657; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 612; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 399; Demir, İş Hukuku, s. 193; Güzel, s. 130-131; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 79; Göktaş, s. 44-48; Topuz, s. 461; Dulay Yangın, s. 210.

üzerine ücrete hak kazanması şeklinde ortaya çıktığından, bu hakkın hukuki temelini ödemezlik def'ine dayandığının kabul edilmesi mümkün değildir¹⁹⁵.

Buna karşılık Kaniti'ye göre, iş sözleşmesi karşılıklı edimlerden iş görmenin sürekli bir edim, bunun karşılığını teşkil eden ücret ödeme ediminin ise dönemli bir edim şeklinde ortaya çıktığı bir sözleşme türüdür. Bu tür sözleşmelerde tarafların edimlerin ifasını aynı anda yerine getirmeleri maddi olarak imkânsızdır. Sürekli edimle dönemli edimin bölümleri bir bütün olarak sözleşmenin içinde yer aldıklarından ve genel olarak tarafların sözleşmeyi kurarken mevcut olan ortak amacı, edim bölümlerinin tamamını karşı edim bölümlerinin tamamı ile değiştirmek olduğundan, edim bölümleri arasında hukuki bir birlik bulunmaktadır. Sürekli edimin bir bölümünün tamamlandığı anda ödenmesi gereken dönemli edim bölümünde gecikme, sürekli edim borçlusuna ödemezlik def'i hükmü uyarınca ifaya devamdan kaçınma hakkını verir. Bu nedenle iş sözleşmesi bakımından işverence ücret ödeme borcu yerine getirilmezse, işçi iş görme edimini ifadan kaçınma hakkına sahip olacaktır¹⁹⁶.

Yine Sur'a göre, iş sözleşmesinde genel kural önce işçinin iş görme edimini ifa etmesi, çalışması karşılığında işverenin ise en geç bir aylık dönemin sonunda sözleşmeye uygun ücreti ödemesi şeklindedir. Ancak genel olarak sürekli ve dönemli edimli sözleşmelerde, önce ifa ile yükümlü olan tarafın, yerine getirdiği bölümün karşılığını alamaması durumunda edimini ifaya devam etmekten kaçınabileceği kabul edilmelidir. Zira sürekli nitelik gösteren iş ilişkisinde tarafların ortak amacı edimlerin tamamının karşılıklı olarak sağlanmasıdır. Eğer edimler arası karşılıklılık ilişkisi sadece doğrudan doğruya değiştirilecek kısmi edimler bakımından kabul edilseydi, Borçlar Kanunu'nda yer alan ödemezlik def'i olanağının taraflardan birine önce ifa yükümlülüğü getiren dönemli edimli sözleşmelerde uygulanması mümkün olamazdı¹⁹⁷.

Aynı görüşte Göktaş'a göre de, işçinin ödemezlik def'inden yararlanma olanağının olmadığının ileri sürülmesi, onu belirsiz bir süre karşılıksız çalışmaya zorlamak anlamına geleceği ve bu durum işçinin ücret almadan çalışmaya zorlanması

¹⁹⁵ Gülsevil Alpagut, "Ücret ve İşin Düzenlenmesi", **İş Hukuku ve Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma**, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Semineri Notları, 2006, (Ücret), s. 58.

¹⁹⁶ Kaniti, s. 73-75; Bu yönde ayrıca bkz. Güzel, s. 132-133.

¹⁹⁷ Sur, Grev Kavramı, s. 81.

olacağından, bu durum Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına uygun düşmeyecektir. Yazara göre, iş sözleşmesinde işçinin iş görme ile işverenin ücret ödeme borcu arasında iktisadi ve hukuki birlik sadece dönemler itibariyle değil, ilişkinin tümü için mevcuttur. Bir döneme ait ücretin ödenmemesi tarafların amaçları da göz önünde bulundurulduğunda hukuki ilişkinin tümüne yönelik bir ihlaldir. Böyle olunca, işçinin önce ifa yükümlülüğü sadece ilk dönem için söz konusu olup, sonraki dönemler aynı hukuki ve iktisadi bütünlük içinde düşünüldüğünden işçinin önce ifa borcu bulunduğu gerekçesi ile ödemelik def'inde bulunamayacağı kabul edilemez¹⁹⁸.

Öğretide ücretinin ödenmemesi nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınma hakkının yanı sıra, öğretide Kanunda kabul edilen diğer bir hal olan işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek işyerini iş görme ediminin ifasına hazır hale getirmemesi durumunda da, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak iş görme edimini ifa etmemesinin bir ödemelik def'i niteliği taşıdığı görüşü ileri sürülmektedir¹⁹⁹. Bu hususta Topuz'a göre, yaşamına yönelik ciddi ve yakın bir tehlike halinde iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi, aslında işyerinde iş tehlikelerini önleme ve işçiyi koruma ve gözetme borcunu ifadan kaçınan işveren karşısında bir def'i hakkı kullanır. Ödemelik def'i akdi bir kusura dayanılarak meşrulaştırılan geçici bir baskı vasıtası olarak ortaya çıkmaktayken, bir tehlike durumunda iş görmekten kaçınma, sağlığa ve güvenliğe yönelik bir tehlikeden kurtulma amacını taşır. Bununla birlikte işçinin yakın ve acil bir tehlike karşısında iş görmekten kaçınma hakkı tehlike devam ettiği sürece devam edeceğinden, işçinin işverence koruyucu önlemler alınıncaya kadar bu hakkını kullanması işverene bir baskı aracı olma fonksiyonu görebilir. Buna bağlı olarak da yazara göre, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını ödemelik def'i çerçevesinde değerlendirmeye engel bir durum bulunmamaktadır²⁰⁰.

Söz konusu görüşü eleştiren Göktaş'a göre ise, işçinin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmamasına dayalı olarak iş görmekten kaçınması, işverene edimini

¹⁹⁸ Göktaş, s. 45-46.

¹⁹⁹ Topuz, s. 465; Ayrıca bilgi için bkz. Gizem Sarıbay Öztürk, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 71.

²⁰⁰ Topuz, s. 465; Bununla birlikte yazar, iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin iş görmekten kaçınma hakkının, işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmesinin de mümkün olduğunu ifade etmektedir.

ifa etmesi için bir baskı fonksiyonu icra etmez. Burada yalnızca işçi işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş görme borcunu ifa edemeyeceğinden, işçinin iş görmemesine rağmen çalışmış gibi değerlendirilmesi sonucu doğar. Bu durum işçinin yaşamı ve sağlığının yanı sıra, çalışmadığı dönem açısından ücrete hak kazanması dolayısıyla, ücret alacağı bakımından da bir güvence sağlar. Ayrıca yazara göre Borçlar Kanunu'nun ödemezlik def'iine ilişkin hükmü düzenleyici bir hukuk kuralıdır, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler ise, emredici nitelikte olup, tarafların iradesine bağlı değildir. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda işçinin sahip olduğu iş görmekten kaçınma hakkını ödemezlik def'i çerçevesinde değerlendirmek mümkün değildir²⁰¹.

(2) İşverenin Alacaklı Temerrüdü Görüşü

İşverenin alacaklı temerrüdü, daha önce de açıklandığı üzere, iş ilişkisinde işçinin iş sözleşmesine uygun olarak sunduğu edimin işveren tarafından objektif olarak haklı bir neden bulunmadıkça kabul edilmemesi ya da işveren tarafından işin ifası için gerekli olan hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İşveren hazırlık fiili niteliği taşıyan ve işin ifası için öncelikle yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerini ifa etmediği takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca, alacaklının temerrüdüne düşecek ve bunun sonucu olarak da işçi işin ifasından kurtulacak, ancak iş görme edimini ifa etmemesine karşın ücretine hak kazanacaktır. Bu durum, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması ile de benzerlik göstermektedir.

Öğretide işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli işverenin alacaklı temerrüdüne de dayandırılmaktadır. Özellikle işyerinde ortaya çıkan iş tehlikeleri karşısında işçinin sahip olduğu iş görmekten kaçınma hakkının, işverenin alacaklı temerrüdünden doğduğu öğretide baskın görüş olarak kabul edilmektedir²⁰².

²⁰¹ Göktaş, s. 218; Aynı görüşte bkz. Asiye Şahin Emir, **İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 155.

²⁰² Bu görüşte bkz. İlhan Uluhan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, 1990, s. 23; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 405; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 87; Göktaş, s. 214, 220; Topuz, s. 466-467; Sarıbay Öztürk, s. 73-77; Sami Narter, **İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve**

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü, işverenin işyerinde çalışan işçilerin yükümlü olduğu işi ifa edebilmeleri için yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerinden biri olarak nitelendirilmektedir²⁰³. Zira söz konusu önlemler alınmadan işçiden işyerinde çalışması beklenemeyecek ve işçi iş görme ediminin ifasına hazır bulunmasına rağmen bunu işverenin hazırlık fiillerini ifa etmemesi nedeniyle yerine getiremeyeceğinden, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucu doğacaktır.

Bununla birlikte Sur'a göre söz konusu görüşün bir zaafı bulunmaktadır. Yazara göre, işverenin herhangi bir ihmal ve temerrüdü bulunmadığı, her türlü güvenlik önlemini almasına rağmen yine de tehlikenin ortaya çıktığı hallerde de işçinin ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşılaşması söz konusu olabilir ve bu hallerde de işverenin temerrüdü bulunmamasına rağmen işçi çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olacaktır²⁰⁴.

Bu görüşte Reisoğlu ise, genel olarak işverenin iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda işçinin işi ifadan kaçınabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, işin ifası için kendisi tarafından yapılması gereken filleri yapmaması durumunda işveren, alacaklı temerrüdüne düşer ve işçi işi ifa etmek zorunda olmaksızın ücretine hak kazanır²⁰⁵.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan önlemleri almaması nedeniyle işçinin işyerinde ortaya çıkan iş tehlikelerine karşı iş görmekten kaçınma hakkının yanı sıra, öğretide bir görüş, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini de, ödemezlik def'ine değil, işverenin alacaklı (iş

Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 167-168; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 30, 2012, s. 27; Aydınli'ya göre ise, burada tehlikeye giren değerler işçinin edim dışında onun yaşam ve sağlığı gibi kişiliğinin maddi ve manevi yönüdür. Bu bakımdan yazara göre işi reddetme hakkı ve hukuki sonuç olarak işverenin temerrüdü, işverenin edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülüğünün ihlali halinde ortaya çıkan hukuki yaptırımlar içinde ele alınmalıdır. Aydınli, s. 239-240.

²⁰³ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1374; Soyer, s. 164; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 681; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 403; Emine Tuncay Kaplan, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, (Koruma Borcu), <http://kamu-is.org.tr/pdf/7211.pdf>, (E.T. 25.05.2019), s. 16; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 87; Gökteş, s. 214, 219; Sarıbay Öztürk, s. 73; Turan, s. 53.

²⁰⁴ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 405.

²⁰⁵ Seza Reisoğlu, s. 34-35.

kabulde) temerrüdüne dayandırmaktadır²⁰⁶. Anılan görüşte Akyiğit'e göre, ücretin ödenmesi, bir sonraki ücret dönemi bakımından alacaklıya düşen bir hazırlık fiili niteliğinde görülmeli, bu nedenle de ücretin ödenmemesinin hazırlık fiilinin yerine getirilmemesi nedeniyle, işverenin alacaklı temerrüdünü oluşturduğu kabul edilmelidir²⁰⁷. Yazara göre bunun sonucu olarak iş görmekten kaçınmanın devam ettiği sürece işçi çalışmadığı ve bu süreyi sonradan da çalışmayacak olduğu halde, çalışmış gibi sayılması ve bu evreye ilişkin tüm işçilik haklarını sanki çalışmış gibi alması gerekmektedir²⁰⁸. Ancak durum basit bir ödemezlik def'i niteliğinde kabul edilirse, anılan dönemde çalışma borcu da çalışmış sayılma da oluşmayacağından, bu dönem için işçiye ücret ödemesi yapılması mümkün olamayacaktır²⁰⁹.

(3) Sui Generis Nitelik Taşıdığı Görüşü

Öğretide işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda İş Kanunu'nun 34. maddesinde kabul edilen iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin olarak Alpagut tarafından ileri sürülen görüşe göre ise, işçinin bu hakkı kendine özgü (sui generis) bir kurum olarak ortaya çıkar²¹⁰. Yazar, öğretide ileri sürülen ve işçinin iş görmekten kaçınma hakkını ödemezlik def'i ile işverenin alacaklı temerrüdüne dayandıran görüşleri çeşitli gerekçelerle eleştirmekte ve farklı bir görüş getirmektedir. İlk olarak işverence işçinin ücretinin ödenmemesi borçlar hukuku anlamında tipik bir borçlu temerrüdü oluşturur. Bu temerrüt halinin işveren açısından sonucu ise, işçinin ödenmeyen ücretini faiziyle birlikte talep etme hakkı ile iş sözleşmesini fesih olanağıdır. İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının ise klasik borçlunun temerrüdü

²⁰⁶ Bu görüşte bkz. Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Cilt. 2, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008, (Şerh), s. 1572; Ercan Akyiğit, "Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, 2005, (Çalışmaktan Kaçınma), s. 23; Aksi görüşte Göktaş'a göre hazırlık hareketlerini yerine getirmek işveren açısından teknik anlamda bir borç doğurmadığından, işçinin işvereni hazırlık fiillerini yerine getirmesi için zorlaması söz konusu olamaz. Bu açıdan hazırlık hareketleri yükümlülük olmayıp külfet niteliği taşımaktayken, işçinin ücretini ödeme ise işveren açısından ifa yükümlülüğü doğuran bir borçtur. Bu nedenle yazara göre bu görüşü kabul etmek zor gözükmemektedir. Göktaş, s. 46-47.

²⁰⁷ Bu görüşü eleştiren Alpagut, önceki döneme ait ücretlerin sonraki dönem için hazırlık fiili olduğunu kabul etmenin klasik borçlar hukuku kuralları çerçevesinde zorlama bir yorum olduğunu, zira önceki döneme ilişkin edimlerin kural olarak sonraki dönemle bir bağlantısının bulunmadığını ifade etmektedir. Alpagut, Ücret, s. 60.

²⁰⁸ Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 23-24.

²⁰⁹ Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 24-25.

²¹⁰ Alpagut, Ücret, s. 60-61.

hükümleriyle açıklanması güçtür. İşçinin bu hakkı, hükmün amacı dikkate alındığında sui generis nitelik taşıyan bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber yazara göre, işçinin korunması prensibi çerçevesinde iş görmekten kaçındığı sürede ücretine hak kazanması gerektiğinden, bu sonuca olanak sağlayan işverenin alacaklının temerrüdü hükümlerinin (EBK, m. 325, TBK m. 408) kıyasen uygulanması düşünülebilecektir²¹¹.

(4) Diğer Görüşler

Öğretide genel olarak iş görmekten kaçınma hakkı bakımından tartışılan temel görüşler, ödemezlik def'i ve işverenin alacaklı temerrüdü çerçevesinde toplanmaktadır. Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkı açısından, öğretide 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce bu iki temel görüşe ek olarak, farklı düşünceler de ileri sürülmekteydi. Bunlar genel olarak, bu hakkın temel bir güvenlik hakkı teşkil ettiği, temelinin mücbir sebebe dayandığı ve dayanağının zaruret hali olduğu yönündeki görüşler olarak sınıflandırılabilir.

(i) Temel Bir Güvenlik Hakkı Olduğu Görüşü

Öğretide bir görüşe göre iş görmekten kaçınma hakkının temeli, güvenlik hakkına dayanır. Nitekim kişilerin ortaya çıkan ve yaşamını, vücut bütünlüğünü ya da sağlığını tehdit eden bir tehlike karşısında, bu tehlikeden uzaklaşma ve kendini güvenlik altına alma hakkı en temel haklarından biridir. Buna bağlı olarak işyerinde ortaya çıkan bir tehlikeden kaçınmak da işçilerin yaşama ve güvenlik hakkının iş görme ve itaat borçlarına nazaran taşıdığı öncelik sebebiyle, en temel haklarından biri olarak kabul edilmelidir. Böylece bu görüşe göre, işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, temel bir hak olan güvenlik hakkından kaynaklanmakta olup, işçi buna dayanarak işyerinde ortaya çıkan bir tehlike durumunda işi ifadan kaçınabilmelidir²¹².

²¹¹ Alpagut, Ücret, s. 61.

²¹² Bilgi için bkz. Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 404, bu görüşte bkz. a.g.e, dn. 11'de sayılan yazarlar; Ayrıca görüş hakkında bilgi için bkz. Göktaş, s. 217; Sarıbay Öztürk, s. 71-72.

(ii) Mücbir Sebebe Dayandığı Görüşü

Bir diğer görüş ise, hakkın hukuki temelini mücbir sebebe dayandırmaktadır. Mücbir sebep, sorumlu ya da borçludan bağımsız olarak meydana gelen ve genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü olay olarak tanımlanmaktadır²¹³. Öğretide iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğinin mücbir sebep olduğu ve böyle bir durumda işçi işyerinde ortaya çıkan tehlike ve mücbir sebep hali nedeniyle işini ifa edemeyeceğinden, bu hakkın kullanılmasının işçinin kusursuz ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür²¹⁴.

Buna karşılık iş görmekten kaçınma hakkının mücbir sebebe dayandığı kabul edildiğinde, hakkın kullanılabilmesi için ortaya çıkacak tehlike halinin mücbir sebep niteliğinde olması gerekir. Dolayısıyla deprem, su baskını gibi karşı konulamaz hallerde bu hakkın kullanılması mümkün olabilecekken, bunun dışındaki mücbir sebep oluşturmayan tehlike hallerinde bu hakkın doğduğundan bahsedilemeyecektir. Böylece hakkın kapsamı sınırlanmış olacaktır. Bu nedenlerle söz konusu görüş öğretide haklı olarak eleştirilmektedir²¹⁵. Yine söz konusu görüş öğretide, hakkın kullanılabilmesi için ortaya çıkacak olan tehlike halinin işverenin faaliyet ve işletmesi içerisinde meydana gelmesi ve bu açıdan çoğunlukla öngörülebilir ve kaçınılabilir olması dolayısıyla, mücbir sebebin öngörülmezlik, kaçınılmazlık ve haricilik unsurlarını içermediği ifade edilerek de eleştirilmektedir²¹⁶.

(iii) Zaruret (Zorunluluk) Haline Dayandığı Görüşü

Son olarak iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli zaruret haline dayandırılmaktadır. Zaruret (zorunluluk) hali, bir kimsenin kendisinin veya diğer bir kişinin kişi veya malvarlığını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak amacıyla başkasının mallarına zarar vermesidir²¹⁷. İş görmekten kaçınma hakkının

²¹³ Eren, s. 579.

²¹⁴ Bilgi için bkz. Topuz, s. 464.

²¹⁵ Bu hususta eleştiriler için bkz. Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 404; Topuz, s. 464; Sarıbay Öztürk, s. 72; Şahin Emir, s. 151.

²¹⁶ Göktaş, s. 216; Aynı yönde bkz. Topuz, s. 464.

²¹⁷ Eren, s. 631.

zaruret haline dayandırılmasını savunan görüş ise, işçinin işyerinde ortaya çıkan ve kendisine zarar verecek olan bir tehlikeden kurtulmak amacıyla, iş görme edimini tehlike hali giderilinceye kadar ifa etmemek suretiyle işletmeye zarar verdiği düşüncesine dayanmaktadır²¹⁸.

(5) Görüşümüz

Öğretide ileri sürülen tüm görüşler değerlendirildiğinde, kanaatimizce işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli, genel olarak işverenin alacaklı temerrüdüne dayanmaktadır. İşverenin alacaklı temerrüdü, işçi tarafından sözleşmeye uygun olarak sunulan edimin ifasının, işverence haklı bir sebep bulunmaksızın kabul edilmemesi ya da işverence öncelikle yerine getirilmesi gereken hazırlık fiillerinin gerçekleştirilmemesidir. Burada ilk önce hazırlık fiilinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini işyerinde sözleşmeye uygun olarak ifa edebilmesi için, ilk olarak işyerinde işin ifası için uygun ve elverişli bir çalışma ortamının sağlanması gerekir. Bu çerçevede işveren, işyerinde işçiyi koruma ve gözetme borcunun gereklerini yerine getirmek, işçiler arasında ayrım yapmamak, işçilere eşit davranmak ve işyerinde sağlıklı ve ahlaka uygun bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlü olur. İşverenin yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bu davranışlar, iş görme ediminin ifası için hazırlık fiili niteliği taşır²¹⁹. Zira gerekli önlemler alınmadan ve işyeri işin ifası için uygun ve sağlıklı hale getirilmeden, işçiden işyerinde çalışması beklenemez ve işçi iş görme ediminin ifasına hazır bulunmasına rağmen, işverenin hazırlık fiillerini ifa etmemesi nedeniyle edimini yerine getiremeyeceğinden, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucu doğar.

İşçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında işveren, çalışan işçilerin yaşamı ve sağlığını işyerinde ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı korumakla yükümlü olur. İşveren işyerinde iş tehlikelerini önlemek amacıyla gerekli önlemleri almak, bu

²¹⁸ Bu hususta bilgi için bkz. Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 404; Gökteş, s. 216-217; Şahin Emir, s. 153; Ayrıca görüş hakkında bilgi için bkz. Topuz, s. 467; Sarıbay Öztürk, s. 72.

²¹⁹ Hueck ve Nipperdey, s. 218; Kirschner, s. 845; Capodistrias, s. 54; A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 228; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1374; Soyer, s. 164; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 681; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 403; Kaplan, Koruma Borcu, s. 16; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 87; Gökteş, s. 214, 219; Sarıbay Öztürk, s. 73; Turan, s. 53.

çerçevede çalışanları işe uygun seçmek, kadın ve genç işçilere uygun işler vermek, dinlenme süreleri vererek işçilerin dinlenmelerini sağlamak, işyerinde kullanılacak alet ve makineler konusunda işçileri bilgilendirmek ve çıkabilecek tehlikeler konusunda uyarmak, bu makine ve teçhizatın işçilerin çalışmasına uygun ve güvenli hale getirilmesi için önlemler almakla yükümlüdür (TBK m. 417/II)²²⁰. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ve iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda, işçinin işini ifa etmesi için sağlıklı bir ortam sağlanmış olmayacağından, işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmediği, bu nedenle alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmeli ve alacaklı temerrüdü işçinin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi çerçevesinde sahip olduğu iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağı olarak görülmelidir. Dolayısıyla işçinin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan iş görmekten kaçınma, 6331 sayılı Kanundaki ifadesiyle “çalışmaktan kaçınma hakkı”nın hukuki temelini işverenin alacaklı temerrüdüne dayandığı yönünde öğretideki çoğunluk görüşüne katılmaktayız.

Öğretide ileri sürülen işçinin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini bir ödemezlik def'i oluşturduğu görüşüne ise katılamamaktayız. Zira ödemezlik def'inden yararlanılabilmesi için, iki tarafa karşılıklı borçlar yükleyen sözleşmede def'ie konu olacak yükümlülüklerin, karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunması gerekir²²¹. İş sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, bu ilişkide karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alan yükümlülükler, işçi açısından iş görme ve işveren açısından da ücret ödeme borcudur (İş K. m. 8, TBK m. 393). İşçinin iş görme edimini ifa borcu ile işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer aldığı söylenemez. Bu açıdan burada işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini ödemezlik def'ine dayandırmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

²²⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1974, (İşverenin Sorumluluğu), s. 48-71; Tunçomağ ve Centel, s. 135; Eyrenci ve diğerleri, s. 380; Emine Tuncay Kaplan, **İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından)**, Ankara, 1992, (İşverenin Hukuki Sorumluluğu), s. 31-32; Çelik ve diğerleri, s. 365; Aktay ve diğerleri, s. 119; Şükran Ertürk, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, Eylül 2012, (İş Sağlığı), s. 14-15; Murteza Aydemir, “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğini Sağlama Açısından İşverenin Yükümlülüğü”, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 1995, s. 81-93; Topuz, s. 460.

²²¹ Ödemezlik def'ine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, 2, b.

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun diğer bir yönü, işçinin kişiliğinin korunmasıdır. İşverenin bu yükümlülüğü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin 417. maddesinin 1. fıkrasında,

“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”

şeklinde düzenlenmiştir. Bu sayede anılan hükümle işverenin işyerinde işçinin bedensel sağlığını korumanın yanı sıra, ruhsal sağlığını da korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

417. madde ışığında, işyerinin gerek iş tehlikelerinden gerekse işyerinde ortaya çıkabilecek cinsel ve psikolojik tacizlerden arındırılarak uygun çalışma ortamının sağlanması, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun içerisinde değerlendirilir. Zira hükmün gerekçesinde de söz konusu düzenlemeyle, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanmasının amaçlandığı, bunun bir ölçüsü olarak da işverenin işyerinde “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle yükümlü olduğu” ifade edilmiştir.

Bu çerçevede işçinin kişiliğinin korunması bakımından da sözü edilen yükümlülüklerle aykırı davranması durumunda, işveren işyerinde uygun ve sağlıklı bir çalışma ortamı sağlama borcunu ihlal etmiş olacağından, işin ifası için gereken hazırlık fiillerini yerine getirmemiş sayılacak ve bu nedenle alacaklı temerrüdüne düşecektir. Bunun sonucu olarak, her ne kadar iş kanunlarında özel düzenlemeye yer verilmemişse de, kanaatimizce işyerinde cinsel ve psikolojik tacizin söz konusu olması durumlarında işveren hazırlık fiillerini yerine getirmemesi nedeniyle alacaklının temerrüdüne düşecek ve işçinin işverence işyerinde işin ifası için elverişli ve sağlıklı bir çalışma ortamı sağlanıncaya kadar iş görmekten kaçınma hakkı söz konusu olacaktır. Benzer gerekçelerle işyerinde işverenin ayırım yapmama borcuna aykırı davranması durumunda da, aynı sonucun kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kanunda düzenlenmeyen bu haller bakımından işçinin iş görmekten kaçınma hakkı konusundaki açıklamalara çalışmamızın üçüncü bölümünde yer verilecektir.

Son olarak Kanunda düzenlenen diğer bir hal olan ücretinin ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli bakımından

öğretide ileri sürülen görüşler dikkate alındığında, yaygın görüş bu hakkın temelinin bir ödemezlik def'i (TBK m. 97) teşkil ettiği yönündedir. İlk olarak söz konusu düzenlemenin iş ilişkileri bakımından uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bir borç ilişkisinde taraflardan birinin ödemezlik def'inden yararlanabilmesi için, temel koşul ilişkinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve def'ie konu olacak edimin yerine getirilmeyen borç ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer almasıdır. İş sözleşmesinin iş görme ve ücret edimleri bakımından bu koşulu sağladığına kuşku yoktur. Konumuz bakımından ikinci önemli koşul, taraflardan birinin önce ifa ile yükümlü olmamasıdır; ki ödemezlik def'inin iş ilişkilerinde uygulanabilir olup olmadığı konusunda temel tartışmalı husus budur. Burada Türk ve Alman Hukukunda ileri sürülen, iş ilişkisinde işçinin önce ifa yükümlülüğünün her bir ücret dönemi için ayrı ayrı aranması gerektiğine ilişkin görüşe katılmaktayız. Böylece işçi her ücret dönemi için iş görme edimini önce ifa ile yükümlü olacak, bunu ifa etmesi üzerine o döneme ilişkin ücretine hak kazanacak, bir sonraki ücret dönemi yeniden önce ifa ile yükümlü olacaktır. Dolayısıyla çalışarak tamamlamış olduğu döneme ilişkin ücreti bakımından herhangi bir önce ifa yükümlülüğü kalmayacaktır. Bu bakımdan kanaatimizce 97. madde uyarınca kabul edilen bu def'i hakkının iş ilişkilerinde uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

97. maddenin iş ilişkilerinde uygulanabileceğinin tespit edilmesinden sonra, tartışılması gereken konu, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının ödemezlik def'ine dayandırılıp dayandırılmayacağı hususudur. Kanaatimizce iş sözleşmesinin asli edim yükümlülükleri olan ve birbirinin karşılığını oluşturan iş görme ve ücret edimlerinden birinin ifa edilmemesi durumunda, sözleşmenin karşı tarafının 97. madde uyarınca, kendi edimini ifadan kaçınmasının mümkün olduğu söylenebilir. Bu açıdan işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkı, ödemezlik def'i ile örtüşmekte olup, öğretilerde bu yönde ifade edilen görüş ilk bakışta isabetlidir.

Ancak hakkın hukuki dayanağı belirlenirken, değerlendirilmesi gereken ve önem taşıyan bir sorun, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı ve iş görme edimini ifa etmediği dönemde, ücretine hak kazanıp kazanmayacağı hususudur. Zira iş görmekten kaçınma hakkı bir ödemezlik def'i olarak görülürse, bunun sonucunda

işçi, iş görme borcunu ifa etmeme olanağına sahip olur ve işçinin iş görmemesi meşru bir nedene dayandığından, edimini ifa etmemesi nedeniyle temerrüde düşmesi sonucu doğmaz²²². Bununla beraber işçinin iş görmeyi reddetmesi durumunda çalışmadığı bu sürenin çalışmış gibi değerlendirilmesi ve bunun sonucunda ücretine hak kazanması söz konusu olmaz²²³. Bu açıdan hukuki sonuçları bakımından ödemelik def'inin kabul edilmesi, iş görmekten kaçınma hakkının amacı çerçevesinde isabetli olmayacaktır. Zira ücretin ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınma hakkının hizmet ettiği amaç, işverence yerine getirilmeyen ücret ödeme borcunun ifasının sağlanması yönünde işverene bir baskı kurmaktır. Bu baskı fonksiyonu da kanaatimizce işçinin iş görme edimini ifa etmediği dönem bakımından ücretine hak kazanması yoluyla işler hale gelir.

Bu hususta İş Kanunu'nun 34. maddesinde bir düzenleme yapılmadığından, işçinin ücretine hak kazanıp kazanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Aksi görüşler de ileri sürülmekle birlikte, baskın görüş işçinin işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca ücretine hak kazanacağı yönündedir²²⁴. Bu açıdan öğretide hakkın hukuki niteliği ödemelik def'ine dayandırılmakta, ancak işçinin işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca iş görme edimini ifa etmediği bu süre bakımından ücretine hak kazanacağı, zira kanunun amacı göz önüne alındığında aksi kabulün mümkün olmadığı kabul edilmektedir²²⁵. Konu, söz konusu 34. maddenin amacı ve işçiyi koruma ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, işçinin işverence ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınması durumunda çalışmadığı süreye ilişkin ücretini talep edebilmesi gerekir. Bu açıdan öğretide aksi görüşler mevcut olmakla beraber, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli ne olursa olsun, genellikle sonuçları bakımından işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin hüküm uygulanmaktadır²²⁶.

Kanaatimizce burada hem hakkın hukuki dayanağı hem de hukuki sonuçları bakımından işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin 408. madde hükmünün kabul edilmesi özellikle işçinin çalışmadığı sürede ücretine hak kazanması sorunu

²²² Eren, s. 1016.

²²³ Demir, İş Hukuku, s. 193.

²²⁴ Hakkın hukuki sonuçları hakkındaki açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, I, C, 5.

²²⁵ Süzek, s. 386; Narmanlıoğlu, s. 312; Eyrenci ve diğerleri, s. 161; Soyer, s. 228; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 402; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 79.

²²⁶ Soyer, s. 227; Sur, Grev Kavramı, s. 85; Aynı yönde yazarın görüşü için bkz. Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 401; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 79-80; Topuz, s. 476.

gözetildiğinde daha isabetlidir. Zira işverenin işçinin ücretini ödemede temerrüde düşmesi durumunda, ücreti ödenmeyen işçiden bir sonraki ücret dönemi bakımından iş görme edimini ifa etmesi beklenemez. Aksi kabul işçinin karşılıksız çalışmaya zorlanması anlamına gelir. Bu açıdan işverenin işçinin ücretini ödemesi, işçinin bir sonraki ücret dönemi bakımından iş görme ediminin ifası için kendisine düşen bir hazırlık fiili olarak nitelendirilebilir. İşverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucu doğacaktır.

C. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Topluca Kullanılması ve Toplu Eylem Hakkıyla İlişkisi

1. İş Görmekten Kaçınma Hakkı ve Grev İlişkisi

İş görmekten kaçınma hakkı, işçilerin bireysel iş ilişkilerinde işveren tarafından ifa edilmemiş mevcut bir haklarının bulunması ya da işverence işin ifası için gerçekleştirilmesi gereken bazı edimlerin yerine getirilmemesi durumunda sahip oldukları ve kendi kişisel kararları ile bireysel olarak uyguladıkları bir haktır. Her ne kadar bireysel iş ilişkisi çerçevesinde ortaya çıksa da, işyerinde işverene karşı aynı anda birden fazla işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması söz konusu olabilir. Zira işverence birden fazla işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda ücreti ödenmeyen tüm işçilerin bu haktan yararlanması mümkün olabileceği gibi, işverenin işyerinde işçiyi koruyucu önlemleri almaması, örneğin işyerinde ortaya çıkabilecek iş tehlikelerini önlemek amacıyla gerekli tedbirleri yerine getirmemesi durumunda da o işyerinde çalışan ve tehlikeye maruz kalabilecek tüm işçiler iş görmekten kaçınmaya yetkili olabilir²²⁷. Bu hususta işyerinde birden fazla işçinin aynı anda işi bırakmasının, iş görmekten kaçınma hakkı çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı ve grevden farkları değerlendirilmelidir.

İş görmekten kaçınma hakkının birden fazla işçi tarafından toplu olarak kullanılması durumunda, hukuki durumun nasıl nitelendirileceği sorunu, özellikle sonuçları bakımından önem taşır. Zira işi bırakmanın iş görmekten kaçınma hakkı kapsamında değerlendirilmesi durumunda, işçinin çalışmadığı süre boyunca

²²⁷ Capodistrias, Festschrift, s. 117-118; Dehm, s. 231.

işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam edecekken, eylemin grev olarak nitelendirilmesi halinde ise, grev nedeniyle iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre bakımından işçi ücretine hak kazanamayacaktır. Ayrıca iş bırakma eyleminin grev olarak değerlendirilmesi durumunda, iş sözleşmesi askıda kalan bu süre işçinin kıdemine dâhil edilemeyecekken, bu eylem iş görmekten kaçınma hakkının bir kullanımı olarak görüldüğünde, iş sözleşmesi devam ettiğinden çalışılmayan sürenin kıdeme esas alınması gerekecektir. Bu bakımdan iş görmekten kaçınma hakkının toplu olarak kullanılması halinde, durumun hukuki nitelemesinin doğru olarak yapılması oldukça önem taşımaktadır.

İlk olarak iş görmekten kaçınma hakkı ile grev kavramları ve birbirlerinden farkları değerlendirilmelidir. İş görmekten kaçınma hakkı, daha önce de yer verildiği üzere, genel çerçevede işveren tarafından yüklenilen bir edimin yerine getirilmemesi durumunda, işçinin söz konusu edim ifa edilinceye kadar işi bırakması olarak ifade edilebilir. Grev ise, kelime anlamıyla, bağımlı çalışanların belirli bir amaca ulaşmak üzere, iradi olarak ve topluca işi bırakmaları anlamına gelir²²⁸. Çalışanlar grev yapmak suretiyle işi bırakarak üretimin ve işin durmasını, bu sayede işveren üzerinde bir baskı oluşturarak taleplerinin gerçekleştirilmesini amaçlar. Bu bakımdan grev, işverene karşı işçilerin menfaatlerini korumaya hizmet eden bir iş mücadelesi ve ekonomik baskı aracı olarak ortaya çıkmaktadır²²⁹.

²²⁸ M. Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, (Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun Sistematiik Tetkiki)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, (Grev ve Lokavt), s. 17; Oğuzman, **İşçi İşveren İlişkileri**, s. 146; Şener Akyol, **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 18; Orhan Tuna ve Metin Kutal, **Grev Hakkı**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1962, s. 25; Tunçomağ ve Centel, s. 439-440; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri**, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, İstanbul, 2013, (Toplu İş İlişkileri), s. 531; A. Can Tuncay ve F. Burcu Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul, 2017, s. 382; Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 422; Hans Brox ve Bernd Rütters ve Wilfried Schlüter ve Friedrich Jülicher, **Arbeitskampfrecht**, 2. Auflage, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1982, s. 17, Rn. 26; Neumann-Duesberg, "Streikbegriff, Streikarten und Zulässigkeitskriterien des wilden Streiks", **BB**, Doppelheft 35/36, 1963, s. 1442-1443; Ayrıca grev hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, **İşçi İşveren İlişkileri**, s. 145 vd.; Tuna ve Kutal, s. 25 vd.; Ünal Narmanlıoğlu, **Grev**, Ankara, 1990, (Grev), s. 5 vd.; Sur, **Grev Kavramı**, s. 6 vd.; Melda Sur, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 28, Aralık 2012, s. 163-173; Mahmut Kabakçı, **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na Göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt**, İstanbul, 2004, (Grev ve Lokavt), s. 24 vd.

²²⁹ Narmanlıoğlu, **Grev**, s. 6; Narmanlıoğlu, **Toplu İş İlişkileri**, s. 532; Sur, **Grev Kavramı**, s. 109; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 382.

Grevin tanımına 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun²³⁰ 58. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre *“İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.”* Anılan tanım karşısında grevin iki temel unsurunun bulunması gerektiğinden söz edilebilir. İlki, birden çok işçinin işi bırakmasıdır²³¹. Bu, grevin maddi unsuru olarak adlandırılır²³². Grevin manevi unsuru (ya da diğer deyişle psikolojik unsuru²³³) ise, işçilerin işi bırakırken işyerinde faaliyeti durdurmak ya da önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşmaları ya da bir kuruluşun bu yöndeki kararına uyarak işi bırakmış olmalarıdır²³⁴. Bir iş bırakma eylemine grev vasfını veren asıl unsur anlaşma ya da karar unsurudur²³⁵.

Ancak grev, işçilerin iradi olarak ve topluca işi bırakmaları olarak tanımlansa da, Türk Hukuku bakımından her tür grev kanuni olarak değerlendirilmez. 6356 sayılı Kanuna göre yalnızca toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, 6356 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan grev, kanuni grev olarak nitelendirilebilir. Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev ise, kanun dışı sayılır (STSK m. 58/II-III).

İş görmekten kaçınma hakkının işçiler tarafından toplu olarak kullanılmasının ilk bakışta grevle olan benzerliği, konunun incelenmesine neden olmaktadır. Birden fazla işçi tarafından gerçekleştirilen işi bırakma eyleminin, iş görmekten kaçınma hakkı kapsamında mı yoksa grev olarak mı değerlendirileceği, söz konusu iki kurumun sınırı çizilerek belirlenmelidir.

Alman Hukukunda bu konu çok tartışılmıştır. Öğretide genellikle birden çok işçi tarafından gerçekleştirilen planlı iş bırakmaların, toplu eylem olarak

²³⁰ RG, 07.11.2012, Sayı: 28460.

²³¹ Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 25; Akyol, s. 19-20; Tuna ve Kutal, s. 28; Sur, Grev Kavramı, s. 91; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 392; Kabakçı, Grev ve Lokavt, s. 28.

²³² Narmanlıoğlu, Grev, s. 51; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 549; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 392; Sur, s. 422.

²³³ Narmanlıoğlu, Grev, s. 51, 77.

²³⁴ Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 29; Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, s. 152; Akyol, s. 22-23; Tuna ve Kutal, s. 27; Narmanlıoğlu, Grev, s. 77; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 569; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 395; Sur, s. 427; Kabakçı, Grev ve Lokavt, s. 32.

²³⁵ Oğuzman, Grev ve Lokavt, s. 29; Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, s. 152; Narmanlıoğlu, Grev, s. 83.

değerlendirildiği görülmektedir²³⁶. Zira genel olarak toplu ve planlı şekilde, çok sayıda işçi tarafından belirli bir amaca ulaşmak için yapılan işi bırakma eylemi grev olarak nitelendirilmektedir²³⁷. Buna karşılık her bir işçinin birbirinden bağımsız olarak, işverene karşı ayrı ayrı taleplerle fakat aynı zamanda işi bırakması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda ise, birden fazla işçinin işi bırakmasının, iş görmekten kaçınma hakkı çerçevesinde değerlendirileceği görüşü öğretide kabul edilmektedir²³⁸. Zira öğretide, İş Hukukunun tarihsel olarak ele alındığında, işçi açısından bir koruma hukuku niteliğinde ortaya çıktığı, bu açıdan genel borçlar hukukunun borçlulara bahsetmiş olduğu böyle bir haktan, işçileri yoksun bırakmanın bir gerekçesinin bulunamayacağı, İş Hukukunun işçileri herhangi bir borçludan daha kötü bir duruma düşüremeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede işçileri kişiler hukuku anlamında haksız bir ayrıma uğratmamak açısından, iş görmekten kaçınma hakkının birden fazla işçi tarafından toplu olarak kullanılmasının, temel olarak hukuka uygun sayılması gerektiği kabul edilmektedir²³⁹.

Bu hususta öğretide bir görüş, iş sözleşmesinden doğan herhangi bir iş görme edimini ifa yükümlülüğünün bulunmadığı, yani otomatik olarak bu yükümlülüğün sona erdiği ya da işçilerin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı hallerde zaten grevden söz edilemeyeceği, zira bu hallerde işçinin iş görme edimini ifa ile yükümlü olmaması nedeniyle grevin de ortaya çıkmasının mümkün olmadığı yönündedir. Böylece iş görmekten kaçınma hakkının doğduğu durumlarda grevden bahsedilemeyecektir²⁴⁰.

Alman Hukukunda bu iki kurumun sınırlarının çizilmesi ve ortaya çıkan işi bırakma eyleminin grev mi yoksa iş görmekten kaçınma hakkının toplu bir kullanımını mı teşkil ettiği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, davranışın hukuki niteliği bakımından işçilerin işi bırakmasının bireysel kararlarına mı dayandığı, böylece borçlar hukukundan kaynaklanan bir ilkenin mi uygulandığı, yoksa bir anlaşma ya da kuruluş kararına dayalı olarak mı iş görme ediminin

²³⁶ Grunsky, s. 60; Haase, s. 89.

²³⁷ Brox, Rütters, Schlüter, Jülicher, s. 17, Rn. 26; Grunsky, s. 60; Haase, s. 91.

²³⁸ Zöllner ve diğerleri, s. 566, Nr. 30; Kirschner, s. 845; Capodistrias, Festschrift, s. 117-119; Haase, s. 90-91; ayrıca bkz. dn. 287'de sayılan yazarlar; Wilhelm Moll, "Zum Verhältnis von Streik und kollektiv ausgeübten Zurückbehaltungsrechten", **RdA**, Heft 2, 1976, s. 101; Bernd Rütters, "Rechtsprobleme des betriebsbezogenen wilden Streiks", **JZ**, Nr. 20, 1970, s. 627; Söllner, ZfA, s. 22; Joch, s. 96-97; Dehm, s. 231.

²³⁹ Moll, s. 101; Aynı yönde bkz. Soyer, s. 222; Hollstein, s. 210; Joch, s. 99.

²⁴⁰ Bu görüşte bkz. Neumann-Duesberg, s. 1443; Aynı yönde bkz. Hollstein, s. 190, 198-202.

ifasından kaçınıldığı ölçüt alınmalıdır²⁴¹. Bu görüşte Haase'ye göre, birden çok işçi tarafından aynı anda kullanılan iş görmekten kaçınma hakkı, objektif bir bakış açısıyla bireysel bir işlem olarak görülemez, aksine bu bir toplu işlemdir. İşi bırakan işçilerin amacı kural olarak kendi işlerini bırakmak değil, diğer işçilerle birlikte işin bırakılmasına yöneliktir. Zira işi bırakan işçilerin sayıca çok olması, işveren üzerindeki baskı unsurunu da artıracaktır. Ancak burada her ne kadar kolektif bir işlem söz konusu olsa da, bir iş mücadelesi eylemi mevcut değildir. Yazara göre işi bırakan işçilerin işi bırakma eylemindeki amacı dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Davranışın planlı olarak gerçekleştirilmesi ve iş mücadelesi amacını taşıması durumunda, grev olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²⁴².

Söz konusu görüşü eleştiren Moll'a göre, böyle bir ayrımın uygulanabilirliği şüphelidir. Zira bir eylemin ne zaman bireysel sözleşme alanından çıkacağı çoğu zaman belirsiz kalacaktır. Aynı zamanda yalnızca kuruluş kararı ya da işçiler arasında bir anlaşmanın bulunup bulunmadığı doğrultusunda bir ayrım yapmak, işi bırakmanın türünü belirlemek için yeterli olmayacaktır²⁴³. Bu çerçevede Moll de, işyerinde işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğüne aykırı davranılması ve iş görme edimini ifaya uygun bir çalışma ortamının işverence sağlanmamış olması veya işçilerin ücretlerinin işveren tarafından ödenmemesi durumunda, işçilerin toplu şekilde iş görmekten kaçınmasının mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, işçilerin anlaşması ya da bir kuruluş kararının bulunup bulunmamasına göre bir ayrım yapılmasını, söz konusu iki eylemin sınırının çizilmesi bakımından yetersiz bulmaktadır. Zira aynı anda birden fazla işçi tarafından iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması şeklinde gerçekleşen eyleme sendikanın destek vermesi mümkündür. Salt sendikanın destek vermesi nedeniyle eylemin iş görmekten kaçınma hakkının bir kullanımı olmadığı söylenemez. Bu açıdan anılan husus belirleyici bir nitelik taşımamaktadır. Yazara göre burada davranışın yöneldiği amaç esas alınmalı; toplu sözleşmeden doğan bir uyuşmazlığın çözümü ya da bir hakkın sağlanması için iş mücadelesi amacıyla yapılan bir eylem söz konusuysa, bu artık iş

²⁴¹ Haase, s. 90-91; Yazarın görüşü için ayrıca bkz. Haase, DB, s. 712.

²⁴² Haase, s. 89-91; Haase, DB, s. 712.

²⁴³ Moll, s. 102; Benzer yönde eleştiriler için bkz. Capodistrias, Festschrift, s. 119; Joch, s. 110-111.

görmekten kaçınma hakkının toplu şekilde kullanılması değil, grev olarak değerlendirilmelidir²⁴⁴.

Benzer görüşte Capodistrias'a göre, birden fazla işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasından önce ya da sonra, sendikanın işçilerin bu davranışını üstlenmesi, davranışın iş görmekten kaçınma çerçevesinde değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Ancak elbette böyle bir durumda toplu olarak gerçekleştirilen ve sendikaca desteklenen bu işi bırakmanın grev mi yoksa iş görmekten kaçınma hakkının toplu kullanımını mı oluşturduğu tereddüt yaratacaktır. Yazara göre, bu tespit işçilerin isteği esas alınarak değil, davranışları, toplu hareketleri ve mevcut durum değerlendirilerek yapılmalıdır²⁴⁵. İki hukuki kurumun farklarını ortaya koyan Capodistrias'a göre, grev kolektif bir hak ve özgürlük olarak ortaya çıkarken, iş görmekten kaçınma hakkı iş sözleşmesinden kaynaklanır ve iş sözleşmesinin ifasıyla ilgilidir. Grevde işveren üzerinde ekonomik bir baskı kurma amacı bulunurken, iş görmekten kaçınmada ise amaç, işverene ve işletmeye zarar vermek değil; işvereni bir yükümlülüğün ifasına zorlamaktır²⁴⁶. Bu açıdan grevin amacı işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin yapılmasının sağlanmasıyken, iş görmekten kaçınma hakkında, işveren tarafından ifa edilmeyen yükümlülüğün yerine getirilmesi amaçlanmaktadır²⁴⁷.

Yine Engel'e göre, işçiler tarafından gerçekleştirilen iş bırakma eyleminin bir iş mücadelesi aracı olarak mı kullanıldığı, yoksa bireysel bir eylem mi olduğu işçilerin amacına bakılarak belirlenmelidir. Yazara göre işçilerin iş mücadelesi amacı açık bir şekilde anlaşılamıyorsa, burada grevden söz edilemeyecektir²⁴⁸.

Bu hususta BAG'nin 20.12.1963 tarihli bir kararında²⁴⁹, ayakkabı fabrikasında çalışan bir kısım işçinin işi bırakması eyleminin, iş görmekten kaçınma hakkı kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği yoksa grev mi teşkil ettiği sorunu

²⁴⁴ Moll, s. 103-104.

²⁴⁵ Capodistrias, Festschrift, s. 122.

²⁴⁶ Capodistrias, Festschrift, s. 123-125.

²⁴⁷ Yazarın görüşü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Capodistrias, Festschrift, s. 123-125.

²⁴⁸ Engel, s. 330-331, 334.

²⁴⁹ BAG, 20.12.29163, 1 AZR – 429/62, https://www.prinz.law/urteile/BAG_1_AZR_429-62, (E.T. 05.05.2019); Karar hakkında bilgi için bkz. Grunsky, s. 60-64; Capodistrias, Festschrift, s. 121-122; Haase, s. 86-88; Haase, DB, s. 711; Hubert Engel, "Zur praktischen Unterscheidung von Kampf- und einzelvertraglicher Maßnahme", **BB**, Heft 8, 1966, s. 330-331; Bernd Rüthers, "Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht", **AuR**, 1967, (AuR), s. 136-138; Söllner, ZfA, s. 21-25; Ayrıca bkz. Moll, s. 102-103; Soyer, İHU, s. 4-5.

incelenmiş ve karara varılmıştır. Söz konusu kararda, iş görmekten kaçınma hakkının bireysel ilişkide mevcut bir hakkın sağlanması amacıyla bireysel bir hakkın kullanılmasını oluşturduğu, grevin ise belirli bir sonucun elde edilmesi amacına yönelik bir baskı aracı olduğu, temelde her iki kurumun da işi bırakmanın iki farklı görünüm şeklini oluşturmakla birlikte, farklı amaçlara yöneldikleri ve birbirlerinden ayrıldıkları ifade edilmiştir²⁵⁰. Mahkemeye göre, hangi kurumdan yararlanıldığı konusunda tereddütün ortadan kaldırılması için, işçinin işvereni söz konusu işi bırakmadan ve bunun nedeninden haberdar etmesi önem taşımaktadır. Dolayısıyla amacın bildirilmesiyle iki kurum birbirinden ayırt edilmiş olacaktır²⁵¹.

Söz konusu karar, öğretide işçiden hukukçuların bile üzerinde tartıştıkları böyle bir hukuki sınıflandırmayı yapmasını beklemenin mümkün olmadığı; bu değerlendirmenin hâkim tarafından yapılması gerektiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir²⁵². Davranışın hukuki niteliğinin grev ya da iş görmekten kaçınma hakkının toplu kullanımı olduğunun işçi tarafından belirlenmesinin gerekmediği, bu hususta tarafların anlaşmasının da gerekli olmadığı, yalnızca işçinin iş görmekten kaçınma hakkının nedeni ve konusunun açıkça anlaşılıyor olmasının, işçinin bildirimde bulunma yükümlülüğü de göz önüne alındığında, yeterli olduğu öğretide ifade edilmektedir²⁵³.

Yine başka bir yaklaşım, işçi ile işveren arasında işi bırakma eyleminin grev ya da iş görmekten kaçınma hakkının toplu kullanımı olduğuna ilişkin açık bir

²⁵⁰ Grunsky, s. 62-63.

²⁵¹ Haase, DB, s. 711; Engel, s. 330-331; Aschmoneit, s. 47; Federal Alman İş Mahkemesinin benzer yönde kararları hakkında bilgi için bkz. Dehmel, s. 235, dn. 130.

²⁵² Bu kararı eleştiren Haase'ye göre, iki kurumun amaçlarının birbirinden farklı olması zorunlu değildir, her iki kurum da bir hakkın elde edilmesi amacına yönelmiş olabilir. Her ne kadar işçi tarafından yapılacak bildirim, işi bırakmanın türüne ilişkin tespit yapılmasında faydalı olsa da işçiden hukuki durumu tespit etmesi beklenmemeli, yalnızca işin bırakıldığı ve nedeninin bildirilmesi yeterli olmalıdır. Haase, s. 87-88; Yazarın görüşü için ayrıca bkz. Haase, DB, s. 711; Karara ilişkin benzer yönde eleştiriler için bkz. Söllner, ZfA, s. 22; Rütters, AuR, s. 136-137; Capodistrias, Festschrift, s. 121; Moll, s. 103; Hollstein, s. 139-140; Joch, s. 122-124; Aschmoneit, s. 48; Soyer, s. 224.

²⁵³ Moll, s. 103; Haase, s. 87-88; Capodistrias'a göre de, işçiden iş görmekten kaçınma hakkının hukukken mevcut olup olmadığını tespit etmesi beklenemez. Bu hukuki değerlendirme mahkeme tarafından yapılmalıdır. Hatta daha önce söz konusu işi bırakma eyleminin işçiler tarafından grev olarak nitelendirilmesi ve bu durumun işverene bildirilmesi de bir anlam ifade etmez, tespitin somut olayın koşulları çerçevesinde mahkemece yapılması gerekir. Capodistrias, Festschrift, s. 114, 126.

anlaşma yapılmasının gerekmediği, ancak işten kaçınmanın amacı konusunda anlaşılmasının faydalı olduğu yönündedir²⁵⁴.

Türk Hukuku öğretisinde de, konunun özellikle iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin açık düzenlemeye yer veren 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabul edilmesinden önceki dönemde oldukça tartışıldığı, bu hakkın toplu olarak kullanılmasının grevle ve özellikle kanun dışı grevle ilişkisinin değerlendirildiği görülmektedir.

2. 4857 Sayılı İş Kanunu'ndan Önceki Dönemde İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kanun Dışı Grev Sayılması Sorunu

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin özel düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önceki dönemlerde, bu hakkın toplu kullanımının kanun dışı grev sayılıp sayılmayacağı konusu oldukça tartışmalı bulunmaktaydı.

İş görmekten kaçınma hakkının toplu olarak kullanılmasının grev oluşturup oluşturmayacağı sorunu, 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu²⁵⁵'nin yürürlükte olduğu dönemden beri bir sorun olarak ortaya çıkmıştı. Özellikle bu Kanunun işçilerin toplu iş sözleşmesinden ya da kanundan doğan haklarının ihlal edilmesi durumunda işçilere grev yapma hakkı vermesi sebebiyle öğreti ve yargı kararlarında iş görmekten kaçınma hakkının kanuni bir grev olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği çok tartışılmaktaydı²⁵⁶. Anılan Kanunun grevin tanımına ilişkin 17. maddesinin 2. fıkrası kanuni grevi, "*İşçilerin işverenlerle olan münasebetlerinde iktisadi ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacıyla ve bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılan grev*" olarak tanımlamakta, bu amacın dışında veya bu kanun hükümlerine uyulmaksızın yapılan grevi ise, kanun dışı grev olarak nitelendirmekteydi. Dolayısıyla söz konusu hüküm, işçilerin haklarını elde etmeleri için grev yapmalarına, yani hak grevine cevaz vermektedir²⁵⁷.

²⁵⁴ Manfred Lieb ve Matthias Jacobs, **Arbeitsrecht**, 9. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, s. 257, Rn. 703.

²⁵⁵ RG, 24.07.1963, Sayı: 11462, Kanunun metni için bkz. <http://resmigazete.gov.tr/arsiv/11462.pdf>, (E.T. 05.05.2018).

²⁵⁶ Bu hususta bilgi için bkz. Narmanlıoğlu, s. 309; Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, Grev, s. 84-88.

²⁵⁷ Sur, Grev Kavramı, s. 82.

Bu açıdan 275 sayılı Kanun döneminde öğretide işçilere mevzuat ve toplu iş sözleşmesiyle tanınan haklarının ihlal edilmesi, özellikle işçinin ücretinin işveren tarafından mücbir bir sebep bulunmaksızın ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınmasının kanuni grev teşkil ettiği yönünde bir görüş mevcut bulunmaktaydı²⁵⁸. İşverence ücretlerin ödenmemesi mücbir bir sebebe dayandığı takdirde ise hem öğreti hem de Yargıtay tarafından işçilerin iş görmekten kaçınmasının kanun dışı grev teşkil ettiği kabul edilmekteydi²⁵⁹.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile ise, işçilerin hak grevi yapmaları imkânı ortadan kaldırılarak, yalnızca toplu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla yapılan grevin kanuni sayılacağı düzenlendi. Bu değişiklikle birlikte, işçilerin ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle topluca kararlaştırarak ya da bir kuruluşun kararına uyarak işi bırakmalarının, her halde kanun dışı grev olarak nitelendirileceği kabul edilmeye başlandı²⁶⁰. Çünkü böyle bir durumda temelde haklı olsalar bile işçilerin eyleminin kanunen yasaklanmış olan hak grevi sayılacağı, hak grevinin yasaklanmış olması nedeniyle de kanun dışı grev olarak nitelendirileceği kabul edilmekteydi²⁶¹. Nitekim Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir²⁶². Bu hususta hangi hallerde işçiler tarafından toplu olarak gerçekleştirilen iş bırakma eyleminin grev sayılacağının tespit edilmesi sorunu gündeme gelmekteydi.

²⁵⁸ Şener Akyol, “Ücretlerin Ödenmesinin Gecikmesi Dolayısıyla Greve Başvurma”, İHU, TSGLK 19, No. 1, 1976, (İHU), s. 2; Devrim Ulucan, “Ücretlerin Ödenmemesi Nedeni İle Greve Gitmenin Yasa Dışı Grev Sayılması”, İHU, TSGLK 19, No. 4, 1980, s. 3; Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, s. 247, dn. 153; Görüş hakkında bilgi için bkz. Sur, Grev Kavramı, s. 82-84; Bu hususta bkz. Yarg. HGK, 02.04.1980, 1980/9-1545 E., 1980/1473 K., Kararın incelemesi için bkz. Devrim Ulucan, “Ücretlerin Ödenmemesi Nedeni İle Yapılan Grevin Yasal Olması”, İHU, TSGLK 19, No. 5, (İHU, No. 5); Bu karar 275 sayılı Kanunun 19. maddesinde hak grevine başvurulabilmesi için, işçinin zarar gören menfaatinin kolektif nitelik taşıması gerektiği yönünde bir düzenlemenin yer almadığı; bu çerçevede tek bir işçinin mevzuat ya da toplu iş sözleşmesiyle sağlanmış bir hakkının ihlal edilmesi durumunda hak grevine başvurulmasının mümkün görülmesi gerektiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Ulucan, İHU, No. 5; Sur, Grev Kavramı, s. 84.

²⁵⁹ Akyol, İHU, s. 3; Bu hususta bkz. Yarg. 9. HD, 22.09.1975, E. 25578, K. 42855, Kararın metni ve incelemesi için bkz. Akyol, İHU, s. 1-4; Yarg. 9. HD, 24.12.1979, 1979/14408 E., 1979/16384 K., Kararın metni ve incelemesi için bkz. Ulucan, s. 1-3.

²⁶⁰ Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, s. 247; Narmanlıoğlu, Grev, s. 86-87; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 613.

²⁶¹ Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, s. 246-247; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 613-614.

²⁶² Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 14.11.2000, 2000/12534 E., 2000/16327 K., 9. HD, 15.09.1999, 1999/10492 E., 1999/13722 K., www.kazanci.com, (E.T. 10.05.2018), 9. HD, 05.11.1974, 1974/6317 E., 1974/24156 K., 9. HD, 22.09.1975, 1975/25578 E., 1975/42855 K., Sur, Grev Kavramı, s. 86, d. 176-177; 9. HD, 21.6.1994, 1994/1728 E., 1994/9862 K.; 9. HD, 11.04.1994, 1994/5570 E., 1994/5318 K. www.kazanci.com, (E.T. 10.05.2018).

Ancak öğretide kanundan ya da sözleşmeden doğan haklarını kullanarak işi bırakan işçilerin bu davranışının grev olarak nitelendirilemeyeceği, zira burada işçilerin amacının grev olmayıp, kanundan kaynaklanan bir hakkın kullanılması olduğu görüşü genel olarak kabul edilmekteydi²⁶³. Bu görüş ile Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ödemezlik def'i imkânından yararlanan ve ücretleri ödenmediği için işlerini bırakan işçilerin bu davranışlarının grev olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmekteydi²⁶⁴.

Anılan görüşte Narmanlıoğlu'na göre, işçilerin sözleşmeden ya da kanundan doğan haklarının ihlal edilmesi nedeniyle grev yapmaları mümkün değildir; böyle bir hak grevine kanunda cevaz verilmediğinden bu grev kanun dışı sayılır. Ancak Borçlar Kanunu çerçevesinde ödemezlik def'ini kullanan işçilerin davranışları grev olarak nitelendirilemez. İşverenin hukuka aykırı olarak borcunu zamanında yerine getirmemesi dolayısıyla kanuni haklarını kullanan işçilerin işi bırakmaları aynı zamana denk düşse de, işçilerin iş görmekten kaçınmaları kanuna dayanan bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan, grev sayılmaz. Zira böyle bir halde kanundan doğan bir hakkını kullanan işçi Borçlar Kanunu uyarınca iş görme edimini ifa ile yükümlü bulunmayacağından, işçinin yükümlü olmadığı bir işi bırakmasının grev sayılması mümkün olmaz²⁶⁵. Yazara göre burada hem işçilerin aralarında anlaşması ya da bir kuruluşun kararına uymaları, yani grevin psikolojik unsuru gerçekleşmemiş olmakta, hem de işçilerin böyle bir durum karşısında iş görme yükümlülüğü zaten ortadan kalkmış olacağından, grevin maddi unsuru olan iş görme edimini ifa ile yükümlü bulunan işçilerin işi bırakması da söz konusu olmamaktadır²⁶⁶.

Aynı görüşte Soyer'e göre de borçlar hukukunun tanıdığı bir hakkın, birden fazla işçi açısından söz konusu olması durumunda, bu hakkın topluca kullanılmasına engel olmak ve işçi aleyhine sonuçlara varmak mümkün değildir. Zira işçinin borçlar hukuku kapsamında borçlu konumundaki diğer kişilere göre daha az korunması iş hukukunun işçiyi koruma prensibi de göz önüne alındığında kabul edilemez. Bu bakımdan koşullarının gerçekleşmesi ve birden çok işçinin aynı anda Borçlar Kanunu'nun 81. maddesinde (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi) yer

²⁶³ Narmanlıoğlu, Grev, s. 84; Soyer, s. 223; Sur, Grev Kavramı, s. 84-85.

²⁶⁴ Narmanlıoğlu, Grev, s. 86-87; Sur, Grev Kavramı, s. 84-85.

²⁶⁵ Narmanlıoğlu, Grev, s. 86-87.

²⁶⁶ Narmanlıoğlu, Grev, s. 87-88.

alan ödemezlik def'ine ilişkin bu hükümden yararlanma olanağına sahip olması durumunda, işçilerin toplu olarak bu haklarını kullanmalarının mümkün olduğu sonucuna varılmalıdır²⁶⁷.

Sur'a göre de burada işçilerin iş görme edimini yerine getirmemelerini grev olarak değerlendirmeye engel asıl husus, işçilerin bu durumda artık iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlü olmamalarıdır. Zira çalışılmış günlerin ücretini alamayan işçiler, diğer dönemde iş görmekten kaçınıp Borçlar Kanunu'nda öngörülen ödemezlik def'ini ileri sürebilmelidirler. Ücreti ödenmeyen işçilerin toplu halde bu haktan faydalanmalarına da bir engel bulunmamalıdır. Bu açıdan ödemezlik def'ine ilişkin hüküm, işin topluca bırakılmasının grev olarak nitelendirilmesine engel olacaktır²⁶⁸. Bununla birlikte ücretini elde eden işçilerin, ücreti ödenmeyen işçilerle birlikte işi bırakması durumunda, artık davranışını haklı kılan bir neden bulunmayacak ve bu işçiler bakımından grev sonucu ortaya çıkabilecektir²⁶⁹.

Öğretide ifade edilen bu görüşlere karşılık Oğuzman'a göre ise, Alman Hukukunun etkisi altında kalınarak işçilerin ücretlerinin zamanında ödenmemesi neticesinde iş görmeyi bırakmalarını kanun dışı grev saymayan bu görüş, ne 275 sayılı ne de 2822 sayılı Kanun hükümleriyle bağdaşmaktadır. Yazara göre, ücretlerini alamayan işçilerin ücretleri ödenmedikçe iş görmekten teker teker kaçınmaları, ödemezlik def'i sayılarak haklı bir davranış teşkil edebilirse de, işçilerin bu amaçla anlaşarak topluca iş görmekten kaçınmaları grevi oluşturur. 275 sayılı Kanun hak grevine cevaz verdiğiinden, bu şekilde yapılan iş bırakma eylemi kanuni grev olarak kabul edilebilecekken, 2822 sayılı Kanunun hak grevini yasaklaması nedeniyle bu sonucun kabul edilmesi mümkün olmayıp, bu durumda ortaya çıkan grev kanun dışı olarak nitelendirilmelidir²⁷⁰.

3. 4857 Sayılı Kanun Döneminde Sorunun İncelenmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen 34. maddesinde, işçilerin kişisel kararlarına

²⁶⁷ Soyer, s. 222-223.

²⁶⁸ Sur, Grev Kavramı, s. 84-85.

²⁶⁹ Sur, Grev Kavramı, s. 84-85.

²⁷⁰ Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, s. 247, dn. 153.

dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemelerinin sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemeyeceğine açıkça yer verilmiştir. Söz konusu hüküm karşısında, aralarında anlaşma ya da bir kuruluş kararı olmaksızın işçilerin, ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle aynı zamanlarda işi bırakmalarının grev olarak değerlendirilemeyeceğinde tereddüt kalmamıştır²⁷¹.

Daha önce de yer verildiği üzere, 6356 sayılı Kanunun 58. maddesi uyarınca grevin iki unsurundan söz edilir; bunlar birden çok işçinin işi bırakması ve işçilerin işi bırakırken işyerinde faaliyeti durdurmak ya da önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşmaları ya da bu yönde bir kuruluşun kararına uymuş olmalarıdır. İş görmekten kaçınma hakkının toplu olarak kullanılmasının ne zaman grev oluşturacağı, grevin manevi unsurunun var olup olmamasına, yani işçilerin işi bırakırken işyerinde faaliyeti durdurmak ya da önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşmış ya da bir kuruluşun bu yöndeki kararına uyarak işi bırakmış olup olmadıklarına göre değerlendirilmelidir. Özellikle İş Kanunu'nun 34. maddesinde yer verilen düzenleme göz önüne alındığında, birden fazla işçinin ücretinin ödenmemiş olması koşuluyla, aynı anda işi bırakmaları halinde bu eylemin grev olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Toplu nitelik taşıyan bir iş bırakmanın grev olarak kabul edilebilmesi için, işçilerin bunu işyerinde faaliyeti durdurmak ya da önemli ölçüde aksatmak amacıyla kendi aralarında anlaşarak ya da bir kuruluşun bu yöndeki kararına uyarak gerçekleştirmeleri gerekecektir.

İş Kanunu'nun 34. maddesinde yer alan ve iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasının işçinin kişisel kararına dayanması gerektiğine ilişkin hüküm, bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce Türk Hukuku öğretisinde işi bırakmanın kolektif nitelik taşıması ve işçilerin bireysel kararına dayanmaması durumunda, bunun grev ya da bir direniş teşkil edeceği yönündeki anlayışın bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve bu tartışmalara son vermiştir²⁷². Yargıtay da 4857 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarında aynı sonuca varmakta ve işçilerin toplu şekilde iş görmekten kaçınma haklarını kullanmalarının grev olarak değerlendirilemeyeceğine

²⁷¹ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 614-615; Eyrenci ve diğerleri, s. 160; Yeliz Bozkurt, **Ücretin Gününde Ödenmemesi Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eylül 2007, s. 83.

²⁷² Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 399.

hükmetmektedir²⁷³. Burada önemli olan husus, iş görmekten kaçınma hakkının birden çok işçi tarafından aynı anda kullanılması durumunda dahi, bunun tek tek işçilerin özgür iradeleri sonucunda işi bırakmaları şeklinde gerçekleşmesidir²⁷⁴. Aksi halde yine anılan sonuca ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Ücreti ödenmeyen birden fazla işçinin aynı anda iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, işi bırakmanın işçilerin kişisel kararına dayanıp dayanmadığının tespiti kolay değildir. İş bırakan işçiler sendika üyesiyse, bu durumun tespiti daha da zorlaşabilir. Özellikle hukukumuz bakımından kanuni grevin yalnızca toplu iş görüşmeleri sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü bakımından yapılabildiği, ücretin ödenmemesi gibi sebeplerle başvurulacak hak grevinin yasak olduğu ve grevi kanun dışı hale getirdiği düşünüldüğünde, işi bırakmanın işçilerin kişisel kararına dayanıp dayanmadığının tespiti, oldukça önem taşımaktadır.

Bir görüşe göre, 34. maddenin karşıt anlamı gereğince, işçilerin kişisel kararı sonucunda ortaya çıkmayan, topluca kararlaştırarak ya da bir örgüt tarafından alınan karara uymak suretiyle iş görme edimini yerine getirmekten kaçınmaları, İş Kanunu anlamında meşru bir eylem oluşturmaz, aksine grev olarak nitelendirilebilir²⁷⁵. Buna karşılık diğer bir görüş ise, böyle bir durumda sendika, herhangi bir örgüt ya da üçüncü kişilerin karar almasının işçiler açısından bağlayıcılık taşımadığı, sendika kararı olsa dahi, işçilerin bu karara uymak veya uymamak kendi bireysel kararlarına dayanacağından, iş görmekten kaçınmanın toplu şekilde kullanılsa da kanun dışı grev sayılmayacağı yönündedir²⁷⁶. Anılan görüşte Bozkurt'a göre, burada işi bırakmaya ilişkin bir kuruluş kararı mevcut olsa da, iş görmekten kaçınma yasal bir hakkın kullanımı olduğundan, işçi zaten iş görmekle yükümlü olmayacak, dolayısıyla grevin

²⁷³ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 14.04.2007, 2007/11016 E., 2007/11509 K.; 7. HD, 12.02.2014, 2013/27713 E., 2014/3714 K.; 7. HD, 16.01.2014, 2013/16017 E., 2014/390 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 11.05.2019).

²⁷⁴ Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 22.

²⁷⁵ Oğuzman, İşçi İşveren İlişkileri, s. 247; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 399. Eyrenci ve diğerleri, s. 160; A. Can Tuncay, "Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı)", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 6, 2005, (Ücretin Ödenmemesi), s. 653.

²⁷⁶ Akyiğit, Şerh, s. 1570; Bozkurt, s. 83-84; Senem Değer, **İşçinin Ücretinin Usulünce Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 85.

maddi unsurunu teşkil eden yükümlü olunan işi ifa etmeme unsuru gerçekleşmemiş olacaktır²⁷⁷.

Narmanlıoğlu da söz konusu eylemin amacına yönelik bir ayırım yapmaktadır. Yazara göre, burada önemli olan husus işçilerin ihlal ve ihmal edilen haklarının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla hareket etmeleridir. Bunun dışında bir niyetle, özellikle grev yapma niyetiyle işin bırakılması caiz görülemez. Aksi halde eylem kanun dışı grev sayılabilecektir. Bu bakımdan işçiler “grev yapmak niyetiyle” topluca işi bırakmadıkça, 34. madde çerçevesinde yapılan toplu iş bırakmalar, grev ve bu kapsamda kanun dışı grev sayılamaz. Fakat girişilen bir kanun dışı grevi perdelemek için İş Kanunu’nun 34. maddesini kullanmak ya da o hükme sığınmak caiz değildir²⁷⁸. Biz de yazarın bu görüşüne katılmaktayız.

Öğretide söz konusu 34. maddede yer verilen düzenlemeyi eleştiren Soyer’e göre, kanunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması açısından bunun kişisel kararına dayanmasının aranması isabetli olmamıştır. Yazara göre, özellikle olayların çoğunluğunda işçiler arasında böyle bir anlaşmanın bulunması doğal olduğundan, işçilerin anlaşmaları bakımından bu şart, sosyolojik gerçeklerle bağdaşmamaktadır. İkinci olarak, işçiler arasında böyle bir anlaşmanın bulunup bulunmadığının tespit edilmesi de her zaman kolay değildir. Bu bakımdan kişisel karara dayanma şartı, realist ve berrak değildir. Yine yazara göre, sendikaların bu hakkın kullanılmasında tamamen dışarıda bırakılması da isabetli değildir. Zira sendikaların bu şekilde toplu bir iş görmekten kaçınma organize etmeleri, işçilerin elde etmek istedikleri hakkın kapsamını genişletmemekte, yalnızca hak etmiş oldukları ücrete ulaşmalarını kolaylaştırmak amacına dayanmaktadır²⁷⁹.

²⁷⁷ Bozkurt, s. 83-84.

²⁷⁸ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 631.

²⁷⁹ Yazara göre, “Esasen hukuka uygun bir toplu kaçınma hakkını organize etmek, Anayasa m. 51’de güvence altına alınan “ekonomik hakların korunması” kapsamında da yer almaktadır. Bu bakımdan iş sözleşmesinden doğan hakların elde edilmesine yönelik kaçınma hakkının kullanılmasında sendikaların her tür inisiyatifini yasaklamak ve inisiyatif aldıkları takdirde de toplu kaçınmayı meşru saymamak, Anayasa’nın bu hükmüyle bağdaşan bir sonuç olmaz. Unutmamak gerekir ki, iş görmekten kaçınma hakkı, iş sözleşmesinden doğan ücreti elde etmek için yasanın kullanılmasına izin verdiği dava dışı bir “kendi kendine yardım” aracıdır. Sendikaların üyelerini davada temsil yetkisi tanınırken, hakkın dava dışı bir yolla elde edilmesinde hiçbir alan bırakılmaması, bir çelişki ve isabetli görülemeyecek bir düşünce tarzıdır. Kaçınma hakkının topluca kullanılmasındaki sendikal destek, bu nedenle de bireysel meşruluğu ortadan kaldıran bir etken olarak kabul edilemez. Diğer taraftan koşulları, uygulanması ve sonuçları bakımından hukukçuların dahi pek çok noktada fikir birliği içinde olmadıkları iş görmekten kaçınma hakkı gibi bir konuda işçiyi sendikal destekten yoksun kılmak, onu

Bu hususta Göktaş da kuruluş amacı üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak olan sendikaların, bu hakkın tamamen dışında düşünülmesinin doğru olmadığını ifade etmektedir. Sendikaların üyelerini iş görmekten kaçınma hakkını nasıl kullanacaklarına ilişkin bireysel ya da toplu şekilde bilgilendirmelerine bir engel bulunmamalıdır. Zira sendikaların bu şekilde açıklamaları üyeler açısından bağlayıcı da olmadığından, bu tür bilgilendirme ve açıklamaların, hakkın kullanımının işçilerin bireysel kararına dayanma niteliğini bertaraf etmediği kabul edilmelidir. Ancak sendika tarafından yapılacak bilgilendirme ya da açıklama bilgi verme ile sınırlı olmalıdır. Aksi halde yazara göre hakkın kullanılmasını teşvik ve tahrik amacıyla yapılan açıklamalar işçilerin kişisel kararları üzerinde etkili olacağından iş bırakma eylemini kanuni olmaktan çıkarabilecektir²⁸⁰.

Bu hususta Sur'a göre ise, işi bırakmanın kişisel ya da toplu bir karara dayanması, hareketin hukuki tasnifini etkilememelidir. Eğer işi bırakma başka bir hakka dayanıyorsa, kararın nasıl alındığı önemli değildir ve bu durumda grev ya da direnişten bahsedilemez. Zira ücretin ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınması, Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde ödemezlik def'ine dayandırılabilir ve işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilir²⁸¹.

Anılan iki kuruma ilişkin tanımlar ve öğretide ifade edilen görüşler ışığında, burada iş görmekten kaçınma hakkının birden fazla işçi tarafından aynı anda toplu olarak kullanılması, Kanundan kaynaklanan bir hakkın kullanımı olarak değerlendirilir, bu eylem salt toplu olarak uygulanması nedeniyle grev olarak nitelendirilemez. Toplu bir iş bırakmanın iş görmekten kaçınma hakkının bir kullanımı mı yoksa grev mi oluşturduğu tespit edilirken, kanaatimizce Kanunda yer alan greve ilişkin unsurların somut olayda bulunup bulunmadığı değerlendirilerek bir çözüme ulaşılmalıdır. Bu açıdan grevin maddi unsuru yani işçilerin işi bırakmaları her iki durumda da mevcut olduğuna göre, belirleyici olan unsur manevi unsuru, yani

bilgisel güçsüzlüğü ile baş başa bırakmak anlamına gelir.” Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 667-668.

²⁸⁰ Yine yazara göre, sendika tarafından yapılan bir açıklama bulunmasa da sendika yöneticisi ya da işyeri sendika temsilcisi tarafından işçilerin iş bırakmaları amacıyla yapılan yönlendirmelerin, doğrudan sendikanın hareketi olarak değerlendirilmesi ve sendikanın kanun dışı greve ilişkin sorumluluğuna başvurulması mümkün değilse de, bu durumun iş bırakmanın kişisel niteliğini etkileyip etkilemeyeceği somut olaya göre tartışılabilecektir. Göktaş, s. 96-97.

²⁸¹ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 399; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Sur, s. 424-425.

işçilerin anlaşarak veya bir kuruluş kararına dayanarak işi bırakıp bırakmadıkları olacaktır. Ancak burada kanaatimizce salt bir kuruluş kararının bulunması o eylemin grev olduğunu göstermez. Bir sendika kararı bulunsa da işi bırakma işçinin kişisel kararına dayanabilir. Zira işçiler greve katılıp katılmama serbestisine sahip olduklarından, yalnızca kuruluş kararının bulunması işçilerin o karara uyarak işi bıraktıklarını tespit etmek için yeterli değildir. İşçilerin aralarında grev yapmak üzere anlaşmaları ya da sendika tarafından alınmış karara uyarak grev yapmak amacıyla işi bırakmaları durumunda ancak toplu olarak işi bırakmanın iş görmekten kaçınma hakkı çerçevesinde değerlendirilemeyeceği söylenebilir.

İşçinin işyerinde ortaya çıkan tehlike halinde iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin olarak ise, Kanunda özel bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak işyerinde ortaya çıkan bir tehlike durumunda, çok sayıda işçinin bundan etkilenme olasılığı da düşünüldüğünde, iş görmekten kaçınma hakkının toplu olarak kullanılmasına bir engel bulunmadığı ve somut olayın koşulları çerçevesinde koşulları ortaya çıkmadıkça bu eylemin grev olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Benzer sonuç kanaatimizde çalışmamızın son bölümünde incelenecek olan kanunda düzenlenmeyen iş görmekten kaçınma halleri bakımından da kabul edilmelidir.

D. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Sınırları

1. Genel Olarak

İşçinin işverence yerine getirilmeyen edimlerin ifasını sağlamak ve bunun için işverene baskı kurmak amacıyla, belirli koşulların varlığı halinde sahip olduğu iş görmekten kaçınma hakkı, işverene karşı korunmasını ve iş sözleşmesinden ya da kanundan doğan haklarının güvence altına alınmasını sağlamaya yönelik bir haktır. İşçiyi koruma amacıyla tanınsa da bu hakkın işçi tarafından sınırsız olarak kullanılması düşünülemez. İster bireysel ister toplu şekilde kullanılsın, dürüstlük kuralına ve iş ilişkisinden doğan sadakat yükümlülüğüne aykırı olmayacak şekilde kullanılması gerekir²⁸². Zira işçinin iş görmekten kaçınmaya yetkili olması, sadakat

²⁸² Adler, s. 5; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 11, Dehmel, s. 186-187; Bozkurt, s. 85.

yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Bu nedenle hakkın kullanımının sınırlarını dürüstlük kuralı ve sadakat borcunun çizdiği söylenebilecektir²⁸³.

İlk olarak iş görmekten kaçınma hakkı kullanılırken, yalnızca işverene karşı bu hakka yetkili olan işçi tarafından işin bırakılması şeklinde gerçekleştirilmesi, bu eylem sırasında işyerine, işyerinde bulunan alet ve malzemelere zarar verilmemesi, doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlardan kaçınılması gerekir. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2002 tarihli bir kararında, ücretlerin ödenmemesi nedeniyle işçilerin toplu şekilde işi bıraktıkları olayda, işçilerin işyerindeki üretimin durmasına neden oldukları, bunun yanı sıra gece ve gündüz vardiyalarına katılarak çalışmak isteyen işçilerin işyerine girmelerini de engellediklerini tespit etmiş, bu çerçevede işçilerin feshin haklı nedene dayanmaması sebebiyle kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi isteğiyle açtıkları davada, yerel mahkemenin işçilerin isteklerini kabul edip hüküm vermesini doğru bulmamış ve ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar vermiştir²⁸⁴. İşçinin bu hakkını kullanırken işverene zarar verici davranışlarda bulunmaması, yalnızca iş görme edimini ifadan kaçınarak işvereni belirli bir edimi yerine getirmeye zorlama amacıyla bu yola başvurusu gerekir.

İş görmekten kaçınma hakkının sınırını genel olarak dürüstlük kuralı çizmekle beraber, çalışmamızda bu hakkın sınırını oluşturan bazı haller önemli görüldüğünden, özel olarak incelenecektir.

2. Son Çare Olma İlkesi

İşçi tarafından iş görmekten kaçınma hakkından yararlanılarak işin bırakılması, işveren açısından ağır ve ciddi bir yaptırım oluşturmaktadır. Bu nedenle ve aynı zamanda işçinin sadakat yükümlülüğü dolayısıyla, işçinin ancak kendisi tarafından başvurulabilecek daha hafif bir yol bulunmaması ya da bu yolun sonuçsuz kalması durumunda iş görmekten kaçınmaya yetkili olacağı kabul edilmektedir²⁸⁵.

²⁸³ Capodistrias, Festschrift, s. 115; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 11; Dehm, s. 186-187.

²⁸⁴ Yarg. 9. HD, 22.01.2002, 2001/20349 E., 2002/593 K., www.kazanci.com, (E.T. 15.05.2019); Kararın değerlendirmesi için bkz. Kadriye Bakırcı, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi-2002, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, Ankara, 2004, s. 187-188.

²⁸⁵ Haase, s. 17; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 12; Dehm, s. 190; Buna karşılık öğretide bu görüşün eleştirildiği de görülmektedir. Bu hususta Joch’a göre, hâlihazırda mevcut bulunan bir hakkın sağlanması için işveren üzerinde bir baskı kurmak ve onu yükümlülüğün ifasını sağlamaya zorlamak

Öğretide dürüstlük kuralı uyarınca ve son çare olma ilkesi kapsamında, iş görmekten kaçınma hakkından yararlanmak isteyen işçinin, bu haktan yararlanmadan önce bazı yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre işçinin, iş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan önce durumu işverene bildirmesi veya başka bir şekilde işverenin durumdan haberdar olmasını sağlaması gerektiği, aksi halde işçinin meşru bir şekilde işi bırakmasının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir²⁸⁶. Zira dürüstlük kuralı uyarınca işçinin önce işvereni iş görmekten kaçınma hakkına sebep oluşturan durumdan haberdar etmesi ve ona edimin ifa edilmesi ya da işyerinde alınması gerekli önlemlerin alınması için makul bir zaman tanınması gerekir. Kanaatimizce işverene yapılacak bu bildirim, aynı zamanda işçiye koruyucu bir işlev taşımaktadır. Zira işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı hususunda işvereni haberdar etmesi, işverenin kendisinin meşru bir hakka dayanarak işi bıraktığı hususunda bilgi sahibi olmasını sağlayacak, dolayısıyla iş görme borcunun ihlaline ilişkin yaptırımlarla karşı karşıya kalmasını önleyecektir. Özellikle işverenden kaynaklanmayan, işverenin bilgisi dâhilinde bulunmayan ihlaller bakımından bu bilgilendirme önem taşıyacaktır. İşverenin işi bırakmadan ve bunun nedeninden haberdar olmaması durumunda hakkın kullanımına neden olan durumu ortadan kaldırmak ve iş görmekten kaçınma hakkını önlemek ya da sona erdirmek olanağı da söz konusu olamayacaktır. Örneğin somut olayın koşulları da dikkate alınmak kaydıyla, işyerinde çalışan bir kimse tarafından işçiye karşı cinsel tacizde bulunulması durumunda, işverenin söz konusu olaydan bilgisi bulunmaması halinde davranışı önleme olanağı da bulunmaz. Bu açılardan kanaatimizce hakkın kullanılması için ilk önce işverenin bu durumdan bilgi sahibi olması sağlanmalıdır.

İkinci olarak iş görmekten kaçınma hakkının varlığı konusunda, fiili ya da hukuki açıdan bir belirsizlik olması durumunda, hakkın mevcut olup olmadığının belirlenebilmesi amacıyla ilk önce işverenin müzakere edilmesi de son çare olma ilkesi kapsamında öğretide ifade edilmektedir²⁸⁷. Ancak işveren hakkın icrasını açık

amacıyla yapılan iş görmekten kaçınmada son çare olma ilkesinin uygulanması isabetli değildir. İşçinin dava yoluyla ya da iş görmekten kaçınmak suretiyle mevcut hakkının ifasını talep etmesi aynı görülmelidir. Yine bunun yanı sıra somut bir olayda bu olanağın son çare olup olmadığı tereddütlü olabilir. Bu çerçevede işçiden iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasının son çare olup olmadığını, daha hafif bir araç bulunup bulunmadığının beklenmesi ve yanlış değerlendirme yapma riskinin işçiye yüklenmesi söz konusu olamaz. Joch, s. 37-38.

²⁸⁶ Haase, s. 18; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 11; Dehmel, s. 193.

²⁸⁷ Haase, s. 18; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 12; Dehmel, s. 196.

ve kesin bir şekilde kabul etmez ya da müzakere etmeyi reddeder veya müzakereyi uygun olmayan bir şekilde geciktirirse, işçi sadakat yükümlülüğünden muaf olur ve istediği yönde hareket edebilir²⁸⁸.

Bunun yanı sıra dürüstlük kuralı uyarınca işçinin gerçekten somut olayda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığının belirlenebilmesi için, işçi tarafından işverene bu hakkın varlığının tespiti için gereken zaman kadar bir bekleme süresi verilmesi ve bu süre boyunca hakkın uygulanmasının bekletilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁸⁹. İşverene tanınacak bu sürenin uzunluğu, somut olayın koşullarına göre belirlenmelidir. Söz konusu sürenin dolmasından sonra, işçi iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır. Bu husus, işçinin işvereni bilgilendirme yükümlülüğü ile beraber değerlendirilebilir. Zira işçi işvereni iş görmekten kaçınma hakkına sebep veren duruma ilişkin olarak bilgilendirmeli ve söz konusu ihlalin giderilmesi için belirli bir süre tanımalıdır. Bununla birlikte bu koşul bazı durumlarda aranmayabilir. Örneğin işyerinde koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesi nedeniyle iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda, artık işçiden işverene süre vermesi beklenemez²⁹⁰. Dolayısıyla bu koşul her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Öğretide ifade edilen bu yükümlülükler, dürüstlük kuralı ve işçinin sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak ortaya çıkmakta ve iş görmekten kaçınma hakkının son çare olarak uygulanmasını sağlamak üzere kabul edilmektedir. Bununla beraber, bu yükümlülükler işçinin iş görmekten kaçınma hakkının mevcut olup olmadığını belirlemeyi ve somutlaştırmayı sağladığından, kanaatimizce işverenin yanı sıra işçi açısından da iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması bakımından faydalı görülmelidir. Zira bu şekilde işçinin iş görmekten kaçınma hakkına fiili ve hukuki olarak yetkili olup olmadığı belirlenebilecek, işverenle görüşülmesi ve işverenin bilgilendirilmesi neticesinde işçinin yanlış değerlendirmesi sonucu gerçekte bu hak mevcut bulunmamasına rağmen işi ifa etmemesi ve böylece iş görme borcuna aykırı davranması riski önlenebilecektir.

²⁸⁸ Haase, s. 18; Haase, DB, s. 709; Dehmel, s. 201.

²⁸⁹ Haase, s. 18; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 11; Dehmel, s. 199-200.

²⁹⁰ Dehmel, s. 200.

3. Edimin İfa Edilmeyen Kısımının Önemsiz Olması

İş görmekten kaçınma hakkı, işverenin iş sözleşmesinden doğan edimini ifa etmemesi ya da işin ifası için gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmemesi durumunda işçinin sahip olduğu bir hak olarak ortaya çıkmakta ve bu edimlerin ifasını sağlamak amacıyla bir baskı unsuru oluşturmaktadır. Bu açıdan belirli edimlerin ifa edilmemesi karşılığında bırakılan işin de dürüstlük kuralı ve işçinin sadakat yükümlülüğü göz önüne alındığında, bu hakka temel oluşturan ve işveren tarafından ifa edilmemiş bulunan edimle örtüşmesi ve orantılı olması gerekmektedir. Zira karşı edimin ifa edilmeyen kısmının önemsiz derecede az olmasına karşın, iş görme ediminin tamamı bakımından ifadan kaçınmak, objektif dürüstlük kuralına aykırı düşebilir²⁹¹.

Daha sonra ayrıntılı olarak yer verileceği üzere, iş görmekten kaçınma hakkının uygulamada en sık karşılaşılanı, 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen işverenin işçinin iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücretini ödememesi ya da eksik ödemesi durumudur. Bu halde işçi belirli koşullar dâhilinde, iş görmekten kaçınmaya yetkilidir. Ancak bu hakkın sınırı da dürüstlük kuralı uyarınca çizilmekte ve öğretide somut olaya göre, ücretin işverence eksik ödenmesi ve ücretin ödenmeyen kısmının esas ücrete göre önemsiz bir meblağ oluşturması durumunda, işçinin bu hakkından bahsedilebilmesinin her zaman mümkün olmayabileceği kabul edilmektedir²⁹².

Bu hususta Alman Hukukunda, ödemezlik def'ine ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun 320. maddesinin 2. fıkrasında, ücretin ödenmemesi nedeniyle işin ifasından kaçınmaya konu ücretin ödenmeyen kısmının önemsiz miktarda az olması durumunda, işin bırakılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğunun açıkça düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu ücretin ödenmeyen kısmının önemsiz olup olmadığının tespiti, her somut olayda ayrıca tespit edilecektir²⁹³.

²⁹¹ Capodistrias, Festschrift, s. 115; Söllner, ZfA, s. 11-12; Dehmel, s. 209; Aschmoneit, s. 68; Kaniti, s. 73; Akyigit, Şerh, s. 1568; Bozkurt, s. 55.

²⁹² Hueck-Nipperdey, s. 222; Haase, s. 19; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 11; Dehmel, s. 209; Aschmoneit, s. 68.

²⁹³ Söllner, ZfA, s. 11; Bu hususta Alman Mahkemelerince verilmiş kararlar mevcuttur. Örneğin Hamm Eyalet İş Mahkemesi, 3 aylık süre içinde aylık ücretin 2 fenik (eski Alman kuruşu) tutarında eksik ödendiği olayda, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının söz konusu olmadığını ifade etmiştir. LAG Hamm, 05.11.1952; Yine Köln Eyalet İş Mahkemesi 1999 tarihli bir kararında, işverenin işçinin ücretini 20 yıldır eksiksiz ve zamanında ödemesine rağmen, hataya düşmesi sonucunda yüzde 40 oranda eksik ödendiği olayda, işçinin bu hakkını kabul etmemiştir. LAG Köln, 19.05.1999; Yine Baden

Burada işverence gerçekleştirilen ücretin önemsiz miktarda eksik ödenmesi durumunun sıklığı da değerlendirilmelidir. İlk olarak, işveren tarafından yapılan eksik ödemenin tek seferlik bir eylem olması durumunda, dürüstlük kuralı çerçevesinde bu eksik ödeme işçiye iş görmekten kaçınma hakkı vermeyecektir²⁹⁴. Zira burada tek seferlik ve önemsiz tutarda bir eksik ücret ödemesi ile işin bırakılması ile işverene verilecek zarar kıyaslandığında bir orantısızlık bulunmaktadır. Böyle bir durumda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğundan söz edilemeyecek, buna rağmen işçi işi bırakırsa sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacaktır²⁹⁵.

İşverence yapılan eksik ödemenin tek seferlik değil, birden fazla kere ya da düzenli olarak gerçekleşmesi durumunda ise, yukarıda anılan temel kuralın doğrudan kabul edilmesi mümkün değildir. Zira işçiden süregelen düzenli bir eksik ödeme durumuna katlanması, eksik ödenen tutar ücrete kıyasla önemsiz olsa da beklenemez. Dolayısıyla burada işçi tarafından iş görmekten kaçınma hakkı kullanılarak işin bırakılması, işverene karşı sözleşmenin ifasını sağlamak için uygun bir araç teşkil eder²⁹⁶. Buna karşılık bu sonuca varılabilmesi için, eksik ödenen ücret tutarının tartışmalı bir borç olmaması gerekir. Önemsiz tutarlarda olan eksik ödemelerin tartışmalı olması durumunda, ödeme gücü bulunan ancak eksik ödenen tutar konusunda mevcut bulunan belirsizlik nedeniyle ödemeyen işverene karşı, işçi tarafından iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması mümkün olmaz, aksi halde işçinin sadakat yükümlülüğüne ihlali gündeme gelebilir²⁹⁷.

4. Ücretin Ödenmemesinin Kısa Süreli Ertelenmesi

Alman Hukukunda öğretide işverenin beklenmeyen ve zorlayıcı nedenlerle işçinin ücretini ödemekte kısa süreli olarak gecikmesi ve bu durumu işçiye bildirmesi durumunda, işçinin sadakat yükümlülüğü çerçevesinde iş görmekten kaçınma hakkını kullanmaması ve kendisine verilen bu süreyi beklemesi gerektiği genel

İş Mahkemesinin bir kararında ise, işverenin işçinin ücretinin yüzde 50'sini ödediği olayda, işçinin iş görmekten kaçınması ile ödenmeyen ücret tutarı orantılı kabul edilmiştir. LAG Baden-Baden, 08.08.1949, Kararlar hakkında bilgi için bkz. Dehmel, s. 210-211.

²⁹⁴ Haase, s. 19.

²⁹⁵ Hueck-Nipperdey, s. 222; Nikisch, s. 375; Capodistrias, Festschrift, s. 115; Haase, s. 20.

²⁹⁶ Haase, s. 20.

²⁹⁷ Haase, s. 21.

olarak kabul edilmektedir²⁹⁸. Ancak işverenin bu gecikmenin oluşmasında bir kusuru bulunması durumunda, aynı sonuç kabul edilemeyecektir²⁹⁹. Burada konu işverenin işletme rizikosu çerçevesinde değerlendirilmekte ve ekonomik hayatın gerektirdiği işletmesel riskleri işletmeyi kendi düzenine göre idare eden ve kazancı kendisine ait olan işverenin üstlenmesi gerektiği, işverenin taşıması gereken işletme rizikosunun işçiye yansıtılamayacağı ve işçi açısından kural olarak temel geçim kaynağı olan ücretin ödenmemesi durumunda, işçinin iş görmesinin beklenemeyeceği öğretide ifade edilmektedir³⁰⁰.

Hukukumuz bakımından ise ücretin ödenmemesinin kısa süreli olması durumunda işçi İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca zaten iş görmekten kaçınma hakkına sahip olamayacaktır. Zira söz konusu hükümde işçinin bu haktan yararlanabilmesinin temel koşulu, ücretinin mücbir bir sebep bulunmaksızın 20 gün süreyle ödenmemesidir. Daha kısa süreli gecikmeler bakımından işçi bu hakka sahip olamayacaktır.

5. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Uygun Olmayan Zamanda Kullanılması

Dürüstlük kuralı ve işçinin sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını, işveren açısından doğrudan zarar doğuracak, uygun olmayan zamanlarda kullanmaması gerekir. İş sözleşmesini fesih hakkının da uygun olmayan zamanda kullanılmaması prensibine benzer olarak, iş gücünün işçiden kesin olarak belirlenmiş bir zamanda beklendiği ve iş görme ediminin ifa edilmemesinin işvereni doğrudan büyük bir zarara uğratacak olduğu durumlarda, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılamaması gerektiği öğretide ifade edilmektedir³⁰¹. Bunun sınırının da dürüstlük kuralı esas alınarak çizilmesi gerekmektedir.

²⁹⁸ Haase, s. 22; Haase, DB, s. 710; Dehmel, s. 202.

²⁹⁹ Nikisch, s. 375; Haase, s. 22.

³⁰⁰ Nikisch, s. 375; Haase, s. 22.

³⁰¹ Capodistrias, Festschrift, s. 115; Haase, s. 23; Haase, DB, s. 710; Söllner, ZfA, s. 11; Dehmel, s. 203-205.

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNDA DÜZENLENEN İŞ GÖRMekten KAÇINMA HALLERİ

I. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ HALİNDE İŞÇİNİN İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI (İŞ KANUNU MADDE 34)

A. İşverenin Ücret Ödeme Borcu

1. Genel Olarak

İş sözleşmesi Kanunda bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmaktadır (İş K. m. 8/I, TBK m. 393/I). Taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen (synallagmatik) bir sözleşme olarak iş sözleşmesinde, işçinin iş görme ediminin karşılığını işverenin ücret ödeme borcu oluşturur ve bu iki edim karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alır. Böylece işverenin ücret ödeme borcu, iş sözleşmesinden kaynaklanan ve işçinin iş görme ediminin karşılığını oluşturan asli edim yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır³⁰².

İş ilişkisinde iş görme ediminin karşılığı olan ücret, çoğunlukla işçinin yegâne geçim kaynağını oluşturur ve bu nedenle işçi açısından önem taşır³⁰³. Bu önemi sebebiyle, kural olarak ekonomik açıdan işverene nazaran daha güçsüz durumda bulunan işçinin ve emeğinin karşılığı olarak hak kazandığı ücretinin korunması amacıyla Anayasa ve Kanunlarda işçiyi koruyucu nitelikte çeşitli hükümler getirilmiştir.

Ücret, Anayasa'nın 55. maddesi ile anayasal güvence altına alınmış ve sosyal haklar arasında yer almıştır³⁰⁴. Anılan hükümle ücretin, işçinin iş görme ediminin (emeğinin) karşılığı olduğu düzenlenmiş, maddenin 2. fıkrasında ise, işçilerin yaptıkları işe uygun ve adaletli bir ücret elde etmeleri açısından Devletin gerekli

³⁰² Esener, s. 160; Ekonomi, s. 129; Narmanlıoğlu, s. 280; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 620; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 159; Eyrenci ve diğerleri, s. 141; Demir, İş Hukuku, s. 180; Senyen-Kaplan, s. 166; Şahin Çil, **İş Hukukunda İşçinin Ücreti**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, (Ücret), s. 1-2.

³⁰³ Süzek, s. 362; Narmanlıoğlu, s. 280; Senyen-Kaplan, s. 166.

³⁰⁴ Süzek, s. 362.

tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenerek, ücretin korunması amaçlanmıştır³⁰⁵.

İşverenin ücret ödeme yükümlülüğüne ve işçinin ücretinin korunmasına ilişkin hükümlere, İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir. Ücret, İş Kanunu'nun "Ücret ve ücretin ödenmesi" başlıklı 32. maddesinde tanımlanmış ve işverenin işçinin iş görme edimini ifa etmesi karşılığında ücret ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Benzer şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun "D. İşverenin Borçları, 1. Ücret Ödeme Borcu" başlıklı 401. maddesinde de bu yükümlülük, *"İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür."* şeklinde ifade edilmiştir. Bu sayede hem işverenin ücret ödeme yükümlülüğü düzenlenmiş, hem de taraflarca sözleşmeyle ücretin açıkça kararlaştırılmadığı hallerde emsal ücretin esas alınacağı belirtilerek, iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için mutlaka ücret ödeme unsurunun bulunması gerektiği vurgulanmıştır.

2. Ücret Kavramı

İş Kanunu'nun 32. maddesinde genel anlamda ücret, *"bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar"* olarak tanımlanmıştır³⁰⁶. Benzer bir tanıma 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda³⁰⁷ da yer verilmiş ve ücret, *"gemiadamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından ödenen meblağ"* olarak ifade edilmiştir (m. 29/I).

Kanunda yer verilen tanımla ücretin, bir işin karşılığını oluşturduğu ifade edilerek, iş hukukunda genel olarak geçerli olan ve iş görme edimi bulunmaksızın

³⁰⁵ İlgili hüküm şu şekildedir: *"Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur."*

³⁰⁶ Ücret kavramına ilişkin bilgi için bkz. Süzek, s. 362 vd.; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 620-704; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 160-166; Centel, s. 53 vd.; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin Ücret Borcu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2011, (Ücret Borcu), s. 5 vd.; Çil, Ücret, s. 1 vd.; Çağlar Çopuroğlu, *Ücret ve Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 9-30; Öcal Kemal Evren, *İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 20 vd.

³⁰⁷ RG, 29/4/1967, Sayı: 12586.

ücrete hak kazanılamayacağına ilişkin temel prensip vurgulanmıştır³⁰⁸. Bununla birlikte genel prensip ücretin bir işin karşılığında ödeneceği ise de, ücretin sosyal niteliği ve iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği dolayısıyla, İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda bu kuralın bazı istisnalarına yer verilmiş ve belirli durumlarda işçinin iş görme edimini yerine getirmemesine rağmen işverenin ücret ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir³⁰⁹. Nitekim yıllık ücretli izin (İş K. m. 53), hafta tatili (İş K. m. 46), genel tatil günleri (İş K. m. 47), ayrıca işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi (TBK m. 408), işçinin zorlayıcı nedenlerle çalışamaması (İş K. m. 40), işçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması (6331 s. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/I) gibi durumlarda Kanunun çeşitli hükümlerinde işçinin iş görme edimini yerine getirmemesine rağmen ücretine hak kazanacağına açıkça yer verilmiştir³¹⁰. Ancak Kanunda düzenlenen hükümlerin dışında da taraflarca işçinin iş görme edimini yerine getirmemesine rağmen işveren tarafından ücret ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür³¹¹.

İş Kanunu'nun 32. maddesinden çıkan ikinci sonuç, ücretin para ile ödenmesi gerektiğidir. Buna göre ücret, mutlaka para olarak belirlenmelidir; aynı olarak kararlaştırılması ya da ödenmesi mümkün değildir³¹². İş Kanunu'nda sözü edilen bu kural, işçinin asıl (temel) ücreti bakımından öngörülmüştür. Asıl ücret para dışında bir menfaatle ödenememekle birlikte, asıl ücret dışında kalan ikramiye, prim, sosyal yardımlar ya da diğer ücret ekleri gibi yan menfaatlerin para olarak kararlaştırılması zorunluluğu bulunmamakta olup, aynı olarak ödenmeleri mümkündür.

32. madde hükmünden çıkan bir diğer sonuç ise, ücretin işveren tarafından ödenmesinin zorunlu olmadığı, üçüncü kişiler tarafından da ödenebileceğidir³¹³. Zira

³⁰⁸ Süzek, s. 363; Narmanlıoğlu, s. 281; Bununla birlikte ücreti mutlaka yapılan işle doğrudan ve birebir bağlantılı bir karşılık olarak algılamamak gerekir. Zira bazı ödemeler işle doğrudan bir nedensellik bağlantısı bulunmamasına rağmen ücret olarak değerlendirilirler. Örneğin hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti bu özellikte olup, bu ücretler belirli bir işin ifası karşılığında olmamakla beraber geniş anlamda belirli bir süre çalışmış olmanın karşılığıdır, bu nedenle de ücret niteliği taşırlar. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 621; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 160.

³⁰⁹ Süzek, s. 363; Narmanlıoğlu, s. 280-281; Centel, s. 59-60; Senyen-Kaplan, s. 166; Çil, Ücret, s. 32-33.

³¹⁰ Bu hususta açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, II.

³¹¹ Narmanlıoğlu, s. 281.

³¹² Ekonomi, s. 131; Süzek, s. 363; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 622; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 160; Centel, s. 75; Demir, İş Hukuku, s. 183.

³¹³ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 622; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 160; Centel, s. 70.

hükümde ücretin “işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan” tutar olarak tanımlanmasıyla bu husus açıkça belirtilmiştir. Böylece ücretin kimin tarafından ödendiği, ücretin ödenmesi konusunda bir unsur değildir.

İş Kanunu’nun 32. maddesinin 2. fıkrasında ise, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, bunların yabancı para olarak ödenmesi kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabileceği düzenlenmiştir.

32. maddede düzenlenen ve işçiye iş görme ediminin karşılığı olarak, nakden ödeneceği belirtilen ücret, asıl ücret (temel ücret, kök ücret, çıplak ücret) olarak adlandırılır ve dar anlamda ücret olarak nitelendirilir³¹⁴. Geniş anlamda (giydirilmiş) ücret ise, asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün, kanundan veya sözleşmeden doğan her tür nakdi ya da ayni menfaatlerin toplamından oluşan ücrettir³¹⁵. Örneğin primler, ikramiye, komisyon, kârdan pay alma gibi ödemeler en sık rastlanan ücret eklerindendir³¹⁶. Bu ayrım işçiye ödenecek ücretin hesaplanması açısından önem taşır. Zira İş Kanunu bazı durumlarda işçinin ücretinin asıl ücreti üzerinden ödeneceğini öngörmekteyken, bazı durumlarda ise giydirilmiş ücretin esas alınması gerektiğini düzenlemektedir. Örneğin İş Kanunu uyarınca hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık ücretli izne ilişkin ücretlerin asıl ücret üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerekir (İş K. m. 50, 57/II). Bununla birlikte örneğin, İş Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca işçiye ödenecek olan ihbar ve kötünîyet tazminatı ile 1475 sayılı eski İş Kanunu’nun 14. maddesi uyarınca kıdem tazminatının hesaplanması bakımından, ilgili hükümler uyarınca işçinin asıl ücretine ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatlerin de göz önünde tutulacağı, yani giydirilmiş ücretin esas alınacağı düzenlenmiştir (İş K. m. 17/VII, 1475 s. İş K. m. 14/XI). Kanunda

³¹⁴ Esener, s. 163; Ekonomi, s. 130; Süzek, s. 363; Centel, s. 115; Narmanlıoğlu, s. 283; Eyrenci ve diğerleri, s. 143; Çopuroğlu, s. 22.

³¹⁵ Esener, s. 165; Süzek, s. 363; Centel, s. 116; Narmanlıoğlu, s. 283; Eyrenci ve diğerleri, s. 143; Senyen-Kaplan, s. 167; Çil, Ücret, s. 2; Çopuroğlu, s. 22.

³¹⁶ Ücret ekleri hakkında bilgi ve açıklamalar için bkz. Esener, s. 167-173; Ekonomi, s. 132-136; Süzek, s. 366-369; Çelik ve diğerleri, s. 317-320; Centel, s. 116 vd.; Narmanlıoğlu, s. 293-301; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 623-633; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 161-163; Çil, Ücret, s. 307-471; Çopuroğlu, s. 23-28; Evren, s. 27-31.

hangi ücretin dikkate alınacağı konusunda bir açıklık bulunmaması durumunda ise, tüm ödemelerde kural olarak asıl ücret esas alınır³¹⁷.

3. Ücretin Ödenmesi

a. Ücretin Ödenme Yeri

İş Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkrasında ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü istihkakın kural olarak işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği düzenlenmiştir. O ay içinde yapılan ödemelerin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda İş Kanunu'nun 32. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 407. maddesinin 1. fıkrasında, tabi olunan vergi mükellefiyeti türü, işletmenin büyüklüğü, çalıştırılan işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri unsurları dikkate alarak iş sahiplerini zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Cumhurbaşkanlığının yetkili olduğu öngörülmüştür.

2008 tarihli “Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik³¹⁸” uyarınca en az beş işçi, gazeteci ya da gemiadamı çalıştıran işverenlerin, çalıştırdıkları kişilere o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin kanunî kesintiler düşüldükten sonra kalan net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir (Yön. m. 6-10). Çalıştırdığı işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişiler, işçilerinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler (İş K. m. 32/I, TBK m. 407/I). Bu yükümlülüğe aykırı davranan işverenler açısından İş Kanunu'nda idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür (İş K. m. 102/I, Yön. m. 14-16).

³¹⁷ Esener, s. 166; Çelik ve diğerleri, s. 313; Narmanlıoğlu, s. 283; Senyen-Kaplan, s. 167; Çopuroğlu, s. 22.

³¹⁸ RG, 18.11.2008, Sayı: 27058.

Bu işyerleri dışında kalanlar bakımından ise, ödemelerin banka aracılığıyla yapılması zorunluluğu yoktur, ücretin işyerinde ödenmesi mümkündür. Ancak buna rağmen bankalar aracılığıyla ödenmelerine de bir engel bulunmamaktadır³¹⁹.

b. Ücretin Ödenme Zamanı

İş Kanunu uyarınca ücret en geç ayda bir ödenir. Ancak iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir (İş K. m. 32/V). Söz konusu kural emredicidir; bu nedenle ücretin ödeme zamanının bir aydan uzun ya da bir haftadan kısa süreli olarak kararlaştırılması mümkün değildir. Aksi halde bu tür sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır³²⁰. Böyle bir durumda geçersiz sayılan ücretin ödenme zamanına ilişkin sözleşme hükümleri nedeniyle doğan boşluğun nasıl doldurulacağı sorunu ortaya çıkar. Öğretide Kanunda öngörülen üst sınırı aşan anlaşmalar bakımından ödeme zamanının ayda bir olarak, alt sınırın altında belirlenen ücret ödeme zamanları bakımından ise, bu zamanın bir hafta olarak kabul edilmesi gerektiği çözümü getirilmektedir³²¹. Bu kural asıl ücret bakımından söz konusu olup, ücret eklerinin ödeme zamanının taraflarca serbestçe kararlaştırılması mümkündür³²².

Benzer şekilde konu Türk Borçlar Kanunu'nda da, *“Aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir (TBK m. 406/I).

³¹⁹ Süzek, s. 378.

³²⁰ Narmanlıoğlu, s. 303; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 654-655; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 167; Bu hususta Çelik ve diğerleri, ücretin ödenmesi zamanının bir haftaya kadar indirilebileceğine ilişkin bu düzenlemenin, bir haftadan kısa süren işleri göz ardı ettiğini ifade etmektedir. Çelik ve diğerleri, s. 324, dn. 698; Öğretide ücret ödeme aralıklarının bir aydan uzun olamayacağı genel olarak kabul edilmekle birlikte, bir haftadan kısa olamayacağına ilişkin düzenlemenin işvereni koruyucu nitelik taşıyan bir hüküm olduğu, bu nedenle de işveren kabul ettiği takdirde ödeme döneminin bir haftadan kısa süreli olarak kararlaştırılabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşte bkz. Tunçomağ ve Centel, s. 122; Buna karşılık aksi görüş ise, ödemenin çok kısa aralıklarla yapılmasının işverenin yanı sıra işçiye de koruma işlevini taşıdığı, söz konusu düzenlemenin emredici olduğu, bu nedenle de ücret ödeme döneminin bir haftadan kısa süreli olarak kararlaştırılmasının mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüşte bkz. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 655; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 167; Göktaş, s. 62; Çopuroğlu, s. 92; Yine öğretide bir haftadan az süren işlerde ücretin işin bitiminde ödenmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Eyrenci ve diğerleri, s. 157; Bozkurt, s. 23.

³²¹ Göktaş, s. 62; Çopuroğlu, s. 92.

³²² Bozkurt, s. 24.

İş sözleşmesi taraflarına karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşme olup, işçinin iş görme edimini yerine getirmediği ve bunun karşılığında da işverenin ücret ödemekle yükümlü olmadığı bir ilişki, iş sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde genel kural, Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi uyarınca sözleşme taraflarının edimlerini aynı anda ifa ile yükümlü olmalarıdır. Ancak bu temel kuralın aksinin kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, sözleşmenin koşulları ve özelliklerinden dolayı bir tarafın edimini daha sonra ifa etme hakkı doğabilir (TBK m. 97). İş sözleşmelerinde de genel kural, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ya da Kanunda aksi yönde bir belirleme yapılmadıkça, birbirinin karşılığını oluşturmakta olan iş görme ve ücret ödeme borçlarının aynı anda ifa edilmeyip, önce işçi tarafından iş görme ediminin yerine getirilmesi, daha sonra ise bu işin karşılığında işveren tarafından ücretin ödenmesi şeklindedir³²³. Bununla birlikte bu temel kuralın aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabileceği gibi, Kanunda da aksinin öngörülmüş olması ya da bir işyeri uygulaması veya örf ve âdetin bu kuralın aksini gerektirmesi söz konusu olabilir³²⁴. Bu hususta Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında, gazetecinin ücretinin her ay peşin olarak ödeneceğine ilişkin düzenleme bu duruma örnektir.

B. Ücretin Gününde Ödenmemesinin Genel Sonuçları

İşveren iş sözleşmesinden doğan ve iş görme ediminin karşılığını teşkil eden ücreti, iş sözleşmesinde kararlaştırılan şekilde tam olarak, ödeme zamanında ve yerinde ödemekle yükümlüdür. İşverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda ise, bazı hukuki sonuçlar doğar. Bu halde işçi, ücretinin aynen ifasını ve faizini talep etme imkânına sahip olacağı gibi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi ya da koşulları mevcutsa iş görmekten kaçınma hakkını kullanması da söz konusu olabilecektir.

³²³ Eren, s. 1016; Tunçomağ, s. 745; Tunçomağ ve Centel, s. 121; Süzek, s. 379; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 652-653; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 167; Centel, s. 297; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 610; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 16. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, II.

³²⁴ Tunçomağ ve Centel, s. 121; Süzek, s. 379; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 653; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 167; Centel, s. 297; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 610.

1. İşçinin Ücret ve Faizini Talep Hakkı

Ücretin iş sözleşmesinde öngörülen zamanda ödenmemesi durumunda işçi zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla, ücretini ve faizini eda davası ya da ilamsız icra takibi yoluyla talep edebilir³²⁵. Bunun için ücretin kararlaştırılan günde ödenmemesi yeterlidir; daha sonra görüleceği üzere iş görmekten kaçınma hakkında olduğu gibi belirli bir süre ücretin ödenmemiş olması şartı aranmaz.

Ödenmeyen ücretinin yanı sıra, işçi işveren tarafından zamanında ödenmeyen ücretin ödenmeyen kısmı için faiz talep edebilir. Bu husus, İş Kanunu'nun 34. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, "*Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme uyarınca ödenmeyen ücretin talep edilmesinde uygulanacak faiz, yasal faiz değil mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olacaktır.

İşçinin zamanında ödenmeyen ücreti bakımından faiz talep edebilmesi için, ücret alacağının muaccel olmasının yanı sıra, öğretide işverenin temerrüde düşürülmesi gerektiği kabul edilir³²⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun borçlunun temerrüdüne ilişkin 117. maddesi uyarınca, muaccel bir borcun borçlusunun temerrüde düşürülebilmesi için, alacaklının ihtarı gerekir. Ancak ücretin ödenmesine ilişkin dava açılmışsa ve işveren davadan önce ihtarname aracılığıyla temerrüde düşürülmemişse, dava ihtar niteliği taşıdığından, davanın açılmasıyla işveren temerrüde düşürülmüş olur ve faiz bu tarihten itibaren işlemeye başlar³²⁷. Bununla birlikte ücretin ödeneceği gün, taraflarca belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur (TBK m. 117/II).

³²⁵ Süzek, s. 381; Sarper Süzek, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", AÜHFD, Cilt: 56, Sayı: 4, 2007, s. 209; Bozkurt, s. 30-31; Evren, s. 124; Dilek Dulay, **İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Yaptırımı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 87-88.

³²⁶ Süzek, s. 381; Bozkurt, s. 32; Bu hususta öğretideki tartışmalar hakkında bilgi için bkz. Dulay, Ücretin Ödenmemesi, s. 94-96.

³²⁷ Süzek, s. 381.

2. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

Ücretinin ödenmemesi durumunda işçinin sahip olduğu haklardan ikincisi, iş sözleşmesinin haklı nedenle (derhal) feshidir. Nitekim İş Kanunu'nun işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini düzenleyen 24/II. maddesinin e bendi uyarınca, işveren tarafından işçinin ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi veya ödenmemesi, işçi açısından haklı nedenle bildirimsiz fesih nedenlerinden biri olarak sayılmıştır³²⁸. Benzer nitelikte hükme Deniz İş Kanunu'nda da yer verilmiş ve ücretin kanun hükümleri veya hizmet akti gereğince ödenmemesi durumunda, gemiadamının sözleşmesini önelsiz olarak feshedebileceği düzenlenmiştir (m. 14/II, a).

İşçinin fesih hakkı, yalnızca temel ücretinin ödenmemesinde değil, geniş anlamda ücretinin yani her türlü ücret eklerinin ödenmemesi durumunda da söz konusu olacaktır³²⁹. Ayrıca 24. madde uyarınca işçinin ücretinin hiç ödenmemesinin yanı sıra, ücretin sözleşmeye uygun olmayan şekilde eksik veya geç ödenmesi durumunda da işçi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını haizdir³³⁰. Ancak bu durumda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olup olmadığı, somut olay çerçevesinde, dürüstlük kuralı uyarınca belirlenmelidir. Zira Kanunda bu hakkın kullanılması bakımından herhangi bir bekleme süresi öngörülmemiştir. Örneğin ücretlerin genel olarak zamanında ödendiği bir işyerinde ücret ödemesinin kısa süreli olarak gecikmesi; ancak bu durumun süreklilik kazanmamış olması durumunda, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi dürüstlük kuralına aykırı düşebilir³³¹. Yine işçinin ücretinin önemli olmayan miktarda eksik ödenmesi durumunda da haklı nedenle fesih hakkına sahip olup olmadığı, dürüstlük kuralı

³²⁸ Aynı yönde düzenleme 1475 sayılı Kanunun 16/II-d bendinde de yer almaktaydı.

³²⁹ Süzek, s. 698; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 216; Narmanlıoğlu, s. 431; Eyrenci ve diğerleri, s. 247; Çil, Ücret, s. 646; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1273; Cevdet İlhan Günay, "Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Mart 2006, (Ücret Ödemede Gecikme), s. 41; Göktaş, s. 52; Değer, s. 53; Bozkurt, s. 35; Bekir Uzun, **Yeni İş Yasası Semineri**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2004, s. 129; Evren, s. 127.

³³⁰ Süzek, s. 698; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 216; Çelik ve diğerleri, s. 582; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 831; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 235; Centel, s. 374; Narmanlıoğlu, s. 431-432; Eyrenci ve diğerleri, s. 245; Çil, Ücret, s. 646; Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 41; Değer, s. 53; Bozkurt, s. 35; Dulay, Ücretin Ödenmemesi, s. 83.

³³¹ Süzek, s. 698; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 216; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 829; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 236; Centel, s. 375; Narmanlıoğlu, s. 432; Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 41; Göktaş, s. 77; Mehmet Uçum, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 62; Bozkurt, s. 36-37.

çerçevesinde belirlenmelidir. Belirtilmelidir ki; işverenin ekonomik krize ya da mali güçlüğü düşmesi işçilerin ücretlerinin hiç ödenmemesi ya da geç veya eksik ödenmesine haklı bir gerekçe oluşturmayacaktır³³².

İş Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca haklı nedenle fesih hakkının belirli bir süre içerisinde kullanılması gerekir. Buna göre iki taraftan birinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine sebep olan bir davranışta bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra haklı nedenle fesih hakkı kullanılamaz. Ancak işverenin işçinin ücretini ödememesi durumunda, devam eden, sürekli bir borca aykırılık bulunmaktadır. Bu nedenle işverenin ücret ödemede temerrüdü devam ettiği sürece, söz konusu hükümde yer verilen altı iş günlük sürenin işlemeyeceği kabul edilmelidir³³³.

Haklı nedenle fesih hakkını kullanan işçi, kıdeme esas süre koşulu sağlanmışsa, kıdem tazminatına hak kazanır, ancak burada iş sözleşmesi işçi tarafından sona erdirildiğinden, ihbar tazminatına hak kazanması söz konusu olmaz. Ayrıca ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin, işverenden İş Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tazminat talep etmesi de mümkündür.

İşçinin fesih hakkını dürüstlük kuralı ve objektif iyiniyet kuralına uygun şekilde ve uygun zamanda kullanması gerekir. Aksi halde işçinin davranışı fesih hakkının kötüye kullanılması teşkil edebilir³³⁴.

3. İdari Para Cezası

İş Kanunu'nun 102. maddesinde, işçinin Kanunun 32. maddesinde belirtilen ücreti ile İş Kanunu'ndan, toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden doğan

³³² Süzek, s. 698; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 217; Başterzi, s. 192.

³³³ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 831; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 236; Narmanlıoğlu, s. 308; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 83; Serkan Odaman, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003, s. 256; Bozkurt, s. 36; Dulay, Ücretin Ödenmemesi, s. 86; Ayrıca bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 05.07.2005, 2004/33565 E., 2005/23785 K., www.kazanci.com.tr, (E.T. 06.11.2018).

³³⁴ Nitekim bu hususta Yargıtay'ın bir kararında, mutad ödeme gününün üç gün gecikmesi ve araya tatil gününün girmesi halinde ücreti ödenmeyen işçinin haklı feshi, objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kabul edilmiştir. Yarg. 9. HD, 23.10.2005, 2005/8698 E., 2005/37031 K. Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1273.

cret ödemelerini süresi içerisinde kasten ödemeyen veya eksik ödeyen, asgari creti ödemeyen veya eksik ödeyen, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını zorunlu tutulduğu halde özel olarak açılan banka hesabına ödemeyen, 37. maddeye aykırı olarak ücrete ilişkin hesap pusulası düzenlemeyen veya işçi ücretlerinden 38. maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası veren veya yaptığı ücret kesintisinin sebebini ve hesabını bildirmeyen, 52. maddedeki belgeyi vermeyen işveren, işveren vekili ve üçüncü kişi hakkında her işçi ve her ay için, Kanunun 41. maddesinde belirtilen fazla çalışmalara ilişkin creti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla saatlerde yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için idari para cezası verileceği düzenlenmiştir (m. 102/I, a-c). Ücretin ödenmesine ilişkin idari para cezaları, Aile, alışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Bölge Müdürü tarafından verilir (İş K. m. 108).

İdari para cezasına hükmedilmesi için ilgili hükümde de belirtildiği üzere işverenin bu davranışlarının kasten gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aksi halde işçinin ücretini ödemeyen işveren hakkında idari para cezasına hükmedilmesi söz konusu olamayacaktır.

C. İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

1. Genel Olarak

Ücretin denmemesi durumunda işçi tarafından başvurulabilecek bir diğer yol, çalışmamızın temel konusunu oluşturan işçinin iş görmekten kaçınma hakkıdır. İş görmekten kaçınma hakkı, çalışmamızın birinci bölümünde de tanımlandığı üzere, işçinin iş sözleşmesi ile yüklendiği iş görme edimini, işveren tarafından karşı edim ifa edilinceye ya da işverence işçinin edimini ifa etmesi için gereken hazırlık fiilleri gerçekleştirilinceye kadar yerine getirmeme hakkıdır³³⁵. İşçinin bu hakkı iş kanunlarında iki durumda özel olarak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki işçinin ücretinin ödenmemesidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce ğretide

³³⁵ Bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III.

genel olarak kabul edilmekte olan³³⁶ bu hak, ilk kez bu Kanunla yasal düzenlemesine kavuşmuş ve 34. maddede düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca,

“Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.

Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz.”

Söz konusu düzenlemede işçinin ücretinin ödenmemesine dayanarak iş görmekten kaçınması için bazı koşulların arandığı görülmektedir. Bu koşullar işçinin ücretinin ödenmemesi yani muaccel bir ücret alacağının bulunması, bu ödememe durumunun en az 20 gün devam etmesi, ücretin ödenmemesinin mücbir sebebe dayanmaması ve işçilerin iş görme edimini ifadan kaçınmalarının kişisel kararlarına dayanmasıdır. İşverenin temerrüde düşürülmesi ise işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması için şart değildir³³⁷.

2. Çalışma Hakkı ve Angarya Yasağı

Çalışma hakkı, Anayasa’nın 49. maddesinde,

“Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”

şeklinde düzenlenmiştir. Bu hak, bir yandan herkesin çalışmaya hakkı olduğunu ve kimsenin çalışmasının engellenemeyeceğini, bir yandan da kişilerin çalışacakları bir işe sahip olmalarını ifade etmektedir³³⁸. Böylece çalışma hakkı

³³⁶ Bu yönde bkz. Kaniti, s. 74; Soyer, İHU, s. 4 vd.; Ayrıca bu hususta açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 2.

³³⁷ Çelik ve diğerleri, s. 331; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 662.

³³⁸ Fevzi Demir, “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2014, (Çalışma Hakkı), s. 147-148, <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/demir.pdf>, (E.T. 04.12.2018); Mesut Gülmez, “Çalışma Özgürlüğü ve Hakkı Açısından Emegün Evrimi: Ulusal ve Ulusalüstü Hukuksal Boyutlar Üzerine Düşünceler”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2014, s. 81-82, <https://www.petrol-is.org.tr/sites/default/files/tum-dokuman-baski.pdf>, (E.T. 04.12.2018); Mustafa Kılıçoğlu, “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 1208; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 17; Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 52-53; Seçkin Nazlı, **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s.

isteğe bağlı olarak herkese tanınan ve herkesin bireyler arasında herhangi bir ayrım gözetilmeksizin yararlanabildiği bir sosyal hak olarak ortaya çıkmaktadır³³⁹. Bu açıdan çalışma hakkı çerçevesinde Anayasada devlete olumlu edimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir (AY m. 49/I).

Çalışma hakkı bir işe sahip olmakla sınırlı değildir. Uygun bir çalışma ortamı ve koşullarına sahip olma, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, çalışma sürelerinin belirli ölçüde sınırlı tutulmasını isteme, dinlenme, yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun işlerde çalıştırılmayı isteme, eşit işe eşit ücret gibi haklar da çalışma hakkının tamamlayıcısı niteliğindedir³⁴⁰.

Çalışma hakkı, uluslararası belgelerde de güvence altına alınmıştır³⁴¹. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 23. maddesinde,

“1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. 2. Herkesin, herhangi bir ayrım gözetilmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. 3. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır. 4. Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.”

denilmiş, 24. maddesinde de *“Herkesin dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin makul ölçüde sınırlandırılmasına ve belirli dönemlerde ücretli izne çıkmaya hakkı vardır.”* şeklinde belirtilmiştir.

Avrupa Sosyal Şartında da konuya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Şartın İkinci Bölümünün “Çalışma Hakkı” kenar başlıklı 1. maddesinde,

“Akit Taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla: 1 Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince

36; Pir Ali Kaya ve Işın Ulaş Ertuğrul Yılmaz, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, **Sosyal Siyaset Konferansları/Journal of Social Policy Conferences**, 2016/1, Sayı: 70, s. 61 <http://dergipark.gov.tr/iusskd>, (E.T. 04.12.2018).

³³⁹ Fevzi Demir, **İş Hukukunda Çalışma Hakkı İlkesi**, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İzmir, 1981, (Çalışma Hakkı İlkesi), s. 73-76; Demir, Çalışma Hakkı, s. 148-149; Nazlı, s. 38; Kaya ve Ertuğrul Yılmaz, s. 63; Ayrıca çalışma hakkına ve unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s. 69-84.

³⁴⁰ Fevzi Demir, **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, İzmir, 2009, s. 350-351; M. Kılıçoğlu, s. 1210-1211; Kaboğlu, s. 18; Kaya ve Ertuğrul Yılmaz, s. 61-62, Ayrıca bilgi için bkz. s. 65-76.

³⁴¹ Uluslararası belgelerde çalışma hakkı ve ayrıca zorla çalıştırmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya ve Ertuğrul Yılmaz, s. 61-63; Mahmut Yavaş, “Çalışma Yaşamında İnsan Hakları: Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı”, **TÜHİS**, Şubat 2005, s. 23-27; Çağla Ünlütürk Ulutaş ve Tevfik Barbaros Ulutaş, “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 40, Ekim 2015, s. 328-331, http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt8/sayi40_pdf/2tarih_siyaset_uluslararasıiliskiler/unluturkulutas_cagla.pdf, (E.T. 04.12.2018).

yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı; 2 Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı; 3 Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi; 4 Uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi; taahhüt ederler.”

düzenlemesine yer verilmiş, devamı hükümlerde ise adil çalışma koşullarına sahip olma, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma ve adil ücret haklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Çalışma özgürlüğü ise, kişilerin meslek seçme ve diledikleri alanda herhangi bir ayrımcı muameleye ya da bir engele maruz kalmaksızın çalışma ve çalışacağı iş, işyeri ile işverenini seçme serbestileri olarak ifade edilebilir³⁴². Çalışma özgürlüğü Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre,

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

Çalışma özgürlüğü aynı zamanda çalışmama özgürlüğünü de içerir³⁴³. Bir kimsenin zorla çalıştırılması çalışma özgürlüğünün ihlal edilmesi anlamına gelir. Anayasada zorla çalıştırma ve angarya yasaklanmıştır (AY m. 18). Söz konusu hükümde düzenlenen zorla çalıştırma ve angarya olguları birbirinden farklıdır. Bu yasak her ikisi bakımından da esasen kişinin kendi rızası bulunmaksızın çalışmaya zorlanamaması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte iki kavram arasındaki temel fark, zorla çalıştırmada çalışmanın sonucunda bir ücret ödenmesi söz konusuysa, angarya durumunda işçinin emeğinin karşılıksız kalmasıdır³⁴⁴.

Anayasada bazı çalışmaların zorla çalıştırma sayılamayacağı da aynı hükümde düzenlenmiştir. Buna göre,

“Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.” (AY m. 18/II).

Bu istisnalar dışında kişilerin zorla çalıştırılması mümkün değildir.

³⁴² Demir, Anayasa Hukuku, s. 348; Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s. 32; Ertürk, s. 56; Kaya ve Ertuğrul Yılmaz, s. 66; Gülmez, s. 80; Ayrıca uluslararası alanda çalışma özgürlüğü hakkında bilgi için bkz. Gülmez, s. 87-122.

³⁴³ Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s. 11.

³⁴⁴ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 176; Demir, Çalışma Hakkı İlkesi, s. 16.

Çalışma özgürlüğünün ihlali Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesinde cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu hükümle cebir, tehdit ya da başka bir davranışla çalışma özgürlüğünü ihlal eden ya da orantısız şekilde düşük ücret veren, insan onuruyla bağdaşmayan koşullarda çalışmaya zorlayan kişiler hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür³⁴⁵. Burada korunan hukuksal yarar, bireyin her türlü baskıdan uzak biçimde özgürce çalışabilmesini, dilediği gibi sözleşme yapabilmesini ve girişimde bulunabilmesini sağlamaktır³⁴⁶.

Angarya ise, bir kimsenin emeğinin karşılığını almaksızın zorla çalıştırılmasıdır³⁴⁷. Nitekim bu kavram Türk Dil Kurumu sözlüğünde, “*Bir kimseye veya bir topluluğa zorla, ücret vermeden yaptırılan iş, yükleni*” olarak tanımlanmıştır³⁴⁸. Angarya Anayasanın 18. maddesinde açıkça ve kesin olarak yasaklanmış, zorla çalıştırmada olduğu gibi burada angarya yasağının istisnaları da öngörülmemiştir.

Bir iş ilişkisinde işçinin iş görme edimini yüklenmesi karşılığında ücret ödenmesi zorunludur. Ücret ödenmemesine rağmen işçiden iş görme edimini ifa etmesinin beklenmesi, angarya yasağının açık bir ihlali olacaktır. Bu açıdan İş Kanunu'nun 34. maddesinde yer verilen işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkının temelinde de angarya yasağı yatmaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslağın madde gerekçesinde, ilgili hükümde öngörülen sürenin geçmesinden sonra işçinin çalışmaya

³⁴⁵ Buna göre, “(1) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

(2) Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.

(3) Yukarıdaki fıkra da belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

³⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, “İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu (TCK m. 117)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 20, Aralık 2010, s. 253 vd.

³⁴⁷ Nazlı, s. 82; Ünlütürk Ulutaş ve Ulutaş, s. 328; Ayrıca angarya yasağı hakkında bilgi için Ünlütürk Ulutaş ve Ulutaş, s. 327-338.

³⁴⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c0640ea7b2b90.37409593 (E.T. 04.12.2018)

zorlanması, Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına aykırılık oluşturacağını düşünüldüğü ifade edilmiştir³⁴⁹.

3. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Koşulları

a. İşçinin Ödenmesi Gereken Bir Ücret Alacağının Mevcut Olması

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için, her şeyden önce işveren tarafından iş sözleşmesiyle iş görme ediminin karşılığı olarak yüklenilen ücretin ödenmemesi, yani işçinin bir ücret alacağının bulunması gerekir. Nitekim İş Kanunu'nun işçinin iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen 34. maddesinde de işçinin bu hakkını kullanabilmesi için, ücretinin ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ödenmemiş olması şartı aranmıştır.

İlk olarak işçinin ödenmeyen ücretinin mutlaka işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinden doğmuş olması gerekir. İşverenle aralarında daha önceden mevcut olan ancak sona ermiş bulunan iş ilişkilerine ilişkin ödenmemiş ücretler bakımından, işçinin devam eden iş ilişkisinde böyle bir haktan yararlanması söz konusu olamaz³⁵⁰.

Bunun yanı sıra, işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme borcunun mevcut ve devam ediyor olması da gerekir. Bu açıdan örneğin grev ya da iş sözleşmesinin başka bir nedenle askıda olması ve tarafların iş görme ile ücret ödeme yükümlülüklerinin bulunmaması durumunda, işçinin iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemez³⁵¹.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkına konu olacak ücret alacağının niteliğine ilişkin Kanunda bir belirleme yapılmamıştır. Öğretide bir görüşe göre, 34. maddede yer alan ücret, dar anlamda ücreti, yani işçinin asıl ücretini kastetmektedir³⁵². Zira Kanunda açıkça belirtilen durumlar haricinde geniş anlamda ücretin esas alınması

³⁴⁹ Gereke için bkz. https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf (E.T. 04.12.2018).

³⁵⁰ Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 19; Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 43; Ayrıca bkz. Günay, 30. Yıl Armağanı, s. 471; Gökaş, s. 81; Topuz, s. 468; Bozkurt, s. 54; Dulay, Ücretin Ödenmemesi, s. 103; Dulay Yangın, s. 212.

³⁵¹ Narmanlıoğlu, s. 310; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21; Topuz, s. 468.

³⁵² Bu yönde bkz. Fevzi Şahlanan, "Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İşgörmeye Borcunu Yerine Getirmeme", **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 342, Eylül 2008, (Ücretin Gününde Ödenmemesi), s. 3; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1284.

mümkün değildir ve burada da bu hususta açık bir düzenleme getirilmemiştir. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, İş Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğmasına neden olan ve işveren tarafından ödenmeyen ücret, işçinin asıl ücreti olabileceği gibi, ikramiye, prim gibi ücret ekleri de olabilir ve bunların ödenmemesi durumunda da yine işçinin bu hükme dayanarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanması mümkündür³⁵³. Nitekim bu görüşte Soyer'e göre, bir iş karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken ve sosyal ücret niteliği taşıyan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti, zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde işverence bir haftalık süre için ödenmesi gereken yarım ücret gibi ödemelerin yapılmaması durumunda dahi yine işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması mümkündür. Zira işveren yalnızca çıplak ücret bakımından değil, bu tür ödemeler açısından da ödeme taahhüdü altına girmiştir ve iş görmekten kaçınma hakkının doğumu için işçinin hak kazandığı bir ücretin ödenmemiş olması yeterlidir, yoksa o ücrete ne şekilde hak kazanıldığı önem taşımaz³⁵⁴.

Süzek'e göre de, anılan görüşün aksini kabul, işçinin ücretinin tam ve eksiksiz ödenmesi amacına uygun düşmez. Bu durum işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasını önlemek isteyen kimi işverenlerin yalnızca temel ücreti ödeyerek, ücret eklerini ödememelerine olanak sağlamış olur; ki bu da söz konusu kanun hükmünü işlemez hale getirir³⁵⁵. Yine Narmanlıoğlu'na göre de, amaç işçinin yegâne geliri olan ücret ve eklerinin olabildiğince zamanında ve tam olarak eline geçmesini sağlamaya yönelik olduğuna göre, kanuni korumayı asıl ücretle sınırlamak bu amacı sağlayamayacaktır. Ayrıca yazara göre hükmün düzenleniş biçimi de ücreti dar anlamda yorumlamaya elverişli gözükmemektedir³⁵⁶.

Yargıtay da asıl ücretin yanı sıra prim, ikramiye gibi ücret eklerinin ödenmemesinin işçiye iş görmekten kaçınma hakkı tanıdığı yönünde kararlar

³⁵³ Bu görüşte bkz. Süzek, s. 383; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 659-660; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 689; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 179; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 617; Alpagut, Ücret, s. 55; Göktaş, s. 52; 78; Uçum, s. 62; Bozkurt, s. 55; Değer, s. 74; Çopuroğlu, s. 210; Dulay Yangın, s. 211; Hatice Karacan, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", **İstanbul Barosu Dergisi**, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, s. 2, (http://www.academia.edu/33074635/4857_SAYILI_IŞ_KANUNUNA_GÖRE_IŞÇİNİN_ÇALIŞMA_KTAN_KAÇINMA_HAKKI, E.T. 02.12.2018).

³⁵⁴ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 659; Aynı yönde bkz. Göktaş, s. 80.

³⁵⁵ Süzek, s. 383.

³⁵⁶ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 617.

vermektedir³⁵⁷. Kanaatimizce de burada işçiye ücretinin korunması açısından tanınan ve iş görmekten kaçınma hakkı sağlayan hükmün amacı dikkate alındığında, bu hakkın yalnızca işçinin asıl ücretinin ödenmemesi durumunda doğacağını söylemek isabetli olmayacaktır. Zira bu hak, işçinin ücretinin korunması amacına hizmet etmekte, bu açıdan işçinin salt asıl ücretinin değil, ücret eklerinin de korunmasını gerektirmektedir. Ayrıca temel ücret genellikle aksi belirtilmedikçe yapılacak hesaplamalar açısından önemli olup, burada bir alacak talebi değil, işçinin haklı nedenle fesihte olduğu gibi bir hakkı kullanması söz konusudur. Bu nedenlerle işçi geniş anlamda ücretinin ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınma hakkına sahip olmalıdır.

Yine bu hak, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi üzerine feshin geçersizliğine ilişkin İş Mahkemesine başvurusu ve işe iade edilmesi durumunda, Mahkemece hükmedilecek olan işçinin çalışmadığı süreye ilişkin (en çok 4 aylık ücreti tutarında) boşa geçen süre ücreti bakımından da doğabilir. İşverenin işe iade kararından sonra işçiyi işe başlattığı durumlarda, işçinin bu ücretinin işe başlamasından itibaren 20 gün içerisinde ödenmemesi halinde işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilir. Zira söz konusu süreye ilişkin ödeme ücret niteliği taşımaktadır³⁵⁸.

İşçinin ücretinin iş sözleşmesine uygun olarak hesaplanması ve ödenmesi gerekir. Bu açıdan işçinin iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabilmesi için ücretinin tamamının ödenmemiş olması gerekmez, bir kısmının ödenmemesi yeterlidir³⁵⁹. Zira ücret sözleşmeye uygun olarak, kararlaştırılan miktarda ödenmedikçe, işveren ücret ödeme borcundan kurtulmuş sayılamaz. Ancak ücretin

³⁵⁷ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 20.10.2007, 2007/19022 E., 2007/31935 K., Kararın incelemesi için bkz. Şahlanan, Ücretin Gününde Ödenmemesi, s. 2 vd.; Ayrıca bu hususta bkz. Yarg. 9. HD, 27.10.2004, 2004/7054 E., 2004/24266 K.; Yarg. 9. HD, 15.03.2012, 2010/1118 E., 2012/8568 K.; Yarg. 9. HD, 22.12.2011, 2011/43628 E., 2011/49175 K.; Yarg. HGK, 27.2.2012, 2012/9-1168 E., 2013/281 K.; Yarg. 7. HD, 19.12.2013, 2013/14262 E., 2013/22834 K.; Yarg. 22. HD, 12.07.2012, 2012/2219 E., 2012/16640 K.; Yarg. 7. HD, 19.02.2014, 2013/20891 E., 2014/4155 K.; Yarg. 7. HD, 28.11.2013, 2013/13162 E., 2013/20564 K.; Yarg. 7. HD, 19.02.2014, 2013/20892 E., 2014/4162 K.; Yarg. 7. HD, 26.02.2014, 2014/1192 E., 2014/4670 K.; Yarg. 7. HD, 04.07.2014, 2014/7179 E., 2014/15367 K.; Yarg. 9. HD, 10.09.2014, 2014/18542 E., 2014/26121 K.; Yarg. 9. HD, 30.09.2014, 2012/34361 E., 2014/28549 K.; Yarg. 7. HD, 09.03.2016, 2015/612 E., 2016/5907 K.; Yarg. 7. HD, 01.06.2016, 2015/2788 E., 2016/12030 K.; Yarg. 9. HD, 05.07.2018, 2018/5530 E., 2018/14907 K. www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018).

³⁵⁸ Göktaş, s. 81; Çil, Ücret, s. 692.

³⁵⁹ Çelik ve diğerleri, s. 331; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 690; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 179; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 663; Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 43; Günay, 30. Yıl Armağanı, s. 472; Bozkurt, s. 55; Uzun, s. 129; Karacan, s. 3.

eksik ödenmesi durumunda, ödenmeyen tutarın ödenen kısma göre önemli sayılamayacak bir miktarda olmaması gerekir. Aksi halde işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırı düşebilir. Böyle bir durumda hakkın sınırı somut olayın koşulları değerlendirilerek, dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir³⁶⁰.

Ücretin tamamen ya da kısmen ödenmemesinin yanı sıra, iş ilişkisinden doğan temel ücretin aynı olarak ödenmesi durumunda da bu ödeme borcun ifası anlamına gelmez, zira temel ücretin nakdi olarak ödenmesi gereklidir. Böyle bir durumda işçi, ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilecektir³⁶¹.

İşçinin ücretinin işveren tarafından değiştirilmesi ise, değişikliğin işçi aleyhine olması durumunda çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil ettiğinden, ancak İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen şekle uyularak mümkündür. 22. madde uyarınca işveren,

“çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.”

Bu şekle uyulmaksızın yapılan ya da öngörülen şekle uygun olarak değişikliği kabul etmemesine rağmen ücretinde azaltma uygulanan işçi, ücretinin eksik ödenmesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilir³⁶². Buna karşılık işçinin ücretinde tek taraflı olarak artış yapılması durumunda, işçi tarafından, çalışma koşullarında bir ağırlaşmaya sebep olmadıkça, bu artırım oranının uygun bulunmaması işçiye iş görmekten kaçınma hakkı vermez³⁶³. Böyle bir durumda işçinin iş görme edimini ifadan kaçınması halinde, iş sözleşmesinin işverence iş görme ediminin yerine getirilmemesine dayanarak haklı nedenle feshedilmesi söz

³⁶⁰ Hueck-Nipperdey, s. 222; Haase, s. 19; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 11; Dehmelt, s. 209; Aschmoneit, s. 68; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 690; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 179; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 617; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 663; Alpagut, Ücret, s. 56; Akyiğit, Şerh, s. 1568; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 20; Gökteş, s. 49, 80; Bozkurt, s. 55; Uzun, s. 130; Çopuroğlu, s. 213; Karacan, s. 3. Bu hususta açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, D, 3.

³⁶¹ Gökteş, s. 81.

³⁶² Akyiğit, Şerh, s. 1567; Bozkurt, s. 58; Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, V, C.

³⁶³ Bozkurt, s. 58.

konusu olabilir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında, davacı işçinin işyerinde çalışan diğer işçilerle birlikte hareket ederek işverenden ücret artışı istediği, bu talebin kabul edilmemesi ve işverenin “bu ücretle çalışmak istemeyen gidebilir” şeklindeki beyanı üzerine işyerinden ayrıldığı olayda, sonraki günlerde işyerine gitmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II-g maddesi uyarınca feshedildiği olayda feshin haklı nedenle yapıldığına hükmetmiştir³⁶⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında, işverenin işçiye yapılacağı duyurulan ücret artırım taahhüdüyle bağlı olduğunu kabul etmiştir³⁶⁵. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre, “*ücret zammının taahhüt edildiği, ancak zam hususunda tarafların bir protokol ile anlaşmaları veya zammın ilan edilerek bütün işçilere duyurulması, ücret bordrolarından ücretin arttırıldığına anlaşılması gibi hallerde kabul edilebilir ve ücret zammı tahakkuk etmiş ücret niteliğini kazanır.*”

Burada tartışılacak bir husus, ücret alacağının zamanaşımına uğraması durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmayacağı sorunudur. Bir görüşe göre, zamanaşımı yalnızca ücret alacağını talep hakkını durdurduğu, buna karşılık alacağa bağlı diğer yetkiler varlığını koruduğundan, ücret alacağının zamanaşımına uğraması iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasına engel oluşturmaz³⁶⁶.

Aksi görüşe göre ise, iş görmekten kaçınma hakkı, karşı edimin yerine getirilmesi için baskı aracı teşkil eden bir uygulama olup, yalnızca dava edilebilir haklar baskı unsuru olmaya aracılık edebilir. Dolayısıyla zamanaşımı def’i ileri sürülerek çürütülebilecek haklar bakımından, işçinin iş görmekten kaçınabileceğini kabul etmek mümkün değildir³⁶⁷.

Zamanaşımı, zamanaşımına tabi bir alacağının bulunması durumunda, alacaklının belirli bir süreyle alacağını elde etme konusunda hareketsiz kalması

³⁶⁴ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 18.04.2005, 2004/24898 E., 2005/13563 K. www.calismatoplum.org, (E.T. 06.11.2018).

³⁶⁵ Yarg. HGK, 21.01.2004, 2004/9-14 E., 2004/2 K. www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018)

³⁶⁶ Gökteş, s. 83; Çil, Ücret, s. 693; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1286; Çopuroğlu, s. 212; Ayrıca bu görüşte bkz. Kirschner, s. 842; Haase, s. 30; Ayrıca bu yöndeki görüşler için bkz. Haase, s. 33, dn. 86’da belirtilen yazarlar; Bu görüş karşısında Soyer’e göre ise, zamanaşımına uğramış bir ücret alacağının kaçınma hakkını sağlayacağına ilişkin görüşe ihtiyatla yaklaşılmalıdır. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 663.

³⁶⁷ Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, C.H.Beck, München 1987, s. 213; Ayrıca bu yönde bkz. Haase, s. 31, dn. 78’de belirtilen yazarlar.

nedeniyle, borçlunun ifadan kaçınma olanağına sahip olması sonucunu doğuran bir def’idir³⁶⁸. Bir alacağın zamanaşımına uğramasının temel sonucu, belirli bir süre takip edilmeyen alacağın ifası talep edildiğinde, borçluya ifadan kaçınma konusunda bir def’i hakkı vermesidir. Bu açıdan zamanaşımı alacağı sona erdirmeyip, alacağın yalnızca talep ve dava edilebilme olanağını ortadan kaldırmaktadır³⁶⁹. Zamanaşımı bir def’i olduğundan, hâkimin bunu re’sen göz önüne alması mümkün değildir, borçlunun ileri sürmesi gerekir. Ancak zamanaşımına uğramış bir alacak talep edildiğinde, borçlu zamanaşımı def’ini ileri sürmek zorunda olmayıp, kendi takdirine bağlıdır. Burada borç sona ermediğinden, borçlunun def’i ileri sürmeyip, borcu ifa etmesi de mümkündür. Bu durum alacaklı açısından bir sebepsiz zenginleşme de teşkil etmez³⁷⁰.

Zamanaşımının def’i olarak kullanılmadıkça borcu sona erdirmeyip, yalnızca alacağın dava ve talep edilebilme olanağını ortadan kaldıran bir sebep olduğu ve borçlu tarafından zamanaşımına uğramış bir borcun ifasının mümkün olduğu göz önüne alındığında, işçinin zamanaşımına uğrayan ücret alacağının aynen ifasını talep ve dava edemeyeceği, bununla birlikte iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasına bir engel bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira işçinin iş görmekten kaçınma hakkının amacı, işçinin ücretinin ödenmesi hususunda işveren üzerinde bir baskı kurmak ve onun ifasını sağlamaktır. Zamanaşımına uğramış olsa da, işverenin ödenmeyen kısma ilişkin ücret ödeme borcu ortadan kalkmış değildir. İşverenin ücreti ödemesi mümkün olup, bu ödeme işçi açısından sebepsiz zenginleşme de yaratmaz. Ayrıca bu hakkın kullanılması açısından İş Kanunu’nda yalnızca işçinin ücretinin ödenmemesi koşulu aranmış, bunun talep ve dava edilebilir bir alacak olması şart koşulmamıştır. Bu açıdan kanaatimizce işçi zamanaşımına uğramış ücret alacakları bakımından da iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır.

³⁶⁸ Zamanaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 1307 vd.; Oğuzman ve Öz, s. 586 vd.; Kılıçoğlu, s. 872 vd.

³⁶⁹ Eren, s. 1307; Oğuzman ve Öz, s. 605; Kılıçoğlu, s. 872.

³⁷⁰ Oğuzman ve Öz, s. 605.

b. Ücretin Ödenmesinde Yirmi Gün Gecikilmiş Olması

Ücretinin ödenmemesi nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabilmesi için, Kanunda yalnızca işçinin ücretinin ödenmemesi yeterli görülmemiş, hakkın kullanılabilmesi için bir bekleme süresi öngörülmüştür. Nitekim İş Kanunu'nun 34. maddesinde, ücreti yirmi gün süreyle ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu düzenlenerek, işçinin derhal değil, ancak yirmi günlük sürenin sonunda bu hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir.

Kanunda öngörülen bu süre, dürüstlük kuralı ve son çare ilkesi dolayısıyla ve işçinin kısa süreli gecikmelerde derhal iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak işyerinde olumsuzluklara sebep olmasının önüne geçilmesi amacıyla kabul edilmiştir³⁷¹. Nitekim bu şekilde süre getirilmesinin amacı, İş Kanunu'nun 34. maddesinin gerekçesinde de,

“iyi niyetli işverenin, sürekli bir ilişkisi içinde geçici olarak ödeme zorluğu içinde olabileceği düşünülerek getirilmiş ve işçilerin en kısa bir gecikmede hemen işi bırakmaları olasılığı ve bu yoldan ortaya çıkabilecek olumsuzluklar önlenmeye çalışılmıştır. Bu süre geçtikten sonra işçinin çalışmaya zorlanmasının ise Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına aykırılık oluşturacağı düşünülmüştür.”

şeklinde açıklanmıştır.

Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'na ilişkin olarak Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan ilk taslakta, bu sürenin “on gün” olarak belirlendiği, ancak daha sonra kanunlaşma safhasında TBMM tarafından yirmi gün olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu durum öğretide isabetli olarak söz konusu sürenin hakkın kötüye kullanılmasına imkân verecek şekilde uzun olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁷².

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğup doğmadığını tespit etmek açısından, yirmi günlük sürenin nasıl hesaplanacağı önem taşır. Bu süre, taraflarca belirlenen ve ücret alacağının muaccel olacağı tarihten itibaren ve ödeme gününü takip eden günden başlayarak hesaplanmalıdır³⁷³. Kanunun 34. maddesinde, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ödenmeyen işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan işçinin söz konusu

³⁷¹ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 661-662.

³⁷² Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 620; Eyrenci ve diğerleri, s. 160-161; Aktay ve diğerleri, s. 109; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 398; Güzel, s. 128; Senyen-Kaplan, s. 173; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1278; Bozkurt, s. 62-63; Karacan, s. 4.

³⁷³ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 663; Akyiğit, Şerh, s. 1567; Göktaş, s. 84.

hakkının doğması için beklemesi gereken yirmi günlük süre, iş günü değil takvim günü olarak değerlendirilmelidir³⁷⁴.

Yirmi günlük sürenin belirlenmesi bakımından özel bir düzenleme getirilmediğinden, genel Borçlar Hukuku prensiplerine göre bir hesaplama yapılması gerekir. Burada iş günü değil, takvim günü esas alınacağından, yirmi günlük sürenin içerisinde yer alan tatil günlerinde de bu süre işlemeye devam eder. Bununla birlikte sürenin son gününün bir tatil gününe denk gelmesi durumunda sürenin uzayıp uzamayacağı tartışılabilirse de, işçinin ücretinin genellikle banka aracılığıyla ödendiği göz önünde bulundurulduğunda, bu durum ücret ödemesinin yapılmasına engel oluşturmadiğından, sürenin işleminde etkili olmayacağı kanaatindeyiz³⁷⁵. Ücret ödemelerinin banka aracılığıyla değil, elden yapıldığı işyerlerinde ise, Bozkurt'un da belirttiği üzere, yirmi günlük sürenin son gününün tatil gününe denk gelmesi durumunda, bir sonraki iş günü içerisinde ödeme yapılmadığı takdirde bu hakkın kullanılması daha isabetli olacaktır³⁷⁶.

İşçilerin yirmi günlük bekleme süresinin dolmasından önce iş görmekten kaçınma hakkından yararlanmaları mümkün olmamakla birlikte, bu sürenin sonunda hakkı derhal kullanmaları zorunlu değildir. Yirmi günlük sürenin aşılmasından sonra, ücretin ödenmemesi durumu devam ettiği sürece, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması mümkündür³⁷⁷.

İş görmekten kaçınma hakkının doğumu açısından öngörülen bekleme süresi Kanunda yirmi gün olarak belirlenmiş olmakla birlikte, bu sürenin taraflarca artırma ya da azaltma şeklinde değiştirilip değiştirilemeyeceği tartışılmaktadır. Öğretide genellikle söz konusu düzenlemenin emredici olmadığı, bu sürenin tarafların anlaşması neticesinde işçi lehine kısaltılabileceği, ancak artırılamayacağı kabul edilmektedir³⁷⁸. Bozkurt'a göre ise, sürenin artırılması veya azaltılmasının tespiti

³⁷⁴ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 690; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 180; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 619; Akyiğit, Şerh, s. 1567; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 19; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 663; Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 45; Göktaş, s. 86; Bozkurt, s. 60; Değer, s. 76.

³⁷⁵ Bu yönde bkz. Akyiğit, Şerh, s. 1568; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 20; Göktaş, s. 86; Bozkurt, s. 60-61.

³⁷⁶ Bozkurt, s. 61.

³⁷⁷ Süzek, s. 384; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 211; Narmanlıoğlu, s. 310; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 663; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 83; Göktaş, s. 85; Günay, 30. Yıl Armağanı, s. 471; Topuz, s. 468; Değer, s. 77.

³⁷⁸ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 661; Göktaş, s. 86; Benzer şekilde Akyiğit de, sürenin arttırılıp arttırılamayacağını tartışılabileceğini, fakat azaltılmasının tartışmasız mümkün olduğunu kabul

bakımından hükmün niteliğinin ve amacının belirlenmesi önem taşır. Hükmü nispi emredici olarak niteleyecek olursak, sürenin işçi lehine azaltılması mümkün olabileceken, artırılması mümkün olmayacaktır. Mutlak emredici bir hüküm olarak nitelendirildiğinde ise, sürenin ne artırılması ne de azaltılması söz konusu olacaktır. Yazara göre kanun koyucu tarafından getirilen yirmi günlük gecikme şartı ile amaçlanan, yalnızca işçi tarafını korumak olmayıp hassas dengenin de sağlanmasıdır. Bu nedenle hükmün nispi emredici olduğu kabul edilerek sürenin kısaltılabileceğini söylemek de doğru olmaz. Sürenin artırılması ise, zaten uzun olan bu süreyi işçi tarafı açısından daha da çekilmez hale getirecek ve ücretsiz olarak çalışmak zorunda kalan işçi açısından angarya niteliğini taşıyacaktır. Bu sebeple, yazara göre hüküm mutlak emredici olarak değerlendirilmeli ve sürenin taraflarca değiştirilmesi mümkün görülmemelidir³⁷⁹.

Kanaatimizce burada 34. maddede yirmi günlük bekleme süresinin getirilmesiyle birlikte hem işçinin hem de işverenin korunması amaçlanmakla beraber, taraflarca anlaşarak bu sürenin değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Ancak işçinin korunması amacıyla, değişiklik yapılarak kararlaştırılan bu sürenin işçinin yirmi günden uzun süreyle ücretinden yoksun kalmasına hizmet etmemesi açısından, yirmi günden uzun olarak belirlenemeyeceği, ancak daha kısa bir sürenin taraflarca kararlaştırılabileceği görüşündeyiz.

Tartışılması gereken diğer bir konu ise, kanuni düzenleme karşısında, işçinin her durumda bu süreyi beklemesinin zorunlu olup olmadığı hususudur. Narmanlıoğlu'na göre, bekleme süresini öngören hükmün amacı, iyiniyetli işvereni korumaya yönelik olduğundan, işverenin ücreti ödemeyeceğini kesinlikle ortaya koyması durumunda işçinin beklemesi gerekmez. Aynı şekilde bekleme süresini kötüye kullanan işverene karşı da bu sürenin geçmesine ihtiyaç olmadan işçinin iş görmekten kaçınması mümkündür³⁸⁰.

Aynı yönde Eyrenci, Taşkent, Ulucan'a göre de,

“İşverenin kasten ödeme yapmaktan kaçındığının veya ileriye doğru böyle bir ödemeyi hiç yapmayacağını anlaşıldığı durumlarda işçinin iş görmeyi sürdürmesi beklenemez. Bu gibi durumlarda işverenin, işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi ve yasal tazminatlarını ödemesi gerekir. Getirilen

etmektedir. Akyiğit, Şerh, s. 1568; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 20; Ayrıca bu görüşte bkz. Dulay Yangın, s. 214.

³⁷⁹ Bozkurt, s. 61.

³⁸⁰ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 620.

düzenlemenin amacı da budur. Aksi halde hiç ücret alamayacak işçiyi çalışmaya zorlamak işçiler için bir angarya niteliği kazanır. Böyle bir durumda işçilerin ayrıca İş K. m. 24/II-e hükmüne göre ücretleri yasa hükümlerine veya sözleşme koşullarına uygun olarak hesap edilmediği veya ödenmediği için iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme olanağı vardır.”³⁸¹.

Soyer’e göre de, ücretin işverence her seferinde yirmi gün geç ödendiği ya da işverenin ücreti ödemeyeceğinin kesin olarak belli olduğu hallerde, işverenin, geçici olarak ödeme zorluğuna düşen iyiniyetli işverenlerin korunması amacıyla getirilen bu süreden yararlandırılmasının anlamı yoktur. Böyle durumlarda işçi tarafından yirmi günlük sürenin geçmesi beklenmeksizin iş görmekten kaçınma hakkı kullanılabilir. Ancak ücretin ödenmeyeceğinin kesin olarak belirlenebilir olduğunu ispat yükü işçide olacaktır³⁸².

Sur da işçi açısından yirmi günlük bu süreyi bekleme zorunluluğunun işveren tarafından kötüye kullanılabileceği, böylece işverence her ay işçinin ücretinin geç ödenmesi yolunun açılmış olacağı, bunun ise işçi açısından kabul edilemeyeceği, işçinin kısa bir bekleme süresinden sonra iş görme borcunu ifadan kaçınabileceği görüşündedir. Bununla birlikte yazara göre, dürüstlük kuralının ve işçinin sadakat borcunun gerektirdiği bazı durumlarda, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesine rağmen, işçinin ücret almaksızın iş görme edimini ifa etmesi de kendisinden beklenebilir. Bu bakımdan esasen Kanunda getirilen “yirmi gün”lük sınırlama, her ne kadar hukuki güvenlik sağlasa da, her zaman somut koşullara uymayabilir³⁸³.

Öğretide aksi görüş de ileri sürülmektedir. Nitekim Göktaş’a göre, İş Kanunu’nun 34. maddesinde işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğumu bakımından, ücretin ödenmemesinin mücbir sebep dışında bir nedenden kaynaklanması gerektiği belirtilmiş, bu sebeplerin kasta dayanıp dayanmayacağı konusunda bir ayırım yapılmamıştır. İşçinin yirmi günlük süreyi beklemeden iş görmekten kaçınması durumunda, işçi bu davranışını doğuran nedenleri ispatla yükümlü olacaktır. İşverenin kasten ödeme yapmaktan kaçındığının veya ileriye yönelik olarak ödeme yapmayacağının hem işçi tarafından önceden tespiti hem de ispatı zordur. İşçi ispat yükümlülüğünü yerine getiremediğinde, eyleminin kanun dışı

³⁸¹ Eyrenci ve diğerleri, s. 161; Ayrıca bu yönde bkz. Tuncay, Ücretin Ödenmemesi, s. 653; Günay, 30. Yıl Armağanı, s. 472; Bozkurt, s. 62.

³⁸² Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 662-663.

³⁸³ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 398-400.

grev olarak nitelendirilmesi riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Dolayısıyla yazara göre işçinin yirmi günlük süreyi beklemesi yararlı olacaktır³⁸⁴.

Kanunda öngörülen yirmi günlük sürenin yalnızca işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkına başvurabilmesi için beklemesi gereken bir süre, yani hakkın kullanılması açısından bir ön koşul mu olduğu, yoksa bunun yanı sıra işveren açısından ücretin ödenmesini yirmi gün süreyle erteleme olanağı mı sağladığı hususu öğretide tartışmalıdır. Ücretin ödenmesi açısından bir erteleme olanağı sağladığı kabul edildiği takdirde, işçinin ücretine ilişkin faizin ancak yirmi günlük sürenin dolmasından sonra talep edebileceği sonucuna varılacağından, bu sorunun tespiti önem taşımaktadır.

Bir görüşe göre, yirmi günlük süre ücretin ödenmesi bakımından bir erteleme süresi olarak nitelendirilmeli ve işçinin ücretine ilişkin faiz alacağı, ücretin ödeme gününden itibaren yirmi gün sonra muaccel olacağı kabul edilmelidir³⁸⁵. Buna karşılık bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise, ücretin gecikmesine bir mücbir sebep yol açmadığı takdirde, yirmi günlük sürenin yalnızca iş görmekten kaçınma hakkının ön koşulu olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu sayede işçi, ancak yirmi gün geçtikten sonra bu hakkını kullanabilecek, ancak bu hakkı kullansa da kullanmasa da ücretin ödenmesinde gecikilen ilk günden itibaren gecikme faizi talep edebilecektir³⁸⁶. Kanaatimizce de Kanunda yer verilen yirmi günlük bekleme süresinin, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması açısından bir ön koşul olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere geçici ödeme güçlüğüne düşen iyiniyetli işverenin korunması amacıyla getirilen söz

³⁸⁴ Göktaş, s. 84-85.

³⁸⁵ Bu görüşte bkz. Demir, İş Hukuku, s. 194-195; Yazarın görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fevzi Demir, “İş Hukukunda Ödenmeyen Ücret Faizinin Başlangıcı ve Faiz Oranları”, **Legal Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, Sayı: 1, 2006, s. 80.

³⁸⁶ Bu görüşte bkz. Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s. 39; Süzek, s. 382; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 210; Narmanlıoğlu, s. 312; Akyiğit, Şerh, s. 1568; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 20; Göktaş, s. 75, 87; Bozkurt, s. 33, 63; Yargıtay genel itibarıyla kararlarında, ücretin ödenmemesi durumunda işverence ödenecek faizin temerrüt tarihinden itibaren başlayacağına hükmetmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. HGK, 04.11.1987, 1987/9-427 E., 1987/819 K.; 9. HD, 21.03.1989, 1988/12867 E., 1989/2624 K.; 9. HD, 07.07.1997, 1997/10790 E., 1997/13860 K.; 9. HD, 18.01.2001, 2000/15770 E., 2001/395 K.; Yine Yargıtay’ın daha yeni tarihli kararlarında da benzer karara vardığı görülmektedir. Bu hususta bkz. Yarg. 9. HD, 27.10.2004, 2004/8507 E., 2004/24281 K.; 9. HD, 21.04.2008, 2007/16243 E., 2008/9366 K.; 9. HD, 03.06.2008, 2007/21695 E., 2008/14217 K.; 9. HD, 05.01.2010, 2009/20216 E., 2010/1107 K.; 9. HD, 28.03.2018, 2016/20906 E., 2018/6870 K., www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018).

konusu düzenlemenin, işverenlere ücret ödeme konusunda bir erteleme hakkı vermesinin hükmün amacıyla bağdaşamayacağı kanaatindeyiz.

Yirmi günlük süre dolmadan ya da bu sürenin sonunda işçinin ücretinin ödenmiş olması durumunda ise, işçinin iş görmekten kaçınma hakkından bahsedilemez³⁸⁷. Aynı şekilde işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı esnada ücretinin ödenmesi durumunda da yine aynı sonuç doğar ve artık işçinin iş görmekten kaçınma hakkından yararlanması mümkün olmayacağından, hakkın kullanımına son vermesi gerekir. Zira iş görmekten kaçınma hakkının amacı, ücretini zamanında ödemeyen işverenin ücreti ödemesini sağlamak olduğundan, bu sonucun kabul edilmesi de doğaldır³⁸⁸. Ücretin ödenmesi ile iş görmekten kaçınma hakkı sona erdiğinden, iş görme edimini ifa etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence bu gerekçeyle haklı nedene feshi mümkündür.

c. Ücretin Ödenmemesinin Mücbir Sebep Dışında Bir Nedenen Kaynaklanması

İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkının diğer bir koşulu, işçinin ücretinin ödenmemesinin mücbir sebepten kaynaklanmamasıdır. Somut olayda mücbir sebebin varlığı nedeniyle işverenin ücret ödeme borcunu ifa edememesi durumunda, işçinin bu hakkını kullanması mümkün olmaz, aksine işçinin iş görme edimini ifa etmemesi haksız bir davranış niteliği taşır. Bu durumda ücretin mücbir sebep nedeniyle ödenemediğinin ispatı, borçlu konumundaki işverene ait olur³⁸⁹. Mücbir sebebin varlığı nedeniyle ücretin ödenemediğinin işçiye

³⁸⁷ Yirmi günlük süre dolmadan işçinin iş görmekten kaçınmayacağı yönünde bkz. Yarg. 9. HD, 27.11.2006, 2006/22919 E., 2006/31264 K.; Yarg. 22. HD, 18.04.2018, 2015/30660 E., 2018/8937 K., Anılan kararda, Mayıs ayı ücretinin iki gün, Haziran ayı ücretinin altı gün gecikmeli olarak ödendiği, Temmuz ayı ücretinin ise Ağustos ayı sonunda ödenmesi gerekirken, 03.08.2012 işçini iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak işi bıraktığı olayda, Yüksek Mahkeme bu tarihte ücret alacağının henüz muaccel hale gelmediğini, davacının eylem tarihi olan 03.08.2012 tarihi itibarıyla ücret ödemeleri düzensiz olmadığı gibi ücretin ödenmesi gereken tarihten itibaren 20 gün içinde ödenmemesi halinde işçinin iş görme ediminden kaçınma hakkının bulunduğunu ifade etmiş ve somut uyuşmazlıkta ücretteki gecikmenin yirmi günün altında olması nedeniyle işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkının bulunmadığına hükmetmiştir. www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018)

³⁸⁸ Bu yönde bkz. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 663.

³⁸⁹ Abdullah Polat Gözübüyük, **Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1977, s. 97; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 618.

bildirilmesine rağmen, işçinin iş görme edimini ifa etmemesi durumunda ise, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi söz konusu olabilecektir.

Öğretide söz konusu hükümde yer alan “mücbir sebep” ibaresinin, zorlayıcı sebep olarak anlaşılması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Nitekim bu hususta Akyiğit’e göre, burada yer verilen mücbir sebep ifadesinin zorlayıcı neden (İş K. m. 24/III, 25/III) olarak algılanması gerekir ve ilgili hükümde mücbir sebep deyiminin kullanılması, anlam açısından bir farklılık yaratmaz. Mücbir sebep tabiri aynı olgunun eski kelimelerde, zorlayıcı neden ibaresinin ise daha yeni kelimelerle ifade edilmesinden başka bir şey değildir³⁹⁰. Benzer yönde Alpagut ile Bozkurt da, burada zorlayıcı sebep ile mücbir sebebe dayanarak ücretin ödenememesi bakımından herhangi bir fark bulunmadığını ifade etmektedirler³⁹¹. Buna karşılık aksi görüşte Tuncay’a göre ise, mücbir sebebi İş Kanunu’nda “zorlayıcı neden” olarak ifade edilen ve geçici imkânsızlık doğuran durumla karıştırmamak gerekir³⁹². 4857 sayılı İş Kanunu’nda “zorlayıcı neden” kavramı belirli hükümlerde kullanılmıştır. 34. maddede ise mücbir sebep teriminin kullanılması kavram karışıklığına yol açmaktadır. Genel olarak zorlayıcı neden, işin ifasını imkânsız hale getiren ve işçiye ifadan alıkoyan sebeplerdir³⁹³. Kanaatimizce burada mücbir sebep ya da zorlayıcı neden ifadesinin tercih edilmesi, sonucu bakımından herhangi bir fark yaratmamaktadır. Burada önemli olan söz konusu nedenlerin sınırının çizilebilmesi, yani hangi hallerde işverenin ücreti ödememesinin meşru görülebileceğinin belirlenmesidir.

Mücbir sebep, genel olarak işvereni borcun ifasından kesin olarak alıkoyan, dıştan gelen, kaçınılmaz ve öngörülemez bir neden olarak tanımlanır³⁹⁴. Doğal afetler, yangın ve benzeri durumlar ya da idari bir işlem sonucu işyerinin kapatılması mücbir sebeplere örnek olarak gösterilebilir³⁹⁵. Böyle bir durumun ortaya çıkması ve işverenin işyeri ya da işletmesi dışında ortaya çıkan ve alması gereken tüm önlemleri

³⁹⁰ Akyiğit, Şerh, s. 1569; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21.

³⁹¹ Alpagut, Ücret, s. 57; Bozkurt, s. 64.

³⁹² Tuncay, Ücretin Ödenmemesi, s. 652.

³⁹³ Süzek, s. 692.

³⁹⁴ Gözübüyük, s. 24; Tuncay, Ücretin Ödenmemesi, s. 652; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 618; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 664; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 400; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21; Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler”, **Yeni İş Yasası Seminer Notları**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme, 2003, (Ücret), s. 154; Eyrenci, s. 39; Mücbir sebep kavramına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, s. 24 vd.

³⁹⁵ Gözübüyük, s. 26-27.

almasına rağmen önlenmesi ya da karşı konulması mümkün olmayan bir nedenle ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesi durumunda, işçinin iş görmekten kaçınması haklı sayılamaz. Bu halde iş görmekten kaçınma hakkı mücbir sebebin ortadan kalkmasına kadar kullanılamayacaktır³⁹⁶.

Burada hangi sebeplerin mücbir sebep olarak değerlendirileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Deprem, yangın, su baskını gibi doğal afetlerin mücbir sebep oluşturduğunda kuşku bulunmaz. Sorunun çözümü ekonomik sebepler söz konusu olduğunda güçleşmektedir. Öğretide genellikle işverenin işletme rizikosu içerisinde yer alan ekonomik güçlüklerin ortaya çıkması olarak addedilen stok fazlalığı, işlerin azalması, satışların durması gibi nedenlerin mücbir sebep sayılmadığı kabul edilmektedir³⁹⁷. Buna karşılık Şahlanan ise, işverenin yapılan bir işin bedelini iş yaptığı kişi veya kurumlardan alamaması, beklenen önemli bir havalenin gelmemesi gibi işverenin kusuruna dayanmayan hallerin de 34. madde anlamında mücbir sebep olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁹⁸. Aynı şekilde Çil de, işverenin yapmış olduğu işin karşılığını alamamış olması, işverenin banka hesaplarında bulunan paraların bloke edilmesi, beklenen önemli bir havalenin gelmemesi gibi ekonomik nedenleri mücbir sebep kapsamında değerlendirmekte ve bu gibi işverenin kusuru bulunmayan haller bakımından işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak işi bırakmasını sadakat borcunun ihlali olarak görmektedir. Bununla birlikte yazara göre ekonomik kriz gibi anlık olmayıp zamana yayılan ekonomik güçlükler ise mücbir sebep sayılmamalıdır, zira bu hallerde işveren gerekli tedbirleri almak ve işçilerin ücretlerini ödemekle yükümlüdür³⁹⁹.

Kanaatimizce ekonomik güçlüklerle dayanarak işverenin işçilerin ücretini ödemekten kaçınması düşünülemez. Zira işverenin karşılaşılabileceği bu tür ekonomik güçlükler, öngörülebilir olup bu açıdan mücbir sebepten ayrılmaktadır. Aksi halde işverenin işletme rizikosu kapsamında üstlenmesi gereken risklerin işçilere

³⁹⁶ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 618.

³⁹⁷ Tuncay, Ücretin Ödenmemesi, s. 652-653; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 618; Süzek, s. 384; Soyer'e göre, bu halde işverenin riziko alanına giren sebebin faaliyetin durmasına neden olması halinde, bu durum işverenin işi kabulde temerrüdü sonucuna yol açar. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 664; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 664; Uçum, s. 61; Gökteş, s. 93; Çopuroğlu, s. 216.

³⁹⁸ Şahlanan, Ücretin Gününde Ödenmemesi, s. 3.

³⁹⁹ Çil, Ücret, s. 685; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1278.

yüklenmesi sonucu doğmuş olacaktır⁴⁰⁰. Dolayısıyla bu tür nedenlerle işverenin işçinin ücretini ödeyememesi, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasına engel olmaz. İşverenin bu durumun ortaya çıkmasında bir kusurunun bulunup bulunmadığı da kanaatimizce önem taşımaz. Benzer sonuç öğretide genel ekonomik kriz bakımından da ifade edilmektedir. Zira ülke çapında etkili olan genel ekonomik kriz durumu da yine işveren tarafından öngörülebilir, işletmesel riskler içerisinde değerlendirilmeli ve bu nedenle mücbir sebep olarak kabul edilmemelidir⁴⁰¹.

d. İş Görmekten Kaçınmanın İşçinin Kişisel Kararına Dayanması

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için Kanunda aranan son koşul, işçinin bu davranışının kişisel kararına dayanmasıdır. Bu unsur, İş Kanunu'nun 34. maddesinin 2. cümlesinden çıkarılmaktadır. Nitekim bu hükümde işçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi, iş görmekten kaçınmanın grev olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla işçinin meşru şekilde bu hakka sahip olması ve işi bırakmanın grev sayılmaması için, kaçınmanın işçinin kişisel kararına dayanması gerektiği bir koşul olarak ortaya çıkmıştır. Çalışmamızın Birinci Bölümünde işçinin iş görmekten kaçınma hakkının gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönem, gerekse yürürlükteki Kanun çerçevesinde grevle ilişkisi ve mevcut yasa çerçevesinde bu hakkın toplu olarak kullanımına

⁴⁰⁰ Nikisch, s. 375; Haase, s. 22; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 618; Süzek, s. 384; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 211; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 664; Bu hususta Şahlanan'a göre, "Ücret ödeyememeye ilişkin ekonomik krizin anlık olmayan ve zamana yayılan fiili durumlar şeklinde anlaşılması, maddenin amacına ve işçi işveren ilişkilerindeki karşılıklı iyi niyet esasına daha uygun düşer." Şahlanan, Ücretin Gününde Ödenmemesi, s. 3; Eyrenci, s. 39.

⁴⁰¹ Joch, s. 39-40; Süzek, s. 384; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 618; Soyer, s. 187; Eyrenci, Ücret, s. 154; Eyrenci, s. 39; Aktay ve diğerleri, s. 109; Senyen-Kaplan, s. 174; Akyiğit, Şerh, s. 1569; Çil, Ücret, s. 685; Gökteş, s. 94-95; Bozkurt, s. 67; Çopuroğlu, s. 217; Buna karşılık Uçum'a göre, genel ekonomik krizin beklenilmeyen ve öngörülemeyen nitelikte olması durumunda, istisnai olarak mücbir neden sayılıp sayılamayacağı somut olayda tartışılabilir. Uçum, s. 62; Engin'e göre, genel ekonomik kriz dıştan gelen ve işletmeyi kaçınılmaz şekilde etkileyen bir olgudur. Bu bakımdan genel ekonomik krizin bir zorlayıcı neden olduğu kabul edilmelidir. Engin, s. 39-40, 105; Yargıtay da bazı kararlarında ekonomik kriz nedeniyle işin durmasına bağlı olarak işçilerin ücretsiz izne çıkarılmasını zorlayıcı neden olarak kabul etmiştir. Bu hususta bkz. Yarg. 9. HD, 24.01.1996, 1995/24809 E., 1996/685 K. www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018).

ilişkin açıklamalarda bulunulduğundan, bu kısımda yalnızca konuya ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinmekteyiz⁴⁰².

4. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kullanılması

a. İş Görmekten Kaçınma Hakkından Yararlanabilecek İşçiler

(1) İşverene Bağımlı Olarak İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçiler

Taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen iş sözleşmesinde, sözleşmenin tarafı olan işveren, işçinin iş görme borcunun karşılığını oluşturan ücretin ödenmesini sağlamakla yükümlüdür. Ücret ister bizzat işverence ister üçüncü kişilerce ödensin, işveren ücretin ödenmemesinden doğrudan sorumlu olur. Ücretin ödenmemesi durumunda, iş sözleşmesinin tarafı bulunan ve işverene bağımlı olarak çalışan işçi, öngörülen yaptırımlara başvurabilir; bu çerçevede İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca, Kanunda sayılan diğer koşulların da mevcut olması kaydıyla, iş görmekten kaçınma hakkına sahip olabilir. Bu açıdan 34. maddede yer verilen bu haktan yararlanabilecek işçiler belirlenirken, ilk önce iş sözleşmesiyle işverene bağımlı olarak çalışan, iş görme yükümlülüğü altında bulunan işçiler akla gelmektedir.

Burada iş görmekten kaçınma hakkından söz edilebilmesi için önemli olan husus, işçinin iş görme edimini ifa ile yükümlü olmasıdır. Özellikle iş ilişkisi devam etmekle birlikte işyerinde izin, hastalık ve benzeri nedenlerle iş görme edimini yerine getiremeyen işçiler, bu hükmün kapsamı dışında kalır. Zira iş görme yükümlülüğü bulunmayan işçilerin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması da söz konusu olmaz⁴⁰³.

İkinci olarak işyerinde iş görme borcu mevcut bulunan işçilerin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması için, ücretlerinin Kanunda belirtildiği üzere yirmi gün süreyle ödenmemiş olması gerekir. Bu açıdan işyerinde ücreti ödenmeyen işçilerin bu hakkı kullanması durumunda, ücreti ödenen diğer işçilerin bu eyleme katılması ve

⁴⁰² Bkz. Birinci Bölüm, III, C, 3.

⁴⁰³ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 621; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21.

bu haktan yararlanması söz konusu olamaz, aksi halde yasada öngörülen sınır aşılmış olacak ve işçilerin bu davranışı kanuna aykırı olacaktır⁴⁰⁴.

Ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlendiğinden, öncelikle bu haktan İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler kuşkusuz yararlanır. Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçilerin bu hakka sahip olup olmadığı sorunu açısından ise, çalışmamızın birinci bölümünde iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli açıklanırken de tartışıldığı üzere, bu hak Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinde yer alan ödemezlik def'i ile 408. maddesinde düzenlenen işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde kabul edilmektedir. Hakkın hukuki niteliğinin genel Borçlar Hukuku ilkelerine ve hükümlerine dayandığı göz önüne alındığında, İş Kanunu kapsamında yer almayan işçilerin de ücretlerinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacağı kanaatindeyiz. Bu hususta hakkın hukuki temelini Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ödemezlik def'ine dayandıran Soyer de, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçilerle, İş Kanunu dışında başka özel kanunlara tabi olanların Borçlar Kanunu'nun ödemezlik def'ine ilişkin hükmü uyarınca iş görmekten kaçınmalarının mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bu kişilerin ücretlerinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınmaları, tabi oldukları yasalarda bu hususta herhangi bir hüküm bulunmasa da grev olarak nitelendirilmemelidir⁴⁰⁵. Kanaatimizce aynı sonuç hakkın hukuki dayanağının işverenin alacaklı temerrüdü olarak nitelendirilmesi durumunda da benimsenmelidir.

(2) İşyerinde Çalışan Diğer İşçilerin Durumu

(i) Alt İşveren İşçileri

Alt işverenlik, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında,

“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren

⁴⁰⁴ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 621-622; Çil, Ücret, s. 687; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1279.

⁴⁰⁵ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 658.

ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”

şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için bazı koşulların arandığı görülmektedir. Bu koşullar genel olarak, asıl işverenin işyerinde kendi işçilerini çalıştırması, işin alt işveren işçileri tarafından asıl işverene ait işyerinde yapılması, işin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması, işçilerin sadece asıl işverenin işinde çalışıyor olması ve işin yardımcı iş niteliğinde olması ya da asıl iş niteliğindeyse de işin, alt işverene verilecek bölümünün işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır⁴⁰⁶.

Tanım uyarınca ilk olarak alt işverenlik ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi için birbirinden bağımsız ve işçi çalıştıran iki ayrı işverenin varlığı gerekir. Böylece alt işverene verilen işte çalıştırılan işçilerin işvereni yine alt işverendir, bu işçiler ile asıl işveren arasında herhangi bir iş sözleşmesi bulunmaz⁴⁰⁷. Ancak bu işçilerin ilişkinin konusu olan işleri asıl işverenin işyerinde yerine getirmeleri gerekir⁴⁰⁸. Yani alt işveren işçileri, iş sözleşmesi ile bağlı oldukları işveren farklı olsa da iş görme edimini asıl işverenin işyerinde ifa ederler. Bu nedenle

⁴⁰⁶ Alt işverenlik ilişkisi ve unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Münir Ekonomi, “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı**, Mart 2008, (Alt İşveren), s. 21 vd.; Süzek, s. 162-193; Sarper Süzek, “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 25, 2010, (Alt İşveren), s. 11-29; Nuri Çelik, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları”, **Prof. Dr. Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara, 1993, (Alt İşveren), s. 163-178; Çelik ve diğerleri, s. 97-132; Narmanlıoğlu, s. 115-135; Ali Güzel, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2004, (Alt İşveren), s. 38 vd.; Fevzi Şahlanan, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, **İHD**, Temmuz-Eylül 1992, (Alt İşveren), s. 325-335; Polat Soyer, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Mart 2006, (Alt İşveren), s. 16 vd.; Demir, İş Hukuku, s. 42-65; Savaş Taşkent, “Alt İşveren”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 2, 2004, (Alt İşveren), s. 363-367; Ercan Akyiğit, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, (Alt İşverenlik), s. 31 vd.; Talat Canbolat, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda “Alt İşveren” Kavramı”, **İHD**, Temmuz-Eylül 1992, s. 211-229; Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 3, Eylül 2006, s. 54 vd.; İbrahim Aydın, **Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**, 4. Baskı, Ankara, 2015, (Muvazaa), s. 167 vd.; Hande Bahar Aykaç, **İş Hukukunda Alt İşveren**, İstanbul, 2011, s. 31 vd.

⁴⁰⁷ Süzek, s. 162; Soyer, Alt İşveren, s. 17; Narmanlıoğlu, s. 119; Güzel, Alt İşveren, s. 52; Şahlanan, Alt İşveren, s. 326; Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 70; Canbolat, s. 219; Aykaç, s. 64.

⁴⁰⁸ Ekonomi, Alt İşveren, s. 33; Süzek, s. 165; Süzek, Alt İşveren, s. 15; Soyer, Alt İşveren, s. 21; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 220; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 43; Güzel, Alt İşveren, s. 40; Çelik ve diğerleri, s. 105; Çelik, Alt İşveren, s. 164; Eyrenci ve diğerleri, s. 34; Şahlanan, Alt İşveren, s. 327; Canbolat, s. 222; Demir, İş Hukuku, s. 50; Çankaya ve Çil, s. 57; Aydın, Muvazaa, s. 210; Aykaç, s. 75.

ilişkinin başlamasıyla birlikte tarafların birbirlerinin hukuki menfaat alanına müdahale etme ve bu değerlere zarar verme riski doğar. Böylece asıl işverenin de alt işveren işçileri karşısında bazı hak ve yükümlülükleri ile bu işçiler bakımından sorumluluğu bulunması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Nitekim İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca alt işverenin işçilerinin ücretini ödememesi durumunda, asıl işveren de alt işverenle müteselsilen bu ücret borcundan sorumlu olacak, işçi dilerse alt işverene başvurmadan doğrudan asıl işverenden ücret alacağını talep edebilecektir⁴⁰⁹. İşçi, kanunda yer verilen koşulların varlığı halinde ücretinin ödenmemesine dayanarak iş görmekten kaçınma hakkını da kullanabilecektir⁴¹⁰. Alt işverene tabi olarak çalışan işçi, bu hakkını kendi işverenine karşı kullanacak, ancak iş görme edimini asıl işverenin işyerinde ifa ettiğinden hem alt işveren hem asıl işveren bu iş görme ediminin ifa edilmemesinden etkilenecektir⁴¹¹.

İş Kanunu'nda alt işverenlik ilişkisinin bazı durumlarda muvazaalı sayılacağı ve bunun yaptırımını düzenlenmiştir. Buna göre, 2. maddenin 7. fıkrasında, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işverenlik ilişkisinin kurulamayacağı düzenlenmiştir. Aksi halde genel olarak ilişkinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilecek ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir. Ayrıca yine aynı hükmün son cümlesinde de, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere

⁴⁰⁹ Süzek, s. 171; Süzek, Alt İşveren, s. 26; Soyer, Alt İşveren, s. 23; Narmanhoğlu, s. 131; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 224-225; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 45; Çelik ve diğerleri, s. 117; Çelik, Alt İşveren, s. 168-169; Eyrenci ve diğerleri, s. 39; Taşkent, Alt İşveren, s. 366; Çankaya ve Çil, s. 65-66; Aydın, Muvazaa, s. 219; Aykaç, s. 284-285.

⁴¹⁰ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 662; Bozkurt, s. 72-73; Dulay, Ücretin Ödenmemesi, s. 112.

⁴¹¹ Bozkurt, s. 73.

verilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu son muvazaalı durum da yine aynı yaptırıma tabi olacaktır⁴¹².

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaa sebebiyle geçersiz sayıldığı hallerde, işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacağından, işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda aynı şekilde iş görmekten kaçınma hakkını kullanması mümkün olacaktır⁴¹³.

(ii) Geçici İşçiler

Geçici iş ilişkisi, 20.06.2016 tarih ve 29717 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe giren 6715 sayılı İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla değişikliğe uğrayan İş Kanunu'nun 7. maddesinde, *“Geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir.”* şeklinde düzenlenmiş ve ilgili madde ile bu ilişkinin hangi hallerde kurulabileceğine ilişkin ayrıntılı bir hüküm getirilmiştir. Ayrıca İş Kanunu'nun değişik 7. maddesine uygun olarak 11 Ekim 2016 tarih ve 29854 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Geçici iş ilişkisi oldukça kapsamlı bir konu olduğundan, bu kısımda yalnızca çalışmamız çerçevesinde gerekli olduğu ölçüde açıklamalar yapılacaktır.

Söz konusu hüküm uyarınca geçici iş ilişkisi iki şekilde ortaya çıkabilir. İlki; özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ve meslek edinilmiş/mesleki amaçlı geçici/ödünç iş ilişkisi olarak adlandırılan hukuki ilişkidir⁴¹⁴. Bu tür geçici iş

⁴¹² Alt işverenlik ilişkisinde muvazaa hallerine ilişkin bilgi için bkz. Süzek, s. 174-182; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 226-236; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 45-48; Çelik ve diğerleri, s. 128-133; Aydın, Muvazaa, s. 273-399; Aykaç, s. 363-493.

⁴¹³ Bozkurt, s. 72.

⁴¹⁴ Meslek edinilmiş geçici/ödünç iş ilişkisi hakkında bilgi için bkz. Münir Ekonomi, “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, (Ödünç İş), s. 231-266; Süzek, s. 288-303; Ercan Akyiğit, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1995, (Ödünç İş), s. 41 vd.; Gülsevil Alpagut, “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 10, 2006, (Geçici İş), s. 570-584; Kübra Doğan Yenisey, “Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi”, **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, 2016, (Geçici İş), s. 133 vd.; Ali Güzel ve Hande Heper, “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum**

ilişkinin kurulması, İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca belirli işlerle sınırlandırılmıştır. Buna göre söz konusu ilişkinin,

“a) Bu Kanunun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde, b) Mevsimlik tarım işlerinde, c) Ev hizmetlerinde, d) İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, e) İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, f) İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde, g) Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde”

kurulması mümkündür. Kanunda getirilen bu sınırlamanın amacı, hükmün gerekçesinde, *“geçici iş ilişkisinin istismarının önlenmesi ve işgücü piyasasının işleyişinin bozulmamasını temin ederek işverenin geçici iş ilişkisini ancak işletmenin geçici ihtiyaçlarını karşılamak için kullanmasını güvence altına almak”* olarak belirtilmiş, böylelikle sürekli nitelikte olan işler için zorunlu haller dışında geçici çalışmanın kullanılmasının engellendiği ifade edilmiştir⁴¹⁵.

Kanuni ifadesiyle “özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi”, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverene geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak, bir işçisini geçici olarak bu işverene devretmesi ile kurulur (İş K. m. 7/II, Yön. m. 6/II). Bu açıdan söz konusu ilişkide temelde üç kişi bulunur. Çalışmamız çerçevesinde bu üçlü ilişkinin tarafları arasındaki hukuki ilişkinin çerçevesi ile tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, meslek edinilmiş (özel istihdam bürosu aracılığıyla) geçici iş ilişkisi, geçici işçi ile iş sözleşmesi, geçici işçi çalıştıran işveren

Dergisi, Sayı: 1, 2017, s. 11-54; Serkan Odaman, “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 36, 2016, (Yeni Düzenlemeler), s. 41 vd.; Erdem Özdemir, “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, (Geçici İş), s. 20 vd.; Orhan Ersun Civan, **Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku) Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, s. 7 vd.; Orhan Ersun Civan, “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, **AÜHFD**, Cilt: 66, Sayı: 2, 2017, (Ödünç İş), s. 311 vd.; Orhan Ersun Civan, “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Güncel Gelişmeler”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Beta Yayınevi, 2017, s. 103-123; Ş. Esra Başkan, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, Sayı: 2, 2017, s. 8 vd.

⁴¹⁵ İlgili hükmün gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkununlarno=194519&pkununnumarasi=6715> (E.T. 08.11.2018).

ile de geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak kurulur (İş K. m. 7/XI, Yön. m. 6/II). Özel istihdam bürosu burada aracılık faaliyetini mesleki, yani gelir getirici bir amaçla yapmakta ve geçici işçiyi devreden sıfatıyla büro, geçici işçiyi devralan işverenden bir hizmet bedeli almaktadır⁴¹⁶.

Bu tür geçici iş ilişkisinde işveren sıfatı özel istihdam bürosuna ait olur (İş K. m. 7/XI, Yön. m. 6/I)⁴¹⁷. İşçi devredildiğinde, büro ile geçici işçi arasındaki iş sözleşmesi devam eder⁴¹⁸. Geçici işçi ile işçiyi devralan işveren arasında ise bir iş sözleşmesi kurulmuş olmaz⁴¹⁹. Bununla birlikte işçi geçici işverene karşı iş görme edimini bizzat ve özenle ifa etmekle, işveren de iş görme edimini kabul etmekle yükümlü olur⁴²⁰. Ayrıca geçici işçi, iş görme edimini ifası esnasında geçici işçi çalıştıran işverenin işyeri düzenine o işyerinde çalışan diğer işçiler gibi dâhil olduğundan, geçici işçi çalıştıran işverene karşı sadakat borcu ile bu işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu altında bulunur. Geçici işçinin bu yükümlülüklerine karşılık geçici işçi çalıştıran işverenin de işin düzenlenmesi, yürütülmesi ve işçinin davranışları gibi hususlarda yönetim hakkı (m. 7/IX, a, Yön. m. 9/I, a), ayrıca işçiyi

⁴¹⁶ Preis, s. 68, Rz. 309; Bernd, Waas, in: Thüsing, Gregor, **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz-Kommentar**, 3. Auflage, C.H.Beck, 2012, §1, s. 102, Rn. 49a; Ekonomi, Ödünç İş, s. 249-250; Süzek, s. 298; Çelik ve diğerleri, s. 227-228; Akyiğit, Ödünç İş, s. 97; Hülya Akıntürk-Türkmen, "İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1999, s. 143-144; Civan, s. 586; Civan, Ödünç İş, s. 325; Baskan, s. 16.

⁴¹⁷ Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasında da "Özel istihdam bürosu işçisine ilişkin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı Kanundan doğan yükümlülükler, 4857 sayılı Kanunun 7. maddesi saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilir." denilerek özel istihdam bürosunun işveren sıfatını taşıdığı ve yükümlülüklerine sahip olduğu vurgulanmıştır (Aynı yönde Yön. m. 11/2). Doğan Yenisey, Geçici İş, s. 148; Civan, Ödünç İş, s. 316.

⁴¹⁸ Preis, s. 68, Rz. 308; Waas, in: Thüsing, §1, s. 101, Rn. 48b; Ekonomi, Ödünç İş, s. 238; Süzek, s. 296; Akyiğit, Ödünç İş, s. 88; Alpagut, Geçici İş, s. 573; Serkan Odaman, **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 24; Akıntürk-Türkmen, s. 139.

⁴¹⁹ Preis, s. 68, Rz. 309; Ekonomi, Ödünç İş, s. 238; Süzek, s. 299; Akyiğit, Ödünç İş, s. 121; Odaman, s. 24; Civan, Ödünç İş, s. 332; Baskan, s. 16-17; Akıntürk-Türkmen burada iş sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki bulunduğunu ifade etmektedir. Akıntürk-Türkmen, s. 144-145; Ayrıca bu husustaki görüşler için bkz. Akyiğit, Ödünç İş, s. 120-123.

⁴²⁰ Ekonomi, Ödünç İş, s. 238-239; Akyiğit, Ödünç İş, s. 100; Civan, Ödünç İş, s. 327, 363; İş Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan geçici işçinin, işyerine ve işe ilişkin olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan, geçici işçi çalıştıran işverene karşı sorumlu olduğuna ilişkin düzenleme de işçinin iş görme edimini geçici işçi çalıştıran işverene karşı ve özenle ifa etmesi gerektiğini vurgulamaktadır (m. 7/14). Süzek, s. 299; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 129; Civan, Ödünç İş, s. 363.

gözetme borcu ve eşit davranma yükümlülüğü (m. 7/X, Yön. 9/II) gibi yükümlülükleri söz konusu olur⁴²¹.

İşçinin iş görme ediminin alacaklısı her ne kadar geçici işçi çalıştıran işveren olsa da işçinin ücretini ödeme yükümlülüğü, geçici işçiyi çalıştıran işverene değil, işçinin asıl işvereni olan özel istihdam bürosuna aittir⁴²². Nitekim Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasının b ve c bentleri uyarınca işçinin ücretinin *“Geçici iş ilişkisi kurulan işçi sayısının yüzde onunun ücretinin, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi”* ile *“Bir yıl içinde en az bir işçinin ücretinin, en az üç defa sözleşme ile belirlenen ücretin altında ödenmesi veya süresinde ödenmemesi”*, özel istihdam bürosuna verilen meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma yetkisinin iptal edilmesi nedenleri arasında sayılmıştır. Söz konusu hüküm ücret ödeme yükümlüsünün bu ilişkide özel istihdam bürosu olduğuna işaret etmektedir⁴²³. Bununla birlikte ücretin işveren tarafından ödenmesi zorunlu olmayıp, üçüncü kişilerce de ödenmesi mümkün olduğundan, özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işveren arasında yapılan sözleşmede işçinin ücretinin geçici işçiyi çalıştıran işveren tarafından ödeneceğinin kararlaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır⁴²⁴.

Meslek edinilmiş/mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinden farklı olarak, Kanunda ücret ödeme borcu bakımından geçici işçi çalıştıran işverene işçinin ödenmeyen ücretlerinden büroyla birlikte bir sorumluluk getirilmemiştir. Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde işçiye böyle bir koruma getirilmişken, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi bakımından işçiye koruma sağlanmamış olması öğretide eleştirilmektedir⁴²⁵.

Bununla birlikte 7. maddede meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulabileceği haller arasından yalnızca *“İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen*

⁴²¹ Süzek, s. 299; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 127-128; Çelik ve diğerleri, s. 238; Akyiğit, Ödünç İş, s. 130-158; Güzel ve Heper, s. 45-46; Odaman, Yeni Düzenlemeler, s. 51-53; Civan, s. 590-610; Civan, Ödünç İş, s. 333, 363; Baskan, s. 26-34.

⁴²² Süzek, s. 297; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 128; Akyiğit, Ödünç İş, s. 142; Waas, in: Thüsing, §1, s. 101, Rn. 48b; Dehmel, s. 269, 272; Güzel ve Heper, s. 46; Civan, Ödünç İş, s. 366; Baskan, s. 26.

⁴²³ Civan, Ödünç İş, s. 365.

⁴²⁴ Akyiğit, Ödünç İş, s. 143; Odaman, Yeni Düzenlemeler, s. 53.

⁴²⁵ Süzek, s. 297; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 129; Doğan Yenisey, Geçici İş, s. 165-166; Özdemir, Geçici İş, s. 29; Civan, Ödünç İş, s. 367; Güzel ve Heper, s. 46.

şekilde artması hâlinde” kurulan ilişkide, geçici işçi çalıştıran işverene “işyerinde bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmek”, özel istihdam bürosuna ise, “ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmek” yükümlülükleri yüklenmiştir (m. 7/XII, Yön. m. 9/III, 4). Yine aynı fıkra, “Geçici işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla geçici işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Burada da yine geçici işçi çalıştıran işverene ödenmeyen ücretler bakımından bir müteselsil sorumluluk getirilmemekle birlikte, işverene ücretlerin ödenmemesi durumunda, bu ücretlerin özel istihdam bürosuna ödenecek hizmet bedelinden mahsup edilerek işçiye ödenmesi yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak Kanun metninde de ifade edildiği üzere, işverenin bu sorumluluğu işçilerin en çok 3 aya kadar ödenmemiş bulunan ücretleriyle sınırlandırılmıştır⁴²⁶.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı çalışmamız bakımından değerlendirilmesi gereken bir konudur. Zira burada önem taşıyan husus, bu ilişkide iş görme borcunun alacaklısı geçici işçiyi çalıştıran işverenken, ücret ödeme borçlusunun özel istihdam bürosu olmasıdır. Her ne kadar meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi bakımından Kanunda geçici işçi çalıştıran işverene işçinin ödenmeyen ücretleri bakımından müteselsil bir sorumluluk getirilmemişse de, işçinin işvereni olan özel istihdam bürosunun sahip olduğu iş sağlığı ve güvenliği ile sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin geçici işçi çalıştıran işveren tarafından yerine getirileceği esası, ayrıca yine aralarındaki ilişkiden doğan işçiyi koruma ve gözetme, eşit davranma gibi yükümlülüklerin Kanunda geçici işçi çalıştıran işverene yüklendiği dikkate alındığında bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca yukarıda belirtilen ve Kanunda sayılan belirli durumlarda

⁴²⁶ Bu sınırlamayı eleştiren Civan’a göre, “kanun koyucunun bir yandan işçinin çalıştığı tüm süre için kontrol yükümlülüğü getirip, ardından sadece ödünç işçinin üç aylık ücretiyle sorumluluğu sınırlandırması tutarsız bir nitelik kazanmaktadır. Bu itibarla kanunda asıl işveren alt işveren ilişkisinde olduğu gibi (İş Kanunu m. 36/son) ödünç alan işverene, işçinin kendisinde çalıştığı tüm süredeki ödenmeyen ücreti için özel istihdam bürosuna yapacağı ödemenden kesinti yapabilmesi imkanının tanınması çok daha yerinde olacaktır.” Civan, *Ödünç İş*, s. 366; Ayrıca bkz. Güzel ve Heper, s. 46.

işverenin işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda özel istihdam bürosunun hizmet bedelinden mahsup edilmek suretiyle işçilere ödeneceği prensibi de dikkate alındığında bu sonucun kabul edilmesi gerekmektedir.

Burada ücret ödeme borçlusu işçinin kendi işvereni bulunan özel istihdam bürosu olmakla birlikte, iş görme ediminin alacaklısı geçici işçi çalıştıran işverendir. Bu açıdan gerek özel istihdam bürosunun gerekse geçici işverenin yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda, işçi iş görmekten kaçınma hakkına sahip olur⁴²⁷. Zira aksi halde ücreti ödenmemesine rağmen işçiden geçici işverene karşı iş görme edimini ifa etmesini beklemek işçinin ücretsiz olarak çalışması anlamına geleceğinden, bu kabul işçinin korunması ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkacaktır.

Alman Hukukunda meslek edinilmiş geçici (ödünç) iş ilişkisinin özel bir kanunla düzenlendiği görülmektedir. Öğretide “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Kanun⁴²⁸” ya da “Meslek Edinilmiş Şekilde İşçi Verme Kanunu⁴²⁹” gibi ifadelerle Türkçe’ye çevrilen “*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)*”de, genel olarak meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin esaslarına, özel istihdam bürolarına ve istihdam ilişkisine ilişkin hükümlere yer verilmiştir⁴³⁰. Geçici (ödünç) işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin ise, bu Kanunda yalnızca geçici işçiyi çalıştıran (ödünç alan) işverenin işyerinde bir grev olması durumuyla sınırlı olarak bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre Kanunun 11. maddesinin 5. fıkrasında geçici işçi çalıştıran (ödünç alan) işverenin işyerinde bir grev olması durumunda, geçici işçiyi çalıştırmaması gerektiği, aynı zamanda geçici işçinin de bu halde çalışmakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir. Ayrıca grevin bulunduğu böyle bir durumda, ödünç veren işverenin, işçisini işi ifadan kaçınma hakkına sahip olduğu konusunda bilgilendirmesi gerektiği de aynı hükümde ifade edilmiştir⁴³¹.

⁴²⁷ Odaman, Yeni Düzenlemeler, s. 51; Civan, s. 455.

⁴²⁸ Civan, Ödünç İş, s. 319.

⁴²⁹ Akyigit, Ödünç İş, s. 84.

⁴³⁰ Kanun metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/a_g/index.html#BJNR113930972BJNE000515119, (E.T. 06.11.2018)

⁴³¹ Söz konusu hükme ilişkin olarak bkz. Peter Schüren ve Wolfgang Hamann, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 4. Auflage, 2010, §11/V, s. 515-517; Anja Mengel, in: Thüsing, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar*, 3. Auflage, C.H.Beck, 2012, §11, s. 459-461, Rn. 50-56; Jürgen Ulber ve Daniel Ulber, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 2., aktualisierte und überarbeitete, 2014, §11, s. 779-780, Rn. 137-140; Sandra Urban-Crell ve Gudrun Germakowski, *AÜG – Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 1. Auflage, Luchterhand, 2010, §11 Abs. 5, s. 388, Rn. 60-63; Dehmel, s. 266.

Ödünç alan işverenin işyerinde grev olması durumu haricinde ise geçici işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak burada iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağını oluşturan ve genel borçlar hukuku düzenlemeleri olan Alman Medeni Kanunu'nun 273. ile 320. maddelerinin geçici işçi bakımından da uygulanabileceği öğretide kabul edilmektedir⁴³². Bununla beraber geçici işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için anılan hükümlerde yer alan koşulları sağlaması gerektiğinden, burada önemli bir sorun işçinin iş görme edimini ödünç alan işverene ifa etmekle yükümlü olmasına rağmen, ücret ödeme yükümlülüğünün ödünç veren işverene (AÜG m. 1/II) ait olmasıdır. Böylece edimler arasında karşılıklılık ilişkisinin mevcut olmaması, bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır⁴³³. Bu sebeple öğretide iş görmekten kaçınma için edimler arasında bir karşılıklılık ilişkisinin bulunmasını arayan Alman Medeni Kanunu'nun 320. maddesinin burada uygulanacağını kabul etmenin ilk bakışta tereddüt uyandırdığı ifade edilmektedir⁴³⁴.

Buna karşılık Alman Medeni Kanunu'nun 328. vd. maddelerinde düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşme hükümleri göz önüne alındığında, 334. maddede üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmelerde sözleşmeye yapılan itirazların üçüncü kişi sıfatına sahip olan tarafa karşı da ileri sürülebileceği esası uyarınca, geçici iş ilişkilerinde de geçici işçinin işvereni olan ödünç verene karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazları ödünç alan işverene karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Zira borçlunun durumunun ağırlaştırılmaması prensibi bunu gerektirmektedir. Bu açıdan öğretide işçinin 320. madde uyarınca iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabileceği de ifade edilmektedir⁴³⁵.

Geçici iş ilişkisinin kurulabileceği ikinci hal, işverenin bir işçisini holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak başka bir işverene devretmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴³⁶. Bu ilişki işverence devir sırasında yazılı rızası alınmak

⁴³² Bu hususta bkz. Dehmel, s. 266 vd.; Bu hükümlerle ilgili açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, B.

⁴³³ Dehmel, s. 266.

⁴³⁴ Dehmel, s. 273.

⁴³⁵ Dehmel, s. 273-274 ve dn. 66 ve 69'da sayılan yazarlar.

⁴³⁶ Bilgi için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, "İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş İlişkisi)", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 23, Eylül 2011, (Geçici İş), s. 15-21; Murat Engin, "İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını

suretiyle bir işçisinin, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilmesi şeklinde gerçekleştirilir (İş K. m. 7/son). Bu açıdan anılan kanun hükmü uyarınca bir işverenin işçisini başka bir işverene devredebilmesi için her iki işverenin de holding bünyesi ya da aynı şirketler topluluğu içerisinde yer alması gerekir⁴³⁷. İkinci koşul işçinin bu şekilde geçici olarak başka bir işverene devredilebilmesi için, yazılı rızasının alınmasıdır (İş K. m. 7/son). Kanunda bu rızanın devir esnasında alınması öngörüldüğünden, önceden alınmış onayların geçersiz sayılması gerekir⁴³⁸.

Bu tür geçici iş ilişkilerinde işçisini geçici olarak devreden işveren, işçinin işvereni olarak kalmaya devam eder⁴³⁹. Zira devreden işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi geçerliğini koruyacaktır. Bu açıdan devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğü de devam edecektir (İş K. m. 7/son). Ancak işçinin iş görme ediminin alacaklısı devralan işveren olacak, ayrıca emir ve talimat verme yetkisi de geçici işçiyi devralan işverene ait olacaktır (m. 7/IX, a)⁴⁴⁰.

Her ne kadar ücret ödeme yükümlülüğü işçiyi devreden işverende kalmaya devam edecekse de, İş Kanunu'nun 7. maddesinde geçici iş ilişkisi kurulan işverenin,

Devri: Ödünç İş İlişkisi", **İHD**, Cilt I, Temmuz-Eylül 1991, (Ödünç İş), s. 335-354; Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, (Geçici İş), s. 367 vd.; Akıntürk-Türkmen, s. 130 vd.; Civan, s. 409-519; Bektaş Kar, "Yargıtay Uygulamasında Atipik İstihdam Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi", **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, 2016, s. 182-188; Abdurrahman Benli ve Yusuf Yiğit, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 4, 2006, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>, (E.T. 06.11.2018).

⁴³⁷ Süzek, sözleşme özgürlüğü ve borçlar hukuku ilkeleri uyarınca, kanunda sayılanlar dışında bulunan bir işverenin de işçisini geçici süreyle başka bir işverene devretmesi mümkün olabileceğini, ancak bu halde bu ilişkiye İş Kanunu'nun 7. maddesinin uygulanamayacağını ifade etmektedir. Süzek, s. 304.

⁴³⁸ Süzek, s. 304; Narmanlıoğlu, Geçici İş, s. 17; Eyrenci ve diğerleri, s. 126; Ekmekçi, Geçici İş, s. 371; Civan, s. 413; Buna karşılık farklı görüşte Mollamahmutoğlu ve diğerleri'a göre, yazılı rızanın önceden, örneğin iş sözleşmesi yapılırken alınması da mümkün olmalı; bu şekilde alınan rıza geçerli sayılmalıdır. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 368; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 132; İş Kanunu'nda bu tür geçici iş ilişkilerinin, yazılı olarak altı ayı geçmemek üzere kurulabileceği ve en fazla iki defa yenilenebileceği kabul edilmiştir (İş K. m. 7/son). Bu halde her yenileme dönemi bakımından işçinin rızasının yeniden alınması gerekir. Ekonomi, Ödünç İş, s. 258; Süzek, s. 304; Çelik ve diğerleri, s. 243; Narmanlıoğlu, Geçici İş, s. 17; Ekmekçi, Geçici İş, s. 371; Yenileme durumunda işçinin rızasının nasıl alınacağı, yazılı şekle tabi olup olmadığı konusunda Kanunda herhangi bir açıklık bulunmadığından bu husus öğretilde tartışmalı bulunmaktadır. Bu hususta bilgi için bkz. Civan, s. 420-421.

⁴³⁹ Süzek, s. 304; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 132; Narmanlıoğlu, Geçici İş, s. 17; Odaman, s. 24; Benli ve Yiğit, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>.

⁴⁴⁰ Süzek, s. 305; Narmanlıoğlu, Geçici İş, s. 17; Eyrenci ve diğerleri, s. 127; Ekmekçi, Geçici İş, s. 372; Odaman, s. 89; Civan, s. 432; Benli ve Yiğit, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>.

meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinden farklı olarak, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir (m. 7/son). Bu hususta ücretinin ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğup doğmayacağı değerlendirilmelidir. Esasen iş ilişkilerinde ücretin ödenmemesi sebebiyle uygulanacak iş görmekten kaçınma hakkının, ücret ödeme borcunu ifa ile yükümlü işverene karşı kullanılması gerekir. Geçici iş ilişkisinde işçinin devredilmesiyle birlikte iş görme borcunu ifa etmekle yükümlü olacağı işveren değişmekte, buna karşılık ücretini iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işvereni ödemektedir. Bu geçici iş ilişkisi bakımından da yine Kanunda geçici işçiyi devralan işverenin işçiyi koruma ve gözetme, eşit davranma gibi yükümlülükleri bulunduğundan, işçinin ücretini ödeme yükümlülüğü devreden işverende bulunsa da, işçinin iş görme edimini ifa ile yükümlü bulunduğu işverenine karşı, ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkını kullanması mümkündür. Ayrıca kanaatimizce meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinden farklı olarak, ücret ödeme borcundan devreden işverenle birlikte geçici işçi çalıştıran işverenin de müteselsilen sorumlu olduğu Kanunda açıkça düzenlendiği için, işçinin geçici işverene karşı bu hakkını kullanabileceği görüşü desteklenmektedir⁴⁴¹.

(iii) Grev Esnasında İş Görmekten Kaçınma

Bu konuda incelenmesi gereken diğer bir husus, işyerinde ilan edilmiş bir grev ya da lokavtın bulunması durumunda, çalışmakla yükümlü bulunan işçilerin ya da grev yasağı kapsamında yer alan bir işyeriyse burada çalışan işçilerin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığıdır.

İşyerinde uygulanan grev ya da lokavta rağmen, işyerinde devam etmesi zorunlu işler bakımından, bazı işçilere kanun gereği çalışma zorunluluğu

⁴⁴¹ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 662; Ekmekçi, Geçici İş, s. 378; Odaman, s. 157; Civan, s. 455; Göktaş, s. 82-83; Benli ve Yiğit, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>; Bozkurt, s. 74; Bu hususta işçinin geçici işçi çalıştıran işverene karşı iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceğini ifade eden Soyer'in belirttiği üzere, bu kabulün gerekçesi, geçici iş ilişkisinde işin görülmesini isteme yetkisinin geçici olarak devredilmiş (temlik edilmiş) olması ve temlikte borçlunun durumunun ağırlaştırılamaması prensibi gereğince, temlik edene karşı sahip olunan def'ilerin temellük edene karşı da ileri sürülebilmesidir. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 662.

getirilmiştir⁴⁴². Kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçiler, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenmiş ve 1. fıkrası,

“Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır.”
şeklinde hüküm altına alınmıştır.

İşveren bu işçileri çalıştırmak ve bunun karşılığında ücretlerini de ödemekle yükümlü olur. İşyerinde uygulanacak grev veya lokavta rağmen çalışmakla yükümlü olduğu anılan hüküm uyarınca belirlenen işçilerin iş görmekten kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamayacağı hususu değerlendirilmelidir. Bu konuda Akyiğit, grev veya lokavt esnasında işyerinde çalışması zorunlu olan işçilerin, ücretlerinin ödenmesinde bir gecikme olması durumunda herhangi bir ayırım yapılmasının gerekmediği, işçilerin bu durumda da iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabileceği görüşündedir⁴⁴³.

Aynı yönde Kandemir'e göre de grev esnasında çalışmakla yükümlü bulunan işçinin, iş görmekten kaçınma hakkını kullanması mümkün olup, bu durumda işçinin çalışmaması geçerli bir nedene dayandığından, kendisine yaptırım uygulanması da söz konusu olmayacaktır⁴⁴⁴.

Göktaş da grev esnasında çalışmakla yükümlü olan işçilere ilişkin düzenleme ile işçinin iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin hükümlerin korumaya ve sağlamaya çalıştığı yararların farklılığı dolayısıyla, greve katılamayacak işçilerin bireysel iş hukukuna dayalı olarak iş görmekten kaçınabileceklerini kabul etmektedir. İş görmekten kaçınan işçinin yerine başka işçi çalıştırılması da kanundaki yasak nedeniyle mümkün olmadığından, burada yazara göre işçinin bu bireysel hakkına dokunulmadan söz konusu işlerin görülmemesinden doğabilecek işin güvenliği ve faaliyetin devamına ilişkin sorunun çözümü bakımından kanuni bir düzenleme yapılması gerekmektedir⁴⁴⁵.

⁴⁴² Bu hususta bilgi için bkz. Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 425-427; Akyol, s. 129-135; Murat Kandemir, “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları”, **AÜHFD**, Cilt: 54, Sayı: 4, 2005, s. 195-198.

⁴⁴³ Akyiğit, Şerh, s. 1569.

⁴⁴⁴ Kandemir, s. 198-19.

⁴⁴⁵ Göktaş, s. 128-129.

İkili bir ayrımla konuyu inceleyen Soyer'e göre ise, bazı işçilerin grev esnasında çalışma zorunluluğunun kabul edilmesi, işletme varlığının tehlikeye düşmesini önleme amacına dayanır. İşletme varlığının korunmasında işçilerin de menfaati bulunduğu kuşkusuzdur. Bu açıdan greve katılamayacak işçilerin grevle aynı etkiyi yaratacak bir toplu iş görmekten kaçınma eylemi içerisinde yer almasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Zira yazara göre Anayasadan doğan grev hakkının dahi sınırlandırıldığı hallerde iş görmekten kaçınma konusunda bir sınır getirilemeyeceği kabul edilemez. Bununla birlikte greve katılamayacak işçilerin münferit olarak iş görmekten kaçınmaları ise, Kanundan doğan menfaatlara zarar vermediği sürece hukuka aykırı görülemez⁴⁴⁶. Ancak yine yazara göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş tehlikesinin ortaya çıktığı ve işçinin bu nedenle iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı hallerde ise işçinin yaşama hakkı her türlü değer üstünde olduğundan, bu işçilerin işi bırakabileceğinin kabul edilmesi gerekir⁴⁴⁷.

Kanaatimizce de her ne kadar burada devam etmesi zorunlu işler bakımından işçilere bir çalışma zorunluluğu getirilmişse de, bu zorunluluğun işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda devam ettiğinin kabul edilmesi, işçiyi karşılıksız çalışmaya mecbur bırakmaktadır. Bu açıdan ücretinin ödenmemesi karşısında, koşulları mevcut olduğu takdirde, işçinin iş görmekten kaçınması mümkün olacaktır. Öğretide ücretin ödenmemesi durumuna ilişkin olarak tartışılarak ifade edilen bu sonucun, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğumuna yol açan her sebep bakımından kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle bu hususta işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması ya da işyerinde bir taciz durumunun söz konusu olması hallerinde işçinin korunması ilkesi uyarınca işçiden çalışma zorunluluğu bulunsa dahi iş görme edimini yerine getirmesi beklenemeyecektir.

Benzer bir tartışma grev yasakları bakımından da değerlendirilmelidir. Grev yasakları, hayati önem taşıyan, kesintiye uğraması halinde kişinin yaşamı, güvenliği ve sağlığının tehlikeye düşeceği ya da birincil önem taşıyan işlerde veya yerlerde söz

⁴⁴⁶ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 672-673.

⁴⁴⁷ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 686; Aynı yönde bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 33.

konusu olur⁴⁴⁸. 6356 sayılı Kanun bazı yerlerde veya işlerde grev ve lokavtın uygulanmasını yasaklamıştır. Nitekim Kanunun 62. maddesinin 1. fıkrası uyarınca,

“Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde”

grev yapılması yasaktır. Kanunda yer verilen bu yasaklar sınırlı şekilde düzenlenmiştir⁴⁴⁹.

Grev yasakları işyerinin tamamı bakımından geçerli olabileceği gibi, işyerinin yalnızca belli bir bölümünde yürütülen işler bakımından da söz konusu olabilir. Bu halde işyerinin diğer bölümlerinde çalışan işçiler grev yasaklarından etkilenmezler⁴⁵⁰.

İşçilerin grev yasağı bulunan hallerde işçilerin toplu şekilde iş görmekten kaçınma hakkını kullanmaları çerçevesinde konuyu inceleyen Soyer’e göre, grev yasakları esas olarak kamu düzeninin ve üçüncü kişilerle ilgili bazı üstün menfaatlerin korunması düşüncesine dayanır. Bu düşüncenin grevle aynı etkiyi yaratacak iş görmekten kaçınma hakkının toplu kullanılması bakımından da geçerli olmaması düşünülemez⁴⁵¹. Zira burada işçilerin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olamayacağını kabul etmek, ücret alacaklarını elde etmelerini tamamen engellemek sonucunu da doğurmaz. Her hak gibi toplu olarak iş görmekten kaçınmanın da hukuk düzenine egemen olan temel ilkelere uygun olarak kullanılması gerekir. Ancak grev yasağı bulunan hallerde işçilerin toplu bir şekilde iş görmekten kaçınmaları halinde kanun dışı bir grev olduğundan da söz edilemez. Çünkü toplu nitelik taşıyan iş görmekten kaçınma, esasen bir grev değildir. Bu ihtimalde yazara göre, şartları olduğu takdirde bu işçilerin iş sözleşmelerinin işverence haklı nedenle feshedilmesi söz konusu olabilir⁴⁵². Buna karşılık yazar, işyerinde iş tehlikelerinin söz konusu

⁴⁴⁸ Grev yasakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, s. 38-42; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 406-411; Sur, s. 439-442; Nurşen Caniklioglu, “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2013, s. 299-314; İstar Cengiz Urhanoglu ve A. Eda Manav, “Türk Hukuku’nda Grev Yasakları”, **TAAD**, Cilt: 1, Sayı: 5, 2011, s. 216-253; Kabakçı, Grev ve Lokavt, s. 128-143; Burcu Ezer, **Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 97 vd.

⁴⁴⁹ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 609; Tuncay ve Savaş Kutsal, s. 407.

⁴⁵⁰ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 609.

⁴⁵¹ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 670-671; Bu yönde bkz. Schnorr von Carolsfeld, s. 329.

⁴⁵² Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 671.

olduğu durumlarda ise, işçiden iş görme edimini ifa etmesi beklenemeyeceğini, grev yasağına tabi işçilerin de iş görmekten kaçınabileceğini kabul etmektedir⁴⁵³.

Bu hususta Sur'a göre ise, iş görmekten kaçınmanın grev olarak nitelendirilmemesi dolayısıyla, grev yasaklarına ilişkin kısıtlamalar burada söz konusu olmayacaktır⁴⁵⁴.

İşyerinde greve rağmen çalışması zorunlu olan işçilerden farklı olarak, kanunen belirlenmiş grev yasakları hayati önem taşıyan işler bakımından veya hayati önemli derecede etkileyen yerlerde söz konusu olduğundan, burada işçinin iş görmekten kaçınma hakkının mevcut olup olmadığını tespit etmek daha zordur. Kanaatimizce Soyer'in de belirttiği üzere, burada işçiye iş görmekten kaçınma hakkını veren sebebe göre bir ayırım yapılması isabetlidir. Nitekim işçinin grev yasağının söz konusu olduğu durumlarda iş görme edimini ifa mecburiyeti ile işçinin ücret hakkı ve ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı karşılaştırıldığında, hayati önem taşıyan ve kesintiye uğradığında işyerinde çalışan işçilerin ya da toplumun sağlığına, güvenliğine ya da düzenine zarar verebilecek olması sebebiyle, grev yasağına tabi olan işler ya da yerlerde iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemeyeceği düşünülmelidir. Buna karşılık işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması bakımından ise, grev yasakları bulunsa dahi, işçinin yaşam ve sağlığının korunması söz konusu olduğundan, iş görmekten kaçınabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

b. İş Görmekten Kaçınma Hakkının Kullanım Şekli

İş görmekten kaçınma hakkının nasıl kullanılacağı konusunda, Kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle hakkın kullanılması hususunda bazı tartışmalı hususlar bulunmaktadır.

⁴⁵³ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 686; Aynı yönde bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 33.

⁴⁵⁴ Sur, Grev Kavramı, s. 85.

(1) Hakkın Kullanıldığıının İşverene Bildirilmesinin Gerekip Gerekmediği

İş görmekten kaçınma hakkının kullanılması konusundaki tartışmalardan ilki, işçinin bu hakkını kullanırken işvereni bilgilendirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususundadır. Türk Hukukunda öğretide bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, bu hakkın nasıl kullanılacağına ilişkin İş Kanunu'nda bir düzenlemeye yer verilmediğinden, işçilerin işverene haber vererek iş görmekten kaçınmaları mümkün olduğu gibi, önceden yazılı ya da sözlü olarak haber vermeksizin fiilen çalışmayı bırakarak bu haktan yararlanmaları da söz konusu olabilir. Bu açıdan işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için öncesinde işverene bildirimde bulunma yükümlülüğü yoktur; ancak burada iş bırakma eyleminin başka bir nedenden değil, ücretin gecikmesinden kaynaklandığının objektif olarak tespit edilebiliyor olması gerekir⁴⁵⁵.

Diğer görüşe göre ise, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabilmesi ancak işçilerin önceden işverene haber vermesi kaydıyla mümkündür⁴⁵⁶. Bu görüşte Uzun'a göre, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için işverene yazılı bildirimde bulunması gerekir. İşverence ücretin ödenmeyeceğinin işçilere bildirilmiş olması ya da böyle bir bildirim yapılmaksızın ücretlerinin 20 gün boyunca ödenmemesi durumunda, iki olasılıkta da işçi bu haktan yararlanırken önce işvereni haberdar etmelidir. Böylece işverene ücreti ödemesi için son bir olanak tanınmakta olup, ayrıca iyi niyetin ispatı bakımından da uygun bir yol olarak gözükmektedir⁴⁵⁷.

Göktaş'a göre, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi işvereni yazılı ya da sözlü olarak bilgilendirmelidir; zira iş görmekten kaçınma hakkı bir ödemezlik def'i olduğundan, bu def'i ileri sürülmeden yalnızca varlığı işçinin borçlu temerrüdüne düşmesine engel olmaz. Ücreti yirmi gün süreyle ödenmeyen işçi iş görmekten kaçınma hakkını işverene bildirmeden işi bırakırsa, borçlu temerrüdüne düşmesi ve işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle işçinin işvereni bilgilendirmesi önem taşır. Ayrıca yazara göre

⁴⁵⁵ Bu görüşte bkz. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 664; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 22-23; Topuz, s. 468; Çopuroğlu, s. 219; Bozkurt, s. 75; Değer, s. 90; Dulay Yangın, s. 218; Karacan, s. 10.

⁴⁵⁶ Uzun, s. 167; Göktaş, s. 100-101.

⁴⁵⁷ Uzun, s. 167.

işçinin işvereni yalnızca iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı konusunda bilgilendirmesi yeterli değildir; kaçınmanın ne amaçla yapıldığının da bildirilmesi gerekir⁴⁵⁸.

Alman Hukukunda da, genellikle öğretide dürüstlük kuralı uyarınca ve son çare olma ilkesi kapsamında, iş görmekten kaçınma hakkından yararlanmak isteyen işçinin, hakkın kullanılmasından önce bu durumu işverene bildirmesi veya başka bir şekilde işverenin durumdan haberdar olmasını sağlaması gerektiği, aksi halde işçinin işi bırakmasının meşru görülemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁵⁹. Zira öğretide işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı hususunda işvereni haberdar etmesinin, iş görme ediminin ihlaline ilişkin yaptırımlarla karşı karşıya kalmasını önleyeceği, işçinin davranışının meşru bir temele dayandığı konusunda işverenin bilgi sahibi olmasının sağlanacağı ifade edilmekte ve bilgilendirmenin önemi vurgulanmaktadır⁴⁶⁰.

Kanaatimizce İş Kanunu'nda iş görmekten kaçınma hakkı düzenlenirken, işçinin bu haktan yararlanabilmesi için işverene haber verme yükümlülüğü getirilmiş olmadığından, işçiye böyle bir yükümlülük yüklemek işçi lehine yorum prensibiyle bağdaşmaz. Ancak işi bırakma eyleminin iş görmekten kaçınma hakkının bir kullanımı olduğunun ve bu hakkın dayandığı nedenin somut olayda objektif olarak anlaşılabilir olması gerekir. Bunun tespitinin güç olması nedeniyle, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanırken işi bırakma ve nedeni hakkında işvereni haberdar etmesi, özellikle işverenin bilgisi dâhilinde bulunmayan iş görmekten kaçınma hakkı veren yükümlülük ihlalleri bakımından oldukça önem taşımaktadır. Zira bu sayede söz konusu iş bırakma eyleminin meşru bir temele dayandığı konusunda işveren bilgilendirilmiş olacaktır. Böylece bilgilendirme işverence iş görme ediminin ifa edilmemesine dayalı yaptırımlara başvurulmasının önüne geçebilecek ve bu açıdan işçinin korunmasına aracılık edecektir. Ayrıca işverenin bilgisi dâhilinde bulunmayan yükümlülük ihlalleri bakımından işverenin durumdan haberdar edilmesi, işverence söz konusu ihlalin giderilmesi ve önlem alınması bakımından da önem taşır. Bu açıdan kanaatimizce işçinin işvereni işi bırakma ve

⁴⁵⁸ Göktaş, s. 100-101.

⁴⁵⁹ Bu yönde bkz. Haase, s. 18; Haase, DB, s. 709; Söllner, ZfA, s. 11; Dehmel, s. 193; Ayrıca bu husustaki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, D, 2.

⁴⁶⁰ Haase, s. 18; Haase, DB, s. 709.

bunun nedeni hakkında bilgilendirmesi, özellikle işverenin bilgisi bulunmayan ve somut olayda objektif olarak anlaşılır olmayan haller bakımından önem taşımakta ve dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte bu haber vermenin yazılı olmasının zorunlu olmadığı, sözlü ya da yazılı olarak bu bildirimin yapılmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. İşverenin bilgisi bulunan ya da bulunması gereken veya durumun koşullarından anlaşılan hallerde ise, kanaatimize göre işçiye bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenmesine gerek bulunmamaktadır.

(2) İşin Bırakılma Şekli

Hakkın kullanılması bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, işçinin bu haktan yararlanırken işi nasıl bırakacağıdır. Bu konuda öğretide farklı görüşler mevcuttur. İlk sorun iş görmekten kaçınan işçinin işi tamamen bırakmasının gerekli olup olmadığıdır. Öğretide çoğunluk görüşü, işçinin işin ifasını tam olarak bırakması gerektiği yönündedir. Buna göre iş yavaşlatma ya da aralıklı olarak çalışma gibi davranışlar iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin hükmün kapsamı dışında kalmaktadır⁴⁶¹. Nitekim Yargıtay da iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasında işi bırakmanın tam olması gerektiği, işi yavaşlatma gibi davranışların iş görmekten kaçınma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşündedir⁴⁶². Buna karşılık azınlık görüşü ise, işçinin iş görmekten kaçınma şeklindeki eylemini işi kısmen yerine getirme, bir başka ifadeyle işi yavaşlatma şeklinde de kullanabileceği ve işi yavaşlatmanın işçinin tamamen işi bırakmasına göre daha çok işveren lehine olduğunu ileri sürmektedir⁴⁶³.

⁴⁶¹ Bu görüşte bkz. Narmanlıoğlu, s. 310; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 622; Bu görüşte Soyer'e göre, ifadan kısmen kaçınma yalnızca bölünebilir edimler için geçerlidir. Hizmet edimi ise bölünebilir bir edim değildir. İşçinin her gün dilediği kadar ya da yalnızca haftanın bazı günlerinde çalışma yoluna gitmesi, işyeri düzenine uyma borcuna aykırılık teşkil edecektir. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 665; Ayrıca bu görüşte bkz. Alpogut, Ücret, s. 57; Başterzi, s. 192; Göktaş, s. 103; Değer, s. 91; Dulay Yangın, s. 219.

⁴⁶² Bu yönde bkz. Yarg. 22. HD, 20.02.2014, 2014/1158 E., 2014/3273 K., www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018)

⁴⁶³ Çil, Ücret, s. 686; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1279; Nitekim bu görüşte Akyiğit'e göre de, iş görmekten kaçınmanın işe gelip de örneğin birkaç saat çalışıp sonrasında işi bırakmak gibi çalışmanın kısmen bırakılması tarzında da gerçekleşmesi mümkündür. Ancak işin kısmen bırakılması durumunda dahi, işveren tarafından herhangi bir yemek ya da servis sağlama yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir. Akyiğit, Şerh, s. 1571; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 23.

İş görmekten kaçınma hakkının kullanım şekli hakkında öğretide tartışmalı olan ikinci husus, işi bırakmanın ne şekilde gerçekleştirileceği ve özellikle işçinin işi bırakırken işyerinden ayrılmak zorunda olup olmadığı konusundadır. Bir görüş, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin işyerinden ayrılmaları gerektiğini kabul etmektedir⁴⁶⁴. Buna göre, işyerinde bulunmanın çalışma amacına dayanması gerekir ve işi bırakma durumunda bir çalışma söz konusu olmadığından, grevde olduğu gibi, işçilerin işyerinden ayrılmaları zorunludur⁴⁶⁵.

Diğer görüşe göre ise, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin bu hakkı işyerine devamsızlık etmek suretiyle kullanması mümkün değildir, işçinin kural olarak ücretinin ödenmesi halinde derhal işe başlayabilecek şekilde işyerinde hazır olması gerekir⁴⁶⁶. Bu görüşte Uçum, iş görmekten kaçınma hakkını kullanacak işçilerin mutlaka işyerinde bulunmaları gerektiğini ifade ederek, bu hususu hakkın kullanımı açısından bir koşul olarak nitelendirmektedir. Zira yazara göre, işveren her an ücret ödeme borcunu ifa edebileceğinden işçinin iş görmekten kaçındığı sürece işyerinde olması gerekir. Aksi halde işyerini terk eden işçinin iş sözleşmesi işverence haklı neden olmasa da, geçerli nedene dayanarak feshedilebilecektir⁴⁶⁷.

Aksi görüşte Bozkurt'a göre ise, ücreti ödenmeyen işçiye iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasına rağmen, işyerine gelme yükümlülüğü getirmek yerinde olmayacaktır. Ayrıca işveren açısından da iş görme edimini yerine getirmediği halde işyerine gelen işçinin yemek, servis gibi masraflarını karşılamak bir külfet oluşturacak; bunun yanı sıra işyerinde ücreti ödenmeyen başka işçilerin de iş görmekten kaçınmaya sevk edilmesi gibi durumlarla karşılaşılması veya işçilerin eylem yapmaya, kanunsuz bir grev yapmaya teşvik edilmesi gibi ihtimaller düşünüldüğünde iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin işyerine gelmemesi daha uygun olacaktır⁴⁶⁸.

Şahlanan ile Soyer ise işverenin isteğine göre bir ayırım yapmaktadır. Nitekim Şahlanan, işçilerin işyerinden ayrılmaları gerektiğini kabul etmekle birlikte, işverenin tutum ve davranışlarından işçilerin işyerine gelmelerini istediğinin anlaşılması

⁴⁶⁴ Bu görüşte bkz. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 692; Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 180; Çopuroğlu, s. 218.

⁴⁶⁵ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 692.

⁴⁶⁶ Bu görüşte bkz. Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 48; Çil, Ücret, s. 686; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1278;

⁴⁶⁷ Uçum, s. 62.

⁴⁶⁸ Bozkurt, s. 76-77.

durumunda, bu zorunluluğun bulunmayacağını ifade etmektedir⁴⁶⁹. Soyer'e göre ise, söz konusu hakkın işyerinde kalmak şeklinde kullanılması, ancak işveren tarafından işyerinin terk edilmesi yönünde bir talimat verilmesine kadar meşru görülebilir. İşçi bu talimata uygun davranmakla yükümlüdür, aksi halde işçinin sorumluluğu doğabilecektir⁴⁷⁰.

Son olarak üçüncü görüşe göre ise, işi bırakmanın ne şekilde gerçekleştirildiği, Kanunda bu hususta bir düzenleme yer almadığından, önem taşımaz. Zira iş görmekten kaçınan işçi işe hiç gelmeyebileceği gibi, işe gelip iş görme edimini yerine getirmemek şeklinde de hakkını kullanabilir⁴⁷¹.

Nitekim bu görüşte Narmanlıoğlu'na göre, kanuni yükümlülüğünü yerine getirmemiş kusurlu bir işveren karşısında kanuni haklarını kullanan işçilerin bu konudaki davranışlarını işverenin insiyatifine bırakmak uygun değildir. İşverenin ücret borcunu yerine getirmedikçe, işçilerden çalışmalarını istemesi mümkün değilken, işverenin emrine hazır olmaları ve işyerinde bulunmaları gerekli değildir⁴⁷².

Bu hususta Değer'e göre de, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması yasal bir sınırlama olmaksızın yapılan bir yorum ile sınırlandırılmamalıdır. İş Kanunu'nun 34. maddesinde işçiye tanınan hakkın kullanımı bakımından işin ifasından tamamen kaçınan işçilerin davranışı, işyerine gelmeyerek çalışmamaları veya çalışmayı bırakarak işyerini terk etmeleri şeklinde ortaya çıkabilir. Burada greve başvuran işçiler bakımından geçerli olan işyerini terk etme zorunluluğunun kıyasen uygulanabileceği de kabul edilemez; zira grev uygulamasına katılan işçiler bakımından getirilen bu yasak kanundan kaynaklanmaktayken, iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin bu yönde kanunda bir sınırlama getirilmemiştir⁴⁷³. Yine Bozkurt'a göre de, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin işyerine gelmemeleri daha isabetli olmakla birlikte, işyerine gelip gelmemek işçilerin kendi seçimine bağlı olmalıdır. Burada işçi, ister iş görmekten kaçınma hakkını işyerine

⁴⁶⁹ Şahlanan, Ücretin Gününde Ödenmemesi, s. 3.

⁴⁷⁰ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 670.

⁴⁷¹ Bu görüşte bkz. Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 623; Alpagut, Ücret, s. 57; Akyiğit, Şerh, s. 1571; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 23; Başterzi, s. 192; Göktaş, s. 104; Değer, s. 92; Dulay, Ücretin Ödenmemesi, s. 114-115; Dulay Yangın, s. 219; Bozkurt, s. 78.

⁴⁷² Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 623; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Narmanlıoğlu, s. 310.

⁴⁷³ Değer, s. 92.

gelmeyerek, isterse işyerine gelip iş görme edimini yerine getirmeyerek kullansın, önemli olan işverence ücretinin ödenmesi durumunda iş görme edimini ifaya hazır olmasıdır. Zira işveren ücret ödeme borcunu ifa ettiği andan itibaren işçinin iş görmekten kaçınma hakkı sona ereceğinden, ücret ödendiği andan itibaren halin icabına göre, makul bir süre geçtiği halde iş görme borcunun ifa edilmemesi işveren açısından haklı sebeple derhal fesih nedeni oluşturabilecektir⁴⁷⁴.

Kanaatimizce işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanırken tamamen iş görme edimini ifayı bırakması gerekir. İş görmekten kaçınma hakkı Kanunlarda özel olarak düzenlendiği haliyle, işçiye ücretinin işverence ödenmemesi ve işçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması neticesinde ortaya çıkan işyeri tehlikelerine karşı korunması sebepleriyle kabul edilen, temelde işçinin korunması prensibinin bir uzantısı şeklinde ortaya çıkan ve işçinin işyerinde iş görme edimini ifa etmesi için elverişli ve sağlıklı bir ortamın sağlanmaması dolayısıyla işçiye işi bırakma olanağını sağlayan bir haktır. İşçinin bu hakkı kullanırken işverene iş gücü kaybı dışında bir zarar vermemesi gerekir. İşçinin işi kısmen bırakması ya da yavaşlatması durumlarında işveren açısından işyerinde olumsuzluklara yol açabileceğinden, işin tamamen bırakılması işverenin daha lehinedir. Bunun yanı sıra esasen ücretin ödenmemesi bakımından bu hususta bir fark bulunmasa da, iş tehlikelerinin ortaya çıkması gibi işverence işyerinde sağlıklı ve işin ifası için elverişli bir ortamın sağlanmaması nedeniyle iş görmekten kaçınmada, işyerinde işçinin işi yavaşlatma gibi eylemlerle iş görme ediminin kısmen ifa etmeyebileceğinin kabulü, öngörülen korumayı sağlamayacaktır. Zira burada işçinin işin ifasına uygun koşullar sağlanana kadar ifadan kaçınması söz konusu olacak, işçinin bir zarara uğramaması için işi ifayı tamamen bırakması gerekecektir.

Ayrıca işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen 34. maddesinde, bu hakkın *“Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir.”* şeklinde ifade edildiği; hükmün 2. fıkrasında da iş görmekten kaçınan işçilerin bu nedenle iş sözleşmelerinin çalışmadıkları için feshedilemeyeceği ve yerine yeni işçi alınamayacağı, bu işlerin başkalarına

⁴⁷⁴ Bozkurt, s. 78.

yaptırılamayacağına düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümlerin lafzı da göz önüne alındığında, işçinin işi tamamen bırakmasının gerektiği düşüncesindeyiz.

İş görmekten kaçınma hakkı kullanılırken işçinin işyerinde bulunmasının gerekip gerekmediği tartışması hakkında ise, iş görmekten kaçınan işçinin işyerine gelip gelmemesinin kendi takdirine bırakılması gerektiği; işçinin isterse işyerine gelip iş görme edimini ifa etmemek, isterse de işyerine hiç gelmemek şeklinde bu hakkını kullanabileceği kanaatindeyiz. Zira Kanunda da bu hususta bir düzenleme yer almadığından, işçiye bu yönde bir zorunluluk yüklenmemesi gerekmektedir.

Bununla birlikte öğretide ileri sürülen görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, önemli olan iş görmekten kaçınma hakkının, bu haktan yararlanan işçilerin işyerinde çalışan diğer kişileri engellemeleri ya da işe giriş çıkışı önlemek gibi davranışlarda bulunmalarını haklı çıkarmayacağıdır. İş görmekten kaçınan işçinin işyerinde bu tür bir olumsuzluğa neden olması durumunda, işçinin sorumluluğu doğabilecek, iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi de söz konusu olabilecektir⁴⁷⁵.

Son olarak iş görmekten kaçınan işçilerin bu haklarını, ancak işveren tarafından ücretleri ödeninceye kadar kullanma hakkını haiz oldukları belirtilmelidir. Yirmi günlük sürenin aşılması kaydıyla ve ücretleri ödenmediği sürece, bu hakkı ne zaman kullanacağını belirleme yetkisi işçinin kendisine aittir. Buna karşılık elbette ki hakkın kullanılma süresi ve zamanı açısından dürüstlük kuralına uyulması gerekir⁴⁷⁶. Burada ücretin ödenmemesine rağmen işçilerin çalışmaya başlamaları ve ücret ödenmedikçe, daha sonra bu davranışlarını tekrarlamalarına da bir engel bulunmamaktadır⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 670; Akyiğit, Şerh, s. 1571; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 23; Çil, Ücret, s. 686; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1278; Değer, s. 93; Nitekim Yargıtay da, 2005 tarihli bir kararında, İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen bu hakkın, işyerinde makineleri durdurmak gibi eylemlerle kullanılamayacağına hükmetmiştir. Yarg. 9. HD, 14.09.2005, 2005/23047 E., 2005/29849 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 06.11.2018).

⁴⁷⁶ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 625; Nitekim Akyiğit'e göre de, işçi iş görmekten kaçınma hakkını yirmi günlük sürenin sonunda elde etmekle birlikte bu hakkını derhal kullanmak zorunda değildir. Ücreti ödenmediği sürece işçi bu yola başvurabilir. Ancak bunun için yirmi günlük süreden sonra işçinin sergilediği tutumun dürüstlük kuralı çerçevesinde o ücret alacağı için bu hakkı kullanmayacağı sonucuna götürmemesi gerekir. Akyiğit, Şerh, s. 1570; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21; Bu hususta açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, D, 5.

⁴⁷⁷ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 622; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 24.

5. İş Görmekten Kaçınmanın Sonuçları

a. İş Sözleşmesinin Durumu

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, iş görme borcu ortadan kalkmakla birlikte, iş sözleşmesi taraflarına yüklediği diğer hak ve yükümlülüklerle birlikte devam eder. Kanunda işverenin bu işçilerin yerine işçi alamayacağı, başkalarını çalıştıramayacağı ve sözleşmelerini feshedemeyeceğinin öngörülmesi de bu sonucu desteklemektedir⁴⁷⁸. Bu bakımdan işçinin iş görme borcu dışında tarafların diğer hak ve borçları iş sözleşmesinin devamı boyunca varlığını korumakta; tarafların iş sözleşmesinden doğan işçi açısından sadakat yükümlülüğü, rekabet etmeme borcu, işveren açısından ise işçiyi koruma ve gözetme, eşit davranma gibi yükümlülükleri devam etmektedir. Söz konusu yükümlülüklerle aykırılık durumunda ise, Kanunda öngörülen ilgili yaptırım ve sonuçlar doğacaktır.

Burada iş sözleşmesinin askıya alınması ile iş görmekten kaçınma hakkı karşılaştırılmalıdır. Öğretide bir görüş, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda iş sözleşmesinin askıya alınmasıyla benzer sonuçların doğacağını ifade etmektedir⁴⁷⁹.

Askı hali, iş sözleşmesinin devamını olumsuz etkileyen ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini olanaksız hale getiren sebeplerin sonucunda ortaya çıkan bir hukuki durum olup, işçinin belirli bazı sebeplerle iş görme borcunu kusursuz olarak yerine getirememesi sonucunda fesih gibi aleyhine sonuçlarla karşılaşmaması ve iş sözleşmesinin devam etmesinin sağlanması amacıyla kabul edilmiş bir hukuki kurumdur. Askıya alma sayesinde iş sözleşmesi devam etmesine rağmen, işçi askı süresi boyunca iş görme edimini ifa etmeme olanağına sahip olur⁴⁸⁰.

Askı halinin temel sonucu, askı süresi boyunca işçinin iş görme borcunun ve buna karşılık işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün askıda kalmasıdır. Böylece dürüstlük kuralıyla sınırlı olmak kaydıyla, askı süresince işçinin iş görmemesi ve işe devam etmemesi nedeniyle iş sözleşmesi işverence feshedilemeyecektir⁴⁸¹. Yine iş

⁴⁷⁸ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 630.

⁴⁷⁹ Bkz. Göktaş, s. 110-111.

⁴⁸⁰ İş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin olarak bkz. Birinci Bölüm, II, B.

⁴⁸¹ Süzek, Askıya Alınma, s. 14; Süzek, s. 492.

görme edimi askıda olacağından, işverenin yönetim hakkı ile işçinin itaat borcu da bu sürede askıda kalacaktır. Ancak iş sözleşmesi temelde varlığını koruduğundan, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu ile işçinin sadakat yükümlülüğü bu dönemde de devam edecektir.

Askı hali, bazı koşulların varlığı halinde kendiliğinden ortaya çıkan bir hukuki durumdur⁴⁸². Bunun için bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkması ve bu imkânsızlık nedeniyle işçinin iş görme edimini ifa edemiyor olması ya da işverenin imkânsızlık nedeniyle işçi tarafından sunulan iş görme ediminin ifasını kabul edemiyor olması gerekir⁴⁸³. Örneğin işçinin hastalanması, iş kazasına uğraması, doğum yapması, kanundan kaynaklanan askerlik ya da bir kamusal ödevi yerine getirmesi, tutuklanması gibi durumlar iş sözleşmesinin askıya alınmasına neden olan hallerdendir.

İş görmekten kaçınma hakkında ise, iş görme ediminin yerine getirilmesi bakımından bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkması durumu değil, işverenin işçinin ücretini ödememesi ya da işin ifası için gerekli olan bir hazırlık fiilini yerine getirmemesi söz konusudur. Dolayısıyla iş görmekten kaçınma hakkı işçinin iş görme edimini geçici olarak ifa edememesi sonucunda ortaya çıkmayıp, işvereni edimlerini ifaya zorlamak amacıyla iş görme ediminin bırakılması şeklinde oluşmaktadır. Bu açıdan koşulları itibarıyla iki kurum birbirinden farklı olup, iş görmekten kaçınma hakkının bir askı hali ortaya çıkardığı kabul edilemez.

Söz konusu tespit hakkın sonuçları bakımından önem arz etmektedir. Zira askı halinin en önemli sonucu, belirtildiği üzere, işçinin iş görme edimini ifa etmekle yükümlü olmadığı süre boyunca Kanunda yer verilen ve sosyal ücret niteliğindeki bazı istisnalar haricinde, temel olarak işverenin ücret ödeme borcunun da ortadan kalkmasıdır. İş görmekten kaçınma hakkının kullanılması durumunda işverenin ücret ödeme borcunun bulunup bulunmadığı yönündeki tartışmalara daha sonra yer verilecektir.

Bir diğer önemli sorun işçinin iş görmekten kaçındığı sürenin kıdemine etkisidir. Burada iş sözleşmesi devam ettiğinden ve kıdem tazminatının hesaplanmasında iş sözleşmesinin devam süresinin esas alınması gerektiğinden⁴⁸⁴, iş

⁴⁸² Süzek, Askıya Alınma, s. 41.

⁴⁸³ Süzek, Askıya Alınma, s. 45; Süzek, s. 498; Taşkent, Askı, s. 21.

⁴⁸⁴ Bu hususta bilgi için bkz. Süzek, s. 766-767.

görmekten kaçınan işçinin işi bıraktığı sürenin kıdemi hesaplanırken dikkate alınması gerekir⁴⁸⁵. Yıllık izne hak kazanma açısından ise öğretide iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, burada sonuçları itibariyle askı haline benzer bir durum ortaya çıkmakta olup, yıllık izne hak kazanma bakımından Kanunda iş görmekten kaçınma hakkının kullanıldığı süre için bir düzenleme yer almadığından, bu soruya olumsuz cevap verilmelidir⁴⁸⁶. Diğer görüşe göre ise, burada kıdemin hesaplanmasında olduğu gibi, iş sözleşmesi devam ettiğinden işçinin bu hakka dayanarak çalışmadığı sürenin yıllık izne hak kazanması bakımından da esas alınması gerekmektedir⁴⁸⁷. Kanaatimizce de ikinci görüş kabul edilmelidir. İş Kanunu'nun yıllık izne ilişkin 53. maddesinde işçinin, işyerinde işe başladığı günden itibaren, en az bir yıl çalışması halinde yıllık ücretli izne hak kazanacağı düzenlenmiştir. Bu açıdan yıllık iznin hesaplanmasında da kıdemde olduğu gibi sözleşmenin devam süresi esas alınmalıdır⁴⁸⁸. Böylece bu kabulün bir sonucu olarak iş görmekten kaçınma hakkının kullanıldığı sürenin, işçinin yıllık izin hakkı bakımından hesaba katılması gerekmektedir.

b. İşçinin Ücret Hakkı

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, bu haktan yararlanarak çalışmadığı süre boyunca ücretine hak kazanıp kazanamayacağı hususu, bu hakkın kullanılmasındaki en önemli sorunlardan biridir. Zira İş Kanunu'nun 34. maddesinde bir açıklık bulunmadığından, konu öğretide tartışmalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun Bilim Kurulu taslağında ve kanun tasarısında işçilerin ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınmaları halinde, çalışmadıkları süre bakımından ücrete hak kazanacaklarına ilişkin açık bir düzenleme yer almaktayken,

⁴⁸⁵ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, 679-680; Göktaş, s. 113; Değer, s. 105.

⁴⁸⁶ Göktaş, s. 112; Bu yönde Soyer de, yıllık izin hakkının kazanılması bakımından İş Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca işçinin fiilen çalışmış olması gerektiğinden, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak çalışmadığı sürenin yıllık iznin hesaplanmasında dikkate alınmaması gerekir. Ancak yazara göre, bu durum adil bir sonuç yaratmamakta, yıllık izin bakımından da Alman Hukukunda olduğu gibi, iş sözleşmesinin devam süresinin esas alınması gerekmektedir. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 680.

⁴⁸⁷ Değer, s. 105-106.

⁴⁸⁸ Bu hususta bilgi için bkz. Süzek, s. 827-830.

bu düzenleme kanunlaşma aşamasında kanun metnine alınmamıştır⁴⁸⁹. Özellikle bu durum konunun öğretilde çokça tartışılan bir sorun olarak ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Çoğunluk görüşüne göre, Kanunda bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da işverenin iş görmekten kaçınma hakkının kullanıldığı süre bakımından ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁹⁰. Bu görüşte Süzek'e göre, soruna iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen yasa hükmünün amacı açısından yaklaşılmalıdır. Yazara göre söz konusu hüküm işçilerin ücretlerinin ödenmesini sağlama amacına yönelik olup, işçilerin bu amacın gerçekleşmesi için iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkını kullandıkları düşünüldüğünde, söz konusu hükmün bu hakkı kullandıkları süre boyunca onları ücretlerinden yoksun bırakacak şekilde yorumlanması mümkün olmamalıdır. Aksi halde, iş görmekten kaçındıkları sürede ücretlerinin ödenmeyecek olması sebebiyle işçiler bu hakkı kullanmayabilecek ve böylece 34. madde hükmüyle ulaşılması hedeflenen amaç gerçekleştirilemeyebilecektir. Böylece işverene dolaylı bir biçimde istediği zaman ücretsiz izin uygulama olanağı verilmiş olacaktır. Yazara göre yasa taslağında yer alan hükmün İş Kanunu'na alınmamış olması da, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı süre bakımından ücretini talep etmesine engel olmaz⁴⁹¹.

Aynı görüşte Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat'a göre de, işverenin temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri karşısında, söz konusu Taslak hükmünün Kanuna geçirilmemesine dayanılarak, iş görme borcunu yerine

⁴⁸⁹ Sözü edilen hükmün Kanun metnine alınmaması hakkında eleştiriler için bkz. Süzek, s. 386; Demir, İş Hukuku, s. 193-194.

⁴⁹⁰ Bu görüşte bkz. Süzek, s. 386; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 213-214; Narmanlıoğlu, s. 312; Eyrenci ve diğerleri, s. 161; Eyrenci, Ücret, s. 155; Aktay ve diğerleri, s. 109; Senyen-Kaplan, s. 174; Soyer, s. 228; Sur, Grev Kavramı, s. 85; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 402; Güzel, s. 142-143; Alpagut, Ücret, s. 61; Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler", **Yeni İş Yasası Seminer Notları**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme, 2003, (İş Sağlığı), s. 199-200; Çil, Ücret, s. 34; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1282; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 79; Başterzi, s. 192; Uçum, s. 63; Çopuroğlu, s. 224; Bozkurt, s. 88; Değer, s. 98-99; Topuz, s. 476; Dulay Yangın, s. 224.

⁴⁹¹ Süzek, s. 386-387; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 214; Ayrıca yine yazara göre, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu anlamında işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması durumunda işçinin çalışmadığı süreye ilişkin ücretini talep edebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan ücretleri ödenmediği için aynı yola başvuran işçilerin ücretlerinden yoksun kalması bütünlük açısından tutarlı bir sonuç olarak kabul edilemeyecektir. Süzek, s. 387-388; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 215; Ayrıca aynı yönde bkz. Güzel, s. 143; Senyen-Kaplan, s. 174; Başterzi, s. 194; Çil, Ücret, s. 34; Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1282-1283.

getirmekten kaçınan işçiye çalışmadığı süreye ilişkin ücretinin ödenmeyeceği gibi bir sonuca varılması mümkün değildir. Aksinin kabulü işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasını olanaksız hale getirecektir⁴⁹².

Benzer şekilde Narmanlıoğlu da sorunun, işçinin yegâne gelir kaynağını oluşturan ücretin zamanında ödenmesini sağlamak amacıyla getirilen bu koruyucu hükmün amacı çerçevesinde yorumlanması ve çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ücret borcunu zamanında ödemeyen işverenin edimini ifa etmesini sağlamak amacıyla kendisine kanunen tanınmış bir hakkı kullanarak işini bırakan işçinin, bu hakkı kullanırken zarara uğramasına ve ücretinden yoksun kalmasına yol açacak bir yorum, hükmün konuluş amacıyla bağdaşmaz. Aksi halde, kanunun lafzi yorumu, işverenin kötüye kullanabileceği bir imkânı beraberinde getirecek, işçi böyle bir durumda istemese de, ücretsiz izinli konumuna düşecektir⁴⁹³.

Eyrenci, Taşkent ve Ulucan'a göre de, her ne kadar yasa taslağında yer alan açık düzenleme yasa metnine alınmamışsa da, söz konusu hükmün yasadan çıkarılmış olması farklı bir yorum getirmeye elverişli değildir. Yazarlara göre, burada işçinin alacaklı temerrüdüne düşen işverenden Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde ücretini talep etmesi zaten mümkündür. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin getirilen hüküm kıyasen burada da uygulanmalı ve işverenin ücret ödemekle yükümlü olduğu söylenebilmelidir⁴⁹⁴.

Aynı görüşte Tuncay'a göre de, işçiyi korumak için getirilen bu hükmün amacı ve İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliği göz önüne alındığında, aksi bir sonuca varılması mümkün değildir. İşveren tarafından gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda işçinin sahip olduğu çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen hükümler de işçinin çalışmaktan kaçındığı süre boyunca ücretine hak kazanacağını düzenlerken, ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınan işçinin ücretinden yoksun kalacağı düşünülemez. Bu bakımdan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin İş Kanunu'nun 83. maddesi hükmü (şu anki İş Sağlığı ve

⁴⁹² Çelik ve diğerleri, s. 331-332.

⁴⁹³ Narmanlıoğlu, s. 312; Yazarın görüşü için ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 626-629.

⁴⁹⁴ Eyrenci ve diğerleri, s. 161; Eyrenci, s. 39; Öğretide ifade edilen bu görüşü eleştiren Mollamahmutoğlu ve diğerleri'a göre ise, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi karşısında işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü görüşü isabetli değildir. Zira kaçınma hakkını kullanmak suretiyle işçi kendi edimi olan iş görme borcunun, işveren ücret ödeme borcunu ifa edinceye kadar ifa edilmeyeceği iradesini ortaya koymaktadır. Bu nedenle işçinin çalışmadığı bu süre için ücret talep etmesi mümkün değildir. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 180-181.

Güvenliği Kanunu madde 13) kıyasen burada da uygulanmalıdır. Ayrıca yazara göre, ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı işverenin temerrüdüne de benzediğinden, bu sonuca Borçlar Kanunu'nun 325. (şimdiki 408.) maddesi uyarınca da varmak mümkündür⁴⁹⁵.

Nitekim Sur'a göre de, işverenin hukuka aykırı olarak kendi eylemi sonucunda oluşan bir durumdan kendi lehine sonuçlar çıkarması iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacak, ücret ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilirse, iş görmekten kaçınmanın işçi açısından anlam ve yararı olmayacağı gibi, bu surette işverene ücretsiz izin uygulamasına benzer bir araç verilmiş olacaktır. Yine yazara göre, burada doğrudan doğruya Borçlar Hukuku kuralları ve dürüstlük esası yoluyla da benzer bir sonuca varılabilecek ve işverenin ücret ödeme yükümlülüğü kabul edilebilecektir⁴⁹⁶.

Centel de, ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınması durumunda, işverenin işçinin ücretini ödemekten kaçınmasının haksız olması nedeniyle alacaklı temerrüdüne düştüğünü ifade etmekte ve işçinin bu süre boyunca ücretine hak kazanacağını kabul etmektedir⁴⁹⁷.

Buna karşılık öğretide aksi görüş de ileri sürülmektedir. Nitekim bu yönde Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal'a göre, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemelik def'ine dayandığından, işçinin bu hakkını kullanarak çalışmadığı süre İş Kanunu'nun 66. maddesi anlamında çalışılmış sayılan süreler arasında yer alamaz. Bu nedenle de işçinin çalışılmayan süre için ücret alacağı doğmayacağından, ücret talebinde bulunması da mümkün değildir⁴⁹⁸.

Aynı sonucu kabul eden Demir'e göre, işçilerin bireysel veya toplu olarak ödemelik def'i ileri sürmek suretiyle iş görme edimini ifa etmemeleri halinde, bu işçilerin iş sözleşmeleri askıda kalacağından, çalışılmayan sürelere ait ücretleri işlemeyecektir. Zira kanuni grev veya lokavt durumunda olduğu gibi, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasında da bu sonucun kabul edilmesi gerekir. Kanuni bir grev veya lokavt sırasında iş sözleşmesi askıda kalan işçilere ücret ve sosyal

⁴⁹⁵ Tuncay, Ücretin Ödenmemesi, s. 653-654.

⁴⁹⁶ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 402.

⁴⁹⁷ Centel, s. 371-372.

⁴⁹⁸ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 693-694; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 180-181; Aynı görüşte bkz. Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 48; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Günay, 30. Yıl Armağanı, s. 486-487.

yardımların ödenemeyeceği yolundaki hükmün aksi toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleriyle bile kararlaştırılmaz (STSK m. 67/III). Ancak yazara göre İş Kanunu'nda böyle bir engelleyici hüküm bulunmadığından, ücreti yirmi gün içinde ödenmediği için kişisel kararına dayanarak iş görme borcunu bireysel ya da toplu olarak yerine getirmekten kaçınan işçilerin, çalışmadıkları sürelerde ücrete hak kazanacaklarının bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılması mümkündür⁴⁹⁹.

Göktaş'a göre de, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağı ödemezlik def'ine dayanmakta olup, burada işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü işin ifası için hazırlık fiili olarak değerlendirmek ve bu açıdan işverenin alacaklı temerrüdü sonucunun ortaya çıkacağını kabul etmek mümkün değildir. Ücret çalışmanın karşılığı olduğundan, bu temel kuralın aksinin kabul edilebilmesi için Kanunda bir düzenleme bulunması gerekir. İş Kanunu'nun 34. maddesinde ise işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı durumlarda iş görmemesine rağmen ücretine hak kazanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden, burada işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmek mümkün gözükmemektedir⁵⁰⁰.

Bu hususta Soyer ise, 1979 yılında yayımlanan eserinde, ödemezlik def'ine dayanarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin çalışmadığı süre bakımından işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam ettiğini, zira burada işverence işin ifası için gerekli olan hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi nedeniyle işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğünü kabul etmiştir⁵⁰¹. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra yayımlanan bir eserinde ise yazar, kanunlaşma aşamasında yer verilmeyen bu taslak hükmünün Genel Kurulda tartışılarak reddedilmesi üzerine Kanun metnine alınmadığını, bu nedenle de Kanunun işçinin iş görmekten kaçındığı süre bakımından ücrete hak kazanılması hususunda bilinçli olarak susmuş olduğunu ifade etmekte ve işçinin ücretine hak kazanamaması sonucunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak yazar bu çözümü iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasını fiilen imkânsızlaştıracığı ve işverene işçiyi ücretsiz izne çıkarmak gibi bir olanak sağlanmış olacağı

⁴⁹⁹ Demir, İş Hukuku, s. 193-194.

⁵⁰⁰ Göktaş, s. 120-124.

⁵⁰¹ Soyer, İHU, s. 5-6.

gerekçeleriyle eleştirmekte, bir Kanun değişikliği yapılmasının zorunluluğunu ifade etmektedir⁵⁰².

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2005 yılında verdiği bir kararında, yasa taslağında yer verilen ve işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda ücrete hak kazanacağına ilişkin hükmün, yasa metnine alınmaması nedeniyle işçinin çalışmadığı dönem bakımından ücrete hak kazanamayacağını kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu olayda,

“Davacı, ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde ödenmemesi sebebiyle iş görme borcunu yerine getirmekten 60 gün süreyle kaçındığını çalışmadığı bu sürenin ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. İşçinin ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi iş görme borcunun yerine getirmekten kaçınabilir. Bu süre içinde ücret ödemesi uygulaması yapılacağı yasa tasarısında düzenlendiği halde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış ve bu suretle Yasama organı boşta geçen bu sürede ücret istenemeyeceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur. 34. maddenin bu düzenlemesine göre işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı bu sürenin ücretini işverenden talep etmesi mümkün değildir. Zira, işçinin çalışmaması kendi iradesi ile oluşmuştur.”
gerekçesiyle kararın bozulmasına hükmetmiştir⁵⁰³.

Söz konusu kararı eleştiren Eyrenci, Taşkent ve Ulucan'a göre,

*“Yargıtay'ın bu kararı, kuralın getiriliş amacı ile hiç bağdaşmamaktadır. Yasama sırasında metinden bir cümleinin çıkarılması o cümle ile getirilmek istenen ilkenin mutlaka kabul edilmediği anlamına gelmez, aksine genel hükümler çerçevesinde var olan bu ilke nedeni ile lüzumsuz görüldüğü için de çıkarılmış olabilir. Borçlar Kanunu'nun liberal anlayışı içinde yer alan bir ilkenin, zayıf koruyucu niteliğe sahip İş Kanunu'nda kabul edilmemesi düşünülemez.”*⁵⁰⁴.

Yine aynı yönde görüş belirten Narmanlıoğlu'na göre de,

*“çalışılmayan süre için ücret talebine ilişkin olumlu düzenlemeyi öngören kanun tasarısındaki hükmün kanuna alınmaması kanun koyucunun olumsuz görüşe ya da çözüme sahip olduğu şeklinde yorumlanmasını gerektirmez. Zira kanun koyucunun genel hükümler içinde ulaşabilecek bir çözümü ayrıca düzenlemek istememesi düşüncesi de aynı şekilde öne sürülebilecektir.”*⁵⁰⁵.

Aynı kararı eleştiren Özdemir'e göre de, İş Kanunu'nun kanunlaşması aşamasında bu taslak hükmünün çıkarılması, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak çalışmadığı süreye ilişkin ücretini talep etmesine hukuki bir engel

⁵⁰² Bkz. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 678-679.

⁵⁰³ Yarg. 9 HD. 10.02.2005, E. 2004/13259, K. 2005/3782, www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018) Ayrıca kararın incelemesi ve eleştirisi için bkz. Güzel, s. 124 vd.

⁵⁰⁴ Eyrenci ve diğerleri, s. 162.

⁵⁰⁵ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 626.

oluşturmamaktadır. İş görme borcuna karşılık gelen asli edim olan ücret ödeme borcunu yerine getirmeyen işveren, bu şekilde işçinin karşı edimini yerine getirmesini engellemiş olmaktadır. Dolayısıyla burada işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 325. (Şimdiki 408) maddesi uygulanacaktır⁵⁰⁶.

Bu hususta öğretide işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı süre bakımından ücretine hak kazanacağını kabul eden görüşteki yazarlarca, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i ya da alacaklının temerrüdüne dayandığı tartışmasından bağımsız olarak, ücret ödenmesi sonucunun işverenin, alacaklı temerrüdüne düşmesinden doğduğunun kabul edildiği görülmektedir⁵⁰⁷.

Farklı olarak Akyiğit'e göre ise, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınması durumunda çalışmadığı sürede ücretine hak kazanıp kazanamayacağına ilişkin sonuç, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğinin işverenin işi kabulde temerrüdüne mi yoksa ödemezlik def'ine mi dayandırıldığına göre değişecektir. Nitekim yazara göre, işçinin ücretinin ödenmemesi durumu işverenin işi kabulde temerrüdü olarak nitelendirilirse, iş görmekten kaçındığı evrede işçi çalışmış sayılacak, ücret ve benzeri işçilik haklarının ödenmesi gerekecektir. Fakat durum basit bir ödemezlik def'i niteliğinde kabul edilirse, yazara göre anılan dönemde çalışma borcu da çalışmış sayılma da oluşmayacak ve bu dönem için işçiye ücret ödemesi yapılmayacaktır. Çünkü ödemezlik def'i sonucu çalışmama, çalışılmış sayılan hallerden biri olarak nitelendirilmemektedir⁵⁰⁸.

Konu benzer şekilde Alman Hukukunda da tartışmalıdır. Baskın görüş, işverenin sözleşmeye göre ücret ödeme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü ve bu nedenle işçinin ifadan kaçındığı süre boyunca ücretine

⁵⁰⁶ Erdem Özdemir, "İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret", **III. Yılında Yeni İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s. 55.

⁵⁰⁷ Bkz. Soyer, İHU, s. 5-6; Süzek, s. 386; Eyrenci ve diğerleri, s. 161-162; Sur, Grev Kavramı, s. 85; Aynı yönde yazarın görüşü için bkz. Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 401; Güzel, s. 142; Centel, s. 371; Nitekim bu yönde Başterzi, ödemezlik def'i ile işverenin alacaklı temerrüdü farklı hukuki kurumlar olsa da, bu kurumlar arasında neden sonuç bağlantısının kurulmasına bir engel bulunmadığını ifade etmektedir. Başterzi, s. 191.

⁵⁰⁸ Akyiğit, Şerh, s. 1573; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 24-25; Benzer yönde bkz. Alpagut, Ücret, s. 58.

hak kazanacağı yönündedir⁵⁰⁹. Söz konusu görüş, hukuki temelini Alman Medeni Kanunu'nun işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin 615. maddesi ile 298. madde hükümlerine dayandırmaktadır. Anılan 298. maddede, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bir edim karşılığında iş görmekle yükümlü olan borçlunun sunduğu edimi kabule alacaklının hazır olmasına rağmen, kendi edimini ifa etmek üzere teklif etmemesi durumunda temerrüde düşeceği düzenlenmiştir⁵¹⁰.

Diğer bir görüş ise, anılan 298. madde hükmünün burada uygulanmasının mümkün olmadığını, zira iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin 298. maddenin koşulu olan iş görme edimini sunma eyleminin gerçekleşmediğini ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak da görüş, işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, konunun borçlunun temerrüdü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, böylece işçinin ancak işverenin ücretin ödenmemesinde kusuru bulunması halinde ücretine hak kazanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir⁵¹¹.

Kanaatimizce de işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, işçi iş görme edimini ifaya hazır olmasına rağmen işverence ücretinin ödenmemesi ve bu açıdan işin ifası için gerekli bulunan hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi nedeniyle işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmelidir. Zira iş sözleşmesinde karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alan iş görme ile ücret ödeme borçlarından birinin ifa edilmemesi durumunda, diğer tarafın edimini ifaya devam etmesi beklenemez. Özellikle işçinin ücretinin tek geçim kaynağı olduğu göz önüne alındığında, ücretinin ödenmemesine rağmen işçiden çalışmasını beklemek, işçinin korunması prensibiyle bağdaşmayacaktır. Böylece işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi, işçi tarafından bir sonraki edim dönemi bakımından iş görme edimini ifa etmesi için bir hazırlık fiili teşkil edecek ve işverenin bu yükümlülüğünü objektif olarak haklı bir neden bulunmaksızın

⁵⁰⁹ Hueck ve Nipperdey, s. 222; Kirschner, s. 845; Söllner, ZfA, s. 9; Capodistrias, s. 56; Haase, s. 27-28.

⁵¹⁰ § 298 Zug-um-Zug-Leistungen – “Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.”

⁵¹¹ Nikisch, s. 345.

ifa etmemesi durumunda ise, alacaklının temerrüdüne düştüğünün kabul edilmesi gerekecektir.

İşverenin alacaklı temerrüdü Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümle işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacağı ve işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceği kabul edilmiştir. İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını doğuran ücretinin ödenmemesi durumunda işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edildiğinde, işçinin bu hakkı kullanarak işi bıraktığı süre boyunca ücretine hak kazanması sonucu doğacaktır.

Bu hususta her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin ücretine hak kazanacağına ilişkin taslak hükmünün kanunlaşma aşamasında mevcut düzenlemeye alınmaması tereddüt yaratsa da, işçinin bu hakkının İş Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenmiş olması Borçlar Hukukunda yer alan genel hükümlere başvurulmasına engel olmayacaktır. Dolayısıyla bu durumun anılan sonuca etki etmeyeceği kanaatindeyiz.

c. İşçinin Ücretinin Mahsup Edilmesi

Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda işveren, alacaklı temerrüdüne düşer ve Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca, işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak işi bıraktığı sürece ücretine hak kazanır. İlgili 408. madde hükmü, işverenin alacaklı temerrüdü halinde işçinin ücretine hak kazanacağını düzenlemekle beraber, hükmün devamında buna ilişkin bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, alacaklının temerrüdü nedeniyle iş görme edimini ifa edemeyen işçinin bu sebeple “yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar”, ücretinden indirilecektir. Anılan düzenlemenin işçinin iş görmekten kaçınması bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorunu önem arz etmektedir.

Bu hususta Bozkurt, söz konusu düzenleme uyarınca işçinin çalışmaması sebebiyle tasarruf ettiği veya başka bir işte çalışarak kazandığı değerler varsa, bunların işçiye ödenecek ücretten mahsup edilmesi gerektiğini, ayrıca işçinin bu dönemde çalışmadığı için ücretinden iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin sigorta

primlerinin kesilmemesi gerektiği görüşünü ifade etmektedir. Buna karşılık yazara göre, işçinin uygun iş imkânını reddetmesi, yani kazanmaktan bilerek kaçınması sebebiyle elde edemediği yararların ücretinden indirilmesine ilişkin düzenleme iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması bakımından uygulamaya uygun değildir. İşçi devam eden iş sözleşmesini sona erdirmek yerine, iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak işveren üzerinde baskı oluşturmak suretiyle ücret alacağını elde etmeye çalışırken, kendisine gelen uygun iş tekliflerini değerlendirmek mecburiyetinde kabul edilemez⁵¹².

Akyiğit'e göre, yine varılacak sonuç, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğine göre farklılık gösterecektir. Nitekim yazara göre, bu hak bir ödemezlik def'i olarak nitelendirilirse, işçinin bu süreçte başka bir işte çalışması mümkündür ve işçinin elde ettiği gelirlerin ve iş görmemesi nedeniyle tasarruf ettiği değerlerin düşülmesi söz konusu olmaz. Buna karşılık işverenin işi kabulde temerrüdü olarak değerlendirilmesi halinde, Borçlar Kanunu'nda yer alan mahsuba ilişkin hükmün burada uygulanması ve söz konusu değerlerin ve işçinin elde ettiği gelirlerin ücretinden düşülmesi gerekir⁵¹³.

Kanaatimizce ilk önce, işçinin iş görmekten kaçındığı sürede işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca ücretine hak kazanacağını kabul edilmesinin sonucu olarak, 408. maddede öngörülen indirimin uygulanması söz konusu olacaktır. Böylece işçinin çalışmadığı sürede yapmaktan kurtulduğu giderler ücretinden düşülebilecektir. Buna karşılık ilgili hükümde yer alan ve işverenin alacaklı temerrüdü durumunda işçinin *“başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar”*ın ücretinden indirileceğine ilişkin hükmün ise iş görmekten kaçınma hakkı çerçevesinde uygulanması mümkün gözükmemektedir. Zira işçiye iş olanaklarını kabul yükümlülüğü yüklenemez. Ayrıca iş görmekten kaçınan işçinin iş sözleşmesi devam etmekte ve işçinin iş görme borcu dışındaki taraf yükümlülükleri varlığını korumaktadır. Bu açıdan işçinin çalışmadığı dönemde başka bir işte çalışması rekabet borcunun ihlali anlamına gelebilecektir.

⁵¹² Bozkurt, s. 91.

⁵¹³ Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 25.

d. İş Görmekten Kaçınmanın Grev Sayılmaması

Çalışmamızın Birinci Bölümünde iş görmekten kaçınma hakkının toplu eylem hakkıyla ilişkisine dair açıklamalarda da yer verildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, işçilerin iş görmekten kaçınarak işi bırakması kanun dışı grev çerçevesinde değerlendirilebilmekteydi⁵¹⁴. 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı yasal dayanağına kavuşmuş ve Kanunun 34. maddesinin 1. fıkrasında, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan ve kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmeyen işçilerin, bu eylemi sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere ilgili hükümde işçilerin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmalarının toplu hale gelmesinin grev olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş, ancak bunun koşulu olarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanmalarının işçilerin kişisel kararına dayanması gerektiği vurgulanmıştır⁵¹⁵.

e. İş Görmekten Kaçınan İşçiler Yerine İşçi Alınmaması ve Bu İşlerin Başkasına Gördürülememesi

İşçilerin ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, işverenin bu işçiler yerine yeni işçi alması ve bu işleri başkalarına yaptırması İş Kanunu'nun 34. maddesinin 2. fıkrasında yasaklanmıştır. İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının getiriliş amacı ve işvereni ücret ödemeye zorlama açısından sahip olduğu baskı unsuru göz önüne alındığında, bu sonucun isabetli olduğu belirtilmelidir. Zira böylece işçi açısından getirilen bu güvencenin etkili olması amaçlanmıştır⁵¹⁶.

Kanunun düzenleniş şekli gereğince, iş görmekten kaçınan işçilerin yerine başka işçi çalıştırma yasağı, hem bu işlerin görülmesi amacıyla işe yeni alınacak işçileri kapsar, hem de bu işlerin “başkalarına yaptırılamayacağı” düzenlendiğinden, işyerinde çalışan diğer işçilere ya da işverenin yakınları, aile üyeleri gibi kişilere de

⁵¹⁴ Bu hususta açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, C.

⁵¹⁵ Bu hususta açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, C, 3.

⁵¹⁶ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 674; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 632.

bu işler gördürülemez. Her ne şekilde olursa olsun işverenin iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin işlerini başkalarına yaptırması yasak olduğundan, bu yasak işverenin işçi açığını işi alt işverene vermek ya da geçici işçi almak gibi hukuki imkânlardan yararlanmasını da kapsamaktadır⁵¹⁷.

Farklı görüşte Göktaş ise, geçici işçi bakımından söz konusu yasağın geçerli olacağını kabul etmekle birlikte, iş görmekten kaçınan işçinin işinin alt işverene verilmesini ayrı tutmakta, alt işverenlik uygulamasının kaçınma hakkının kullanımını doğrudan hedef almadığını ve bu uygulamanın Anayasada güvence altına alınan teşebbüs hürriyetinden doğduğunu ifade ederek, bu halde söz konusu yasağın ihlalden söz etmenin güç olduğunu belirtmektedir⁵¹⁸.

Kanaatimizce baskın görüş tarafından da kabul edildiği üzere, burada söz konusu işlerin başkasına yaptırılması Kanunda açıkça yasaklanmış olduğundan, işverenin kendisi dışında kalan yakını, başka işçiler, alt işveren işçileri ya da geçici işçiler gibi her tür üçüncü kişinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak Kanunda bu işlerin başkasına yaptırılamayacağı düzenlendiğinden, iş görmekten kaçınan işçinin işlerini işverenin bizzat kendisinin yapmasına bir engel bulunmamaktadır⁵¹⁹.

Bu hususta Soyer'e göre, grev yasakları ya da grev esnasında işyerinde çalışmakla yükümlü bulunan işçiler bakımından anılan yasak geçerli olmaz; işveren bu işçiler yerine yeni işçi alabilir ya da bu işleri başkalarına yaptırabilir⁵²⁰. Narmanlıoğlu'na göre de bazı durumlarda işverenin başka işçi çalıştırma yoluna gitmesi istisnai olarak makul görülebilir. Zira işverenin iş görmekten kaçınan işçinin bu davranışı karşısında, özellikle iş sağlığı ve güvenliği yönünde doğuracağı riskleri bertaraf etmek için gerekli önlemleri alması ve bu kapsamda işi başka bir işçiye gördürmesi mümkündür⁵²¹. Aksi görüşte Göktaş'a göre ise, söz konusu yasak iş görmekten kaçınan işçinin işinin niteliği ne olursa olsun geçerli olmalıdır. Yazara göre işyerinin güvenliği ve benzeri sebeplerle devam etmesinde zorunluluk bulunan işler ve bu işlerde çalışan işçiler bakımından da aynı sonuca varmak gerekecek, yine

⁵¹⁷ Akyiğit, Şerh, s. 1574; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 25; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 674; Çopuroğlu, s. 231.

⁵¹⁸ Göktaş, s. 127.

⁵¹⁹ Akyiğit, Şerh, s. 1574.

⁵²⁰ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 675.

⁵²¹ Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 632-633.

bu tür işlerde çalışan işçinin de iş görmekten kaçınması durumunda işveren bu işleri başkasına yaptıramayacak ve yerine yeni işçi istihdam edemeyecektir⁵²².

Bununla birlikte her ne kadar Kanunda bu hususta bir yasak getirilmişse de, işverenin yasağa aykırı davranmasının yaptırımı Kanunda belirlenmemiştir⁵²³. Öğretide bu durum ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ettiğinden, işçinin burada İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesinin ve 26. maddenin 1. fıkrasında yer verilen tazminatı talep etmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵²⁴. Ancak işçiler haklı nedenle fesih hakkını kullanmak yerine işe başlama talebinde bulunurlarsa ve işveren yeni işçi alımı yaptığı için bu işçileri çalıştıramazsa, işveren iş sözleşmelerini haksız feshetmiş olur ve buna ilişkin sonuçlar doğar⁵²⁵. Dolayısıyla burada işverene getirilen bu yasağın bir yaptırımı, iş görmekten kaçınan işçileri işe başlatamayan işverenin iş sözleşmelerini haksız ya da geçersiz feshetmiş olması sonucu olacaktır.

f. İş Görmekten Kaçınan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshedilememesi

İş Kanunu'nun 34. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmeleri, çalışmadıkları gerekçesiyle feshedilemez. Zira burada işçilerin iş görme edimini yerine getirmemeleri meşru bir nedene dayandığından, işçinin işi bırakması ya da devamsızlığı feshe konu edilemez. İşverenin bu yasağa aykırı davranarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi durumunda ise, somut olaya göre geçersiz ya da haksız fesih söz konusu olacak ve bunlara ilişkin hukuki sonuçlar doğacaktır⁵²⁶.

⁵²² Göktaş, s. 128-129.

⁵²³ Çil'e göre Kanunda bu yasağın ihlaline ilişkin bir yaptırım getirilmemesi isabetlidir. Zira yazara göre, işverenin iş görmekten kaçınan işçinin bu davranışının özellikle iş sağlığı ve güvenliği yönünden doğuracağı riskleri bertaraf etmek için gerekli önlemleri alması ve bu kapsamda söz konusu iş başka bir işçiye yaptırması mümkün görülmelidir. Ancak söz konusu işin ifa edilmemesinin iş sağlığı ve güvenliği açısından bir risk taşımaması durumunda ise, bu işin başkalarına yaptırılması yasak olmalıdır. Çil, Ücretin Ödenmemesi, s. 1281; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Çil, Ücret, s. 688.

⁵²⁴ Süzek, s. 385; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 675; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 632; Akyiğit, Şerh, s. 1574; Çil, Ücret, s. 688.

⁵²⁵ Süzek, s. 385-386; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 676; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 632.

⁵²⁶ Süzek, s. 385; Narmanlıoğlu, İş Görmekten Kaçınma, s. 632; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 673; Göktaş, s. 126; Bozkurt, s. 95; Dulay Yangın, s. 226; Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 21.06.2004, 2004/3377 E., 2004/15404 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi4/abc/y9/33.pdf>, (E.T. 06.11.2018); Yarg. 9. HD, 19.04.2016, 2014/32757 E., 2016/9946 K., www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018)

Ancak bunun dışında Kanunda işverenin bu yasağa aykırı davranmasının yaptırım düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu yükümlülüğüne aykırı davranan işveren hakkında idari para cezası öngörülmesi bir yaptırım olarak getirilebilir.

İlgili hükümden de anlaşıldığı üzere, bu yasak işverenin işçinin ücretini ödememesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda işçinin çalışmaması gerekçesiyle yapılan fesihler bakımından söz konusudur. Bunun dışında iş sözleşmesinin başka bir nedene dayanarak, örneğin iş görmekten kaçınma hakkı kullanılırken işyerinde giriş çıkışa engel olunması ya da makinelere bir zarar verilmesi gibi durumlarda, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilmesine bir engel bulunmamaktadır⁵²⁷. Ayrıca işverenin eğer koşulları mevcutsa işletme gereklerine dayanarak işçinin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirmesinin de mümkün olduğu belirtilmelidir⁵²⁸. Zira böyle bir durumda iş sözleşmesi işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması ve çalışmaması nedeniyle değil, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir nedenle feshedilmektedir. Bu bakımdan söz konusu yasak kapsamına girmemektedir.

g. İşçinin Sosyal Sigortalılık Durumu

İş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin çalışmadığı sürelerin çalışılmış gibi sayılacağı ve işçinin bu sürede ücretini de talep edebileceği kabul edildiğinde, diğer önemli bir sorun işçinin çalışmadığı bu dönemde sigortalılık durumunun ne olacağı sorusudur.

İlk olarak, işçilerin iş görmekten kaçındıkları dönemde de sosyal sigorta üyelikleri devam eder. Bu dönemde işçilerin bizim de katıldığımız görüş uyarınca Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca ücrete hak kazanacakları kabul edildiği takdirde, ücret üzerinde sosyal sigorta primlerinin tahakkuk ettirilerek ödenmesi gerekir⁵²⁹. Aksi halde işçinin analık ve hastalık sigorta kolları bakımından sigortalılığı belirli sürelerin geçmesiyle sona erecektir. Nitekim 5510 sayılı Sosyal

⁵²⁷ Süzek, s. 385-386; Süzek, Ücretlerin Ödenmemesi, s. 211-212; Akyiğit, Çalışmaktan Kaçınma, s. 26; Günay, Ücret Ödemede Gecikme, s. 48; Göktaş, s. 125.

⁵²⁸ Bozkurt, s. 97.

⁵²⁹ Başterzi, s. 194.

Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 9. maddesinde 4/a ile çalışan sigortalıların kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık hallerinin iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihte son bulacağı kabul edilmiş, buna karşılık sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, hastalık ve analık sigortaları bakımından sigortalılığın, bu hallerin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu haller dışında kalan diğer durumlarda ise, hastalık ve analık sigortası bakımından sigortalılık halinin iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak sona ereceği kabul edilmiştir⁵³⁰. İş görmekten kaçınma hakkının kullanılması da bu diğer hallerden biridir⁵³¹.

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ BAKIMINDAN İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI (İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU MADDE 13)

A. İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu

İş sözleşmesi tarafların karşılıklı iradeleri ile kurulan, iki tarafa karşılıklı borç yükleyen ve sürekli nitelik taşıyan bir sözleşmedir. Süreklilik arz eden ve işçinin kişiliğini ön plana çıkararak taraflar arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması, kural olarak sosyal ve ekonomik açıdan işverene nazaran zayıf durumda bulunan ve işverene bağımlı olarak çalışan işçinin, ortaya çıkabilecek çeşitli tehlikelere karşı korunması gerekliliğini doğurur⁵³². İş sözleşmesinin kişisel ilişki kurulmasını sağlayan bu özelliği, işveren açısından işçiye zarar verebilecek her tür davranıştan kaçınma, işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünü ortaya çıkarır⁵³³. Zira işverene

⁵³⁰ Ali Güzel ve Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.

⁵³¹ Sarıbay Öztürk, s. 149.

⁵³² Eren, İşverenin Sorumluluğu, s. 35; Soyer, s. 29-30; Narmanlioğlu, s. 320; Tunçomağ ve Centel, s. 134; Sarper Süzek, **İş Güvenliği Hukuku**, Ankara, 1985, (İş Güvenliği), s. 176; Süzek, s. 399; Aktay ve diğerleri, s. 119; Güzel, *Intuitus Personae*, s. 180-184; Akyiğit, s. 43; Levent Akın, **İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 91; Aydın, s. 98-99; Senyen-Kaplan, s. 186; Kaplan, *Koruma Borcu*, s. 6.

⁵³³ Hueck-Nipperdey, s. 129; Uluşan, s. 20-21; Tunçomağ ve Centel, s. 134; Narmanlioğlu, s. 320; Süzek, *İş Güvenliği*, s. 176; Süzek, s. 399; Çelik ve diğerleri, s. 339; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 704; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 185; Güzel, *Intuitus Personae*, s. 182; Aktay ve diğerleri, s. 119; Senyen-Kaplan, s. 186; Kaplan, *İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 24; Kaplan, *Koruma Borcu*, s. 6; Akın, s. 91; İbrahim Aydın, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik

bağımlı olarak çalışan ve işverenin emir ve talimatlarına bağılı olarak iş görme borcunu yerine getirmekle yükümlü olan işçinin, hayat ve vücut bütünlüğü ile kişilik değerlerinin zarar görmeye müsait hale gelmesi sebebiyle, korunması gereksinimi doğmaktadır⁵³⁴.

Koruma ve gözetme borcu öğretide, işverenin iş sözleşmesiyle çalıştırdığı işçileri korumak, gördüğü iş nedeniyle uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almak ve işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zarar verici davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülüklerinden oluşan bir borç olarak tanımlanmaktadır⁵³⁵. İşçiyi koruma ve gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur, içeriğinin önceden sınırlı bir şekilde saptanması mümkün değildir⁵³⁶. Bu borcu çerçevesinde işveren, iş sözleşmesinin kişisel niteliği de dikkate alındığında, hem işçinin kişiliğinin hem de yaşamının, sağlığının ve beden bütünlüğünün iş tehlikelerine karşı korunmasını sağlama yükümlülüğü altındadır. Ancak söz konusu yükümlülük bunlarla sınırlı değildir; mevzuatta yer verilen ve işverene işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü yükleyen hallerin yanı sıra, işverenin koruma borcunun kapsamı dürüstlük ve iyiniyet kuralı çerçevesinde belirlenir⁵³⁷.

Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XIX, Kasım 2005, (İşçinin Kişiliğinin Korunması), s. 23.

⁵³⁴ Ulsan, s. 2; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s. 35; Güzel, Intuitus Personae, s. 182; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 31-32; Senyen-Kaplan, s. 186; Kaplan, Koruma Borcu, s. 6; Aydın, s. 111; Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 23.

⁵³⁵ Ulsan, s. 1.

⁵³⁶ Ulsan, s. 1; Süzek, s. 399; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 705; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 185; Eyrenci ve diğerleri, s. 173; Levent Akın, “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Mart 2006, (Gözetme Borcu), s. 152; Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 24.

⁵³⁷ Ulsan, s. 2; Süzek, s. 399; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 705; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 185; Eyrenci ve diğerleri, s. 173; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 24; Akın, Gözetme Borcu, s. 152; Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 24; İşverenin koruma ve gözetme yükümlülüğünün hukukî dayanağı konusunda öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bunlardan en temeli bu borcu dürüstlük kuralına ve taraflar arasında ortaya çıkan güven ilişkisine dayandıran görüştür. Buna göre dürüstlük kuralı, tüm borç ilişkilerinde olduğu gibi iş ilişkisinde de taraflardan beklenen temel bir ödevdir. Tarafları arasında sıkı bir güven ilişkisi kuran iş sözleşmesinde de, taraflar birbirlerine zarar vermeme ve özen gösterme yükümlülüğü altında olduğundan, işverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün temeli dürüstlük kuralına dayandırılmalıdır. Öğretide, işçiyi koruma yükümlülüğünün hukukî niteliğini iş sözleşmesinin genel özelliklerine bağlayan görüşler de ileri sürülmektedir. Bir kısım yazara göre işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü, işçinin sadakat yükümlülüğünün karşılığı niteliğinde görülmeliyken diğer bir görüş ise işçiyi koruma yükümlülüğünü, iş sözleşmesinin kişisel niteliğine dayandırmaktadır. Zira buna göre iş ilişkilerinde işin ifası, tamamıyla işçinin kişisel emeği ile gerçekleştirildiğinden, işçinin işverene bağımlı niteliği ve işverenin hakimiyet sahası içerisinde yer alması nedeniyle işçiyi koruma yükümlülüğünün hukuki dayanağı, iş sözleşmesinin kişisel ve bağımlı niteliğine dayanmaktadır. Öğretide işverenin koruma ve gözetme yükümlülüğünü borç ilişkisi içerisinde yer alan yükümlülük türleri açısından ele alan görüşler de mevcuttur. Bir görüşe göre, bu yükümlülük iş sözleşmesinden doğan aslî edim

İşçinin korunması ve gözetilmesi amacıyla özellikle işyerinde yürütülen faaliyete bağlı olarak işçilerin maruz kaldığı ya da kalabileceği iş tehlikeleri karşısında, yaşam ve vücut bütünlüğünün korunması konusunda işverenlere çeşitli koruma yükümlülükleri yüklenmiştir. Ülkemiz bakımından özellikle sıklıkla ortaya çıkan iş kazası ve meslek hastalıkları, önemli bir sorun teşkil etmekte, bunları önlemek ve ayrıca bu tür durumlarda ortaya çıkan zararı gidermek konularında çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır.

İşçinin kişiliğinin, yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması, işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamında yer alan en temel yükümlülüklerdir. Zira bunlar hem Anayasa hem de kanunlarla kabul edilmiş ve söz konusu değerler güvence altına alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkına sahip olduğuna ilişkin 17. maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 19. maddesi, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğünü ifade eden 24. ve 25. maddeleri ve küçüklerin ve kadınların çalışma koşulları bakımından özel olarak korunacağını düzenleyen 50. maddesi işçiyi koruyucu nitelikte düzenlemelerdir.

Türk Borçlar Kanunu'nda ise, işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü en temel şekliyle 417. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda karşılık gelen 332. madde düzenlemesine paralel olarak işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ve araç gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanı sıra 417. madde hükmü, eski Borçlar Kanunu'nun 332. maddesine nazaran, işçinin kişiliğinin korunması hususunda ayrıntılı bir hüküm getirmiş ve işçinin iş sağlığı ve güvenliği açısından korunmasının yanında işçinin kişiliğinin korunması prensibini de hüküm altına almıştır. Anılan hükümle genel olarak işverenin iş ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak, dürüstlük kuralına uygun bir

yükümlülüklerinden biri olarak kabul edilmeliyken; bu yükümlülüğü yan edim yükümlülüğü veya yan yükümlülük olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur. Gözetme borcunun hukuki dayanağı hakkındaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uluşan, s. 4-19; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 27-30; Betül Erkanlı, **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 49-52.

çalışma ortamı sağlamak, işçileri tacizlere karşı korumakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir⁵³⁸.

İş mevzuatında işçinin korunması ve gözetilmesine ilişkin pek çok hüküm bulunmaktadır. Özellikle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler, yakın bir döneme kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almaktaydı. 20.06.2012 tarihinde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kabul edilmesi ve 30.06.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle, daha önce İş Kanunu'nda yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler ayrı bir kanun altında toplanarak düzenlenmiş, ayrıca yeni ve önemli hükümler getirilmiştir.

B. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun en temel şeklini işçinin işyerinde karşılaşılabileceği iş tehlikelerine karşı yaşamının, vücut bütünlüğünün ve sağlığının korunması oluşturmaktadır. Bu bakımdan işverenlerin temel yükümlülüklerinden biri, işyerinde işçilerin iş tehlikelerine maruz kalmaması için gerekli tedbirleri almalarıdır. İşyerinde yaşanabilecek tehlikelerin önlenmesi açısından iş organizasyonunun önemli bir payı vardır. Özellikle çalışanların işe

⁵³⁸ İlgili hüküm şu şekildedir: “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir.”; Alman Hukukunda işverenin işçiyi koruma borcu, Alman Medeni Kanunu'nun 618. maddesinde düzenlenmiş ve işverene işçilerin yaşam ve sağlıklarının korunması için iş tehlikelerine karşı önlem alma yükümlülüğü getirilmiştir. BGB § 618 Pflicht zu Schutzmaßnahmen: “(1) Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

(2) Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafrums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

(3) Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatz die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 entsprechende Anwendung.”

uygun seçilmesi, kadın ve genç işçilere uygun işler verilmesi, dinlenme süreleri verilerek işçilerin dinlenmelerinin sağlanması, işçilerin işyerinde kullanılacak alet ve makineler konusunda bilgilendirilmesi ve çıkabilecek tehlikeler konusunda uyarılması, makine ve teçhizatın işçilerin çalışmasına uygun ve güvenli hale getirilmesi gibi önlemler işçinin iş tehlikelerine karşı korunması bakımından önem taşımaktadır⁵³⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin korunmasına ilişkin 417. maddesinin 2. fıkrasında, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için "gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak" ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Böylece işverene genel olarak işyerinde gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmekle beraber, somut olarak ne tür önlemlerin alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Burada işin niteliği, işyeri veya işletmenin ekonomik ve teknik özellikleri ve yapısı gibi özellikler göz önüne alınarak işverence alınması gereken önlemlerin tespit edilmesi gerekecektir⁵⁴⁰. Anılan hükümde işverenin işyerinde işçiyi koruyucu önlemleri almasından bahsedildiğinden, işçinin fiilen iş görme edimini ifa ettiği yerin yanı sıra, işyerinde bulunan diğer alanlar ile işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlarda (İş K. m. 2) da işverenin bu yükümlülüğü devam edecektir⁵⁴¹.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin korunması amacıyla 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverenlere pek çok yükümlülük getirilmiştir. İşverenlerin genel yükümlülükleri, Kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁴². Bu düzenlemeyle, işyerinde ortaya çıkabilecek risklerin önlenmesi açısından işverenlere her türlü önlemin alınması gibi geniş bir yükümlülük yüklenmiştir.

⁵³⁹ Eren, İşverenin Sorumluluğu, s. 48-71; Tunçomağ ve Centel, s. 135; Eyrenci ve diğerleri, s. 361; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 31-32; Kaplan, Koruma Borcu, s. 8; Aktay ve diğerleri, s. 121-122; Ertürk, İş Sağlığı, s. 14-15; Aydemir, Murteza, s. 81-93; Topuz, s. 460.

⁵⁴⁰ Bu hususta bilgi için bkz. Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 39-49.

⁵⁴¹ Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 11-12; Kaplan, Koruma Borcu, s. 8.

⁵⁴² İlgili hüküm şu şekildedir: "(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır."

Burada işverenler tarafından alınması gereken önlemlerin kapsamının belirlenmesi önem taşır. Zira Kanunda genel olarak ifade edilmekle birlikte işverenin alması gereken önlemler somut olayda her işyerinin ekonomik ve teknolojik yapısına göre farklılık gösterecektir. Özellikle yapılan işin niteliği, işyerinin teknik yapısı gibi etmenler işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün sınırını oluşturmada dikkate alınmalıdır⁵⁴³. Gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer verilen bu hükümlerde çok geniş olarak sözü edilen “her türlü tedbir” ifadesinin, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında belirlenen kuralların yanı sıra, bilim, tecrübe ve tekniğin ulaşabildiği her türlü önlemlerin alınmasını da kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁴⁴. Nitekim bu hususta Yargıtay da kararlarında işverenin her türlü önlemi alma yükümlülüğünün, iş sağlığı ve güvenliği kurallarıyla belirlenenlerin yanı sıra, hayatın olağan akışı içerisinde oluşabilecek tehlikeleri gidermeye yönelik çalışmaları da kapsayacağını kabul etmektedir⁵⁴⁵. Aksi halde işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünü yerine

⁵⁴³ Ulsan, s. 48; Aktay ve diğerleri, s. 122; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 39-49; Özgür Oğuz, **AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 107; Sarıbay Öztürk, s. 16-18; Leyla Kılıç, **İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, (İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama), s. 42.

⁵⁴⁴ Eren, İşverenin Sorumluluğu, s. 38; Süzek, s. 412; Sarper Süzek, “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, (İşçi Sağlığı), s. 307-308; Sarper Süzek, “İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, (İşverenin Yükümlülükleri), s. 508; Eyrenci ve diğerleri, s. 362; Akin, Gözetme Borcu, s. 153; Levent Akin, “İş Sağlığı ve Güvenliği”, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum, 2005, (Seminer Notları), s. 305; Aydın, s. 111-112; Göktepe, s. 213; Murteza Aydemir, s. 84; Gaye Baycık, “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, **AÜHFD**, Cilt: 60, Sayı: 2, 2011, (İnşaat İşverenin Yükümlülükleri), s. 233; Sarıbay Öztürk, s. 18; Oğuz, s. 107; Seda Arslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, s. 777; Ulsan’a göre, işveren teknik yönden alınması mümkün olan bütün önlemleri almak zorunda değildir. İşverenin bu yükümlülüğü, işin niteliği ile somut iş ilişkisinin özellikleri nazara alındığında kendisinden beklenebilecek önlemleri almakla sınırlı olmalıdır. Ancak önlem almayan işveren, tehlikeye karşı mevcut bulunan önlemleri bilmediği ya da bu önlemlerin alınmasının adet olmadığı savunmasını ileri süremez. Ulsan, s. 41-42; Bununla birlikte maddenin ilk şeklinde işverencilere iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bilim ve teknolojiye gelişmeleri izleme ve uygulama zorunluluğu getirilmişken, bu hükmün işverenleri aşırı yük altına sokacağı, özellikle küçük işverenleri altından kalkamayacakları bir yük altına sokacağı gerekçesiyle eleştirilmesi üzerine söz konusu hüküm mevcut düzenlemeden çıkarılmıştır. Can Tuncay, “Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği”, **İşveren Dergisi**, Cilt: 41, Sayı: 10, Temmuz 2003, (İşçi Sağlığı), s. 9.

⁵⁴⁵ Bu hususta bkz. Yarg. 10. HD, 27.05.2008, 2008/2626 E., 2006/7283 K., www.kazanci.com, (E.T. 06.11.2018).

getirmiş sayılamayacaktır⁵⁴⁶. İşveren burada bilim ve tekniğin gerektirdiği her türlü önlemi almakla yükümlü olduğundan, ekonomik ya da teknik yetersizliğini, tecrübesizliğini ya da bilimsel ve teknik ilerlemelerin izlenmesinin uzmanlık gerektirdiğini ileri sürerek sorumluluktan da kurtulamayacaktır⁵⁴⁷. Yine işverenlerin işçilerin tecrübeli olması ya da dikkatli davranmaları durumunda gerekli olmayacağı gibi gerekçelerle önlem almaktan kaçınması da makul görülmeyecektir⁵⁴⁸.

Benzer bir hüküm 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 77. maddesinde de yer almaktaydı. Nitekim anılan hükümle işverenlerin, *“işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak”*la yükümlü oldukları belirtilmiş, ayrıca *“işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek”* zorunda oldukları ifade edilmişti⁵⁴⁹. Yeni düzenleme de eski düzenlemeye paralel olarak, işverenin gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü olduğunu belirtmekle birlikte bazı yenilikler de getirmiştir. Nitekim anılan düzenlemede yeni olarak işverenin iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu kurma yükümlülüğüne açıkça yer verilmiş, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun sürekli iyileştirilmesi amacına yönelik çalışmalar yapma yükümlülüğünden söz edilmiştir⁵⁵⁰.

Kanunda işverene genel olarak önlem alma yükümlülüğü getirilmekle beraber, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri bununla sınırlı değildir. Nitekim aynı hükümde işverenin gerekli eğitim ve bilgileri vermek ve gerekli araç gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmak, ayrıca işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini denetlemek, izlemek

⁵⁴⁶ Eren, İşverenin Sorumluluğu, s. 38; Süzek, İşverenin Yükümlülükleri, s. 509.

⁵⁴⁷ Uluşan, s. 41-42; Eren, İşverenin Sorumluluğu, s. 38, 40; Süzek, İşverenin Yükümlülükleri, s. 509; Akın, Gözetme Borcu, s. 153; Akın, Seminer Notları, s. 305; Aydınli, s. 112; Sarıbay Öztürk, s. 19; Kılıç, İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama, s. 44.

⁵⁴⁸ Bu hususta bkz. Yarg. 21. HD, 2014/1282 E., 2014/8662 K., Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 1, 2015, s. 513-518.

⁵⁴⁹ Bilgi için bkz. Leyla Kılıç, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, Sayı: 22, s. 94-99.

⁵⁵⁰ Fuat Bayram, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 19, Eylül 2010, (İş Sağlığı), s. 50.

ve uygunsuzlukları gidermekle yükümlü olduğu da kabul edilmiştir. Ayrıca risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak, çalışanlara verilen görevlerde bu kişilerin işe uygunluklarını gözetmek, yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri almak da aynı maddede işverenin yükümlülükleri arasında sayılmıştır⁵⁵¹.

İşverenin bu yükümlülüklerinden doğan sorumluluğunun kapsamı da oldukça geniş tutulmuştur. Nitekim işverenin söz konusu yükümlülüklerini yerine getirirken uzman kuruluşlardan hizmet alması halinde, bu durumun yükümlülüklerinden doğacak sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Benzer şekilde işyerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği bakımından sahip oldukları yükümlülüklerin işverenin sorumluluğunu etkilemeyeceği de 4. maddede kabul edilen önemli hususlardan biridir (m. 4/III).

C. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması Durumunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

1. İşçinin Hakları

İşçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde, işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, işyerinde ortaya çıkabilecek iş tehlikelerine karşı işçiyi korumak ve bunun için gerekli tedbirleri almak, işçinin işyerinde işi ifa edebilmesi için elverişli ve sağlıklı bir çalışma ortamını sağlamakla yükümlüdür. Aksi halde işverene belirli yaptırımlar uygulanması ve sorumluluğunun doğması söz konusu

⁵⁵¹ İşverenin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülükleri hakkında bilgi için bkz. Süzek, İşverenin Yükümlülükleri, s. 507-528; Ertürk, İş Sağlığı, s. 13-24; Gülsevil Alpagut, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, **İşveren Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3, Mayıs-Haziran 2012, (İş Sağlığı), s. 101-103; Ömer Ekmekçi, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 5, Mart 2007, (Taslak), s. 23-29; Ömer Ekmekçi, “Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı”, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-Haziran 2008, s. 8-11; Akın, s. 92 vd.; Haluk Hadi Sümer, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Güncellenmiş İkinci Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 105-187; Sarıbay Öztürk, s. 16-48; Murteza Aydemir, s. 81 vd.; Mahmut Kabakçı, “6331 Sayılı Kanun’un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m. 5) İşlevi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, Mart 2013, (Risklerden Korunma), s. 62-75; Arslan, s. 774-801; Ayrıca iş sağlığı ve güvenliğine hakim olan ilkeler ve işverenin yükümlülüklerine ilişkin olarak bilgi için bkz. Fuat Bayram, “Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Hakim Olan İlkeler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 7, 2005, s. 1110-1123 (İlkeler).

olacaktır⁵⁵². İşverenin bu yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda ortaya çıkan sağlıksız ve iş tehlikelerinin bulunduğu bir işyeri ortamında işçiden iş görme edimini ifa etmesi beklenemez. İşverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği ve gerekli önlemleri almadığı durumlarda işçinin birtakım hakları mevcuttur. Bu haklar genel olarak, işçinin katılım hakkı (m. 18), İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna veya işverene başvuru hakkı (m. 13/I), idari makamlara ihbar ve şikâyet hakkı, çalışmaktan kaçınma hakkı (m. 13/II), iş sözleşmesini derhal feshetme (m. 13/IV) ve tazminat talep etme hakları olarak ifade edilebilir⁵⁵³.

2. İşçinin İş Görmekten (Çalışmaktan) Kaçınma Hakkı

a. Genel Olarak

İşverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve iş tehlikelerinin ortaya çıkmaması için gereken önlemleri almaması durumunda işçinin sahip olduğu haklar arasında en önemlilerinden biri, çalışmamızın temel konusunu oluşturan işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, 6331 sayılı Kanundaki ifadesiyle “çalışmaktan kaçınma hakkı”dır⁵⁵⁴. İş sağlığı ve güvenliği bağlamında bu hak, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlike ortaya çıkması durumunda, tehlike devam ettiği sürece işçinin iş görme edimini yerine getirmekten meşru bir temele dayanarak kaçınması olarak tanımlanabilir⁵⁵⁵. Söz konusu hak, kişisel bir

⁵⁵² İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymamasının sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Ekin, **İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 41 vd.

⁵⁵³ İşçinin sahip olduğu haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 6, 2005, (İşçilerin Hakları), s. 610-620; Sümer, s. 195 vd.; Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2013, (Çalışanların Hakları), s. 112-165; Sarıbay Öztürk, s. 53-214.

⁵⁵⁴ Söz konusu hak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda “Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” başlığı altında düzenlendiğinden, çalışmamızın bu kısmında işçinin “iş görmekten kaçınma hakkı” yerine “çalışmaktan kaçınma hakkı” teriminin kullanılması tercih edilecektir.

⁵⁵⁵ Aydınli, s. 240; Aydınli, İş Görmekten Kaçınma, s. 18; Göktas, s. 216; Lütfi İnciroğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, s. 812; Derya Balık, “İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu Madde 83)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, 2010, s. 1094.

ilişki kurulmasına yol açan iş ilişkilerinde işverenin koruma yükümlülüğünden kaynaklanmasının yanı sıra, aynı zamanda henüz zarar ortaya çıkmadan belirli şartlar altında kullanılabildiğinden, iş sağlığı ve güvenliği tehlikelerine karşı önleyici bir yaptırım olma özelliğini de taşır⁵⁵⁶.

İşçinin işveren tarafından işyerinde alınması gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması durumunda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu hem Türk Hukukunda hem de Alman Hukukunda yaygın olarak kabul edilmektedir. Türk Hukukunda konu 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir. Bununla birlikte İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de genel olarak işçinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda iş görmekten kaçınabileceğinin kabul edildiği ve bunun işverenin alacaklı temerrüdü hükümlerine dayandırıldığı görülmektedir⁵⁵⁷. Öğretide bu hakkın hukuki niteliği konusunda çeşitli tartışmalar bulunmakla beraber, genel olarak işçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ve buna bağlı olarak da iş tehlikelerinin ortaya çıkması nedeniyle işi bırakmasının, işverenin alacaklı temerrüdünün bir sonucu olduğu, zira işverenin işçiyi koruma ve işyerinde tehlikeleri önleyici gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü ihlali sonucunda alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmektedir. Bu husustaki öğreti görüşleri ile tartışmalara çalışmamızın birinci bölümünde yer verildiğinden, o kısımdaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinmekteyiz⁵⁵⁸.

Kanaatimizce de bu hakkın hukuki temeli işverenin alacaklı temerrüdüne dayanmaktadır. İşçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde, işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, işçinin işyerinde ortaya çıkabilecek iş tehlikelerine karşı işçiyi korumak ve bu açıdan gerekli tedbirleri almak, işçinin işyerinde işi ifa edebilmesi için elverişli ve sağlıklı bir çalışma ortamını sağlamakla yükümlüdür. İşverenin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi ve işyerinde işin ifası için uygun olmayan ya da sağlıksız bir ortamın söz konusu olması durumunda ise, işyerinde işin ifası için

⁵⁵⁶ Aydın, s. 238; İbrahim Aydın, **İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, (Sorumluluk), s. 234; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 16-18; Topuz, s. 477.

⁵⁵⁷ Bu yönde bkz. Uluhan, s. 43; Süzek, İş Güvenliği, s. 186; Seza Reisoğlu, s. 209.

⁵⁵⁸ Hakkın hukuki niteliği ve öğretideki tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm, III, B.

gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmemiş olacağından, alacaklının temerrüdüne düşmesi sonucu doğacaktır⁵⁵⁹.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin ilk yasal düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesiyle yapılmıştır. Söz konusu 83. madde hükmü, işçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçini sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikeyle karşılaşması durumunda iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespiti ve önlemlerin alınmasını isteyebileceği, kurulun olumlu kararı üzerine de gerekli önlemler alınana kadar edimini ifadan kaçınabileceği kabul edilmişti⁵⁶⁰.

30.06.2012 tarihinde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmış ve konu bu Kanunla düzenlenmiştir. Bu çerçevede işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına, eski düzenlemeye benzer yönde 6331 sayılı Kanunun 13. maddesinde yer verilmiştir⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Bu yönde bkz. Uluşan, s. 43; Süzek, İş Güvenliği, s. 186; Capodistrias, Festschrift, s. 107; Haase, s. 69-70; Tunçomağ ve Centel, s. 117; Soyer, s. 166; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 681; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 403; Akyiğit, Şerh, s. 2107; Akyiğit, Başka İşde Çalışma, s. 153; Kaplan-Seneyen, İşgörmeye Edimi, s. 571; Baştterzi, s. 194; Baştterzi, Temerrüt, s. 242; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 27; Kılıç, İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama, s. 127.

⁵⁶⁰ İlgili hüküm şu şekilde düzenlenmişti: “İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar işçiye yazılı olarak bildirilir.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde talep, işveren veya işveren vekiline yapılır. İşçi tesbitin yapılmasını ve durumun yazılı olarak kendisine bildirilmesini isteyebilir. İşveren veya vekili yazılı cevap vermek zorundadır.

Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbirin alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, bu Kanunun 24 üncü maddesinin (1) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir.

Bu Kanunun 79 uncu maddesine göre işyerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde bu madde hükümleri uygulanmaz.”

⁵⁶¹ İlgili hüküm şu şekildedir: “(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

(2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.

Söz konusu yeni düzenleme mülga hükme paralel yönde olmakla birlikte, bazı yönden farklılıklar taşımaktadır. En önemlilerinden biri, yeni düzenlemede çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının iki farklı esasta tanınmış olmasıdır. İlki; işyerinde ortaya çıkan ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde kurula ya da işverene başvurarak bu hakkın kullanılması, ikincisi ise, belirli koşulların varlığı halinde işçilerin söz konusu usule uymaksızın çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanmalarıdır. Çalışmamızda da her iki durum ayrı ayrı incelenecektir. Ayrıca söz konusu iki hüküm kıyaslandığında, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı veren tehlikenin niteliğinde de bazı değişiklikler öngörüldüğü söylenebilecektir. Çalışmamız içerisinde konu incelenirken getirilen değişikliklere de yer verilecektir.

Alman Hukukunda da genel olarak işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranması ve işyerinde işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü çerçevesinde gerekli önlemleri almaması durumunda, işverenin işin ifası için gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmemiş olduğu, böylece Alman Medeni Kanunu'nun 298. ile 615. maddelerinde düzenlenen alacaklı temerrüdüne düşeceği, bunun sonucu olarak da işçinin iş görme edimini ifa etmekle yükümlü olmayacağı kabul edilmektedir⁵⁶². Anılan 615. maddede işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, işçinin ücretini ödemekle yükümlü olduğu ve işçinin daha sonra söz konusu edimi ifa ile yükümlü tutulamayacağını düzenlemektedir⁵⁶³. Böylece işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucunda, işçi iş görme edimini ifa etmekle yükümlü olmayacak, çalışmamasına rağmen ücretine de hak kazanacaktır. Bu nedenle öğretide bir görüş tarafından, burada işçinin Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkına başvurmasına da gerek bulunmadığı, işçinin zaten iş görme edimini ifa ile yükümlü tutulamayacağı ifade

(3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz."

⁵⁶² Bu hususta bkz. Kirschner, s. 845; Söllner, ZfA, s. 17-18; Capodistrias, Festschrift, s. 106-109; Haase, s. 69.

⁵⁶³ § 615 Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko – "Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt."

edilmektedir⁵⁶⁴. Diğer görüşe göre ise, işverenin işçiyi koruma ve işyerinde önlem alma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda işçinin 273. madde uyarınca iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır⁵⁶⁵.

b. Uluslararası Belgelerde Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ülkemiz tarafından 07.01.2004 tarih ve 5038 sayılı uygun bulma kanunu⁵⁶⁶ ile onaylanan “İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi” nin 13. maddesinde, çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin bir hükme yer verilmiştir⁵⁶⁷. Söz konusu hüküm, “*Sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulamaya uygun bir şekilde korunacaktır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda olduğu gibi, anılan hükümde de çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için tehlikenin ciddi ve yakın olması aranmış, hayati olması ise aranmamıştır. Buna karşılık söz konusu hükmün hukukumuzdaki düzenlemeden farkı, işçinin bu hakkı kullanabilmesinin işveren ya da başka bir merciin onayına bağlanmamış olması, hakkın kullanılmasının işçinin kendi takdir ve kanaatine bırakılmasıdır⁵⁶⁸.

Bununla birlikte Sözleşmede yer alan ve bu hükmün tamamlayıcısı niteliğinde olan 19. maddeye göre ise,

“Bir işçi, hayatı ve sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturduğuna ve yakında vuku bulacağına haklı gerekçelerle inandığı herhangi bir durumu, derhal bir üstüne rapor eder; ve işveren bu durumun giderilmesi için gerekli önlemleri alıncaya kadar yaşam ve sağlık için ciddi tehlike oluşturmaya devam eden çalışma alanına işçilerin dönmelerini isteyemez.”

⁵⁶⁴ Kirschner, s. 845; Capodistrias, Festschrift, s. 106-109; Haase, s. 69-70; Ayrıca bkz. Söllner, ZfA, s. 16 ve dn. 60’ta yer verilen yazarlar.

⁵⁶⁵ Söllner, ZfA, s. 16-17; Hollstein, s. 18; Thomas Molkentin, “Das Recht auf Arbeitsverweigerung bei Gesundheitsgefährdung des Arbeitnehmers”, NZA, Heft 16, 1997, s. 852.

⁵⁶⁶ RG, 13.01.2004, Sayı: 25345.

⁵⁶⁷ Sözleşme hakkında bilgi için bkz. Can Tuncay, “ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, (İş Sağlığı), s. 48-49; M. Bülent Alpar, “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı ILO Sözleşmesi İle İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı”, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, s. 3-7, <http://kamu-is.org.tr/pdf/7246.pdf>, (E.T. 20.11.2018).

⁵⁶⁸ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 406; Sarıbay Öztürk, s. 58; Balık, s. 1005.

Böylece yakın ve ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalan işçi, herhangi bir kurul ya da merci onayına tabi olmadan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecekse de, işyerindeki tehlike halini üstlerine derhal bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Özellikle işverenin tehlike gerçekleşmeden durumdan haberdar olması ve işyerinde çalışan diğer işçilerin bu tehlikeden korunabilmesi açısından bildirim yapılması önem taşımaktadır⁵⁶⁹. Bundan başka, söz konusu hükümde işverenin gerekli önlemleri alıncaya kadar işçilerin işe dönmelerini isteyemeyeceği de açıkça düzenlenmiştir.

Aynı yönde, Sözleşme'nin 5. maddesinde de *“Sözleşmenin 4. maddesinde atıfta bulunulan politikaya uygun olan eylemlerinde, işçilerin ve temsilcilerinin disiplin cezalarına karşı korunması”* hükmü getirilmiş, bununla bağlantılı olarak bahsedilen politikanın amacı, Sözleşme'nin 4. maddesinde *“işle bağlantılı olan veya işin yürütümü sırasında ortaya çıkan kaza ve yaralanmaları, çalışma ortamında bulunan tehlike nedenlerini mümkün olduğu ölçüde asgariye indirerek önlemek”* olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeler ışığında, işçinin 13. maddeye dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde, işçiye herhangi bir disiplin cezası uygulanmayacağı ifade edilerek bir koruma sağlandığı söylenebilecektir⁵⁷⁰.

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü ve işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı, Avrupa Birliği'nin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi'nde de düzenlenmiştir⁵⁷¹. Yönergenin amacı, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için önlemler almaktır. Bu amaçla Yönerge, mesleki tehlikelerin önlenmesi, sağlık ve güvenliğin korunması, kaza ve tehlike faktörleri, bilgilendirme, danışma, yönetime katılma, işçi ve temsilcilerinin eğitimi konusunda genel prensipleri içermektedir (m. 1).

Yönerge, hem kamu hem de özel sektör bakımından uygulama alanı bulmaktadır (m. 2/I). Bu Yönerge kapsamında işverenlerin, sorumlulukları

⁵⁶⁹ Sarıbay Öztürk, s. 59.

⁵⁷⁰ Sarıbay Öztürk, s. 61-62.

⁵⁷¹ ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/direktifler/89-391.doc (E.T. 28.04.2016); Ayrıca Direktif hakkında bilgi için bkz. Tuncay, İş Sağlığı, s. 49-52; Mustafa Alp, “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 1, 2004, (Sosyal Hak), s. 30-31; Mahmut Kabakçı, **Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu**, İstanbul, 2009, (İşverenin Yükümlülükleri), s. 11 vd.; Oğuz, s. 55-95.

çerçevesinde çalışan kişilerin sağlığını ve güvenliğini korumak, mesleki tehlikeleri önlemek, bilgilendirme, eğitim ve kurumsal gereklilikler için her türlü önlemi almakla yükümlü oldukları ve durumu daha iyiye götürmek için değişen koşullara uyum sağlamaya hazır olmaları gerektiği ifade edilmiştir.

Çalışmaktan kaçınma hakkı ise, Yönergenin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, işyerinde bir tehlike olması durumunda tehlike anında işi veya tehlikeli bölgeyi terk eden işçi, yasalarca korunacak ve dezavantajlı duruma düşmeyecektir. Ayrıca aynı düzenlemede işverenin tehlikeye maruz kalacak işçilere hemen haber vermek ve alınan önlemleri açıklamak, ciddi bir tehlike karşısında olan işçilerin işi durdurmaları veya işyerini terk etmeleri ve güvenli bir yere gitmeleri konusunda harekete geçmek ve talimatlar vermekle yükümlü olduğu ifade edilmiş ve ayrıca tehlike devam ettiği sürece, işverenin işçilerden işe devam etmelerini istemeyeceği kabul edilmiştir (m. 8/III-IV).

c. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Uyarınca Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları

(1) Ciddi ve Yakın Bir Tehlikenin Varlığı

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için ilk önce işyerinde bir tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Tehlike kavramı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde "*İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli*" olarak tanımlanmıştır (m. 3/p). İşyerinde tehlike hali pek çok sebepten doğabilir. Bir işyerinde ışıklandırmanın yetersizliği, toz, gaz, buhar, gürültü, basınç, ısı, nem gibi yetersiz fiziksel ve ergonomik koşullar ile güvensiz makine ve teçhizat kullanılması, uzun çalışma saatleri gibi işçileri tehlikelere açık hale getiren sebepler, işyerinde ortaya çıkan tehlike hallerindendir. Yine örneğin sanayide kullanılan cıva gibi metaller ile kurşun, asbest, arsenik gibi çeşitli kimyasal maddelerin kullanıldığı işyerlerinde işçilerin buna uzun sürelerle maruz kalması durumunda ortaya çıkan ve işçilerin sağlığını ve yaşamını olumsuz etkileyen kimyasal tehlikeler de işyerlerinde sıklıkla karşılaşılan tehlikeler arasındadır. Bunun yanı sıra tehlike biyolojik

sebeplerden de doğabilir. Özellikle tarım ve hayvancılık ile sağlık sektöründe çalışan kişiler biyolojik tehlikelere karşı açık haldedirler⁵⁷².

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çerçevesinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının doğması için, işyerinde ortaya çıkacak tehlikenin “ciddi ve yakın” nitelikte olması aranmaktadır (m. 13/I). Böylece tehlikenin niteliğine ilişkin olarak 13. maddede, 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer alan ve çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen mülga 83. maddeden farklı bir düzenleme getirilmiştir. Nitekim eski düzenlemede çalışmaktan kaçınma hakkının doğabilmesi için, iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak “yakın, acil ve hayati bir tehlike”nin bulunması aranmaktaydı⁵⁷³. 4857 sayılı Kanun kanunlaşmadan önce Bilim Kurulu taslağında bu koşul, tehlikenin “yaşamsal veya acil” olması şeklinde öngörülmekteyken, kanunlaşırken sözü edilen şekliyle kabul edilmişti. Söz konusu düzenleme öğretide belirtilen unsurların hepsinin birlikte aranmasının hükmün uygulama alanını daralttığı, hayati olmayıp acil olan ya da acil olmayıp hayati olan tehlikeler bakımından bu hakkın kullanımını olanaksız kıldığı, bu nedenle de bu daraltmanın isabetsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmekteydi⁵⁷⁴.

6331 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemede ise, tehlikenin ciddi ve yakın olması yeterli görülmüş, hem acil ve hayati olması hem de “işçinin sağlığını bozacak

⁵⁷² Tehlike kavramı ve türleri hakkında bilgi için bkz. Şahin Emir, s. 43-47.

⁵⁷³ Eski Kanun’da yer alan bu hükmü eleştiren Seratlı’ya göre, işçinin bu haktan yararlanabilmesi için tehlikenin yakın, acil ve hayati olmasının birlikte aranması isabetli değildir. Zira yazara göre, “Maddenin ifadesinde tartışmaya neden olacak belirsiz kavramlar kullanılmıştır. Her şeyden önce ne zaman yakın tehlikeden söz edilebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca işçinin teknik konulardaki bilgisizliği veya tecrübesizliği nedeniyle ortaya çıkması muhtemel olan bir tehlikeyi fark etmemesi veya fark etmesine rağmen bunun ciddi bir tehlike olduğunu algılayamaması da mümkündür. Bütün bu nedenlerle ve kişinin yaşama hakkının tam olarak korunması, uygulamada kişisel değerlendirmelerde yapılacak hatalar nedeniyle insan sağlığı ve hayatının tehlike altında bırakılmaması amacıyla maddedeki düzenlemede bu kavramlara yer verilmeksizin “İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi...” şeklindeki bir ifadenin kullanılması gerektiği kanısındayız.”, Gaye Burcu Seratlı, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, AÜHFD, Cilt: 53, Sayı: 2, 2004, s. 229; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Gaye Burcu Seratlı, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 7, 2005, (Legal), s. 1157-1158.

⁵⁷⁴ Bu yönde bkz. Süzek, İşçilerin Hakları, s. 615; Akın, Seminer Notları, s. 321; Serkan Odaman, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslararası Standart”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 11, 2006, (İş Sağlığı), s. 886; Seratlı, s. 229; Seratlı, Legal, s. 1157; Karacan, s. 14; Buna karşılık Soyer ise, yasal düzenlemenin Bilim Kurulu taslağında yer alan hükümden daha isabetli olduğu görüşündeydi. Yazara göre, hayati nitelikte bir tehlike, yakın ve acil olmadıkça iş görmekten kaçınılmasından önce başka yöntemlerle bertaraf edilebilir. Zira iş görmekten kaçınma hakkı kural olarak son çare olarak başvurulması gereken bir haktır. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 682.

veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak” bir tehlike olması koşulları aranmamıştır. Böylece işçinin hayati olmayan ancak yakın ve ciddi nitelikte tehlikeler bakımından da bu hakkı kullanması mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla yeni düzenlemeyle birlikte, çalışmaktan kaçınma hakkının ortaya çıkması açısından kapsamının genişlediği söylenebilir⁵⁷⁵.

Tehlikenin yakın olması, tehlikenin mevcut ya da çok kısa bir süre içerisinde meydana gelebilecek olmasını ifade eder⁵⁷⁶. Örneğin depremde kolonları zarar görmüş bir işyerinde işçilerin çalışmaya devam ettirilmesi ya da güvenlik sistemi bozuk olan bir makine ile işçilerin çalışması halinde tehlikenin yakın olduğu söylenebilir⁵⁷⁷. Ciddi olması ise, işçiler tarafından görülen işin normal riskin üzerinde bir tehlike yaratması olarak tanımlanır⁵⁷⁸. Bu koşul değerlendirilirken tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır⁵⁷⁹. Örneğin hararet ölçümleri arızalanmış kazanların denetimi yapılamadığından patlaması riski olağanüstü bir tehlikeyi ortaya çıkardığından, ciddi sayılabilecektir⁵⁸⁰.

Çalışmaktan kaçınma hakkının koşulları 13. maddede düzenlenirken, tehlikenin hem yakın hem de ciddi olması aranmıştır. Bu sayede esasen uluslararası belgelerde yer verilen çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin ILO ve AB direktifi hükümleriyle de paralellik sağlanmıştır⁵⁸¹. Yani söz konusu hükmün lafzı uyarınca, anılan iki koşuldan birinin bulunmaması halinde işçinin bu haktan yararlanması mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla 4857 sayılı Kanunun 83. maddesi bakımından getirilen, hayati olmakla birlikte acil olmayıp, zaman içerisinde ortaya çıkabilecek tehlikelerin söz konusu olması durumunda bu hakkın kullanılamayacağı yönündeki eleştiriler halen güncelliğini korumaktadır. Süzek’e göre, zaman içerisinde ortaya çıkan tehlikeler bakımından bu hakkın kullanılması, her iki koşul birlikte

⁵⁷⁵ Ufuk Aydın, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 26, Haziran 2012, (İş Sağlığı), s. 12; Sarıbay Öztürk, s. 78.

⁵⁷⁶ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1377; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 408; Sümer, s. 196; Aydın, s. 241; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 19; Göktaş, s. 221; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 29; Oğuz, s. 142; Sarıbay Öztürk, s. 78; Balık, s. 1005; Şahin Emir, s. 159; Kılıç, İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama, s. 133; Sadret Çağlar, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **Yaklaşım Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 148, Nisan 2005, s. 189.

⁵⁷⁷ Aydın, s. 241; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 19.

⁵⁷⁸ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1376; Sümer, s. 196; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 19.

⁵⁷⁹ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 408.

⁵⁸⁰ Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 19.

⁵⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm, II, 2, b.

arandığından mümkün olmaz. Bu bakımdan söz konusu hükmün yaşamsal mesleki risklere karşı işçilere bir koruma sağlayacak şekilde düzenlenmesi isabetli olacaktır⁵⁸². Eyrenci, Taşkent ve Ulucan’a göre de, söz konusu ifade yerine “yaşamsal veya acil” ifadesinin kullanılması, işçilerin yakın olmayan ancak yaşamsal nitelik taşıyan tehlikelere karşı korunması açısından daha yerinde olacaktır⁵⁸³. Aynı görüşte Baycık’a göre de, söz konusu düzenleme yaşamsal olan ancak acil olmayan birçok tehlikeye karşı çalışanların başvuru hakkını engellemektedir. Bunun önemi ise, uzun yıllar risklere maruz kalma sonucunda ölümcül sonuçlarıyla ortaya çıkan meslek hastalıklarında kendini gösterir. Bu bakımdan yazara göre, anılan hükümde yer alan “ciddi ve yakın” ifadesinin “yaşamsal veya acil” olarak düzenlenmesi gerekir⁵⁸⁴. Sarıbay Öztürk de, ileride ortaya çıkabilecek ve bu nedenle yakın sayılamayacak, ancak ağırlığı sebebiyle ciddi bulunan tehlikeler söz konusu olduğunda da işçinin korunması gerektiğini, bu nedenle de söz konusu hükmün “yakın veya ciddi” bir tehlike şeklinde yeniden düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸⁵.

Kanaatimizce de 6331 sayılı Kanunun 13. maddesinde “ciddi ve yakın” bir tehlikeden söz edilerek, tehlikenin hem ciddi hem yakın olmasının birlikte aranması, hakkın kapsamını daralttığı ve özellikle yakın zamanda gerçekleşmeyecek fakat ciddi nitelik taşıyan tehlikeler bakımından hakkın kullanılmasına engel olduğundan isabetli değildir. Bunun yerine ciddi veya yakın bir tehlikenin bulunması, işçinin çalışmaktan kaçınması için yeterli olmalıdır. Tehlikenin ciddi olması, “*işçiler tarafından görülen işin normal riskin üzerinde bir tehlike yaratması*” olarak tanımlandığına göre, işçiler açısından yüksek risk doğuran bu tür tehlikeler bakımından, tehlike yakın olmasa da çalışmaktan kaçınma mümkün olmalıdır. Zira işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının amacı, işverenin işyerinde gerekli önlemleri almasını ve işyerinin işin ifa edilebilmesi için sağlıklı bir hale getirilmesini sağlamaktır. Bu açıdan çok yakında gerçekleşmeyecek olmakla birlikte, ciddi nitelik taşıyan tehlikelerin önceden önlenmesinin sağlanması da mümkündür ve fayda

⁵⁸² Süzek, s. 914; Yazarın görüşü için ayrıca bkz. Süzek, İşçilerin Hakları, s. 615; Aynı görüşte bkz. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1377; Başterzi, s. 196.

⁵⁸³ Eyrenci ve diğerleri, s. 421.

⁵⁸⁴ Baycık, Çalışanların Hakları, s. 116. Ayrıca bkz. Baycık, İnşaat İşverenin Yükümlülükleri, s. 241.

⁵⁸⁵ Sarıbay Öztürk, s. 79.

sağlayacaktır. Yine etkilerini derhal doğurmayıp zaman içerisinde işçiler açısından tehlike doğuracak haller de “yakın tehlike” olarak değerlendirilemeyeceğinden, mevcut hüküm çerçevesinde bu tür ciddi tehlikeler de kapsam dışında kalmış olacaktır. Bu da ilgili hükümden beklenen amacın gerçekleştirilmesini güçleştiren bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık söz konusu ifadenin “yaşamsal veya acil” bir tehlike olarak düzenlenmesi gerektiği görüşüne de katılamamaktayız. Kanaatimizce söz konusu hükümde eski düzenlemeden farklı olarak tehlikenin hayati olmasının aranmaması, bunun yerine ciddi olması gerektiğinin kabul edilmesi hükmün kapsamını genişlettiğinden olumlu bir gelişme olarak ortaya çıkmaktadır. Zira tehlikenin hayati olmasının aranması, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kısıtlayıcı nitelikte olacaktır.

Genellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli durumlar işyerinde ortaya çıksa da, işçinin işini fiilen yaptığı yer dışında işyerinin girişi, merdivenleri ya da asansörü gibi bölümlerde de tehlike ortaya çıkabilir. İşçiyi koruma ve gözetme borcunun bir uzantısı olarak bu bölümler bakımından da işveren, işçinin hayatını ve sağlığını koruyucu önlemleri almak zorundadır⁵⁸⁶. Eski düzenlemede işçinin “işyerinde” tehlikeyle karşı karşıya kalması durumunda bu hakkı kullanabileceğinin düzenlenmesi tereddüt yaratmaktaydı. Yeni düzenlemede ise tehlikenin işyerinde gerçekleşmesi ibaresine yer verilmediğinden işçinin işini fiilen yaptığı işyeri dışında diğer bölümlerde ortaya çıkan tehlikeler bakımından da, tehlikenin ciddi ve yakın olması koşuluyla, bu hakkı kullanabileceğinde kuşku bulunmayacaktır⁵⁸⁷.

Tehlikenin mutlaka işçinin yaptığı işten kaynaklanması da gerekmez. İşçinin yaptığı iş nedeniyle ortaya çıkmasa da, örneğin işyerindeki gürültü ya da toz ciddi ve yakın bir tehlikeye sebep oluyorsa, işçi çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olabilir⁵⁸⁸. Ayrıca her işçi için tehlike doğurmayan ancak belirli bir işçinin özel durumu dolayısıyla tehlike yaratan hallerde de, tehlikenin yakın ve ciddi olması kaydıyla, bu hakkın kullanılması mümkündür⁵⁸⁹. Örneğin, hayvanlarla temas halinde çalışması sonradan sağlığı açısından sakıncalı bulunan bir işçinin böyle bir işte

⁵⁸⁶ Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 11; Kaplan, Koruma Borcu, s. 8; Odaman, İş Sağlığı, s. 886; Aydın, Sorumluluk, s. 115; Aydemir, Murteza, s. 98.

⁵⁸⁷ Sarıbay Öztürk, s. 81.

⁵⁸⁸ Göktaş, s. 222; Oğuz, s. 142; Şahin Emir, s. 160.

⁵⁸⁹ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 409; Sarıbay Öztürk, s. 80.

çalışması ya da aynı şekilde kimyasal maddelerle yakından çalışmaması gereken bir kişinin kimya laboratuvarında çalışması gibi durumlarda çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması söz konusu olabilecektir⁵⁹⁰. Bununla birlikte işçilerin işin niteliğinden kaynaklanan, çalışmaya başlarken kabul ettikleri varsayılan tehlikeleri öne sürerek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları mümkün değildir. Örneğin bir güvenlik görevlisi, işinden kaynaklanan belirli düzeydeki riskleri önceden kabul etmiş sayılacağından, daha sonra işin niteliğinden doğan bu riskler nedeniyle çalışmaktan kaçınmaz⁵⁹¹.

(2) Tehlikenin Tespiti

(i) İşçinin Başvurusu

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi bakımından, ortaya çıkan tehlikenin Kanunda aranan niteliklerde, yani yakın ve ciddi olmasının yanı sıra, tehlikenin bu niteliklerde olup olmadığının objektif olarak tespit edilmesi de aranmıştır. Yani işçinin ortaya çıkan ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığını kendi sübjektif kanaatine göre belirlemesi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi açısından yeterli görülmemiş, bunun kurul ya da işveren tarafından belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir⁵⁹². Öğretide bu kabulün isabetli olduğu, zira işçilerin her durumda tehlikenin niteliğini doğru olarak tespit etmelerinin güç olduğu ifade edilmektedir⁵⁹³. Kanaatimizce de çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının tehlikenin objektif olarak tespit edilmesine bağlı tutulmuş olması isabetlidir. Zira aksi halde işçinin kendi sübjektif kanaatine göre tehlikeyi yanlış değerlendirmesi riski bulunur ve yanlış değerlendirmesi sebebiyle ciddi ve

⁵⁹⁰ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 409.

⁵⁹¹ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 408; Şahin Emir, s. 161.

⁵⁹² Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1377; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 684; Süzek, İş Güvenliği, s. 186; Süzek, İşçilerin Hakları, s. 615, Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 410; Aydın, s. 241; Gökteş, s. 222; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 90; İnciroğlu, s. 813; Oğuz, s. 143; Balık, s. 1005; Çağlar, s. 190.

⁵⁹³ Süzek'e göre, her ne kadar çalışmaktan kaçınmayı mümkün kılan koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesini işçinin takdirine bırakmayıp kurul kararına bağlı tutan bu hükmün, bu hukuki olanağa başvurmayı güçleştirdiği ileri sürülebilirse de, işçilerin konunun teknik özellik taşıması bakımından kendiliğinden buna karar vermeleri zordur. Süzek, s. 915; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Süzek, İşçilerin Hakları, s. 615-616; Ayrıca benzer şekilde bkz. Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 684; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 410; Gökteş, s. 222; Şahin Emir, s. 161.

yakın olarak kabul edilemeyecek bir tehlike karşısında çalışmaktan kaçınması durumunda, işçi iş görme borcunu yerine getirmemiş sayılabilir ve buna ilişkin sonuçlar doğabilir. Hatta iş sözleşmesinin işin ifa edilmemesi nedeniyle haklı sebeple feshi gündeme gelebilir. Bu nedenle tehlikenin Kanunda aranan nitelikte olduğunun objektif olarak tespit edilmesi işçi açısından önem taşımaktadır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesine göre, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak bu durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi gerekir (İSGK m. 13/I). Tehlikenin bu özellikte olduğu ise, her somut olayın şartlarına göre takdir edilmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁹⁴.

İşçinin bu başvurusunu nasıl yapacağına ilişkin ise, Kanunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Başvurunun yazılı ya da sözlü olarak yapılması mümkündür. Buna karşılık yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı açısından elbette ki daha yararlı olacaktır⁵⁹⁵.

(ii) Tehlikenin Ciddi ve Yakın Olduğunu Tespit Edecek Mercî

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için, Kanunda tehlikenin ciddi ve yakın nitelikte olduğunun tespit edilmesi arandığından, bu husustaki tespit ve gerekli önlemlerin alınması talebinin hangi mercie yapılacağı konusu önem arz eder. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçinin bu husustaki tespit başvurusunu, kurulun bulunduğu işyerlerinde kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene yapması gerekir (İSGK m. 13/I). Bu bakımdan işyerinde kurulun bulunup bulunmadığına göre, işçinin tehlikenin tespitine ilişkin talebini inceleyecek mercî de değişmektedir.

Anılan hükümde kastedilen “kurul”, Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin k bendine göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunu karşılamaktadır. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun ise hangi hallerde kurulması gerektiği, Kanunun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş

⁵⁹⁴ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1378.

⁵⁹⁵ Sarıbay Öztürk, s. 81.

sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturmakla yükümlüdür (İSGK m. 22/I). Hükümden de anlaşıldığı üzere, işverenlere iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması yükümlülüğü, yalnızca elli veya daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerleri bakımından getirilmiş olup, bu kapsama girmeyen işyerleri bakımından işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum ise, söz konusu hükmün iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlü bulunan işyeri sayısını azaltması ve kapsamın daralmasına sebep olması gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir⁵⁹⁶. Ancak elliden az çalışanın bulunduğu işyerlerinde kurul oluşturma zorunluluğunun bulunmamasının, o işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliğinden yoksun kalacağı anlamı taşımadığı, yalnızca bu işyerlerinin kurul oluşturmaktan uzak tutulduğu görüşü de öğretide ifade edilmektedir⁵⁹⁷.

İşverenin kurul oluşturma yükümlülüğü, benzer yönde bir düzenlemeyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga hükümlerinden 80. maddede de düzenlenmişti. Söz konusu hükümle işverenin bu Kanuna göre sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlü olduğu ifade edilmişti. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesinde de bu düzenlemeye paralel yönde bir hüküm getirilmişse de, hükmün eski düzenlemeye nazaran iki önemli farkı bulunmaktadır. İlk olarak eski düzenlemede iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü, sanayiden sayılan işyerleri bakımından zorunlu tutulmuştu. Yeni düzenlemede ise bu sınırlama kaldırılmıştır. İkinci farklılık ise, eski düzenlemede kurulun oluşturulması için aranan en az elli işçi çalıştırılması koşulunun “devamlı” olmasının aranması, buna karşılık yeni düzenlemede bu yönde bir sınırlama getirilmemiş olmasıdır. Böylece iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünü oldukça daraltan bu koşullara yeni düzenlemede yer verilmemiştir⁵⁹⁸.

İş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmayan işyerlerinde ise, tehlikenin tespiti ve gerekli önlemlerin alınması talepleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işverene yapılacaktır (İSGK m. 13/I). 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 83.

⁵⁹⁶ Bkz. Süzek, İşverenin Yükümlülükleri, s. 514; Baycık, İnşaat İşverenin Yükümlülükleri, s. 242; Baycık, Çalışanların Hakları, s. 116; Sarıbay Öztürk, s. 84-85.

⁵⁹⁷ Tankut Centel, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, Mart 2013, (Kurul), s. 15.

⁵⁹⁸ Sarıbay Öztürk, s. 85.

maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktaydı. Bu düzenleme ile söz konusu talebin iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde işveren veya işveren vekiline yapılacağı düzenlenmişti. Yeni düzenlemenin farkı, taleplerin işveren ya da vekiline değil, işverene yapılacağının öngörülmesi hususundadır. Buna karşılık her ne kadar hükmün ifadesinde işveren vekili ifadesi yer almasa da, yeni düzenlemenin bu başvurunun işveren vekiline yapılmasını engellemediği kabul edilmeli ve işveren vekiline yapılan başvurular da geçerli sayılmalıdır⁵⁹⁹. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında, işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekillerinin bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılacağı ifade edilmiştir. Bu bakımdan işverene veya işveren vekiline başvuru yapılması söz konusu talebin incelenmesi bakımından mümkün olacaktır.

(iii) İşçinin Talebinin Kabulü

Son olarak ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kalan işçinin, bu tehlikenin tespiti ve gerekli önlemlerin alınması için yapmış olduğu talebinin, başvurunun yapıldığı merci tarafından kabul edilmesi gerekir. İşçinin talebi üzerine tespitin kurul tarafından yapıldığı işyerlerinde kurul acilen toplanarak, başvurunun işverene yapıldığı işyerlerinde ise işveren, derhal karar verir ve durumu tutanakla tespit eder. Bu karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilmelidir (İSGK m. 13/I). İşçinin talebinin kabul edilmemesi halinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çerçevesinde mümkün değildir. Kararın Kurul tarafından verileceği durumlarda, kurulun ciddi ve yakın tehlikenin varlığını saptaması işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması açısından yeterlidir. İşveren tarafından bu kararın uygulanmasının beklenmesi gerekmeden işçi çalışmaktan kaçınabilecektir, zira tehlikenin ciddi ve yakın olması bunu gerekli kılmaktadır⁶⁰⁰.

Benzer yönde bir hükme, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik'te de yer verilmiştir. Söz konusu durumu tespit görevinin kurula ait olduğu, ilgili Yönetmeliğin kurulun görevlerini düzenleyen 8. maddesinin 8.

⁵⁹⁹ Sarıbay Öztürk, s. 92.

⁶⁰⁰ Süzek, s. 915.

fıkrasında “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinde belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermek” şeklinde ifade edilerek belirtilmiş, yine aynı Yönetmeliğin 9. maddesinin 3. fıkrasıyla ise kurulun, çalışmaktan kaçınma hakkı taleplerinde acilen toplanacağı ve bu toplantıda alınan kararın çalışan ve çalışan temsilcisine yazılı olarak tebliğ edileceği yinelenmiştir.

Aynı yönde hüküm 4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 83. maddesinde de yer almaktaydı. Ancak söz konusu hükümde kurulun aynı gün acilen toplanarak kararını vereceği düzenlenmişti. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinde ise, Kurulun acilen toplanarak karar vereceği düzenlenmekle birlikte, aynı gün toplanma zorunluluğu öngörülmemiştir⁶⁰¹.

İşçinin başvurusu üzerine bu talebin kurul tarafından incelendiği hallerde, işveren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kurul kararlarını uygulamak zorundadır. Nitekim bu zorunluluk Kanunda da açıkça ifade edilmiştir (İSGK m. 22/I). Böylece kurul tarafından verilen kararların işveren açısından bağlayıcı ve etkili olması hedeflenmiştir⁶⁰². Ancak elbette ki bu zorunluluk, kurulun verdiği kararın iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olması koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulu sağlamayan ve mevzuata uygun olmayan kararlar bakımından işverenin uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır.

Anılan zorunluluğa rağmen işçinin talebi yönünde verilmiş bulunan kurul kararını uygulamayarak, işçiden işe devam etmesini isteyen işveren, işçiye karşı sorumlu olacaktır⁶⁰³. Ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesinin 4. fıkrası uyarınca işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı doğabilecektir. Nitekim ilgili hükümde, “İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir.” denilerek işçinin fesih hakkı açıkça düzenlenmiştir.

Benzer bir hükme 4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 83. maddesinde de yer verilmişti. İlgili hükme göre iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin

⁶⁰¹ Sarıbay Öztürk’e göre, “aynı gün” ibaresinin yeni düzenlemeye alınmaması isabetli olmamıştır. Yazara göre, hem acilen toplanma kavramı net değildir, hem de çalışanın hakkını elde etmesi bakımından bir zaman kaybı yaratılabilecektir. Zira acilen denilmiştense de, bunun aynı gün olması gerekmecektir. Bu bakımdan “aynı gün” ifadesi tereddüte yer vermeyecek kadar açık ve olabilecek en erken zamanı temsil etmektedir. Sarıbay Öztürk, s. 93.

⁶⁰² Süzek, İşverenin Yükümlülükleri, s. 515; Sarıbay Öztürk, s. 82.

⁶⁰³ Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 90; Sarıbay Öztürk, s. 94.

talebine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini derhal feshedebileceklerdi. Paralel yönde getirilen yeni düzenlemenin farkı ise, işçinin sözleşmeyi fesih hakkının doğabilmesi açısından kurul kararının aranmamış olması, işçinin talebi üzerine işverence gerekli önlemlerin alınmamış olmasının yeterli bulunmasıdır⁶⁰⁴.

Kurul ya da işverenin işçinin talebini reddetmesi durumunda ise, işçinin 13. maddeye dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün olmaz. Bu hususta öğretide 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İş Kanunu'nun 83. maddesinin, Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin düzenlemesinin uygulanmasına engel olmadığı, kurul kararının bulunmadığı hallerde temerrüt hükümleri uyarınca işçinin işi ifadan kaçınabileceği kabul edilmekteydi⁶⁰⁵. Çalışmaktan kaçınma hakkının İş Kanunu'nda düzenlenmesinin, koşulları oluşmak kaydıyla işçinin genel hüküm olan işverenin alacaklı temerrüdüne dayanarak iş görme edimini yerine getirmekten kaçınmasına engel olmaması gerektiği ifade edilmekteydi. Buna karşılık böyle bir durumda kurul ya da işveren kararı bulunmadığından, gerçekten çalışmaktan kaçınma hakkını ortaya çıkaran bir durum bulunup bulunmadığını tespit etme riskinin işçiye ait olacağı ve yanlış değerlendirme yapması halinde bunun hukuki sonuçlarına katlanması gerekeceği, bu açıdan İş Kanunu hükümleri uyarınca işçinin söz konusu haktan yararlanmasının daha güvenli olduğu belirtilmekteydi⁶⁰⁶.

6331 sayılı Kanunla, işçinin ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda kurul ya da işveren kararı olmaksızın kendiliğinden çalışmaktan kaçınabileceği özel olarak düzenlenmiştir (m. 13/III). Bu nedenle öğretide 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, işçinin artık işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde yer alan

⁶⁰⁴ Sarıbay Öztürk, s. 95.

⁶⁰⁵ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 684; Süzek, İşçilerin Hakları, s. 617; Akyiğit, Şerh, s. 2107; Akın, Seminer Notları, s. 322; Başterzi, s. 196; Odaman, İş Sağlığı, s. 885; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 31; Topuz, s. 466; Kılıç, İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama, s. 131; Hakan Keser, "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2006, s. 89; Ertan İren, "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", **AÜHFD**, Cilt: 60, Sayı: 2, 2011, s. 294-295; Bu hususta aksi görüşte Ekmekçi ise, işveren ya da kurul tarafından işçinin talebinin kabul edilmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının yasadaki düzenleme uyarınca bulunmadığını ifade etmektedir. Ekmekçi, İş Sağlığı, s. 202.

⁶⁰⁶ Süzek, İşçilerin Hakları, s. 617.

alacaklının temerrüdü hükümleri uyarınca iş görmekten kaçınmasının mümkün olmadığı görüşü kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Bu hususta Süzek 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, İş Kanunu'nun 83. maddesinin işçilerin Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca iş görme edimini ifadan kaçınmalarına bir engel oluşturmadığını kabul etmekteydi. Buna karşılık yazar kitabının yeni basılarında, yeni Kanunda işçinin kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen bir hükmün bulunması sebebiyle, artık işçilerin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükmüne değil, 13. maddenin 3. fıkrasında yer alan işçinin kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkına dayanarak bu haklarını kullanabilecekleri görüşünü benimsemiştir. Yazara göre söz konusu 13/III hükmü, Borçlar Kanunu'na göre yeni bir kanun olup, Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinin uygulama olanağını kaldırmıştır⁶⁰⁸. Bununla birlikte Süzek, yakın nitelik taşımasa da hayati tehlike bulunan işyerlerinde, işçinin 13. madde uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olmamasına rağmen işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmemesi nedeniyle alacaklının temerrüdüne düşeceğini, bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca işçinin iş görme edimini ifa etmeksizin ücretini talep etmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir⁶⁰⁹.

Benzer yönde Baycık da yaşamsal veya sadece acil bir tehlikenin mevcut olması ya da ciddi ve yakın tehlikenin varlığına rağmen kurulun yahut işverenin aksi yönde karar vermesi durumlarında, işverenin hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklı temerrüdüne düşmesi dolayısıyla, işçinin Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınabileceğini kabul etmektedir⁶¹⁰.

Kanaatimizce de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda işçinin işyerinde önlenemez nitelikte ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda kurul ya da işveren kararı olmaksızın, kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkı özel olarak düzenlendiğinden, işçi söz konusu hükümde yer verilen koşullar çerçevesinde bu haktan yararlanacak, böyle bir durumda artık genel hükümlere başvurma olanağı

⁶⁰⁷ Süzek, s. 916; Aydın, Sorumluluk, s. 236; Bu görüşte İnciroğlu'na göre, yeni Kanunda yer alan bu düzenleme ile birlikte, Borçlar Kanunu'nda yer alan ve genel hüküm niteliğindeki bu düzenlemenin uygulanma imkânı kalmamıştır. İnciroğlu, s. 817; Sarıbay Öztürk, s. 100-101; Seratlı, s. 229; Seratlı, Legal, s. 1158.

⁶⁰⁸ Süzek, s. 916.

⁶⁰⁹ Süzek, s. 917; Benzer yönde bkz. Eyrenci ve diğerleri, s. 421.

⁶¹⁰ Baycık, Çalışanların Hakları, s. 118; Aynı yönde bkz. Senyen-Kaplan, s. 493.

bulunmayacaktır. Ancak söz konusu düzenleme ciddi ve yakın bir tehlike bulunmasını, bunun yanı sıra bu tehlikenin önlenemez nitelikte olmasını aramaktadır. Tehlikenin niteliği bakımından oldukça kısıtlayıcı bir düzenleme getirmesi nedeniyle, ilgili fıkra da sayılan koşulların sağlanamaması, ancak işyerinde işçinin çalışması için sağlıklı ve tehlikeli bir ortamın ortaya çıkması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin 408. maddesi uyarınca iş görme edimini ifadan kaçınabileceği kanaatindeyiz. Aynı sonuç tehlikenin niteliği ne olursa olsun işçinin kurula ya da işverene başvurusu sonucunda talebinin olumsuz sonuçlanması, fakat işyerinde bir tehlike halinin mevcut bulunması hallerinde de kabul edilmelidir. Ancak elbette ki bu hallerde tehlikenin niteliğinin yanlış değerlendirilmesi riski işçiye ait olacak, yanlış değerlendirme yapması durumunda işçi, iş görme edimini ifa etmemesinin yaptırımlarıyla karşılaşabilecektir.

(3) İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmaması ve Tehlikenin Devam Etmesi

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi açısından aranan diğer bir koşul, işveren tarafından gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamış olması ve tehlikenin devam etmesidir. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında kurul veya işverenin işçinin talebi yönünde karar vermesi hâlinde işçinin, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabileceği düzenlenmiştir. İşveren tarafından gerekli önlemlerin alınması veya tehlikenin ortadan kalkması durumunda ise işçinin çalışmaya devam etmesi gerekir. Aksi durum işçinin iş görme borcunu ihlal etmesi anlamına gelir ve şartları varsa işverenin fesih hakkı doğabilir⁶¹¹.

Bununla birlikte söz konusu hükümde işçinin gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabileceği düzenlenmişse de, işveren tarafından önlem alınmasına rağmen tehlikenin halen devam etmesi durumunda da işçinin bu hakkını kullanabileceği ve iş görme edimini ifadan kaçınabileceği kabul edilmelidir⁶¹². Yine

⁶¹¹ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 683; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 413; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 20; Göktaş, s. 226; Topuz, s. 480; Oğuz, s. 145; Narter, s. 170; Balık, s. 1006; Şahin Emir, s. 165, 174; Çağlar, s. 191.

⁶¹² Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1382; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 683; Oğuz, s. 145; Sarıbay Öztürk, s. 96.

işveren tarafından bir önlem alınmamasına rağmen tehlikenin ortadan kalkması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda da ortada herhangi bir tehlike kalmadığından, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olduğundan söz edilemez ve işçi tarafından bu hakkın kullanılması Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılır⁶¹³.

Bu hakkın işverence gerekli önlemler alınıncaya, sağlıklı ve tehlikeden arî bir çalışma ortamı sağlanıncaya kadar kullanılması gerekir. Ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılarak işin bırakılması davranışının, daha sonradan işçilerin farklı taleplerle toplu olarak iş bırakmayı sürdürmelerine dönüşmesi durumunda, bu hareketin kanun dışı grev olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir⁶¹⁴.

(4) İşin Durdurulmamış Olması

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi bakımından diğer bir koşul, işin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca durdurulmamış olmasıdır. Zira işin durdurulması halinde işçiler bakımından ciddi ve yakın tehlike doğuran durumlar da ortadan kalkacağından, bu haktan yararlanılması söz konusu olmayacaktır⁶¹⁵. Bu koşul İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen 13. maddesinin son fıkrasında da ifade edilmiş ve aynı Kanunun 25. maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Benzer yönde bir hüküm 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 83. maddesinde de yer almaktaydı ve işin durdurulmamış olması çalışmaktan kaçınma hakkının bir koşulu olarak düzenlenmişti.

13. maddede atıf yapılan ve işin durdurulmasını düzenleyen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 25. maddesine göre,

“İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate

⁶¹³ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1382; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 19; Göktaş, s. 225; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 29; Oğuz, s. 145; Sarıbay Öztürk, s. 96; Narter, s. 170.

⁶¹⁴ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 413; Şahin Emir, s. 165.

⁶¹⁵ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1378-1379; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 21; Göktaş, s. 226; Topuz, s. 485; Balık, s. 1007; Sarıbay Öztürk, s. 98; Çağlar, s. 190.

alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur. Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur.”

İşin durdurulması halinde işveren, bu sebeple işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür (İSGK m. 25/VI).

(5) Hakkın Kullanıldığının İşverene Bildirilmesi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenirken, işverene bildirim yapılmasına ilişkin herhangi bir koşul getirilmemiştir. Buna karşılık öğretilerde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması halinde, durumun derhal işverene bildirilmesi ek bir koşul olarak aranmakta ve bunun dürüstlük kuralının bir gereği olduğu ifade edilmektedir⁶¹⁶. Zira işçinin sadakat yükümlülüğü de bunu gerektirmektedir. Yine İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 19. maddesinde, çalışanların yükümlülükleri sayılırken, “*İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek*”le yükümlü oldukları ifade edilmiştir. Bu bakımdan ortaya çıkan yakın ve ciddi bir tehlike karşısında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin durumu derhal işverene haber vermekle yükümlü olduğu anılan hüküm göz önüne alındığında da söylenebilecektir.

Soyer’e göre ise, ilgili hükümde öngörülen kurula ya da işverene başvuru halinde bu hakkın kullanılacağına da işverene bildirilmiş olduğu açıktır. Buna karşılık anılan usulün işletilmediği hallerde de, kaçınmanın işverene bildirilmesine gerek bulunmamaktadır; çalışmama iradesinin işyerinde güvenlik önlemlerinin alınmamış olmasına dayandığının objektif olarak belirlenebilir olması yeterlidir⁶¹⁷.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için 13. madde uyarınca kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit

⁶¹⁶ Aydın, s. 242; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 20; Sarıbay Öztürk, s. 106; Topuz, s. 481; Balık, s. 1006.

⁶¹⁷ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 684; Benzer yönde bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 35.

edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi gerektiğinden, esasen işverene tehlike hali hususunda bildirim yapılmaktadır. Buna karşılık işçinin işverene haber verme yükümlülüğü, kanaatimizce özellikle işçinin 13. maddede yer alan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması usulünü işletmesi gerekmeyen ve re'sen bu hakkı kullanabildiği durumlarda önem taşımaktadır. Zira diğer hallerde bu hakkın kullanılabilmesi için, kurula ya da işverene başvuru yapılması ve işçinin talebinin kabul edilmesi arandığından, işveren hakkın kullanılmasından önce haberdar edilmiş olacaktır. Ancak çalışmamızda daha sonra yer verilecek olan çalışmaktan kaçınma hakkının re'sen kullanıldığı hallerde ise, öncesinde kurul ya da işverenin kabulü aranmadığından, işverenin işyerinde bir tehlike bulunduğu ve buna bağlı olarak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı konusunda haberdar edilmesi, işyerinde alınacak önlemler ve diğer işçiler bakımından ortaya çıkabilecek tehlikelerin önlenmesi açısından oldukça önem taşıyacaktır.

Alman Hukukunda da öğretide genel olarak, sadakat yükümlülüğü uyarınca, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan önce işi bırakma durumunu ve bunun nedenini işverene bildirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁸. Zira aksi halde işveren, söz konusu işi bırakmadan ve nedeninden haberdar olmayacak; bu nedenle de söz konusu durumu önlemek ve ortadan kaldırmak için herhangi bir eylemde bulunamayacaktır. Öğretide bu gerekçeyle işçinin işvereni bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmedikçe, haklı bir iş görmekten kaçınmadan bahsedilemeyeceği, bunun sonucu olarak da işçinin iş görmekten kaçındığı süre bakımından ücretini talep edemeyeceği ifade edilmektedir⁶¹⁹.

İşverenin işyerinde gerekli önlemleri almasını sağlamak açısından, iş görmekten kaçınma hakkı konusunda işverenin bilgilendirilmesi ve önlemlerin alınmasının talep edilmesi önem taşımaktadır. Söllner'e göre, böyle bir bildirim, işverenin Alman Medeni Kanunu'nun 295. maddesinin 2. fıkrası uyarınca alacaklının temerrüdüne düşürülmesi için de gereklidir⁶²⁰. Buna karşılık Haase'ye göre ise, işverenin işin ifası için belirli bazı katılım eylemlerinde bulunması gereken hallerde, durum farklıdır. Zira işveren bu halde, söz konusu işi bırakma eyleminin nedeninden

⁶¹⁸ Söllner, ZfA, s. 17; Capodistrias, Festschrift, s. 114; Haase, s. 27, 73.

⁶¹⁹ Haase, s. 72-73.

⁶²⁰ Söllner, ZfA, s. 16.

haberdar olup olmamasından bağımsız olarak alacaklı temerrüdüne düşecektir; zira konuya ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun 295. maddesinde işverenin alacaklı temerrüdü bakımından, işçiden işin ifasının sözlü olarak ("*wörtliches Angebot*") sunulması dışında bir davranış beklenmemektedir. Bu nedenle işverenin bu şekilde bir katılma eylemi gerçekleştirmesi gereken durumlarda, bu edimi yerine getirmemesi alacaklının temerrüdüne düşmesi sonucunu doğuracak, haber verme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın, işçi Alman Medeni Kanunu'nun 615. maddesi uyarınca iş görmekten kaçındığı süre boyunca ücretine hak kazanacaktır⁶²¹.

Dürüstlük kuralı uyarınca işçinin işverene haber verme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilse de, çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen 13. maddede bu koşul aranmadığından, buna uyulmamasının yaptırımı, hakkın kullanılamaması olamaz. Haber verme yükümlülüğünün ihlali halinde ancak sadakat borcunun ihlalinin gündeme gelebileceği, buna ilişkin sonuçların doğacağı ve somut olaya göre işverenin sözleşmeyi fesih hakkının ve uğradığı zararın tazminini talep etmesinin söz konusu olabileceği söylenebilir⁶²².

Alman Hukukunda da benzer şekilde, işçinin haber verme yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, temerrüdün ortadan kalkmayacağı, ancak yükümlülüğün ihlali nedeniyle tazminat borcunun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir⁶²³. Bunun anlamı ise, işçinin işverenin alacaklı temerrüdünün bir sonucu olarak iş görmekten kaçınma hakkına yine de sahip olacağıdır⁶²⁴.

(6) Hakkın Kullanımının Başkasının Yaşamı ve Bedensel Bütünlüğü Üzerinde Tehlike Yaratmaması

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırken işçinin, başkalarının yaşamına ve sağlığına zarar vermekten ve onlar için tehlike oluşturmaktan kaçınması gerekir. İşçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, bu hakkın kullanımının bir başkasının yaşamını ya da bedensel bütünlüğünü etkileyecek derecede yakın ve ciddi bir tehlike

⁶²¹ Yazarın görüşü hakkında bkz. Haase, s. 73.

⁶²² Sarıbay Öztürk, s. 107.

⁶²³ Larenz, s. 277; Haase, s. 73.

⁶²⁴ Haase, s. 73.

oluşturmaması gerektiği Kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa da, öğretide ek bir koşul olarak kabul edilmektedir⁶²⁵. Zira aksi halde artık çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması hukuka uygun bir davranış olmaktan çıkacak, başkalarının tehlikeye atılmasına rağmen kullanılan çalışmaktan kaçınma hakkı, bir nevi hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır⁶²⁶. Öğretide örneğin deprem sebebiyle binaların hasar görmesi ve artçı depremlerle oluşabilecek hayati tehlikeye rağmen sağlık personelinin hastaların sağlığı için gerekli tedbirleri almaksızın hastaneyi terk etmeleri veya işi ifa etmeyi bırakmalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁶²⁷.

d. Hakkın Kullanılması

İşyerinde Kanunda öngörülen nitelikte bir tehlike halinin ortaya çıkması durumunda işçinin bu hakkı kullanırken işyerinden ayrılmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tehlike bulunması dolayısıyla işçiden işyerinde kalması beklenemez, işçinin bu hakkını işyerinden ayrılmak suretiyle kullanacağı kabul edilmelidir⁶²⁸. Aksi görüşe göre ise, işyerinde tehlike halinde iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi, kural olarak işyerinde bulunmalı ve iş görme edimini ifaya hazır olarak beklemelidir. Ancak bu görüş uyarınca da iş görmekten kaçınmaya sebebiyet veren tehlikeli durum salt işyerinde bulunulması halinde dahi etkisini göstermekteyse, işçi işyerinde fiilen bulunmak zorunda olmamalıdır⁶²⁹.

Bu yönde Bozkurt Gümrükçüoğlu'na göre, işyerinde ortaya çıkan tehlikenin niteliği gereği işçinin işyeri ortamında bulunması tehlike arz ediyorsa, işçinin işyerinde bulunması gerektiği ileri sürülemez. Ancak somut olaya göre bir değerlendirme yapılması gerekir. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması üzerine işverenin gerekli önlemleri almaya başladığı ve bunun kısa süre içerisinde tamamlanması mümkün olan hallerde, işçilerin işyerinde iş görme ediminin ifasına

⁶²⁵ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1381; Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 412; Aydın, s. 242; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 20; Topuz, s. 484; Balık, s. 1006; Sarıbay Öztürk, s. 109.

⁶²⁶ Aydın, s. 242; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 20; Topuz, s. 485; Balık, s. 1006.

⁶²⁷ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 28.

⁶²⁸ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 686.

⁶²⁹ Bu görüşte bkz. Göktas, s. 228-229; Oğuz, s. 145-146.

hazır halde beklemeleri daha isabetli olacak, aksi halde işçilerin işyerinde beklemelerinin aranmaması gerekecektir⁶³⁰.

Kanaatimizce işçinin işyerinde bir ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için, işyerinden ayrılması daha uygundur. Zira burada işyerinde bir tehlike hali bulunduğundan işçiden işin ifası için işyerinde hazır olması beklenemez.

e. Çalışmaktan Kaçınma Hakkından Yararlanabilecek İşçiler

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde çalışmaktan kaçınma hakkının kimler tarafından kullanılabilmesine ilişkin açık bir belirleme bulunmasa da, bu hak ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kalan “çalışanlar”a tanınmış olduğundan, işyerinde işverene bağımlı olarak iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin bu hakka sahip olacağı kuşkusuzdur. İşverenin kendi işçisi olmamakla birlikte işyerinde çalışan diğer işçilerin çalışmaktan kaçınıp kaçınmayacağı ise tartışılması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanunda özel bir düzenleme yapılmadığından ve işyerinde çalışan kişilerin bu haktan yararlanabileceği düzenlendiğinden, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacak işçiler işverenin kendi işçilerinin yanı sıra, işyerinde çalışan alt işveren işçileri ile geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışan işçiler de olabilecektir⁶³¹. Alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin işçileriyle asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamakla birlikte, alt işveren işçileri ilişkinin konusu olan işleri asıl işverenin işyerinde yerine getireceklerinden, o işyerinde ortaya çıkabilecek tehlikelere açık hale geleceklerdir. Zira alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmasa da, alt işveren işçilerinin asıl işverenin hukuki menfaat alanına girmesiyle birlikte aralarında bir sosyal temas ve güven ilişkisi kurulmuş

⁶³⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 34.

⁶³¹ Bu hususta Aydınli'ya göre, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen alt işveren işçileri ile geçici işçilerin 13. maddede yer alan bu haktan nasıl yararlanabileceği konusu belirsizliğini korumaktadır. Söz konusu Kanunda çeşitli hükümlerde başka bir işyerinden gelen işçilere ilişkin düzenlemeler yapılmakla birlikte 13. maddede yer alan çalışmaktan kaçınma hakkı bakımından bir düzenleme yapılmaması sonucunda konu tartışmalı hale gelmektedir. Bu açıdan söz konusu hükme bu hususa ilişkin bir fıkra eklenmelidir. İbrahim Aydınli, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren- “... Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 26, Haziran 2012, (Çalışanlar), s. 23.

olur⁶³². Bu ilişkinin başlamasıyla birlikte tarafların birbirlerinin hukuki menfaat alanına müdahale etme ve bu değerlere zarar verme riski doğacağından, asıl işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçileri bakımından da bir koruma ve gözetme yükümlülüğü altında olduğu ve buna bağlı olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan yükümlülükleri alt işverene tabi olarak bu ilişki çerçevesinde çalıştırılan işçiler bakımından da gözetmek zorunda olduğu öğretide kabul edilmektedir⁶³³. Bu durum Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralının da bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece Kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da, alt işveren işçileri işyerinde ortaya çıkan ciddi ve yakın bir tehlike karşısında 13. madde uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceklerdir⁶³⁴.

Geçici iş ilişkisi bakımından da aynı sonucun kabul edilmesi gerekir. Zira geçici iş ilişkisinde, işçi üstlendiği iş görme edimini geçici işçi çalıştıran işverene karşı yerine getirmekle ve onun emir ve talimatlarına uymakla yükümlü olur. İşçi burada iş görme edimini geçici işverenin işyerinde yerine getireceğinden, işyerinde ortaya çıkabilecek çeşitli tehlikelere maruz kalma riski ile karşılaşacaktır. Bu nedenle işveren geçici iş ilişkisiyle çalışan işçilere karşı da iş sağlığı ve güvenliği başta olmak üzere koruma ve gözetme yükümlülüğü altındadır⁶³⁵.

⁶³² İbrahim Aydın, "6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı: 30, 2013, (Alt İşveren), s. 41; Aykaç, s. 242-243; Sosyal temas hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s. 27-30.

⁶³³ Soyer, *İş Görmekten Kaçınma*, s. 681; Ömer Ekmekçi, **4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 43; Akın, s. 169; Aydın, *İş Görmekten Kaçınma*, s. 23; Aydın, *Muvazaa*, s. 261-262; Aydın, *Alt İşveren*, s. 41; Akyiğit, *Alt İşverenlik*, s. 125; Aykaç, s. 240-241; Balık, s. 1007; Sarıbay Öztürk, s. 117; Narter, s. 132; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 33; Şahin Emir, s. 170; Ayrıca alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, s. 169-176.

⁶³⁴ Soyer, *İş Görmekten Kaçınma*, s. 681; Akın, *Seminer Notları*, s. 322; Aydın, *Sorumluluk*, s. 246; Aydın, *İş Görmekten Kaçınma*, s. 23; Topuz, s. 487; İnciroğlu, s. 819; Oğuz, s. 148; Balık, s. 1007; Sarıbay Öztürk, s. 120; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 33; Şahin Emir, s. 171.

⁶³⁵ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 120; Narmanlıoğlu, s. 257; Ekmekçi, s. 42; Ekmekçi, *Geçici İş*, s. 375; Engin, *Ödünç İş*, s. 344; Akyiğit, *Ödünç İş*, s. 154-155; Odaman, s. 178; Odaman, *Yeni Düzenlemeler*, s. 53; Keser, s. 83-85; Ulber ve Ulber, §1, s. 78, Rn. 69; Dehmel, s. 268-269; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 35; Civan, s. 455-457; İren, s. 288-289; Berna Öztürk, "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 243; Ayrıca meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, s. 221 vd.; Canan Erdoğan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", **YBHD**, Cilt: 2, Sayı: 2017/2, 2017, s. 136-145.

Bu husus, İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisine ilişkin 7. maddesinde de açıkça ifade edilmiş ve meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurulması durumunda geçici işçi çalıştıran işverenin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğu ve ayrıca geçici işçinin de bu eğitimlere katılmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Yine aynı hükümde işverenin, bir işçisini holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi şeklinde kurulan geçici iş ilişkisinde de geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işverenle birlikte sorumlu olduğu düzenlenerek aynı esas kabul edilmiştir. Bu bakımdan her iki halde de geçici işçi çalıştıran işverenin, geçici işçiler bakımından koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunduğu ve bunu sağlamak açısından da işyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, gerekli eğitimleri vermek, işçileri bilgilendirmek gibi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu söylenebilecektir.

Buna bağlı olarak Kanunda açık bir düzenleme yer almasa da, geçici işçi de işyerinde ortaya çıkan ciddi ve yakın bir tehlike karşısında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir⁶³⁶. Benzer yönde Alman Hukukunda da geçici iş ilişkisinde geçici işçiyi çalıştıran (ödünç alan) işverenin işçiyi korumak ve gözetmekle yükümlü bulunması nedeniyle işçinin bu işverene karşı iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabileceği öğretide kabul edilmektedir⁶³⁷.

⁶³⁶ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 681; Akyiğit, Ödünç İş, s. 150, 154; Akın, Seminer Notları, s. 322; Odaman, s. 201; Aydın, Sorumluluk, s. 246; Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 24-25; Keser, s. 90; Civan, s. 458, 610; İren, s. 295; Topuz, s. 489; İnciroğlu, s. 819; Oğuz, s. 149; Balık, s. 1008; Sarıbay Öztürk, s. 132; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 35; Şahin Emir, s. 173; Öztürk, s. 247; Erdoğan, s. 148.

⁶³⁷ Ulber ve Ulber, §1, s. 78, Rn. 68; Dehmel, s. 286 ve dn. 99'da sayılan yazarlar.

3. İşçinin Kendiliğinden Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

a. Genel Olarak

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmeden önce, İş Kanunu'nda işçinin ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunup bulunmadığını kendiliğinden takdir ederek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması olanağı düzenlenmemekte, ancak bu sonuç öğretide genel olarak kabul edilmekteydi⁶³⁸. Nitekim bu yönde Sur, İş Kanunu'nun işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen 83. maddesinde böyle bir imkândan söz edilmemişse de, bazı acil durumlarda işçinin derhal işten kaçınması gerekebileceğini, bu nedenle pek yakın bir tehlike bulunduğu durumlarda, işçinin derhal işi bırakabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini, ancak işçinin iş sözleşmesinin gereksiz yere işin bırakılması dolayısıyla işverence feshedilmesi riskinin işçiye ait olacağını ifade etmekteydi⁶³⁹. 6331 sayılı Kanunla ise, belirli şartlar çerçevesinde işçinin herhangi bir merci kararı almaksızın, re'sen hareket ederek çalışmaktan kaçınabileceği hüküm altına alınmıştır.

Nitekim Kanunun 13. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.” Söz konusu hüküm uyarınca işçinin kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkı, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olması ve işin durdurulmamış olması koşullarıyla kullanılabilir.

b. Hakkın Koşulları

(1) Ciddi ve Yakın Tehlikenin Önlenemez Olması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, işçinin kurul ya da işveren kararı olmaksızın, kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi

⁶³⁸ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 411; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 91; Kabakçı, İşverenin Yükümlülükleri, s. 331.

⁶³⁹ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 411.

için, tehlikenin ciddi ve yakın olmasının yanı sıra, önlenemez nitelikte olması gerekir. Önlenemezlik kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda ise Kanunda herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal’a göre, önlenemezlik “işçinin içinde bulunduğu somut koşullarda tehlikenin alınacak herhangi bir tedbirle engellenemeyeceği” şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁴⁰.

Burada çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için herhangi bir merci kararı aranmadığından, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte olduğunu işçinin kendisinin tespit etmesi gerekir. Gerekçeye göre çalışanın kendi bilgi ve tecrübesine göre tehlikenin önlenemez olduğu kanaatine varması halinde, bu hakkı kullanması mümkün olabilir. Süzek’e göre, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğunun takdirinde, çalışanın sübjektif durumu, yani tecrübesi, mesleği, yaşı, kıdemi gibi özellikleri göz önünde tutulmalı ve çalışanın tehlikenin bu nitelikte olduğu düşüncesinin makul sayılabileceği hallerde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması yasal görülmelidir⁶⁴¹. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal’a göre ise, işçinin içinde bulunduğu somut koşullara göre ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğunun objektif olarak kabul edilebileceği durumlarda işçi kendiliğinden çalışmaktan kaçınabilecektir. Yazarlara göre işçiye tanınan bu takdir hakkı keyfiliği ifade etmez. Bu bakımdan somut durumun işçide böyle bir kanıyı uyandıracak nitelikte olup olmadığının tespiti hâkime ait olacaktır⁶⁴².

Burada işçi tarafından çalışmaktan kaçınma hakkı kullanıldıktan sonra hâkim tarafından tehlike bulunmadığına karar verilmesi durumunda, işçinin devamsızlığından ötürü işverenin fesih hakkına sahip olup olmadığı tartışılması gereken bir sorundur. Sur’a göre, bu durumda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmanın rizikosu işçiye ait olacağından, koşullar oluşmamasına rağmen işçinin çalışmaktan kaçındığının anlaşılması halinde işverenin iş sözleşmesini feshetmesi riski doğabilecektir⁶⁴³. Sarıbay Öztürk’e göre ise, burada bir ayırım yapmak gerekir. Mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta tehlikenin önlenemez olmadığına karar verilmesi halinde dahi, işçinin bilgi ve tecrübesi çerçevesinde tehlikenin önlenemez olduğu sonucuna ulaşması makulse, işçinin sözleşmesi feshedilememeli ya da işçiye

⁶⁴⁰ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1379.

⁶⁴¹ Süzek, s. 916; Aydın, Sorumluluk, s. 241; Kabakçı, İşverenin Yükümlülükleri, s. 373.

⁶⁴² Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1379.

⁶⁴³ Sur, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 411.

bir disiplin cezası verilememelidir. Zira yazara göre Kanun, işçiye bilgi ve tecrübesi ile tehlikeyi değerlendirerek kendi kanaati ve kararı ile çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi olanağını getirmiştir⁶⁴⁴.

Kanaatimizce de burada çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmanın riski işçiye ait olsa da, tehlikenin niteliğinin yanlış tespit edildiği her durumda işverenin fesih hakkına sahip olduğu söylenememelidir. Burada somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalı ve işçinin kendi bilgi ve tecrübesi göz önüne alındığında, dürüstlük kuralı uyarınca tehlikeyi yanlış değerlendirmesinin makul görülebildiği hallerde, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının doğmadığı kabul edilmelidir.

(2) İşin Durdurulmamış Olması

Kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için de işin durdurulmamış olması gerekir. Zira işin durdurulması halinde çalışma olmayacağından, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması da söz konusu olmayacaktır. Ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde işin bu Kanunun 25. maddesi uyarınca durdurulması halinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılamayacağı düzenlendiğinden, söz konusu hüküm işçinin kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasını da kapsamaktadır⁶⁴⁵. Böylece her iki tür çalışmaktan kaçınma hakkı bakımından da işin durdurulmamış olması bir koşul olarak aranacaktır.

c. Hakkın Kullanımı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 3. fıkrasında, çalışanların ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda, işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebileceği ve çalışanların bu hareketlerinden dolayı haklarının kısıtlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan böyle bir tehlikeyle karşılaşan işçi, güvenli bir yere giderek söz konusu hakkını kullanabilecektir. Burada sözü edilen güvenli yer, önceden işveren tarafından belirlenmiş olan yerdir. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 12. maddesinde

⁶⁴⁴ Sarıbay Öztürk, s. 103-104.

⁶⁴⁵ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1380.

işveren, ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapmak ve çalışanlara gerekli talimatları vermekle yükümlü tutulmuştur.

Aynı hükümde işverenin, durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemeyeceği ifade edilmiştir (İSGK m. 12/I, b). Hükümün karşıt anlamından gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilen çalışanların, tehlike devam etse de çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanamayacakları çıkarılabilir⁶⁴⁶. Bunun dışında kalan işçilerin çalışmaya devam etmelerinin istenemeyeceği kuralı, zorunluluk bulunmaması şartına bağlanmıştır. Öğretide isabetli olarak bu ifadenin soyut olması sebebiyle yerinde olmadığı ve madde metninden çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁴⁷.

Önlenemez nitelikte yakın ve ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalan ve 13. madde uyarınca kendiliğinden çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin, bu durumu en kısa sürede işverene bildirme yükümlülüğü bulunur⁶⁴⁸. Zira burada işçi herhangi bir merci kararı almaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığından, işverenin bu durumdan haberdar edilmesi hem hakkı kullanan işçinin hem de tehlikeye maruz kalabilecek diğer işçilerin korunması açısından özellikle önem taşımaktadır.

4. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Sonuçları

a. İş Sözleşmesinin Durumu

İşçinin ciddi ve yakın bir tehlike sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması halinde iş sözleşmesi sona ermez, söz konusu tehlike ortadan kalkana dek

⁶⁴⁶ Sarıbay Öztürk, s. 104.

⁶⁴⁷ Baycık, Çalışanların Hakları, s. 122; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 33, dn. 92; Sarıbay Öztürk, s. 104-105.

⁶⁴⁸ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1381; Sarıbay Öztürk, s. 107; Narter, s. 171.

işçinin iş görme borcu dışında kalan tarafların diğer hak ve yükümlülükleri devam eder⁶⁴⁹.

Öğretide bir görüşe göre, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasıyla birlikte iş sözleşmesi askıya alınmış olur, ancak İş Kanunu'ndaki (şimdi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki) düzenleme uyarınca işçinin ücret ve diğer hakları saklı kalır⁶⁵⁰. Bu görüşe göre askı halinde ücret ödenmemesi kuralına bir istisna getirilmiş olup, salt ücret ödeneceğinin kabul edilmesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının bir askı hali doğurmadığını söylemek mümkün değildir⁶⁵¹. Bu görüşte Sarıbay Öztürk'e göre, burada işin ifasında maddi bir imkânsızlık bulunmamakla birlikte, iş görme ediminin ifasını işçiden istemek iyiniyet ve dürüstlük kuralı uyarınca mümkün değildir. Bu açıdan iş sözleşmesinin askıda kaldığı kabul edilmelidir. Ancak askı halinin temel sonucu olan ücret ödeme yükümlülüğünün de askıda kalacağı kabul edilemez. Burada işverenin ücret ödeme borcunun devam ettiği, bunun sosyal bir ücret niteliğinde olduğu kabul edilmelidir⁶⁵². Diğer görüşe göre ise, bu durum iş sözleşmesinin askıya alınmasına benzemekle birlikte, askı halinde ücret ödeme borcu bulunmadığından, çalışmaktan kaçınma hakkı askı halinden farklılık göstermektedir⁶⁵³.

Askı hali, iş sözleşmesinin devamını olumsuz etkileyen ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesini olanaksız hale getiren sebeplerin sonucunda ortaya çıkan ve işçiye askı süresi boyunca iş görme edimini yerine getirmeme imkânı getiren bir hukuki durumdur⁶⁵⁴. İş sözleşmesinin askıya alınması sonucunun doğması için, geçici bir ifa imkânsızlığının ortaya çıkması ve bu imkânsızlık nedeniyle işçiden iş görme edimini ifa etmesinin beklenemiyor olması gerekir⁶⁵⁵. Kanaatimizce işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması neticesinde işin ifasında maddi bir imkânsızlığın ortaya çıktığından söz edilemez. Bununla birlikte burada iş tehlikelerinin ortaya çıkması işçiden iş görme ediminin ifa edilmesinin beklenmemesi sonucunu doğurur. Bu açıdan işçinin yaşamı ve sağlığını tehdit eden

⁶⁴⁹ Gökteş, s. 229; Baycık, Çalışanların Hakları, s. 117; Oğuz, s. 150; Sarıbay Öztürk, s. 133; Şahin Emir, s. 175.

⁶⁵⁰ Süzek, İşçilerin Hakları, s. 616; Başterzi, s. 197; Sarıbay Öztürk, s. 134-135; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 36.

⁶⁵¹ Sarıbay Öztürk, s. 134-135.

⁶⁵² Sarıbay Öztürk, s. 134-135.

⁶⁵³ Gökteş, s. 229.

⁶⁵⁴ Süzek, Askıya Alınma, s. 3 vd.; Süzek, s. 492 vd.

⁶⁵⁵ Süzek, Askıya Alınma, s. 45; Süzek, s. 496; Taşkent, Askı, s. 21.

bir iş tehlikesi ortaya çıktığından, somut olayın koşullarına göre işçinin işi ifası için bir manevi imkânsızlığın mevcut olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte iş görmekten kaçınma hakkı, askı halini doğuran sebeplerde olduğu gibi işçinin bir imkânsızlık nedeniyle belirli bir süre iş görme edimini ifa edememesi anlamına gelmeyip, işverence bir edimin ifasını ve işyerinde işin ifası için sağlıklı bir ortamın yaratılmasını sağlama amacı taşır. Burada işverence yerine getirilmesi gereken hazırlık fiillerinin ifa edilmemesi söz konusu olup, iş görmekten kaçınma işverence söz konusu eylemlerin yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir.

Başterzi'ye göre, burada imkânsızlık ile işverenin alacaklı temerrüdü birlikte gerçekleşmektedir. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması ve işyerinde sağlıklı bir çalışma ortamı sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle alacaklı temerrüdüne düşmekte, bunun sonucunda da işçi açısından manevi bir ifa imkânsızlığı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu imkânsızlık hali temerrüdün ortaya çıkmasından önce mevcut olmadığından, temerrüdün oluşumuna da engel olmamaktadır⁶⁵⁶.

b. Çalışmaktan Kaçınılan Sürelerin Çalışma Süresinden Sayılması

4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışılmamasına rağmen bazı süreler, çalışma süresinden sayılmıştır (İş K. m. 66). Nitekim 66. maddede çalışma süresinden sayılacak haller yer verilmiş ve bu çerçevede işçinin *“işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler”*in çalışma süresi kapsamında değerlendirileceği kabul edilmiştir.

İşyerinde bir tehlike halinin ortaya çıkması ve işveren tarafından gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanarak iş görme edimini ifa etmediği sürelerin, bu bent çerçevesinde çalışma süresinden sayılması gerekir⁶⁵⁷. Zira burada işçi işi ifaya hazır olmasına rağmen işyerinde tehlikenin ortaya çıkması nedeniyle iş görme edimini ifa edememektedir. İşverence işyerinde gerekli önlemlerin alınması ve söz konusu tehlike halinin ortadan kalkması durumunda ise işçi işine dönecektir. Bu bakımdan

⁶⁵⁶ Başterzi, s. 197-198.

⁶⁵⁷ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1383; Göktaş, s. 231; Sarıbay Öztürk, s. 139; Narter, s. 173; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 36-37; Şahin Emir, s. 176; Çağlar, s. 191.

işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı sürelerde işi ifaya hazır durumda beklediği söylenebilecektir⁶⁵⁸.

Kamu personeli bakımından bu hususta Kanunda özel bir düzenleme yapılmıştır. Nitekim 13. maddenin 4. fıkrası uyarınca, “*Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.*”⁶⁵⁹. Burada yalnızca kamu personeli bakımından özel bir düzenleme getirilmiş olsa da, bunun dışında kalan işçiler bakımından da, az önce açıklanan gerekçelerle, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması sonucunda çalışılmayan sürelerin çalışılmış gibi sayılması gerekir.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı sürelerin çalışma süresinden sayılmasının bir sonucu olarak, bu sürelerin işçinin kıdemine bağlı hakları bakımından da esas alınması gerekir. Dolayısıyla söz konusu süre işçinin kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı gibi kıdemi esas alınan işçilik alacakları bakımından hesaba katılacağı gibi, yıllık izin hesaplanması ve iş güvencesi bakımından aranan 6 aylık kıdemin bulunması koşulu açısından da çalışılmayan bu sürenin dikkate alınması gerekecektir⁶⁶⁰.

c. İşçinin Ücret ve Diğer Hakları

İşverenin alacaklı temerrüdü, daha önce de kısaca yer verildiği üzere, işçi tarafından usulüne uygun olarak ifa edilmek üzere sunulan bir iş görme ediminin, işveren tarafından objektif olarak haklı bir sebep bulunmaksızın kabul edilmemesi ya da işverenin iş görme ediminin ifa edilebilmesi amacıyla yapmakla yükümlü bulunduğu bazı hazırlık fiillerini yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. İşçinin iş görme edimini ifa edebilmesi için işveren tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerinden olan iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmaması, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucunu doğuracaktır. Zira böyle bir durumda, işçi ifaya hazır olmasına karşılık bu edimini işverene yüklenebilen bir nedenle ifa edememektedir.

⁶⁵⁸ Sarıbay Öztürk, s. 139-140.

⁶⁵⁹ Hükmün eleştirisi için bkz. Sarıbay Öztürk, s. 140.

⁶⁶⁰ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 688; Sümer, s. 199; Göktas, s. 231; Oğuz, s. 150; Sarıbay Öztürk, s. 140; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 36; Şahin Emir, s. 176.

İşverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, işçi işverene yükletilebilen bir nedenle iş görme edimini ifa edemediğinden, işveren ücret ödemekle yükümlü olur. Nitekim işverenin alacaklı temerrüdünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde de bu durum açıkça kabul edilmiş ve işverenin, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi ya da edimi kabulde temerrüde düşmesi halinde işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu haliyle söz konusu düzenleme ücret ödeme yükümlülüğünün iş görme ediminin karşılığı olduğu yönündeki temel kuralın istisnalarından biri olarak ortaya çıkmaktadır.

Benzer yönde bir düzenlemeye çalışmaktan kaçınma hakkı bakımından, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde de yer verilmiştir. Buna göre çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. Böylece söz konusu düzenleme uyarınca işçi, çalışmaktan kaçındığı süre boyunca ücret ve diğer haklarını işverenden talep edebilecektir.

İki düzenleme arasında bir farklılık bulunmaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde işçinin iş görme edimini ifa edememesi sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden indirileceği düzenlenmişken, bu hususta İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda bir hüküm yer almamaktadır. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal'a göre, bu durumda ücrette bir indirimle gidilmemesi gerekir, zira ancak bu şekilde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma konusunda işveren üzerinde bir baskı kurulmuş olabilir⁶⁶¹.

Göktaş, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen hükümde ücretinin saklı olduğunun ifade edilmesine karşın ücretinde indirim yapılmasına ilişkin bir hüküm getirilmediğinden, söz konusu düzenlemenin mahsubu bilinçli olarak öngörmediğinin düşünülebileceğini ifade etmekte, ancak konunun tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir⁶⁶².

Akyiğit'e göre ise, burada işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı sürede edindiği ödemelerin ücretinden düşülebilmesi gerekirken, işverenin işçiden

⁶⁶¹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 1382; Aynı görüşte bkz. Sarıbay Öztürk, s. 137-138; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 36; Göktaş'a göre de, çalışmaktan kaçınma hakkını özel olarak düzenleyen kanunkoyucunun, burada söz konusu olan temerrüt halinin kendine özgü olması sebebiyle indirimi bilinçli olarak öngörmediği söylenebilecektir. Göktaş, s. 230; Aynı görüşte Narter, s. 172.

⁶⁶² Göktaş, s. 230.

çalışmaması nedeniyle tasarruf ettiği değerleri ücretinden mahsup etmesi mümkün görülmelidir⁶⁶³.

Soyer'e göre ise, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi (şimdiki 408. madde) gereğince, çalışmaktan kaçınma durumunda ödenecek ücretten de söz konusu indirimin yapılması gerekir⁶⁶⁴. Zira bu düşüncenin gerekçesi, işi kabul süresince ödenecek ücretin, işçiyi zenginleştirme amacına hizmet etmemesidir. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Burada Kanunda yalnızca işçinin ücretine hak kazanacağına yer verilmiş, ücretinden belirli değerlerin mahsup edileceğine yer verilmemiştir. İşçinin bu hakkı işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmemesi sonucunda alacaklı temerrüdüne düşmesine bağlı olarak ortaya çıkmakta ve aynı zamanda işçinin çalışmadığı sürede ücretini elde edebilmesi de işverenin alacaklı temerrüdünün bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kanunda her ne kadar işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin açık bir hüküm mevcut olsa da, bu hüküm bulunmasaydı da işçinin alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanarak iş görmekten kaçınmasının mümkün olacağı göz önüne alınmalıdır. Ayrıca yine bu Kanunda yer verilen koşullar dışında kalan tehlike hallerinde işçi işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükme dayanarak çalışmaktan kaçınabilecektir. Bu hallerde işçinin ücretinden mahsup yapılırken, Kanunda düzenlenen çerçevede bir kaçınma hakkının söz konusu olması durumunda bu sonucun kabul edilmemesi isabetli değildir.

Ayrıca işçi işverenden kaynaklansa da belirli bir süre iş görme edimini ifa edememekte, buna karşılık ücretine hak kazanmaktadır. İşçinin çalışmadığı için tasarruf ettiği giderlerin ya da çalışmadığı sürede elde ettiği gelirlerin işçinin ücretinden düşülmesi hakkaniyete de uygun düşmektedir.

Bunun yanı sıra öğretide tartışmalı olsa da, kanaatimizce işçi ücretinin ödenmemesi ve çalışmamızın üçüncü bölümünde yer verilecek olan diğer iş görmekten kaçınma hallerinde de ücretine hak kazanacaktır. Bu hallerde işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca işçinin ücretinden bahsedilen değerlerin indirilmesi gerekecektir. Buna rağmen tehlike halinde işçinin çalışmaktan kaçınması durumunda farklı bir sonucu kabul etmek için bir sebep bulunmamaktadır.

⁶⁶³ Akyiğit, Şerh, s. 2107.

⁶⁶⁴ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 687; Aynı görüşte bkz. Aydın, İş Görmekten Kaçınma, s. 27; Ayrıca yazarın bu görüşü için bkz. Aydın, s. 245; Topuz, s. 490; Karacan, s. 17.

Ücretin ödenme süresi bakımından ise Kanunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla çalışmaktan kaçınma hakkının sona ermesine kadar ücret ödeme yükümlülüğünün devam edeceği söylenebilecektir⁶⁶⁵.

d. Çalışmaktan Kaçınan İşçiye Yaptırım Uygulanamaması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin 13. maddesinde bu hususta bir düzenleme yer almasa da, bu hüküm uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin iş sözleşmesinin iş görme ediminin ifa edilmemesi nedeniyle işverence feshedilmesi ya da başkaca bir yaptırım uygulanması mümkün değildir⁶⁶⁶. Aynı sonuç kanaatimizce işyerinde tehlike halinin ortaya çıkması ve işverence gerekli önlemlerin alınmaması durumunda, işçinin 13. madde uyarınca bir kurul ya da işveren kararı alınmaksızın alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümler uyarınca iş görmekten kaçınması bakımından da kabul edilmelidir. Ancak bu halde işçi tarafından yanlış tespitte bulunulması ve işyerinde bir tehlike halinin gerçekte mevcut olmaması riski söz konusu olabileceğinden, işçi işverence iş sözleşmesinin feshedilmesi riskiyle karşı karşıya kalabilecektir.

Öğretide çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiye işverence işyerinde iş sağlığı ve güvenliği anlamında tehlikesiz ve uygun bir işin teklif edilmesi durumunda, işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil etmedikçe, işçinin bu iş teklifini kabul etmesi gerektiği, zira bunun işçinin sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olduğu ileri sürülmektedir⁶⁶⁷. Aksi halde işverenin bu teklifini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilmesi söz konusu olabilecektir⁶⁶⁸. Kanaatimizce de işverence işyerinde tehlike içermeyen ve işçinin konumuna, iş tanımına ve niteliklerine uygun başka bir işin önerilmesi durumunda, işçinin bu teklifi kabul ederek o işe ilişkin iş görme edimini ifa etmesi dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenebilecektir. Bu açıdan öğretide ifade edilen bu görüşe katılmaktayız.

⁶⁶⁵ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 687; Şahin Emir, s. 176.

⁶⁶⁶ Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 686; Engin, İş Görmekten Kaçınma, s. 92; Sarıbay Öztürk, s. 140; Topuz, s. 490; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 37.

⁶⁶⁷ Süzek, s. 915; Süzek, İşçilerin Hakları, s. 616; Soyer, İş Görmekten Kaçınma, s. 683; Göktaş, s. 227; Odaman, İş Sağlığı, s. 885; Baycık, Çalışanların Hakları, s. 119; Sarıbay Öztürk, s. 142; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 37; Karacan, s. 17.

⁶⁶⁸ Süzek, s. 915; Süzek, İşçilerin Hakları, s. 616; Baycık, Çalışanların Hakları, s. 119.

e. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede İşçinin Sosyal Güvenlik Durumu

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin çalışmadığı süreler, çalışılmış gibi sayılacak, işçi ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir. Bu dönemde işçinin sigortalılık durumunun ne olacağı ayrıca tartışılması gereken bir durumdur.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 9. maddesine göre, 4/a ile çalışan sigortalıların kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık hallerinin iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihte son bulacağı kabul edilmiş, buna karşılık sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, hastalık ve analık sigortaları bakımından sigortalılığın, bu hallerin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu haller dışında kalan diğer durumlarda ise, hastalık ve analık sigortası bakımından sigortalılık halinin iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden onuncu günden başlanarak sona ereceği kabul edilmiştir. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması da bu diğer hallerden biridir⁶⁶⁹.

Burada sigorta kolları bakımından bir ayırım yapılması gerekir. İlk olarak, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde işveren ücret ödemekle yükümlü olduğundan ve iş sözleşmesi henüz sona ermediğinden, bu süre boyunca uzun vadeli sigorta kolları ile hastalık ve analık sigortaları bakımından işçinin primlerinin de ödenmeye devam edilmesi gerekir⁶⁷⁰. Zira bu tür sigorta kolları bakımından işçinin çalışmış sayılması yeterlidir. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından ise, bu iş kolları bakımından fiilen çalışma gerektiğinden, öğretide farklı bir değerlendirme yapılmakta ve işçinin çalışmadığı dönem açısından iş kazası ve meslek hastalığı riski bulunmadığından dolayı, buna ilişkin primlerin ödenmesi zorunluluğu bulunmadığı kabul edilmektedir⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Sarıbay Öztürk, s. 149; Ayrıca ücretin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçinin sigortalılığına ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, C, 5, g.

⁶⁷⁰ Akyiğit, İş Kabulde Temerrüt, s. 21; Gökteş, s. 232; Oğuz, s. 151; Sarıbay Öztürk, s. 149; Şahin Emir, s. 177.

⁶⁷¹ Akyiğit, İş Kabulde Temerrüt, s. 21; Gökteş, s. 232; Oğuz, s. 151; Şahin Emir, s. 177.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKINI KULLANABİLECEĞİ DİĞER HALLER

I. AYRIMCILIK YASAĞINA AYKIRILIK

A. Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

Ayrımcılık, bir kimseye sahip olduğu cinsiyet, ırk, renk gibi değiştirilemeyecek ya da değiştirmesi beklenemeyecek bazı özellikleri veya felsefi görüş, dinî inanç, siyasal görüş gibi tercihleri nedeniyle farklı davranılması ve bu farklı davranma nedeniyle kişinin birtakım olumsuz davranışlara maruz kalması ya da bazı menfaatlerden yoksun kalmasıdır⁶⁷². Ayrımcılık kavramı genellikle eşitlik ilkesiyle birlikte değerlendirilmektedir.

Eşitlik, genel anlamıyla, iki veya daha çok şeyin birbirine eş olmasını ifade eder⁶⁷³. Hukuki açıdan eşitlik ise, kişilerin kanun önünde eşit olması, eşit muamele görmesi ve eşit haklara sahip olması anlayışına dayanmaktadır⁶⁷⁴. Türk hukukunda eşitlik ilkesinin yasal dayanağını, en temel şekliyle Anayasanın 10. maddesi oluşturur. Buna göre,

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

⁶⁷² Süzek, s. 450; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan-I**, İstanbul 2011, s. 426; Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 38; Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, 2008, s. 69; A. Eda Manav, “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, s. 732; Ertuğrul Yuvalı, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Ankara, 2012, s. 84-85.

⁶⁷³ Tuncay, s. 5-7; Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, 2. Basım, Dora Yayın, Bursa, 2009, s. 5; Yıldız, s. 30; Hakan Keser, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 3, 2004, (Eşit İşlem), s. 23.

⁶⁷⁴ Eşitlik kavramı ve tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alaeddin Şenel, “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, **Prof. Dr. Yavuz Abadan’a Armağan**, Ankara, 1969, s. 241 vd.; Pir Ali Kaya, “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, **Mess Mercak Dergisi**, Nisan 2005, (Çalışma Hukukunda Eşitlik), s. 145 vd.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Anayasa'nın bu hükmü, hem bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken genel bir eşitlik ilkesi ve genel bir eşit davranma yükümlülüğü getirmekte, hem de temel olarak kişiler arasında ayırım yapılmasını yasaklayarak, ayrımcılık yasağını düzenlemektedir⁶⁷⁵.

Anayasa'da belirtilen ayırım yapma yasağına ilişkin kurallar, kişileri cinsiyet, ırk, renk gibi değiştirilemeyecek ya da değiştirmesi beklenemeyecek bazı özellikleri ve felsefi görüş, dinî inanç, siyasal görüş gibi tercihleri nedeniyle birtakım olumsuz davranışlara uğramaya ya da menfaatlerden yoksun kalmaya karşı koruyan normlardır⁶⁷⁶. Söz konusu hükümle düzenlenen ayırım yasakları sınırlayıcı değildir; bazı ayırım yasaklarına örnekseyici olarak yer verilmiştir. Zira maddede yer verilen “ve benzeri” ifadesi de hükümdeki sayımın sınırlı olmadığını göstermektedir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin genel ve önemli bir düzenlemeye 20.04.2016 tarih ve 29690 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda yer verilmiştir. Anılan Kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde ayrı tutma kavramı, “*kişilerin bu Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumu*” olarak tanımlanmıştır (m. 2/a). “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı” başlıklı 3. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında ise,

“Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir.

Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.”

denilerek ayrımcılık yasağı düzenlenmiş, aynı hükmün 3. ve 4. fıkraları ile ise, yasağın ihlal edilmesi durumunda bu hususta sorumluluk altında bulunan kişilerin de, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü

⁶⁷⁵ Süzek, s. 451; Çelik ve diğerleri, s. 400; Ertürk ve Gürsel, s. 426; Yuvalı, s. 36-37; Sibel İncoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, s. 48-49; Ayrıca söz konusu Anayasa hükmünün yorumlanması hususunda bilgi için bkz. İncoğlu, s. 53-54.

⁶⁷⁶ Süzek, s. 450; Ertürk ve Gürsel, s. 426; Onaran Yüksel, s. 38-39; Manav, s. 733.

olduğu kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere burada ayrımcılık yasağı olarak kabul edilecek hususlar sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Burada yer verilmeyen nedenlerle yapılan ayrımcılık halleri bu Kanun kapsamına girmeyecektir⁶⁷⁷.

B. Uluslararası Belgelerde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine ülkemizin de onayladığı pek çok uluslararası sözleşmede yer verilmiştir. En önemlilerinden biri İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirgenin 2. maddesi uyarınca *“Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir.”* Bildirgede ayrıca herkesin ayırım yapılmaksızın kanun önünde eşit olduğu ve ayırım gözetilmeksizin kanunun korumasından eşit olarak yararlanma hakkına sahip olduğu kabul edilmiş (m. 7); kişilerin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakları bulunduğu, herhangi bir ayırım yapılmaksızın eşit iş karşılığında eşit ve adil bir ücret alma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır (m. 20, 23)⁶⁷⁸.

Birleşmiş Milletler tarafından 1965 yılında kabul edilen ve 1969 yılında yürürlüğe giren “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme” ile de siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel ya da kamusal yaşamda hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kaldırma ya da zayıflatma amacına yönelik olan ve ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanan her tür ayırma ya da dışlama eylemi, ırk ayrımcılığı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Sözleşmede çalışma, işini serbestçe seçme, işsizliğe karşı korunma, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli gelir hakkı ve sendika kurma ve üye olma haklarının sağlanması gerekliliği vurgulanmış ve taraf devletlerin anılan haklardan yararlanmada herkesin kanun önünde eşitlik hakkını

⁶⁷⁷ Çelik ve diğerleri, s. 404.

⁶⁷⁸ Bildirgenin tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, (E.T. 21.04.2018); Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Kadriye Bakırcı, **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, (Cinsiyet Ayrımcılığı), s. 20-21.

garanti altına almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (m. 1, 5)⁶⁷⁹. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” ile de kadınlara karşı cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım yapılması açıkça yasaklanmış (m. 1); ayrıca kadınların da erkeklerle aynı istihdam olanaklarına sahip olması gerektiği, eşit işlem, eşit ücret gibi hakları vurgulanmıştır (m. 11)⁶⁸⁰.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nün de eşit davranma ilkesini ele alan sözleşme ve tavsiye kararları bulunmaktadır⁶⁸¹. Bu hususta 1951 yılında Cenevre’de kabul edilen “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”ne göre, *“Her üye, ücret hadlerininin tespitiyle ilgili olarak yürürlükte bulunan usullere uygun yollardan, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibini teşvik ve bu prensibin bütün işçilere uygulanmasını, sözü edilen usullerle telifi kabûl olduğu nispette temin edecektir.”* (m. 2)⁶⁸². Yine Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1958 yılında kabul edilen ve iş ve meslek bakımından ayrımcılığı yasaklayan “İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi” de iş hukukunda eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın yasaklanmasına yönelik önemli belgelerden biridir⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/95-109.pdf>, (E.T. 21.04.2018).

⁶⁸⁰ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komision/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf, (E.T. 21.04.2018); Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 2, 2010, (Ayrımcılık), s. 223-225; Onaran Yüksel, s. 42-46; Yuvalı, s. 14-19.

⁶⁸¹ Uluslararası Çalışma Örgütü’nün özellikle kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemeleri hakkında bilgi için bkz. Nurhan Süral, “Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Cilt: II, Beta Yayınevi, 2001, s. 1306 vd.; Ayrıca bu hususta bkz. Tuncay, s. 18-22; Yuvalı, s. 19-22.

⁶⁸² Sözleşme metni için bkz. Tankut Centel, **Türkiye’nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri**, Mess Yayınları, İstanbul, 2004, (ILO Sözleşmeleri), s. 292-298; Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Tuncay, s. 18-19; Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2008, (Kadın Erkek Eşitliği), s. 59; Onaran Yüksel, s. 46-57.

⁶⁸³ Bu Sözleşme ile ayırım deyimi, *“a) Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşee bakımından yapılan ve iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tâbi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma, b) İlgili üye memleketin, varsa, temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edinilen iş veya meslekte tâbi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma”* olarak tanımlanmıştır (m. 1); Sözleşme metni için bkz. Centel, ILO Sözleşmeleri, s. 367-373; Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Tuncay, s. 20-22; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 59-60.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı'nda da benzer nitelikte hükümlere yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde, *“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”* denilerek ayrımcılık açıkça yasaklanmıştır⁶⁸⁴. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 Sayılı Protokol ile de tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları vurgulanmıştır (m. 1)⁶⁸⁵.

Avrupa Sosyal Şartı'nda da herkesin haklardan yararlanmasının ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacağı (V. Bölüm, m. E) düzenlenerek ayrımcılık yasağı vurgulanmış, ayrıca herkesin *“istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkına”* sahip olduğu ifade edilmiştir (II. Bölüm, m. 20)⁶⁸⁶.

Avrupa Birliği mevzuatında da eşitlik ilkesini sağlama ve ayrımcılığı önleme amacına yönelik pek çok düzenleme yapılmıştır. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 20. maddesinde herkesin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiş, 21. maddesinde ise, *“Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması”* yasaklanmıştır⁶⁸⁷.

Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında kadın ve erkek işçilere farklı ücret uygulamalarını önlemeyi amaçlayan düzenlemeler dikkat çekmektedir. Özellikle Avrupa Birliği Anlaşması'nın 141. maddesinde yer alan kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi hükmü, 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207 sayılı “İş ve Meslek Eğitimine

⁶⁸⁴ Sözleşme metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (E.T. 21.04.2018).

⁶⁸⁵ Sözleşme metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (E.T. 21.04.2018).

⁶⁸⁶ Avrupa Sosyal Şartı metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>, (E.T. 21.04.2018); Ayrıca bu hususta bilgi için bkz. Tuncay, s. 14-16; Kaya, s. 29-35; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 70-81; Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 26-27; Yıldız, s. 44-50.

⁶⁸⁷ <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>, (E.T. 12.07.2019).

Giriş, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif” ve bu Direktife değişiklikler getiren 2002/73 sayılı Direktif, 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117 sayılı “Kadın ve Erkeklerle Eşit Ücret Temel Kurallarının Uygulanması Konusunda Üye Devletlerin Hukuk Kurallarının Uyumlaştırılması Hakkında Direktif”, 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 sayılı “Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Korunmasına Dair Direktif”, 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne İlişkin Direktif”, 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43 sayılı “İrk Veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif”, 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78 sayılı “İş ve Meslekte Eşitlik İlkesinin Gerçekleştirilmesine İlişkin Direktif ve 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54 sayılı “Kadın ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif” dikkat çekmekte ve bu belgeler ayrımcılığın önlenmesine ve istihdamda eşitliğin sağlanmasına ilişkin önemli hükümler içermektedir⁶⁸⁸.

C. Türk İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasada 10. maddeyle ifade edilen ve eşitlik ilkesi olarak adlandırılan kavramın iş hukukundaki görünümü, işverenin eşit davranma yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkar. Bir başka deyişle anılan yükümlülük, Anayasada ifade edilen eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm şeklidir⁶⁸⁹.

Eşit davranma ilkesi ya da eşit davranma yükümlülüğü, genel olarak aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin keyfi olarak farklı işlemlere tâbi tutulmaması,

⁶⁸⁸ Bilgi için bkz. E. Tuncay Senyen Kaplan, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, **TBB Dergisi**, Özel Sayı, 2017, (Eşitlik İlkesi), s. 231 vd.; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 88 vd.; Onaran Yüksel, s. 68-80; Kaya, s. 59-128; Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, (Eşitlik İlkesi), s. 69 vd.; Ayrıca bkz. Kübra Doğan Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 4, 2002, (Kadın-Erkek Eşitliği), s. 33-38; Gülmez, Ayrımcılık, s. 225-227; Yıldız, s. 50-53; Manav, s. 735 vd.; Yuvalı, s. 26-31.

⁶⁸⁹ Tuncay, s. 5; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 721; Devrim Ulucan, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2014, (Pozitif Ayrımcılık), s. 373; Senyen Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 236; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 145; Gülmez, Ayrımcılık, s. 239; Ulaş Baysal, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 25, 2010, s. 61.

haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmaması ve kişilere herhangi bir ayrıcalık tanınmamasıdır⁶⁹⁰. Bu yönüyle bir yandan işverene işyerinde çalışan işçiler arasında eşit işlem yapma yükümlülüğünü yüklerken, diğer yandan işçiler arasındaki keyfi uygulamaları da kaldırmayı amaçlar⁶⁹¹.

İşverenin eşit davranma yükümlülüğü, İş Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş ve Anayasada yer alan eşitlik ilkesine paralel, ancak daha somut bir hüküm getirilmiştir. Söz konusu hükümle, iş ilişkisinde her türlü ayrımcılık yapılması yasaklanmış, işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapamayacağı ve aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamayacağı düzenlenmiştir⁶⁹². Böylece bu yükümlülüğün iki yönünün bulunduğu söylenebilir. Bir tarafta İş Kanunu'nun 5. maddesinde de açıkça düzenlenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin ayrımcılık yasakları, diğer tarafta ise dar anlamda eşit davranma

⁶⁹⁰ Ekonomi, s. 156-157; Tunçomağ ve Centel, s. 145; Aktay ve diğerleri, s. 160; Tuncay, s. 5-7; Narmanlıoğlu, s. 324; Süzek, s. 450; Demir, İş Hukuku, s. 204; Fevzi Demir, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayırım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 41, 2014, (Eşit İşlem), s. 16; Senyen Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 226; Ertürk, s. 101; Ertürk ve Gürsel, s. 426; Onaran Yüksel, s. 37; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 66; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 147; Yıldız, s. 65; Manav, s. 734; Baysal, s. 61; Sevil Doğan, "Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 9, Nisan 2012, s. 182; Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD, 29.05.2008, E. 2008/32183, K. 2009/7045 www.kazanci.com, (E.T. 04.03.2018).

⁶⁹¹ Tuncay, s. 121; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s. 147; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 33-36; Onaran Yüksel, s. 37; Yıldız, s. 65-66; Yuvalı, s. 42.

⁶⁹² "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddeye göre, "*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."; Burada ifade edilen ayırım yasaklarının, madde metninde "ve benzeri sebeplerle" denildiğinden, sınırlı sayıda olmadığı ve işveren tarafından benzer nedenlere dayanılarak ayrımcılık yapılmasının da yasaklandığı kabul edilmelidir. Süzek, s. 451; Çelik ve diğerleri, s. 402; Yuvalı, s. 45.

yükümlülüğü olarak adlandırılan ve daha çok işverenin yönetim hakkıyla ilişkili olan, işverenin genel olarak işçiler arasında eşit işlem yapma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁹³.

İşçilere eşit işlem yapma borcu yükleyen bu yükümlülük, aynı nitelikteki ya da aynı veya benzer durumdaki işçiler için söz konusu olur. Yani aynı durumda olmayan kişilere farklı işlem yapılması da eşit davranmanın bir parçasını teşkil eder⁶⁹⁴. Zira farklı durumda bulunan kişilere eşit işlem yapılması bu borcun ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Ancak bu farklı davranmanın, “*objektif ve işin özüne ve gerçeğe uygun*” olması ve haklı bir nedene dayanması gerekir⁶⁹⁵. Bu, her somut olayın özellikleri değerlendirilerek belirlenmelidir. Örneğin işçinin uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere ya da çalışkanlık, yetenek gibi subjektif nedenlere dayanarak işçiler arasında farklı işlem yapılması mümkündür ve esasen bu, sözleşme özgürlüğünün bir gereğidir⁶⁹⁶. Ancak söz konusu yetkinin de dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gereklidir. Bu konuda 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda da bir düzenleme yapılmış ve ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 7.

⁶⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, s. 5-6; Çelik ve diğerleri, s. 402-403; Ertürk ve Gürsel, s. 431; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 66; Yuvalı, s. 46.

⁶⁹⁴ Tuncay, s. 5; Süzek, s. 451; Narmanlıoğlu, s. 327; Çelik ve diğerleri, s. 404; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 723; Senyen Kaplan, Eşitlik İlkesi; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 33; Keser, Eşit İşlem, s. 24; Manav, s. 734; Yuvalı, s. 59; Sevil Doğan, s. 183.

⁶⁹⁵ Tuncay, s. 121; Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 12, Aralık 2008, (Eşit Davranma Borcu), s. 27; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 66; Keser, Eşit İşlem, s. 26; Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi ve özellikle cinsiyet ayrımcılığını haklı kılan objektif nedenler konusunda bkz. Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 123-145; Onaran Yüksel, s. 285-296; Bu hususta Alman Hukuku’nda, iş ilişkisinde ayırım yapılabilecek hallerle ilişkin Alman Genel Eşit Davranma Kanunu’nda özel düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim Kanunun 7. maddesinde iş ilişkisinde ayrımcılık yapma yasağı düzenlenmiş, 8, 9 ve 10. maddelerde ise ayırım yapmayı haklı kılacak bazı hallerle yer verilmiştir. Bu haller; mesleki gereklilikler, çalışılan kurumun dini bir kuruluş ya da belirli bir dünya görüşüne hizmet eden bir birlik ya da kurum olması durumunda dini görüş veya dünya görüşü, işin niteliği gereğince ayırım yapılmasının objektif ve makul olması ve yasal bir amacın haklı göstermesi kaydıyla, yaşa ilişkin yapılan ayrımlardır. Jobst-Hubertus Bauer ve Burkard Göpfert ve Steffen Krieger, **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar**, 3. Auflage, München, 2011, s. 145-198.

⁶⁹⁶ Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 27; Narmanlıoğlu, s. 328; Çelik ve diğerleri, s. 404; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 722; Eyrenci ve diğerleri, s. 171; Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: V, Sayı: 3, 2000, (Eşitlik), s. 196; Ulucan, Pozitif Ayrımcılık, s. 377; Demir, Eşit İşlem, s. 23-24; Kaplan, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 5; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 33; Ertürk ve Gürsel, s. 429; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 67; Keser, Eşit İşlem, s. 24; Yıldız, s. 66, 167 vd.; Manav, s. 734; Yuvalı, s. 59, 162-167.

maddesinde, istihdam bakımından zorunlu olarak ayırım yapılması gereken durumlarda ayrımcılığın iddia edilemeyeceği kabul edilmiştir⁶⁹⁷.

Burada her ne kadar somut olayın şartları göz önüne alınarak tespit edilmesi gerekirse de, bazı ayrımların yapılması Anayasa’da ve İş Kanunu’nda özel olarak yasaklanmıştır. Nitekim dil, din, ırk, mezhep, siyasî ve felsefî düşünce ve kanaatlere dayanarak ayırım yapılması mutlak olarak yasaktır (AY m. 10, İş K. m. 5/I). Öğretide “Mutlak ayırım yasakları” olarak adlandırılan ve Anayasa ile İş Kanunu’nda açıkça öngörülmüş bu tür nedenlerden birinin gerçekleşmesi hâlinde, başka bir şartın sağlanmasına gerek bulunmaksızın ayrımcılık yasağının ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlâli söz konusu olur⁶⁹⁸.

Kanunî düzenlemeler dikkate alındığında, diğer bir önemli mutlak ayırım yasağının da cinsiyet ayrımcılığı olduğu görülür⁶⁹⁹. Nitekim cinsiyet, İş Kanunu’nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, *“İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”* denilerek açıkça ayırım yasaklarından biri olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde maddenin 4. ve 5. fıkralarına göre, cinsiyet sebebiyle aynı veya eşit değerde bir iş için, daha düşük ücret belirlenemeyeceği ve özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının da daha düşük ücret kararlaştırılmasını haklı göstermeyeceği de özel olarak hüküm altına alınmıştır.

Anayasada ve Kanunlarda yer verilen mutlak ayırım yasakları dışında da kişiler arasında bireysel özellikleri nedeniyle ayrımcılık yapılması söz konusu

⁶⁹⁷ “(1) Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır: a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.

b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.

c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.

ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.

d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.

e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.

f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.

g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”

⁶⁹⁸ Tuncay, s. 123; Narmanlıoğlu, s. 325-326; Ulucan, Pozitif Ayrımcılık, s. 374; Yıldız, s. 88.

⁶⁹⁹ Cinsiyet ayrımcılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Senyen Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 239 vd.; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 145 vd.; Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı, s. 25 vd.; Onaran Yüksel, s. 95 vd.; Yıldız, s. 75 vd.

olabilir. Önceden saptanamayan bu haller, her somut olayın özelliği ve olaydaki uygulanış şekli göz önüne alınarak belirlenecektir. Öğretide, bu tür ayırım yasakları mutlak olmayan (görelî) ayırım yasakları olarak adlandırılmaktadır⁷⁰⁰.

İş Kanunu'nda yer alan bu ayrımcılık hallerinin yanı sıra, ayırım yapma yasağını düzenleyen diğer bir hükme ise, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde yer verilmiştir. Bu hükümle sendikal ayrımcılık özel olarak yasaklanmış ve hem işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten ayrılmaları ya da herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı ifade edilmiş, hem de sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından da herhangi bir ayırım yapılamayacağı özel olarak düzenlenmiştir (STSK m. 25/I-III).

Yine işyerinde eşit davranma yükümlülüğü ve ayırım yapma yasağına ilişkin özel bir hükme, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunu'nda yer verilmiştir. Anılan Kanunun 14. maddesi uyarınca, işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları da dâhil olmak üzere, istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamayacağı kabul edilmiş ve ayrımcılık yasağı getirilmiştir (m. 14/II)⁷⁰¹.

D. Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Durumunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

1. Genel Olarak İşçinin Hakları

Eşit davranma ve ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverene karşı, işçinin bazı hakları mevcuttur. İlk olarak, işçi böyle bir davranış sonucunda herhangi bir edimden yoksun kalmışsa, yoksun kalınan şeyin istenmesine yönelik bir eda davası

⁷⁰⁰ Tuncay, s. 123.

⁷⁰¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 10, Haziran 2008, s. 83.

açabilir. Burada eda davasında amaç, işverenin eşit davranma ve ayırım yapmama yükümlülüğüne aykırı davranmamış olması durumunda işçi hangi durumda bulunacak idiyse, işverenin işçiyi o hale getirmeye mahkum edilmesidir⁷⁰². Bu bakımdan eda davası, ancak parasal menfaatler bakımından ayrımcılık yapılması ve belirli kimselerin bu menfaatlerden yararlandırılmaması durumunda açılabilir⁷⁰³. Örneğin ayrımcılık yasağına aykırı davranılması ve bir kişiye karşı belirli bireysel özellikleri nedeniyle ayrımcı muamele yapılarak, işyerinde çalışan ve benzer işi yapan diğer işçilere nazaran daha düşük ücret ödenmesi durumunda, işçi eda davası ile bu ücreti talep edebilmelidir.

Ayrımcılık yasağına aykırı davranılmasının İş Hukuku açısından en temel sonucu, işçinin ayrımcılık tazminatı isteyebilmesidir. Nitekim İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranılmasının hukuki yaptırımı da düzenlenmiş ve iş ilişkisinde veya sona ermesinde anılan bu hükme aykırı davranılması hâlinde işçinin, dört aya kadar ücreti tutarında tazminat ve bunun yanı sıra yoksun kaldığı haklarını talep edebileceği kabul edilmiştir⁷⁰⁴.

İş ilişkisinde sendikal nedenle ayrımcılık yapılmasının hukuki yaptırımı ise, özel olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 25. maddesinde, bu hükümde düzenlenen sendikal nedenle ayırım yapılması yasağına aykırı davranılmasının hukuki yaptırımı, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere hükmedilecek olan sendikal tazminat olarak belirlenmiştir (m. 25/IV).

Ayrımcılık yasağının cezai yaptırımına ise, işe alımda ayrımcılık yapılması bağlamında, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe

⁷⁰² Tuncay, s. 219; Onaran Yüksel, s. 341.

⁷⁰³ Erich Frey, "Gleichbehandlungsfragen bei Ausübung des Direktionsrechts", **Der Betrieb**, Nr. 9, 1964, s. 300.

⁷⁰⁴ Ayrımcılık tazminatına ilişkin bilgi için bkz. Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 76-81; Yıldız, s. 328-342; Serkan Odaman, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 14, Haziran 2009, (Ayrımcılık), s. 79-83; Manav, s. 771-773; Yuvalı, s. 222-232.

alınmasını engelleyen kimsenin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır (TCK m. 122/I-c)⁷⁰⁵.

Son olarak işverenin ya da işveren vekilinin İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, İş Kanunu'nun 99. maddesi uyarınca her işçi için yüz elli Türk lirası tutarında idari para cezasına hükmedileceği düzenlenerek, söz konusu yükümlülüğün idari yaptırımı da belirlenmiştir. Burada ayrıca bir belirleme yapılmadığından, 5. maddede düzenlenen tüm ayrımcılık hallerine ilişkin aykırılıklarda işverene ya da işveren vekiline idari para cezası uygulanacağı sonucuna varılmalıdır.

Ayrımcılık yasağının diğer bir idari yaptırımına ise, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda yer verilmiş ve bu Kanun uyarınca ayrımcılığa uğrayan kişilere, bu Kanun kapsamında oluşturulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvurma hakkı tanınmış (m. 17) ve bu başvuru üzerine Kurumun ayrımcılık yasağına aykırı davranan kurumlar ve kişiler hakkında idari para cezasına hükmedebileceği düzenlenmiştir (m. 25).

2. İş Görmekten Kaçınma Hakkı

İşverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığına ilişkin iş mevzuatında herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, öğretide işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri göz önüne alınarak bu soruya olumlu cevap verilmektedir⁷⁰⁶.

İşveren işçi tarafından edimin ifa edilebilmesi için yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haklı bir sebep bulunmaksızın kaçınması halinde alacaklının temerrüdüne düşer⁷⁰⁷. İşçinin ifa etmekle yükümlü olduğu edimi tam ve

⁷⁰⁵ Madde 122 - “Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”; Ayrımcılık suçuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, s. 98 vd.

⁷⁰⁶ Bu yönde bkz. Tuncay, s. 226-228; Yıldız, s. 323; Onaran Yüksel, s. 350.

⁷⁰⁷ Eren, s. 1032; Oğuzman ve Öz, s. 353.

doğru olarak yerine getirebilmesi için, işverenin edimini ifaya hazır bulunan işçinin bu ifasını kabul etmesi ya da belirli bazı hazırlık fiillerini gerçekleştirerek edimin ifasına katılması gerekir. İşverence bu hazırlık edimlerinin gerçekleştirilmemesi durumunda işçi, iş sözleşmesi ile yükümlendiği iş görme edimini, işverence bu edimler ifa edilinceye kadar yerine getirmeme yetkisine, yani iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır.

İşverenin alacaklı temerrüdü hükümlerinin yanı sıra, işyerinde ayrımcılık yapılması durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağı belirlenirken Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ödemezlik def'inin uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelmektedir. Ancak daha önce de yer verildiği üzere, iş görmekten kaçınma hakkının ödemezlik def'ine dayandırılabilmesi ve işçinin belli bir edim işverence yerine getirilinceye kadar bu def'ie dayanarak işi ifadan kaçınabilmesi için, edimlerin karşılıklılık içerisinde olması gerekir. İşyerinde eşit davranma ve ayırım yapmama yükümlülüğü işverenin yan borcu niteliğinde olup, işçinin asli edim yükümlülüğü niteliğinde bulunan iş görme edimi ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer almamaktadır. Bu nedenle soruya olumsuz yanıt verilmelidir⁷⁰⁸.

İşverenin işçiye karşı eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı saptanırken, ilk önce eşit davranma yükümlülüğüne ve ayrımcılık yasağına aykırılığın, işin ifası için gereken bir hazırlık fiili olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği değerlendirilmelidir. İş ilişkisinde işverenin işçiler arasında eşit davranma ilkesine uygun şekilde işlem yapma, objektif ve haklı gerekçeler bulunmadıkça işçiler arasında ayırım yapmama borçları bulunmaktadır. İşyerinde işçiler arasında eşit bir düzen yaratmak ve keyfi işlemlere izin vermemek, işçilerin uygun bir çalışma ortamında iş görme edimini yerine getirmesi için gereklidir. Zira işçi tarafından iş sözleşmesine uygun olarak edimin ifa edilebilmesi için işyerinde uygun çalışma koşullarının yaratılması, işçinin iş görme edimini rahatça yerine getirebileceği koşulların sağlanmış olması gerekir⁷⁰⁹.

Aynı sonuç işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir gereği olarak da ortaya çıkmaktadır. Zira işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin kişiliğini korumayı, işçinin işyerinde zarar görebileceği durumları önlemeyi ve sağlıklı bir

⁷⁰⁸ Bu yönde bkz. Tuncay, s. 226; Onaran Yüksel, s. 351.

⁷⁰⁹ Tuncay, s. 228.

işyeri ortamında çalışmasını sağlamayı da kapsayan geniş bir borçtur⁷¹⁰. İşverenin bu borcu hem işyerinde ortaya çıkabilecek iş tehlikelerine karşı işçinin sağlığını ve yaşamını, hem de işçinin kişilik değerlerini ve ruhsal bütünlüğünü korumayı içermektedir. İşverence işçiler arasında ayrımcılık yapılması da işçinin kişilik değerlerini zedelediği gibi sağlığına ve kendini geliştirme özgürlüğüne de engel oluşturur. Bu bakımdan öğretide Yıldız'ın da ifade ettiği üzere, “*ayrımcılıktan arındırılmış bir işyeri*” yaratmak işverenin hazırlık filleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır⁷¹¹.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde kanaatimizce işyerinde ayırım yapma yasaklarına aykırı davranması durumunda, işveren alacaklı temerrüdüne düşecek, ayrımcılığa uğrayan işçi işverence söz konusu davranışların sona erdirilmesi ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması amacıyla, iş görme edimini ifadan kaçınma hakkını haiz olacaktır. Ancak işçinin söz konusu davranışının sınırını dürüstlük kuralı çizmelidir. Burada işyerinde ayrımcılık yapıldığına ve iş görmekten kaçınma hakkının doğduğuna ilişkin tespit işçi tarafından yapılacağından, işçinin bu belirlemeyi hatalı yapması ve haklı bir gerekçe bulunmaksızın iş görme borcunu ifa etmemesi sonucu ortaya çıkabilir. Bu riski azaltmak amacıyla kanaatimizce işçi, iş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan önce durumu işverene bildirmeli, ayrımcı davranışlara son verilmesini talep etmeli ve bunun için işverene makul bir süre tanımalıdır. İşverence işyerinde gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda işçi artık iş görmekten kaçınabilecektir.

Bu hususta Tuncay, işçinin ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olmasını, o işin yapılmasının kendisinden beklenemez olması, yani aykırılığın işçiden ifa beklenemeyecek ölçüde ağır olması koşuluna bağlamaktadır. Nitekim yazara göre, işverenin işçilerine eşit davranma borcuna keyfi bir biçimde aykırı davranarak işçinin işini görmesini kendisinden beklenemez hale sokması durumunda, farklı işleme tabi tutulan işçi söz konusu edimi ifa ile yükümlü olmaz⁷¹². Zira herkesin hakkını kullanırken ve borcunu ifa ederken Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına uygun davranması gerekirken, yönetim hakkını eşit davranma ilkesine aykırı kullanan işverenin artık

⁷¹⁰ Kaplan, Koruma Borcu, s. 2; Yıldız, s. 324.

⁷¹¹ Yıldız, s. 324.

⁷¹² Tuncay, s. 228.

işin görülmesini işçiden isteme hakkına sahip olmadığı ve bu bakımdan işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte işçinin buradaki iş görmekten kaçınma hakkı tüm işini kapsamayıp, kendisinden eşit davranma ilkesine aykırı olarak yapması istenen işe özgü olacaktır⁷¹³.

Yıldız'a göre de hazırlık fiili niteliğinde olan sağlıklı bir işyeri ortamı sağlama yükümlülüğünün, işyerinde ayrımcılık yapılması suretiyle ihlal edilmesi durumunda, insan onuruyla bağdaşmayan ve insan haklarına saldırı oluşturan bu davranışlar karşısında, işverence gerekli önlemler alınıncaya kadar, işçinin işverenin alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir⁷¹⁴. Bunun için yazara göre, işçi ayrımcı davranışlara son verilmesi için işverene başvurmalı, işverence gerekli önlemler alınmadığı takdirde ancak bu hakkını kullanma yoluna gitmelidir. Ancak elbette ki işyerinde ayrımcılık yapıldığına ilişkin değerlendirme işçi tarafından yapılacak, dolayısıyla yanlış değerlendirme yaparak iş görme edimini ifa etmemesi sonucunda iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi riskini kendisi üstlenmiş olacaktır⁷¹⁵.

Alman Hukukunda da işçinin işyerinde ayrımcılığa uğraması durumunda iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceğine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte öğretide, genel olarak bu durumda işçinin iş görmekten kaçınabileceği kabul edilmekte ve işçinin bu hakkı genel olarak Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesine dayandırılmaktadır⁷¹⁶. Alman Medeni Kanunu'nun "Zurückbehaltungsrecht" başlıklı 273. maddesinde genel olarak,

⁷¹³ Tuncay, s. 229; Aynı yönde bkz. Onaran Yüksel, s. 350.

⁷¹⁴ Yıldız, s. 324.

⁷¹⁵ Yıldız, s. 324.

⁷¹⁶ Zira öğretide genel olarak, iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin özel bir düzenleme olarak ortaya çıkan Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 14. maddesinde, yalnızca taciz ve cinsel taciz durumunda işçiye bu hakkın açık şekilde tanınmış olduğu, buna karşılık aynı hükmün ikinci fıkrasında Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesinin saklı tutulduğu ifade edilmekte, bu nedenle diğer hallerde anılan hükme başvurulması gerektiği kabul edilmektedir. Bauer, Göpfert, Krieger, s. 222; Burkhard Boemke ve Franz-Ludwig Danko, **AGG im Arbeitsrecht**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007, s. 109; Sabine Eggert-Weyand, § 14 AGG, s. 681, in: **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften Kommentar**, (Hrsg: Rust/Falke), 2007; Wolfgang Rühl ve Hans Peter Schmid ve Matthias Viethen, **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**, C. H. Beck, München, 2007, s. 82; Ulrike Wendeling-Schröder ve Axel Stein, **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**, München, 2008, s. 289, 296; Bu hususta Hueck ve Nipperdey de, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını Alman Medeni Kanunu'nun 320. maddesinde düzenlenen ödemelik def'ine ilişkin hüküm uyarınca kullanabileceğini, işverenin iş ilişkisinden doğan ancak ücret ödeme dışında kalan borçlarından birini yerine getirmemesi durumunda ise, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının Kanunun 273. maddesi uyarınca söz konusu olacağını ifade etmektedir. Hueck ve Nipperdey, s. 222.

alacaklıya karşı aynı borç ilişkisinden doğan muaccel bir alacağı bulunan borçlunun, alacaklı tarafından söz konusu edim ifa edilinceye kadar borçlu olduğu edimi yerine getirmekten kaçınabileceği düzenlenmektedir⁷¹⁷. Söz konusu genel düzenleme uyarınca işçi iş görmekten kaçınabilecektir. İşçinin ayrımcılık durumunda iş görme edimini ifadan kaçınmasına ilişkin mevzuatta özel bir hüküm yer almamakla birlikte, bu hak yalnızca Alman Genel Eşit Davranma Kanunu’nun 14. maddesiyle, cinsel taciz veya taciz şeklinde gerçekleşen ayrımcılık durumları için açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye ilişkin açıklamalarımıza “İşyerinde Cinsel Taciz” başlığı altında yer verilecektir.

II. İŞYERİNDE CİNSEL TACİZ

A. Genel Olarak

Cinsel taciz, öğretide genel olarak cinsel anlam taşıyan ve maruz kalan kişi açısından istenmeyen nitelikte birtakım hareketlerle, bireyin cinselliğine yönelik olarak ortaya çıkan her türlü eylem olarak tanımlanmaktadır⁷¹⁸. Cinsel tacizin işyerinde işveren, amir konumunda bulunan kişi ya da işyerinde çalışan herhangi bir kimse veya üçüncü kişiler tarafından, işyerinde çalışan işçilere karşı uygulanması durumunda, “işyerinde cinsel taciz” kavramından bahsedilir.

Taciz kavramına ilişkin kanuni bir tanıma, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda yer verilmiştir. Bu Kanunda taciz, “*Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış*” olarak ifade edilmiş (m. 2/I, j); ayrıca ayrımcılık türlerinden biri olarak nitelendirilmiştir (m. 4/I, g).

Cinsel taciz, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmiş, ancak ilgili 105. madde hükmünde bu kavrama ilişkin bir tanımlama

⁷¹⁷ Söllner, ZfA, s. 2; Dehmel, s. 89; Aschmoneit, s. 48. Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 1, b.

⁷¹⁸ Kadriye Bakırcı, *İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz*, Ankara, 2000, s. 88-91; Yuvalı, s. 107; A. Eda Manav Özdemir, “Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması”, *TİSK Akademi*, Cilt: XI, Sayı: 21, 2016, s. 200.

yapılmamıştır⁷¹⁹. Hükmün gerekçesinde ise cinsel taciz, “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilen ve cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanım çerçevesinde ceza hukuku açısından cinsel taciz, saldırı boyutuna ulaşmayan ve fiziksel temas içermeyen, sözlü ya da yazılı birtakım hareketlerle işlenen, bireyin cinselliğine yönelik kişiyi rahatsız edici nitelikte davranışlar olarak ifade edilebilir⁷²⁰.

Fiziksel temas suretiyle gerçekleştirilen cinsel nitelikli eylemler ise, Türk Ceza Kanunu anlamında cinsel taciz değil, cinsel saldırı olarak adlandırılmaktadır⁷²¹. Cinsel saldırı, öğretide “mağdurun cinsel dokunulmazlığına haksız bir müdahale teşkil eden, onun iradesi ve rızası dışında meydana gelen bir tecavüz” olarak tanımlanır⁷²². Cinsel saldırı suçu, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında, Türk Ceza Kanunu’nun 102. maddesinde düzenlenmiştir⁷²³. Hükmün ilk

⁷¹⁹ Türk Ceza Kanunu m. 105: “(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(1) (2) Suçun; a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teshir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

⁷²⁰ Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 386; Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 450-451.

⁷²¹ Özbek ve diğerleri, s. 325; Mehmet Emin Artuk, “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006, Sayı: 4, s. 30; Bununla birlikte iş hukuku anlamında işyerinde cinsel taciz bakımından ise öğretide böyle bir ayırım yapılmadığı, her tür fiziksel temas içeren ya da sözlü veya yazılı davranışın cinsel taciz çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu hususta ileride açıklamalar yapılacaktır. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, a.

⁷²² Özbek ve diğerleri, s. 317.

⁷²³ Türk Ceza Kanunu m. 102: “(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) Cinsel saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden

fikrasında cinsel saldırı eylemi, cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi olarak ifade edilmiştir⁷²⁴. Anılan hükümde temel anlamda cinsel saldırı suçu düzenlenmiş, hükmün 2. fıkrasında, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olan “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” suretiyle eylemin gerçekleştirilmesine yer verilmiştir. Aynı hükmün ilk fıkrasının 2. cümlesinde ise, bu tür cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması durumunda daha hafif bir ceza öngörülmüştür⁷²⁵.

102. maddenin 3. fıkrasında ise, bu suçun “... hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmesi, nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu eylemlerin çocuğa karşı işlenmesi durumunda ise, Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçu söz konusu olacaktır⁷²⁶.

olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

⁷²⁴ Ceza hukuku anlamında cinsel davranış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan ve diğerleri, s. 379-387.

⁷²⁵ “Sarkıntılık” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Kanunda bir tanım getirilmemiştir. Bu hususta Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe’ye göre, “sarkıntılık” teriminin madde kapsamına alınmasının temel nedeni, Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, cinsel saldırı suçunun basit şekli ile cinsel taciz suçunun ayırımına ilişkin ortaya çıkan tartışmalardır. Zira TCK m.102/I kapsamında cinsel saldırı suçunun basit şekli vücut dokunulmazlığının ihlalini gerektirmektedir. Buna karşılık TCK m. 105/I’de düzenlenen cinsel taciz suçu bakımından ise vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi unsur olarak aranmadığı gibi, mağdurda cinsel amaçlı rahatsız edicilik yaratılması yeterlidir. Bu hususta vücut dokunulmazlığını ihlal etmekle birlikte, cinsel saldırı yoğunluğunda olmayan davranışların hangi suç kapsamında değerlendirileceği tartışma konusu olmaktadır. Yazara göre kanunkoyucu bu tartışmalara son vererek bu fiillerin cinsel taciz olarak değil cinsel saldırı suçu olarak anlaşılması gerektiğini hüküm altına almıştır. O halde artık vücuda temas eden ve cinsel anlam taşıyan eylemler şehvi hisleri tatmine yönelmese de ani – süresiz – kesintili olsa da belli bir yoğunluğa ve ağırlığa ulaşmasa da yine de sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Özbek ve diğerleri, s. 327-329.

⁷²⁶ Söz konusu suçun temel şeklini düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; (1) a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.” Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek ve diğerleri, s. 343-365.

B. İşyerinde Cinsel Taciz Kavramı

1. Uluslararası Alanda İşyerinde Cinsel Taciz

İşyerinde cinsel taciz sorunu uluslararası alanda genellikle eşitlik ve ayrımcılık kavramlarıyla beraber değerlendirilmektedir. Birleşmiş Milletler tarafından 1992 yılında çıkarılan 19. Tavsiye Kararı'nda kadınların işyerinde maruz kaldıkları cinsel taciz gibi toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, 1979 tarihli anılan Sözleşmede düzenlenen istihdamda eşitlik ilkesini önemli ölçüde ihlal ettiği kabul edilmiş, ayrıca Kararda cinsel tacizin *“fiziksel temas ve teklif gibi istenmeyen cinsel içerikli davranışları, cinsel içerikli söz ve imaları, pornografik gösterilerde bulunmayı ve sözlü veya fiziksel cinsel talepleri”* içerdiği belirtilmiştir⁷²⁷.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nın işyerinde cinsel tacize ilişkin bir sözleşme ya da tavsiye kararı mevcut değilse de, konu çeşitli konferanslarda tartışılmış ve bu konferansların sonuç kısımlarında ele alınmıştır. İlk olarak Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı tarafından 1985'te kabul edilen “Çalışma Yaşamında Kadın ve Erkeklerle Eşit Fırsatlar ve Eşit İşlem Hakkında Karar”da bu konu dile getirilmiştir. Karara eklenen “Sonuçlar” kısmında işyerinde cinsel tacizin, işçilerin çalışma koşullarına, çalışma yaşamlarına ve yükselmelerine zarar verdiği, bu nedenle eşitliği geliştirmeye ilişkin politikaların cinsel tacizle mücadele ve cinsel tacizi önlemeye ilişkin önlemleri içermesi gerektiği ifade edilmiş, böylece cinsel tacizin, işlem ve fırsat eşitliğine aykırı düştüğü kabul edilmiştir⁷²⁸.

Yine gerek Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komitesi tarafından 1988 yılında yapılan Genel İnceleme'de, gerekse de 1989 yılında “Kadınlar İçin Özel Koruyucu Önlemler ile Fırsat ve İşlem Eşitliği” hakkındaki Üçlü Uzmanlar Komitesi Raporunun sonuç bölümünde de benzer çıkarımlar dile getirilmiştir. Aynı şekilde 1990 yılında gerçekleştirilen "Endüstrileşmiş Ülkelerde Çalışma Yaşamında Kadın ve Erkeklerle Fırsat Eşitliği ve Eşit İşlem Üçlü Sempozyumu"nun sonuç bölümünde de cinsel tacizin hem eşit işlem hakkının bir ihlali olduğu, hem de bir sağlık ve

⁷²⁷ Birleşmiş Milletler bakımından işyerinde cinsel tacizin düzenlenmesi ve bu konudaki çalışmalar hakkında bilgi için bkz. Bakırcı, s. 47-52.

⁷²⁸ Bakırcı, s. 52; Ufuk Aydın, “İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı: 9, Şubat 2006, (Cinsel Taciz), s. 20-21.

güvenlik sorunu olduğu ifade edilmiş, ayrıca işverenlerin ve örgütlerin işyerinde cinsel tacizi önleyici nitelikte önlemler almaları gerektiği vurgulanmıştır⁷²⁹. 1991 yılında gerçekleştirilen Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı'nda alınan “Kadın Çalışanlar İçin Uluslararası Çalışma Örgütü Eylemleri Hakkında Karar”da ise, işyerinde cinsel tacize ilişkin üçlü toplantılar düzenlenmesi; yol gösterici nitelikte kılavuzlar, eğitim ve bilgi materyalleri hazırlanması ve bir uygulama kodu oluşturulması planlanmıştır⁷³⁰.

Ulusal mevzuatlar bakımından ise, işyerinde cinsel taciz sorunu ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde tartışılmış ve önemli düzenlemeler yapılmıştır. Konu burada temel olarak cinsiyet ayrımcılığıyla birlikte değerlendirilmektedir. İşyerinde cinsel tacizin hukuka aykırı, cinsiyet temelli bir ayrımcılık olduğu ve belirli cinsiyete mensup bir kimsenin eşit değerinde işte çalışan ve diğer cinsiyete mensup başka kişiler nazarında çalışma hayatı bakımından ayrımcılığa uğratılması ve böylece dezavantajlı konuma getirilmesi cinsel taciz kavramı ile yakından ilişkili kabul edilmektedir⁷³¹.

1964 yılında yürürlüğe giren “Yurttaş Hakları Kanunu”nda cinsiyet ayrımcılığına ve bu kapsamda özellikle istihdamda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hükümler getirilmiş, ancak bu Kanunda cinsel tacizden bahsedilmemiştir. Ayrımcılığı önlemek amacıyla ise, İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu kurulması öngörülmüştür.

Amerika Birleşik Devletleri'nde cinsel taciz kavramı (“*sexual harassment*”) ilk olarak 1975 yılında kullanılmaya başlanmıştır⁷³². İşyerinde cinsel tacize yer veren ilk hukuksal belge, İstihdamda Fırsat Eşitliği Komisyonu tarafından çıkarılan 1980 tarihli “Rehber Kuralları” olmuş, söz konusu belgede cinsel tacizin tanımına ve türlerine yer verilmiştir⁷³³. Rehber Kurallarda, istenmeyen cinsel ilgiler, cinsel ilişki teklifleri ya da cinsel nitelik taşıyan sözlü ya da fiziksel diğer davranışların;

⁷²⁹ Bakırcı, s. 54; Aydın, Cinsel Taciz, s. 21.

⁷³⁰ Bakırcı, s. 55; Aydın, Cinsel Taciz, s. 21.

⁷³¹ Michael Rubenstein, “The Law of Sexual Harassment at Work”, **Industrial Law Journal**, 1 January 1983, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 1-3.

⁷³² Cinsel tacizin ABD hukukunda tanınması ve gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bakırcı, s. 40-46; Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, (Cinsel Taciz), s. 88.

⁷³³ Rubenstein, s. 5; Bakırcı, s. 44-45.

a. Bu tür bir davranışa uymanın açıkça ya da örtülü bir şekilde istihdamın koşulu haline getirildiği,

b. Bu tür bir davranışa uyma ya da bu davranışın reddinin istihdama ilişkin kararlarda etkili olacak şekilde kullanıldığı,

c. Bu tür bir davranışın bir çalışanın performansına keyfi şekilde müdahale etme amacı veya etkisi olan ya da gözdağı verici, düşmanca veya saldırgan bir çalışma ortamı yarattığı durumlarda, cinsel taciz olarak nitelendirileceği ifade edilmiştir (1604.11/a)⁷³⁴.

Burada cinsel taciz kavramı geniş bir şekilde ele alınmış ve hem cinsel taciz yoluyla bir menfaat sağlanması, hem de böyle bir menfaat söz konusu olmasa da cinsel nitelikli baskı yapılması ve böylece işyerinde rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratılması cinsel taciz kapsamında değerlendirilmiştir⁷³⁵.

Avrupa Birliği mevzuatı açısından ise konu biraz daha geç ele alınmıştır. İlk olarak 1976 tarih ve 207 sayılı Yönergede cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmış, ancak

⁷³⁴ Rehber Kuralların İngilizce tam metni için bkz. <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2016-title29-vol4/xml/CFR-2016-title29-vol4-part1604.xml>, (E.T. 06.03.2019); Kurallar çerçevesinde temel olarak iki tür cinsel tacizden bahsedildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, istenmeyen cinsel nitelikteki davranışların kabulü ya da reddinin işçinin istihdamına etki edecek şekilde kullanılmasıdır. Burada genel olarak bir işe alınma, mesleki ilerleme ya da maddi bir kazanç elde edilmesi gibi menfaatlerin sağlanması amacıyla, yapılan cinsel taciz davranışının işçi tarafından kabul edilmesi ya da reddedilmesi nedeniyle işçinin bir zarara uğraması söz konusu olur. Bu tür taciz işyerinde işçiye belirli menfaatleri sağlama ve geri alma yetkisine sahip, işveren ya da işveren vekili gibi amir konumunda bulunan kimse tarafından gerçekleştirilebilir. Bu taciz, genellikle öğretide “cinsel rüşvet/gözdağı tacizi” (“*Quid Pro Quo Harassment*”) olarak adlandırılmaktadır. İkinci tür cinsel taciz ise, davranışın gözdağı verici, düşmanca veya saldırgan bir çalışma ortamı yarattığı durumlarda ortaya çıkar. Burada işyerinde belirli bir cinse karşı cinsel içerikli olarak düşmanca ve rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratılması, bu nedenle işyerinde çalışan ve belirli bir cinsiyete sahip işçilerin böyle bir ortamda çalışmaya zorlanarak çalışma performanslarına müdahalede bulunulması söz konusu olur. Bu tür cinsel taciz genellikle tek seferlik bir davranış değil, belirli bir süre sistematik şekilde gerçekleşen davranışlar sonucunda ortaya çıkar. Öğretide bu tür cinsel taciz, (“*Hostile Working Environment*”) “düşmanca ortam yaratan cinsel taciz”, “düşmanca ve cinsellikle kaplı işyeri”, “düşmanca çalışma ortamı” ya da “çalışma ortamını bozan cinsel taciz” gibi isimlerle anılmaktadır. Burada bu tür cinsel taciz davranışları işveren ya da amir konumunda bulunan kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, işyerinde çalışan diğer işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından da meydana getirilebilir. Genellikle uygunsuz cinsel tekliflerde bulunulması, işyerinde pornografik içerikler bulundurulması, ahlaka aykırı bir üslubun hakim olması, aşağılayıcı yorumlar ya da küçük düşürücü veya utandırıcı soru ya da şakalar yapılması gibi durumlar, işyerinde düşmanca bir ortam yaratılarak cinsel tacizin gerçekleştiği örneklerden kabul edilmektedir. Michael Rubenstein, **Preventing and Remedying Sexual Harassment at Work**, London, 1989, (Sexual Harassment), s. 11; Barry S. Roberts ve Richard A. Mann, “Sexual Harassment in The Workplace: A Primer”, <http://www3.uakron.edu/lawrev/robert1.html>, (E.T. 05.03.2019); Bakırcı, s. 92-95; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 88; Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Eskişehir, 2002, s. 92-93; Aydın, Cinsel Taciz, s. 15-16; Muzaffer Aydemir, **İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı**, Ekin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 7.

⁷³⁵ Rubenstein, Sexual Harassment, s. 11.

cinsel tacizden bahsedilmemiştir. Yapılan komisyon çalışmaları sonucunda ilk olarak 27 Kasım 1991 tarih ve 92/131 sayılı Avrupa Birliği tavsiye kararında cinsel tacize yer verilmiştir⁷³⁶. Ancak Avrupa Birliği mevzuatı açısından asıl kapsamlı ve önemli düzenleme, 76/207 Sayılı “İşe Alınma, Meslekî Eğitim, Terfi ve Çalışma Şartlarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele Prensiplerinin Uygulanması Hakkındaki Yönerge”de değişiklik yapan 2002/73 sayılı Avrupa Birliği Yönergesiyle yapılmıştır. Bu Yönergeyle işyerinde cinsel taciz kavramı temel olarak Avrupa Birliği mevzuatına girmiştir.

Söz konusu 2002/73 sayılı Yönerge’nin 2. maddesiyle, cinsel taciz “*Kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavır*” olarak tanımlanmış (m. 2/II)⁷³⁷ ve cinsel tacizin bir ayrımcılık olduğu, bu nedenle yasaklanması gerektiği kabul edilmiştir (m. 2/III)⁷³⁸. Böylelikle söz konusu tanımda bir davranışın cinsel taciz olarak kabul edilebilmesi için, üç temel unsurun arandığı söylenebilir. Bunlar; davranışın istenmeyen bir davranış olması, insan onuruna aykırı nitelikte olması ve düşmanca bir çalışma ortamı yaratılması şeklinde özetlenebilir⁷³⁹. Yine Yönerge’nin 2. maddesinin 3. fıkrasında da bir kimsenin bu nitelikteki bir davranışı ret ya da kabul etmesinin, o kişi aleyhine bir karara zemin teşkil edemeyeceği de açıkça ifade edilmiş, böylece istihdama ilişkin kararlarda cinsel taciz davranışının etkili olmasının önlenmesi de kabul edilmiştir⁷⁴⁰. Ayrıca işverenler ve meslekî eğitimle sorumlu olan kimselerin, her türlü cinsel ayrımcılığa ve tacize ilişkin önlem almaları gerektiği de vurgulanmıştır (m. 2/V). Görüldüğü üzere cinsel tacizin tanımlanması bakımından Avrupa Birliği düzenlemelerinin Amerika Birleşik Devletleri hukuku ile örtüştüğü söylenebilecektir.

Cinsel taciz, Avrupa Birliği’nin 2006/54 sayılı Yönergesiyle de cinsiyet temelli ayrımcılık olarak kabul edilmiş ve bu ayrımcılık türünün yalnızca işyerinde

⁷³⁶ Avrupa Birliği’nde işyerinde cinsel taciz kavramının ortaya çıkışı hakkında bilgi için bkz. Bakırcı, s. 55-61; Ayrıca bilgi için bkz. Glenn M. Gomes ve James M. Owens ve James, F. Morgan, “Prohibiting sexual harassment in the European Union”, **An unfinished public policy agenda, Employee Relations**, Cilt: 26, Sayı: 3, 2004, s. 292; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 84-85.

⁷³⁷ 2002/73 sayılı Yönerge metninin Türkçe tercümesi için bkz. ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/direktifler/2002-73.doc, (E.T. 20.03.2018).

⁷³⁸ Doğan Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 56.

⁷³⁹ Gomes ve diğerleri, s. 296-297; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 84-85.

⁷⁴⁰ Gomes ve diğerleri, s. 297; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 84.

değil, aynı zamanda istihdam, meslekî eğitim ve terfi etme imkânına ulaşmak bakımından da ortaya çıkabileceği, işverenlerin ve meslekî eğitimden sorumlu olanların cinsiyet temelli ayrımcılığın bütün türleriyle mücadele etmesi ve özellikle istihdam, meslekî eğitim ve terfi olanaklarına ulaşma konularında ve işyerinde taciz ve cinsel tacize karşı ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak önlem alınması için desteklenmesi gerektiği ifade edilmiştir (m. 26).

1996 tarihli “Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı”nın 26. maddesinde ise,

“Akit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı, ... taahhüt ederler.”

hükmüne yer verilmiş, böylece işyerinde cinsel tacize karşı çalışanların korunması amaçlanmıştır⁷⁴¹.

Alman Hukuku’nda ise, işyerinde cinsel tacize ilişkin özel hükümlere yer verildiği görülmektedir. Burada konu, ayrımcılık altında değerlendirilerek, ilk olarak “Çalışanların Korunması Kanunu (*Beschäftigtenschutzgesetz*)” nda ele alınmış; Kanunun 2. maddesinde işverenin işçileri cinsel tacize karşı koruma yükümlülüğüne yer verilmişti⁷⁴². 14.08.2006 tarihinde ise, “Genel Eşit Davranma Kanunu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)” nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, “Çalışanların Korunması Kanunu” yürürlükten kalkmış ve konu bu Kanunla düzenlenmiştir⁷⁴³.

“Genel Eşit Davranma Kanunu”, ayrımcılığa ilişkin çeşitli hükümler getirmekte ve Kanunun 1. maddesinde de ifade edildiği üzere, ırk, etnik köken, cinsiyet, din, dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel kimlikten doğan mağduriyetlerin önlenmesi ve ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır⁷⁴⁴. Söz konusu hükümde Kanunun amacına yer verirken, bu Kanunun kapsamına giren ayrımcılık

⁷⁴¹ Bakırcı, s. 62-63.

⁷⁴² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Monika Schlachter, “Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Inhalt und Funktion des Arbeitsplatzbezugs”, *NZA*, Heft 3, 2001, s. 121 vd.

⁷⁴³ Genel Eşit Davranma Kanunu’nun (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) Almanca metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/agg/BJNR189710006.html>, (E.T. 21.03.2018).

⁷⁴⁴ Genel Eşit Davranma Kanunu’nda yer verilen ayrımcılık halleri ve kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer ve diğerleri, s. 37-51; Rühl ve diğerleri, s. 20-25; Ayrıca bu hususta bkz. Hediye Ergin, “Almanya’da “Genel Eşit Davranma Yasası”nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı: 14, 2007, (Eşit Davranma), s. 640 vd.

halleri sınırlı bir şekilde sayılmıştır⁷⁴⁵. Kanunun 2. maddesinde ise, özellikle işe alma koşulları dâhil olmak üzere mesleki faaliyetlerin erişimine ilişkin şartlarda, iş ilişkisinde mesleki yükselme, ücret ve çalışma koşullarında ya da iş ilişkisinin sona erdirilmesinde ilk maddede yer alan sebeplere dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır (m. 2/I-II).

İşyerinde gerçekleştirilen taciz davranışları bu Kanun kapsamında, ayrımcılık altında değerlendirilmektedir. Genel Eşit Davranma Kanunu'nda taciz ve cinsel tacize ilişkin tanımlamalar yapılmıştır. Nitekim Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasına göre taciz, kişinin onurunu zedelemeyi ve sindirme, düşmanlık, aşağılama, itibarsızlaştırma veya hakaret içeren bir çevre yaratılmasını amaçlayan ya da bunlara sebep olan, Kanunun 1. maddesinde sayılan nedenlerden biriyle bağlantılı olan ve istenmeyen davranış biçimleridir⁷⁴⁶.

Cinsel taciz ise aynı hükmün 4. fıkrasında özellikle korkutma, düşmanlık yaratma, alçaltma ya da aşağılama şeklinde karakterize edilen bir çevre yaratan, kişinin onurunun zarar görmesini amaçlayan veya buna sebep olan, istenmeyen cinsel davranış ve talepleri, cinsel temelli fiziksel temasları, sözleri, cinsel içerikli istenmeyen işaretlerin ve pornografik tasvirlerin görünür şekilde yerleştirilmesini de kapsayan şekilde gerçekleştirilen, istenmeyen cinsel temelli davranışlar olarak tanımlanmıştır⁷⁴⁷. Görüldüğü üzere bu tanıma göre, bir davranışın bu Kanun anlamında cinsel taciz olarak nitelendirilebilmesi için, ilk olarak cinsel tacize maruz kalan kişi açısından istenmeyen nitelikte olması, yani davranışın yapılmasına rıza gösterilmemesi gerekir. Bunun yanı sıra istenmeyen nitelikteki bu davranış, cinsel temelli olmalıdır. Cinsel temelli davranışlar ilgili Kanun hükmünde, fiziksel temaslar, sözler, cinsel içerikli istenmeyen işaretlerin ve pornografik tasvirlerin görünür şekilde yerleştirilmesi şeklinde örneklendirilmiştir. Burada davranışın

⁷⁴⁵ Bauer ve diğerleri, s. 51.

⁷⁴⁶ "(3) Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird."

⁷⁴⁷ "(4) Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird."

istenmeyen nitelikte ve cinsel temelli olup olmadığı, objektif olarak belirlenmeli, sübjektif değerlendirmeler ve cinsel tacizde bulunan kişinin sübjektif amacı, davranışın cinsel taciz teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır⁷⁴⁸. İkinci olarak bu istenmeyen, cinsel temelli davranışın ilgili kişinin onurunu zedelemeyi amaçlaması ya da buna sebep olması gereklidir. Kişinin onurunun zedelenmesi unsuru da objektif olarak tespit edilmeli, cinsel tacize uğrayan kişinin sübjektif kanaatine göre bir değerlendirme yapılmamalıdır⁷⁴⁹.

Son olarak Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nun anılan 4. fıkrasında özellikle korkutma, düşmanlık yaratma, alçaltma ya da aşağılama şeklinde karakterize edilen bir çevre yaratılmasından bahsedilmiştir. Burada Kanunda yer verilen "taciz" durumundan farklı olarak, ilgili fıkra "özellikle/bilhassa" tabiri kullanıldığından, düşmanca bir çalışma ortamı yaratılması cinsel taciz açısından mutlaka bulunması gereken bir koşul niteliğinde değildir⁷⁵⁰. Bu nedenle tacizden farklı olarak burada tek seferlik istenmeyen ve cinsel temelli davranışlar da cinsel taciz teşkil edebilecektir⁷⁵¹.

Söz konusu hükme göre cinsel taciz, bir mağduriyet olarak nitelendirilmiştir. Bu çerçevede cinsel taciz, tacizin özel bir türü olarak ortaya çıkmaktadır. Kanunda getirilen bu tanımla, cinsel tacizin pek çok şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilmiş ve cinsel taciz geniş bir şekilde düzenlenmiştir⁷⁵².

⁷⁴⁸ Bauer ve diğerleri, s. 105; Rühl ve diğerleri, s. 17; Aino Schleusener ve Jens Suckow ve Burkhard Voigt, **AGG – Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**, 4. Auflage, Luchterhand Verlag, 2013, s. 119; Christiane Nollert-Borasio ve Martina Perreng, **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Basis Kommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen**, Frankfurt am Main, 2006, s. 88; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 128; Klaus Adomeit ve Jochen Mohr, **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**, 2., überarbeitete Auflage, 2011, s. 327; Bununla birlikte davranışın istenmeyen nitelik taşıması hususunda Groß'a göre, işçi açısından davranışın istenmeyen nitelikte olup olmadığı tespit edilirken, cinsel tacize uğrayan işçi tarafından objektif olarak bu davranışın reddedilmesi gerekli değildir; tacize uğrayan işçinin aktif olarak bu davranışa katılımda bulunmaması yeterli görülmelidir. Nadja Groß, "Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz", **Der Betrieb**, Nr. 47, 20.11.2015, s. 2756.

⁷⁴⁹ Bauer ve diğerleri, s. 107; Adomeit ve Mohr, s. 332.

⁷⁵⁰ Bauer ve diğerleri, s. 107; Rühl ve diğerleri, s. 18-19; Eggert-Weyand, s. 331; Schleusener ve diğerleri, s. 119; Nollert ve diğerleri, s. 89; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 128; Adomeit ve Mohr, s. 332; Thomas Bezani ve Marcus Richter, **Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht**, Köln, 2006, s. 30.

⁷⁵¹ Bauer ve diğerleri, s. 107; Schleusener ve diğerleri, s. 119; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 128; Adomeit ve Mohr, s. 332.

⁷⁵² Groß, s. 2755.

2. Türk Hukuku'nda İşyerinde Cinsel Taciz

a. Konunun Düzenleniş Şekli

Türk Hukuku bakımından işyerinde cinsel taciz hem cinsiyet ayrımcılığı hem de kişilik haklarının korunması çerçevesinde değerlendirilir. İlk olarak, Anayasa'da güvence altına alınmış temel kişilik haklarının ihlali niteliğindedir. Anayasa'nın kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin hükümlerine göre, *“herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere”, “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına”, “kişi hürriyeti ve güvenliğine” ve “özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”* (AY m. 12, 17, 19, 20). Bunun yanı sıra, cinsel tacizin işyerinde gerçekleştirilmesi işyerinde çalışan ve cinsel tacize maruz kalan kişilerin elverişli, uygun koşullarda çalışma hakkını da ihlal etmektedir. Nitekim Anayasa'nın çalışma özgürlüğüne ilişkin hükümlerinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (AY m. 48, 49). Ayrıca yine Anayasa'da kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı da ifade edilmiştir (AY m. 50/II). İşyerinde işveren ya da işveren vekili tarafından cinsel tacizde bulunulması, iş ilişkisinde işçi ile işveren arasında doğan güven ilişkisinin de ihlali sonucuna yol açacak ve buna bağlı olarak cinsel taciz eylemi işveren ya da işveren vekili tarafından iş ilişkisinin sağladığı nüfuzun ve işçinin güveninin kötüye kullanılmasını da oluşturacaktır⁷⁵³. Bu açıdan işyerinde cinsel tacizin, diğer cinsel tacizlerden ayırt edilmesi gerekir.

Kişilik haklarının ihlali olarak ortaya çıkan cinsel taciz, Anayasa'nın yanı sıra Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda da çeşitli hükümlerle güvence altına alınmıştır. Genel olarak kişiliğin korunması Türk Medeni Kanunu'nun 23-25. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler

⁷⁵³ Berin Ergin, “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar – Taciz ve Çalışma Hayatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 7, Eylül 2007, s. 152.

uyarınca kişilik hakkı cinsel taciz nedeniyle saldırıya uğrayan kişi, cinsel taciz tehdidinin önlenmesini, devam eden bir cinsel tacizin ortadan kaldırılmasını, sona ermesine rağmen rahatsız edici etkisi devam eden cinsel taciz eyleminin tespitini ve cinsel taciz nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararının tazminini talep edebilecektir.

İşyerinde cinsel taciz, belirli bir cinsiyete yönelik olduğundan, yalnızca bu cinsiyette bulunan ve tacize maruz kalan kişilerin kişilik haklarını, çalışma özgürlüklerini ve elverişli bir ortamda çalışma haklarını ihlal ettiğinden, bu kişileri diğer cinsiyete mensup kişilere nazaran dezavantajlı konuma getirebilecek, bu nedenle de cinsiyet ayrımcılığı (ya da mağdurun eşcinsel olması durumunda cinsel tercihe dayalı ayrımcılık) da teşkil edebilecektir. Bu anlamda işyerinde ayrımcı davranışlara yol açan cinsel taciz davranışları, Anayasa'nın 10. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" şeklinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ve ayırım yapma yasağının da ihlali niteliğinde olacaktır⁷⁵⁴.

Konunun cezai boyutu ise, daha önce de yer verildiği üzere, Türk Ceza Kanunu'nun "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında, cinsel saldırı oluşturan davranışlar bakımından 102., cinsel taciz boyutunda kalan davranışlar içinse, 105. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerin 2. fıkralarında, bu suçların "*... hizmet ilişkisinin ... sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" ve cinsel taciz için "*Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" işlenmesi ise, suçun nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde cinsel taciz eylemi nedeniyle mağdurun işi bırakmak durumunda kalması halinde, verilecek cezanın bir yıldan az olamayacağı da ifade edilmiş ve suçun nitelikli hallerinden biri olarak düzenlenmiştir (TCK m. 105/II, a, c). Zira mağdurla fail arasında mevcut bulunan bu tür bir ilişkinin varlığı, mevcut olan güven ortamı ve üst konumunda bulunan kişi tarafından nüfuzun kötüye kullanılması, mağdurun eyleme olan direnişini azaltacak ve eylemin tekrarlanmasını da daha kolay hale getirecektir⁷⁵⁵. Bu nedenle kanunkoyucu bu tür ilişkilerin sağladığı kolaylıkla cinsel taciz davranışında bulunulmasını, nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

⁷⁵⁴ Bakırcı, s. 34.

⁷⁵⁵ Artuk, s. 41.

İşyerinde cinsel tacize, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu' nun "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417. maddesinde yer verilmiş ve işverenin "*hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü*" olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan işverenin işçiyi işyerinde gerçekleştirebilecek cinsel taciz davranışına karşı korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu söz konusu hükümle açıkça kabul edilmiştir.

Konu iş sözleşmesini fesih hakkı boyutuyla İş Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Nitekim Kanunun 24. maddesinin 2. fıkrasında işçinin işyerinde bizzat işveren tarafından cinsel tacize uğraması ya da diğer bir işçi ya da üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize maruz kalması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması hallerinde iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla İş Kanunu'nda haklı nedenle fesih hakkı bakımından konu, iki farklı boyutuyla düzenlenmiştir. İlk olarak işçi, bizzat işveren tarafından cinsel tacize uğraması halinde iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olacaktır (İş K. m. 24/II, b). İkinci olarak ise, işyerinde başka bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğrayan işçi de yine iş sözleşmesini anılan hüküm uyarınca haklı nedenle feshedebilecektir. Ancak burada işçinin bu hakkını kullanabilmesi için, söz konusu durumu işverene bildirmesi ve işveren tarafından bu bildirime rağmen gerekli önlemlerin alınmaması gerekecektir (İş K. m. 24/II, d)⁷⁵⁶. Bunun yanı sıra işyerinde bir başka işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği de İş Kanunu'nun 25. maddesinde açıkça düzenlenmiştir (m. 25/II, c).

⁷⁵⁶ 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nda işçinin işyerinde üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğraması durumunda, işverenin açık bir koruma yükümlülüğüne ya da işçinin böyle bir durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahip olduğuna ilişkin açık bir hüküm yer almamaktaydı. Bununla birlikte, öğretide bu halde de işçinin haklı nedenle fesih hakkına sahip olacağı kabul edilmekteydi. Bu hususta bkz. Ali Rıza Okur, "İşyerinde Cinsel Taciz", **Argumentum**, Ocak-Şubat-Mart, Cilt: IV, Sayı: 42, s. 4; Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 447.

b. Tanım

Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde işyerinde cinsel tacize ilişkin bir tanım getirilmediği görülmektedir. Öğretide pek çok tanımlama yapılmaktadır. Bu çerçevede genel olarak işyerinde cinsel taciz, işveren, işyerinde çalışan diğer işçiler ya da üçüncü kişilerce gerçekleştirilen ve bu davranışa maruz kalan işçinin onurunu zedeleyen, işçi açısından istenmeyen nitelikte cinsel temelli her türlü davranış olarak tanımlanabilir⁷⁵⁷.

İş Hukuku açısından, Ceza Hukukundan farklı olarak öğretide genellikle bir hareketin ceza hukuku anlamında cinsel saldırı ya da cinsel taciz teşkil ettiğine bakılmaksızın, sözlü ya da fiziksel olarak gerçekleştirilen bütün cinsel temelli davranışların işyerinde cinsel taciz kavramı içerisinde değerlendirildiği görülmektedir⁷⁵⁸. Bununla birlikte Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal farklı bir tanım getirmekte ve cinsel tacizi, “*işçiden, cinsel temas olmaksızın, cinsel çıkar*

⁷⁵⁷ Tunçomağ ve Centel, s. 223-224; Süzek, s. 402; Narmanlıoğlu, s. 427; Kaplan, Koruma Borcu, s. 11; Aynı yönde tanım için bkz. Aktay ve diğerleri, s. 151; Fevzi Şahlanan, “Cinsel Taciz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi – Karar İncelemesi”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 384, Nisan 2012, (Cinsel Taciz), s. 4; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 193; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 90-91; Aydın, s. 91; Aydın, Cinsel Taciz, s. 15; Onaran Yüksel, s. 262-263; Yıldız, s. 100; Yuvalı, s. 109; Manav Özdemir, s. 200; Abbas Bilgili, **İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz**, Adana, 2010, s. 4-8; Abbas Bilgili, “İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 22, Haziran 2011, (Sicil), s. 64; İşyerinde cinsel taciz kavramını daha geniş bir şekilde ele alan Bakırcı ise, İş Kanunu’nda yer verilen ve işçiye haklı fesih olanağı tanıyan 24. maddeyi de göz önüne alarak, mağdurun ya da ailesi üyelerinden birinin Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ile korunan kişilik haklarını ihlal eden veya belli bir kişiye yönelik olmamakla birlikte rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan, işyeri düzenini bozan cinsel nitelikli, cinsiyet ya da cinsel tercih temeline dayalı davranışlar olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla yazara göre, yalnızca belirli bir kimseye yönelik cinsel temelli davranışlar değil, bunun yanı sıra belirli bir kişiyi hedef almayan ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar da cinsel taciz kapsamında değerlendirilmelidir. Yazar, cinsiyet ve cinsel tercih temelli davranışlarda bulunulmasını da, her ne kadar cinsel nitelik taşımasalar da, cinsel taciz kapsamında değerlendirmektedir. Yazara göre örneğin, toplumumuzda yerleşik bulunan, kadının saç uzun aklının kısa olduğu, kadının elinin hamuruyla erkek işine karışmaması gerektiği, kızını dövmeyenin dizini döveceği gibi deyimlerin kullanılması da cinsiyete dayalı tacizin örneklerindendir. Yine yazara göre kadınlara işyerinde erkeklere hizmet ettirilmesi, cinsel kayırmacılık yapılması gibi bazı davranışlar da bu kapsamda ele alınmalıdır. Bakırcı, s. 101, 106-107; Ayrıca bkz. Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 440, 443.

⁷⁵⁸ Bakırcı, s. 103-105; Emine Tuncay Kaplan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, (İşçinin Kişilik Haklarının Korunması), s. 46; Ayrıca yazarın bu görüşü için bkz. Senyen Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 256; Yıldız, s. 100; Manav Özdemir, s. 200; Nitekim benzer şekilde Alman Hukukunda da hem sözlü hem fiziksel davranışların işyerinde cinsel taciz kapsamı içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Monika Holzbecher ve Anne Braszeit ve Ursula Müller ve Sibylle Plogstedt, **Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz**, Stuttgart, 1997, s. 377-378; Bauer ve diğerleri, s. 101-103; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 129-130; Bunun yanı sıra işyerinde cinsel tacize ilişkin tanım getiren, Alman Genel Eşit Davranma Kanunu’nun 3. maddesinin 4. fıkrasında da bu tür davranışlara fiziksel temasların da dâhil olduğu açıkça ifade edilmiştir.

sağlamak amacıyla kişiliğine, ruhsal ve vücut bütünlüğüne yönelik, aşağılatıcı, onur kırıcı her türlü davranış” olarak tanımlamaktadır⁷⁵⁹. Öğretideki diğer tanımlardan farklı olarak yazar, iş hukuku çerçevesinde de fiziksel temas bulunup bulunmamasına göre bir değerlendirme yapmakta ve cinsel taciz kavramını cinsel temas bulunmaksızın gerçekleştirilen söz ya da davranışlarla sınırlı tutmaktadır. Nitekim konuyu işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı çerçevesinde inceleyen Öktem Songu da ilgili Türk Ceza Kanunu hükümleri ile cinsel taciz ve sarkıntılık terimleri incelendiğinde, İş Kanunu bakımından da her iki terimin farklı şekilde kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, şehvet amacıyla vücuda temasın ve dolayısıyla cinsel saldırının bulunduğu hallerde, sataşmanın mevcut olduğunun kabul edilmesi, fiziksel temasın bulunmadığı ve cinsel anlam içeren sözlerin sarf edildiği ya da davranışlarda bulunulduğu durumların ise cinsel taciz olarak nitelendirilmesi daha yerinde olacaktır⁷⁶⁰.

Böylece öğretilde hangi tür davranışlarda bulunulması halinde cinsel tacizden söz edileceği tartışmalı olmakla beraber, kanaatimizce hem fiziksel temas şeklinde hem de sözlü, yazılı ve benzeri şekillerde gerçekleşen cinsel içerikli hareketlerin, işyerinde cinsel taciz çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Zira suç iddiasına konu cinsel davranışların fiziksel temas boyutunda olup olmadığının araştırılması, Türk Ceza Kanunu’ndaki cinsel dokunulmazlığı korumaya yönelik haksızlıkların (suç tiplerinin) birbirinden ayırt edilebilmesi ve ceza adaletinin sağlanabilmesi için büyük öneme sahiptir. İş hukukunda ise, ceza hukukundaki gibi benzer ayırma gidilmesini gerektirecek hukuki fayda bulunmadığından, kişinin cinsel özgürlüğünü ihlal eden tüm hareketlerin, hangi suç tipini oluşturduğuna bakılmaksızın, cinsel taciz altında değerlendirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. İş Kanunu’nda da kanunkoyucunun herhangi bir kavram ayrımı yapmaksızın, cinsel dokunulmazlığın ihlaline yol açacak tüm davranışları betimlemek amacıyla “cinsel taciz” terimini kullandığı görülmektedir.

İşçinin işyerinde cinsel tacize ve onun olumsuz etkilerine karşı korunması, buna bağlı olarak ortaya çıkan cinsel taciz davranışına karşı gerekli önlemlerin alınması ve bu davranış neticesinde belirli bazı hukuki sonuçların doğabilmesi için,

⁷⁵⁹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 713.

⁷⁶⁰ Sezgi Öktem Songu, “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak ‘Sataşma’”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 39, 2018, s. 118.

önce işçiye yönelen bir cinsel taciz davranışının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. Tanım çerçevesinde ilk olarak işçiye karşı yöneltilmiş cinsel içerikli bir davranış bulunmalıdır. Belirtildiği üzere kanaatimizce hem fiziksel temas şeklinde hem de sözlü, yazılı ve benzeri şekillerde gerçekleşen cinsel tacizler, iş hukuku açısından cinsel taciz kavramı içerisinde değerlendirilecektir. Bu çerçevede fiziksel temas şeklinde gerçekleşen ve mağdur tarafından istenmeyen dokunma, öpme, sarılma gibi cinsel amaçlı eylemler⁷⁶¹, sözlü sarkıntılıklar, ahlaksız teklifler, menfaat vaadi ya da menfaat kaybı tehdidiyle yapılan yakınlaşmalar gibi mağdurun rızası olmaksızın gerçekleşen her türlü cinsel davranış cinsel tacizin konusunu oluşturabilecektir⁷⁶². Yine işçinin telefonla ya da başka iletişim araçlarıyla rahatsız edilmesi, işçiye pornografik içerikler gösterilmesi ya da bu içeriklerin işyerinde asılması, cinselliği çağrıştıracı ifadeler kullanılması, birlikteliğe ilişkin ısrarlı tekliflerde bulunulması gibi davranışlar da fiziksel olmayan cinsel tacize örnek olarak gösterilebilecektir⁷⁶³.

Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da işyerinde cinsel taciz teşkil eden bazı davranışlara yer verilmektedir. Örneğin, işçinin işveren, işveren vekili ya da işyerinde çalışan başka bir işçi tarafından duygusal ilişkiye zorlanması⁷⁶⁴, işçinin uygunsuz saatlerde aranması⁷⁶⁵, fotoğrafının başka bir işçinin cep telefonuna ekran resmi yapılma gibi şekillerde rahatsız edilmesi⁷⁶⁶, işçiye mesaj atılması, sosyal medya üzerinden mesajlar atılması⁷⁶⁷, rahatsız edici ve uygunsuz nitelikte sözlü

⁷⁶¹ Bauer ve diğerleri, s. 106-107; Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 443; Manav Özdemir, s. 203; Öğretide cinsel tacizin, şiddet gösterme şeklinde de gerçekleştirilebileceği, fiziksel cinsel taciz niteliği taşıyan eylemlerle birlikte, şiddet kullanılması halinde cinsel tacizin farklı bir türünün oluştuğu ifade edilmektedir. Manav Özdemir, s. 206.

⁷⁶² Okur, s. 5; Bakırcı, s. 103-107; Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 444; Aydın, Cinsel Taciz, 14-15; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 46; Yıldız, s. 100; Aydemir, s. 6-2.

⁷⁶³ Bauer ve diğerleri, s. 106-107; Bakırcı, s. 106; Manav Özdemir, s. 205-206; Bu hususta Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesi, bir kararında, işyerinde amir konumunda çalışan kişinin, başka bir işçiye dokunarak rahatsızlık vermesinin yanı sıra, pornografik içerikler resimler göstermesi ve işçiye kendisinin de bu tarz resimlerini çekebileceğini ifade etmesinin, açık bir şekilde cinsel taciz teşkil ettiğini kabul etmiştir. (Karar No: 27.09.2006, Sayı: 3 Sa 136/06) Kararın metni ve incelemesi için bkz. Selçuk Kocabıyık, “İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilebilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 16, Aralık 2009, s. 238 vd.

⁷⁶⁴ Yarg. 9. HD, 08.03.2005, 2004/13286 E., 2005/7706 K., www.kazanci.com, (E.T. 02.04.2018)

⁷⁶⁵ Yarg. 9. HD, 04.02.2013, 2012/26702 E., 2013/3953 K., www.kazanci.com, (E.T. 02.04.2018)

⁷⁶⁶ Yarg. 9. HD, 07.05.2015, 2015/9188 E., 2015/16811 K., www.kazanci.com, (E.T. 02.04.2018)

⁷⁶⁷ 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, bir işçinin aynı işyerinde çalışmak dışında hiçbir sosyal ilişkisi bulunmayan bir kadın işçiye Facebook üzerinden “...çok cici ve tatlı birisin ve sıcakkanlısın, seni kardeşim gibi görüyorum ve arkadaş olmak isterim seninle, yanlış anlama senin yaşında kızım var” şeklinde mesaj atması ve aynı sosyal mecra üzerinden arkadaşlık teklifi göndermesi eylemleri, bir bütün olarak değerlendirildiğinde Yüksek Mahkemece “muhatabını taciz edici nitelikte” görülmüş,

ifadelerde ya da ısrarlı yemek davetlerinde bulunulması⁷⁶⁸, işyerinde yalnız kalmak için ortam yaratılmaya çalışılarak rahatsızlık verilmesi⁷⁶⁹, kadın işçilerin yanında cinsel içerikli küfürler edilmesi⁷⁷⁰ ya da şaka niteliğini aşacak şekilde cinsel içerikli sözler söylenmesi⁷⁷¹ gibi davranışlar işyerinde cinsel taciz davranışları olarak kabul edilmektedir.

İşyerinde cinsel taciz davranışının yöneldiği kişi grubu uygulamada çoğunlukla kadınlar olmakla birlikte, erkekler de bu tür bir davranışa maruz kalabilmektedir⁷⁷². Yine cinsel taciz davranışının karşı cinsten kişiler arasında olması da gerekmez. Aynı cinsten kişiler arasında gerçekleşen bazı davranışlar da bazı sınırların aşılması halinde cinsel taciz sayılabilecektir⁷⁷³.

ancak “işçinin işverenin başka bir işçisine sataşma” niteliğinde olduğu tespit edilmiş ve yapılan feshin haklı olduğu yönünde karar verilmiştir. Yarg. 9. HD, 12.10.2015, 2015/20326 E., 2015/28093 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2018).

⁷⁶⁸ 9. Hukuk Dairesi bir kararında, işyerinde çalışan bir işçinin başka bir işçiye “...çok güzelsin, seninle bir sene önce tanışmak isterdim, o zaman bekar olurdum ve seninle bir ilişkiye başladım...” dediğini, kendisini ofise çağırdığını, zorla elini tutmaya çalıştığını, akşam kendisine “Yarın resmini getirmeyi unutma. İyi geceler” şeklinde mesaj çektiğini, sana buradan ev tutarım dediğini, defalarca evine davet ettiğini, yemek yerken karşısına geçip dikkatli bir şekilde kendisine baktığını, rahatsız olduğunu vurguladığında kendisine “zaten pazartesi gideceksin, bırak da doya doya bakayım, senle biraz vakit geçirelim” dediğini, “kontörün yoksa alayım, ihtiyaçlarını karşılayayım” dediğini, karısını değil kendisini sevdiğini, karısıyla baba ve annesinin zoruyla evlendiğini söylediğini, defalarca cep telefonu ile kendisinin resmini çekmeye çalıştığını, elini tutmak istediğini, gözlerinin derinliklerinde kaybolduğunu söylediğini, “benden hiç mi hoşlanmıyorsun, zaten hep çakallardan hoşlanırsın. Kesin sözlün de öyledir” dediğini ifade ederek, Yerel Mahkemece feshin haksız olduğuna ilişkin kararını bozmuştur. Yarg. 9. HD, 11.04.2012, 2010/5209 E., 2012/12363 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2018); Yine 22. Hukuk Dairesi de bir kararında işyerinde çalışan bir işçinin, kadın bir işçiye “kameradan seni izliyorum çok güzel gözüküyorsun”, “benim biricik kasiyerim, en güzel kasiyerim” gibi sözler söylediği olayda, söz konusu sözler bir bütün olarak değerlendirildiğinde muhatabını rahatsız edici nitelikte olduğuna ve bu durumda işverence yapılan feshin haklı sayılması gerektiğine hükmetmiştir. Yarg. 22. HD, 04.07.2017, 2015/16467 E., 2017/16074 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2018)

⁷⁶⁹ 9. Hukuk Dairesi bir kararında, işyerinde çalışan bir kadın işçinin ustabaşı konumundaki işçi hakkında kendisini “devamlı bakışlarıyla taciz ettiğini, kendisine yalnız kalmalarını sağlamaya yönelik işler verdiğini” beyan etmesi üzerine, “bir kadın işçinin namus ve iffetini etkileyebilecek şekilde nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır.” şeklinde karar vererek cinsel tacize bağlı olarak haklı nedenle feshin hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Yarg. 9. HD, 28.01.2010, 2008/14529 E., 2010/1463 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2018)

⁷⁷⁰ Yarg. 9. HD, 01.12.2011, 2009/27504 E., 2011/46789 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2018)

⁷⁷¹ Yarg. 9. HD, 14.12.2009, 2009/10121 E., 2009/35042 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2018)

⁷⁷² Rubenstein, s. 13; Artuk, s. 35; Groß, s. 2756; Manav Özdemir, s. 203; Bu hususta Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kadın işçinin karşı cinsten bir işçiye karşı cinsel nitelikte sözler söylediği olayda, söz konusu davranış cinsel taciz olarak nitelendirmiş ve işverenin İş Kanunu’nun 25/II. maddesinin c ve d bentleri uyarınca cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshin hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Yarg. 9. HD, 07.11.2005, E. 2005/17939, K. 2005/35097, Bilgili, s. 101-102.

⁷⁷³ Okur, s. 3; F. Burcu Savaş, **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, (Haklı Nedenle Feshi), s. 82; Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kalıphane şefi olarak çalışan bir kadın işçi tarafından işyerinde çalışan diğer kadın işçilere yönelik olarak, üretim numunelerinin beraber çalıştığı kadın işçiler tarafından giyilmesi ve prova yapılması sırasında, işin

İşçiye yöneltilen bu şekilde bir söz ya da eylemin cinsel taciz olarak nitelendirilebilmesi için cinsel içerik taşıması gerekir. Zira öğretide genel olarak kabul edilen cinsel taciz tanımlarında da yer verildiği üzere, cinsel taciz cinsel amaçlarla bu davranışa maruz kalan kimseye karşı gerçekleştirilen, istenmeyen ve onun cinsel bütünlüğünü ihlal eden söz ya da davranışları ifade etmektedir. Bu bakımdan bir davranışın cinsel taciz olarak adlandırılabilmesi için bireyin cinselliğine yönelmiş olması gerekir. Aksi takdirde davranışın cinsel taciz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁷⁷⁴. Cinsel amaç içermeyen bir taciz davranışı ancak psikolojik taciz oluşturabilir, zira psikolojik tacizi cinsel tacizden ayıran en önemli fark da taciz eylemini gerçekleştiren kişinin amacıdır⁷⁷⁵. Davranışın tek seferlik ya da devam eden nitelikte olması ise, cinsel taciz olarak nitelendirilmesinde bir fark yaratmaz; davranışın cinsel taciz oluşturabilecek ciddilikte olması yeterlidir⁷⁷⁶.

Davranışlar karşısında her bireyin tepkisi ve algısı değişik olacağından, hangi davranışların cinsel taciz olarak nitelendirileceği, yani cinsel taciz davranışının gerçekte mevcut olup olmadığının tespiti sorunu ortaya çıkmaktadır. Burada ölçüt, davranışın “makul” bir kişi tarafından cinsel taciz olarak değerlendirilip değerlendirilemediği olmalı ve bir davranışın cinsel amaç taşıyıp taşımadığı ve böylece cinsel taciz niteliğinde olup olmadığı buna göre tespit edilmelidir⁷⁷⁷.

gereği olan temas sınırlarını ve şaka boyutunu aşan davranışlar sergilemesi nedeniyle işyerinde diğer işçiler tarafından duyulan rahatsızlığın belli edildiği, ancak davacının aldırma davranışları, bu tür davranışlarını erkek işçilerin görebileceği şekilde ve onların da yanlarında yaptığı ifade edilen olayda, şikâyet dilekçeleri verildiği ve işyerinde çalışan bir kadın işçinin de söz konusu şaka sınırlarını aşan davranışlar nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirdiğini bildirilmiştir. Yüksek Mahkeme işin gereklerinin üzerinde, işverene şikâyetle bulunulacak kadar rahatsızlık veren bu davranışların, işverene haklı nedenle fesih olanağı vereceğine karar vermiştir. Yarg. 9. HD, 14.12.2009, 2009/10121 E., 2009/35042 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2018).

⁷⁷⁴ Şahlanan, Cinsel Taciz, s. 4; Manav Özdemir, s. 202; Buna karşılık Bakırcı'ya göre, bir eylemin cinsel taciz olarak değerlendirilebilmesi için cinsel nitelik taşıması şart değildir, cinsel nitelikli olmasa dahi kadın ya da erkeğe cinsiyetinden ötürü yöneltilen istenmeyen davranışlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yazara göre bu tür davranışlara kişinin cinsiyeti ya da cinsel tercihiyle ilgili aşağılayıcı veya küçültücü davranışlar, işçinin profesyonel niteliklerine, görünüşüne, giyimine yönelik rahatsız edici yorumlar örnek olarak verilebilir ve bu tür davranışlar her ne kadar cinsel amaç taşımasa da, cinsel taciz olarak nitelendirilmelidir. Bakırcı, s. 106-107; Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 440, 444.

⁷⁷⁵ Şahlanan, Cinsel Taciz, s. 4; Manav Özdemir, s. 202; Fatma Burcu Savaş, **İşyerinde Manevi Taciz**, İstanbul, 2007, s. 40.

⁷⁷⁶ Rubenstein, Sexual Harassment, s. 13; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 713; Bilgili, s. 10.

⁷⁷⁷ Rubenstein, Sexual Harassment, s. 13; Gomes ve diğerleri, s. 298.

İkinci olarak bu davranışın istenmeyen nitelik taşıması, davranışa maruz kalan kişinin rızasının o davranışın yapılması bakımından bulunmaması gerekir⁷⁷⁸. Her somut olayda gerçekleştirilen söz ya da eylemin cinsel taciz oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken, istenmeyen nitelik taşıması belirleyici bir özellik taşımaktadır. Davranışın istenmeyen nitelik taşıyıp taşımadığı, objektif bir değerlendirme yapılarak belirlenmelidir⁷⁷⁹.

Son olarak cinsel temelli, istenmeyen bu davranışın tacize uğrayan kişinin onurunu zedeleyici nitelikte olması da gerekir. Zira cinsel taciz, kişinin vücut bütünlüğüne saldırarak onu cinsel obje seviyesine indirdiğinden, onur kırıcı bir davranıştır⁷⁸⁰. Gerek uluslararası alanda gerekse Türk Hukuku öğretisinde yapılan cinsel taciz tanımlamalarında, insan onurunu zedeleyici nitelikte cinsel davranışların, cinsel taciz olarak nitelendirildiği görülmektedir. Nitekim Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nun cinsel tacizi tanımlayan 3. maddesinin 4. fıkrasında da, istenmeyen cinsel taciz davranışının işçinin onurunu zedelemeyi amaçlaması aranmaktadır. Burada sorun bir davranışın işçinin onurunu zedeleyici nitelikte olup olmadığının belirlenmesi hususundadır. Zira bunun tespiti her olayda kolay olmayacaktır. Objektif olarak bir davranışın, cinsel tacize uğrayan kişinin onurunu kırıcı nitelik taşıyıp taşımadığı değerlendirilerek, bir tespit yapılmalıdır⁷⁸¹.

İşyerinde cinsel tacizden ve buna bağlı korumadan bahsedebilmek için, cinsel taciz oluşturan davranışın "işyerinde" ve/veya iş saatleri içerisinde gerçekleşmesinin aranıp aranmayacağı tartışılmalıdır. İlk olarak, İş Kanunu'nda yer alan ve işçiye cinsel taciz durumunda haklı nedenle fesih olanağı tanıyan 24. maddenin 2. fıkrasının b ve d bentlerinin lafzı ele alındığında, işçinin başka bir işçi ya da üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğraması durumunda haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi açısından, tacizin işyerinde gerçekleşmiş olmasının arandığı, buna karşılık bizzat işveren tarafından gerçekleştirilen cinsel taciz davranışları bakımından ise, işyerinde gerçekleşme koşulunun aranmadığı görülmektedir.

Öğretide, genel olarak, işverenin işçiyi cinsel tacize karşı koruma yükümlülüğünün, işyerinde, iş saatlerinde bulunma ya da işverenin otoritesi altında

⁷⁷⁸ Rubenstein, s. 7; Rubenstein, Sexual Harassment, s. 12; Groß, s. 2756; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 47; Aydın, Cinsel Taciz, s. 14; Manav Özdemir, s. 204.

⁷⁷⁹ Bauer ve diğerleri, s. 101, 105; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 46.

⁷⁸⁰ Manav Özdemir, s. 205.

⁷⁸¹ Manav Özdemir, s. 205.

olmayla sınırlandırılmaması gerektiği kabul edilir. Zira mağdurun işyeri veya iş saatleri dışında ya da işverenin otoritesi altında bulunmadığı zamanlarda da işveren, işveren vekili, diğer bir işçi ya da işverenin yakını veya müşterisi gibi üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması mümkündür. Bu tür durumlarda cinsel tacizin etkileri işe de taşınacağından, işverenin işçiyi cinsel tacize karşı koruma yükümlülüğünün, tacizin ciddiyet ve tekrarlanma sıklığı da göz önüne alınarak, işyeri, iş saatleri ya da işverenin otoritesinin sınırları dışında da söz konusu olacağı kabul edilmelidir⁷⁸². Yargıtay da cinsel tacizin işyerinde gerçekleşmesinin şart olmadığına, işyeri dışında ve iş saatleri dışında gerçekleşmesinin de mümkün olduğuna kararlarında yer vermektedir⁷⁸³. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

C. İşverenin İşçiyi Cinsel Tacize Karşı Koruma Yükümlülüğü

İşveren iş sözleşmesinden doğan temel yükümlülüklerinden biri olan işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir uzantısı olarak, işçilere karşı cinsel taciz oluşturabilecek davranışlardan kaçınmak ve işçileri işyerinde gerçekleştirebilecek cinsel tacizlere karşı korumak ve gerekli önlemleri almakla yükümlüdür⁷⁸⁴. 6098

⁷⁸² Tunçomağ ve Centel, s. 228; Narmanlıoğlu, s. 321; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 194; Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 447; Yazarın aynı görüşü için bkz. Bakırcı, s. 158; Ayrıca bkz. Aydın, Cinsel Taciz, s. 26, 28; Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 33; Savaş, Haklı Nedenle Fesih, s. 81-82; Manav Özdemir, s. 203; Bilgili, s. 41.

⁷⁸³ Bu hususta bkz. Yarg. 9. HD, 04.11.2010, 2008/37500 E., 2010/31544 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2018); Alman Hukukunda ise Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 3. maddesinin 4. fıkrası, her durumda cinsel taciz bakımından iş ilişkisiyle bağlantının bulunmasını gerekli kılmaktadır. Bu, cinsel tacizin çalışma saatleri içerisinde gerçekleşmesi durumunda sorun olmaz. Tuvalet, duş, soyunma odası ya da kantin gibi bölümler de işyeri kabul edilmekte ve söz konusu yerler işçinin işini ifa ettiği yerler olmasa da, buralarda gerçekleşen cinsel tacizler de işyerinde gerçekleşmiş sayılmaktadır. Çalışma saatleri dışında meydana gelen cinsel taciz davranışları ise, Alman Hukukunda ancak işyeriyle bağlantısı mevcutsa iş ilişkisiyle ilgili kabul edilmektedir. Örneğin, işyerinde çalışan iki kişinin iş saatleri dışında buluşmaları bu kapsamda değerlendirilemez. Buna karşılık cinsel tacizin işyeriyle bağlantının iş saatleri dışında ancak işverenin talimatı sonucunda gerçekleşen iş seyahati ya da kutlama gibi buluşmalarda gerçekleşmesi durumunda mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu tür etkinliklerde işverenin bulunması da şart değildir. Ancak işçinin özel yaşamı her ne kadar işverenin etki alanı dışında kalsa da, özel yaşamındaki davranışlarının iş ilişkisini etkilemesi durumunda, sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali söz konusu olabilir. Bauer ve diğerleri, s. 104; Adomeit ve Mohr, s. 332; Eggert-Weyand, s. 676; Schlachter, s. 124-125; Groß, s. 2756.

⁷⁸⁴ Tunçomağ ve Centel, s. 139; Süzek, s. 399-400; Narmanlıoğlu, s. 320-321; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 713; Çelik ve diğerleri, s. 339; Eyrenci ve diğerleri, s. 173; Okur, s. 4; Kaplan, s. 199; Kaplan, Koruma Borcu, s. 11-12; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 47; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, (İşçinin kişiliğinin Korunması), s. 13; Özdemir, Cinsel Taciz, s. 92; Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 445; Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı

sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kanunda yalnızca işverenin işyerinde işçinin yaşam ve vücut bütünlüğünün iş tehlikelerine karşı korunması çerçevesiyle sınırlı tutulmaktaydı. Buna karşılık öğretide genellikle işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün yalnızca yaşam ve vücut bütünlüğünü korumakla sınırlı olmadığı, işçinin kişilik haklarının da korunmasının işverenin yükümlülüklerinden biri olduğu görüşü kabul edilmekte, bunun sınırları ise Türk Medeni Kanunu'nun dürüstlük kuralına ilişkin 2. maddesine göre belirlenmekteydi⁷⁸⁵. Kanunda yer verilmesi de işverenin işçiyi korumak, gerekli bilgileri vermek, açıklamalarda bulunmak, işçinin çıkarlarını korumak, gerekli durumlarda ilgili makamlara haber vermek ve işçinin işyerine getirdiği eşyaları korumakla yükümlü olduğu genel olarak kabul edilmekteydi. Bunun yanı sıra iş sözleşmesinin tarafları arasında kişisel bir ilişki kuran niteliği de göz önüne alındığında işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamının işçinin kişilik değerlerini korumak ve işyerinde ahlak ve iyiniyete uygunluğu sağlamak yönünde genişletilmesi gerektiği ifade edilmekteydi⁷⁸⁶.

İşverenin bu yükümlülüğüne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417. maddesinde ise açıkça yer verilmiş ve işverenin işçiyi işyerinde gerçekleştirebilecek cinsel taciz davranışına karşı korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

417. maddenin gerekçesinde söz konusu hükmün kabul edilmesiyle birlikte, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanmasının amaçlandığı ve bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde "ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle" yükümlü olduğunun kabul edildiği ifade edilmiştir. Ayrıca işverenin işçilerin işyerinde cinsel tacize uğramamaları ya da uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alması yükümlülüğü kapsamında, işverenin bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurmak, güvenlik personeli bulundurmak gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlü olduğu gerekçede belirtilmiştir.

ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2013, (İşçinin Kişiliğinin Korunması), s. 110; Aydın, s. 118; Onaran Yüksel, s. 274-275; Yuvalı, s. 109; Manav Özdemir, s. 206, 214.

⁷⁸⁵ Bakırcı, s. 155; Sevimli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 110-111.

⁷⁸⁶ Bakırcı, s. 155.

İşverenin işçiyi işyerinde cinsel tacize karşı koruma yükümlülüğünün iki temel boyutundan söz edilebilir. İlk olarak işveren, işçiyi koruma ve gözetme borcu gereğince işçiye karşı cinsel taciz niteliği taşıyan söz ve davranışlarda bulunmamakla yükümlüdür. Bunun yanı sıra, işyerinde işçinin başka bir işçi ya da üçüncü bir kimse tarafından cinsel tacize uğramaması için işçiyi korumak ve bunun için gerekli önlemleri almak yükümlülüğü altındadır⁷⁸⁷. Zira işveren işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir uzantısı olarak, işyerinde gerekli önlemleri alarak uygun çalışma ortamını sağlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda işçinin kişilik haklarını hem işyerinde çalışan diğer işçiler hem de müşteriler gibi üçüncü kimseler karşısında korumakla yükümlü olur⁷⁸⁸.

İşverenin işçiye cinsel tacizde bulunmama, tacize uğramaması amacıyla ya da uğramış olması durumunda gerekli önlemleri alma yükümlülüğüne, iş sözleşmesini fesih hakkı boyutuyla İş Kanunu'nda da yer verilmiştir. Kanunun 24. maddesinin 2. fıkrasında işçinin işyerinde bizzat işveren tarafından cinsel tacize uğraması ya da diğer bir işçi ya da üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize maruz kalması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması hallerinde iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerde hem işverenin işçiye cinsel tacizde bulunmaması, hem de işyerinde cinsel tacize karşı işverence gerekli önlemlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁸⁹.

İşverenin işyerinde işçilerin hiçbir şekilde cinsel tacize uğramasını sağlayacak önlemleri alması gerekir⁷⁹⁰. Bunun yanı sıra işyerinde cinsel tacize uğramış olan işçilerin daha fazla zarar görmemesi için de işyerinde gerekli önlemleri almakla yükümlüdür⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ Süzek, s. 697; Okur, s. 4; Onaran Yüksel, s. 274; Yuvalı, s. 110; Manav Özdemir, s. 207; Yargıtay da kararlarında, işverenin işçiyi gözetme borcunun, cinsel içerikli davranışlar kimden gelirse gelsin işçinin korunmasını gerektirdiğine hükmetmektedir. Yarg. 9. HD, 28.01.2010, 2008/14529 E., 2010/1463 K.; Yarg. 9. HD, 04.02.2013, 2012/26702 E., 2013/3953 K.; Yarg. 22. HD, 25.11.2014, 2014/23315 E., 2014/33270 K., www.kazanci.com, (E.T. 04.04.2018)

⁷⁸⁸ Şahlanan, Cinsel Taciz, s. 5; Ertürk, s. 90-91; Sevimli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 122.

⁷⁸⁹ 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nda işçinin işyerinde üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğraması ihtimaline ilişkin, işverenin açık bir koruma yükümlülüğüne ya da işçinin böyle bir durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahip olduğuna dair açık bir hüküm yer almamaktaydı. Bununla birlikte, öğretide bu halde de işçiye haklı nedenle fesih hakkı vereceği kabul edilmekteydi. Bu hususta bkz. Okur, s. 4; Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 447.

⁷⁹⁰ Schlachter, s. 122; Manav Özdemir, s. 214.

⁷⁹¹ Schlachter, s. 122.

Alman Hukuku'nda da işçiyi cinsel taciz davranışına karşı koruma yükümlülüğü, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında değerlendirilmektedir. İşverenin bu yükümlülüğüne Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 12. maddesinde özel olarak yer verilmiştir. Söz konusu hükümde, işverenin işçileri işyerinde Kanunun ilgili hükümlerinde belirtilen şekilde mağdur olmamaları amacıyla korumak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (m. 12/I-IV)⁷⁹².

D. İşçinin Cinsel Taciz Durumunda İş Görmekten Kaçınma Hakkı

1. Genel Olarak İşçinin Hakları

İlk olarak, işçinin işyerinde cinsel tacize uğraması, kişilik haklarını ihlal niteliği taşıdığından, işçi bu ihlale karşı Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen korumadan yararlanabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir, 25. maddesi uyarınca ise, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, devam etmekte bulunan bir saldırı mevcutsa buna son verilmesini, sona ermiş olsa dahi etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini talep edebilir. Cinsel tacize uğrayan işçi de bu hükümlere dayanarak cinsel taciz eyleminin tespitini, tacizde bulunan kişiye karşı korunmasını ya da devam eden bir taciz söz

⁷⁹² AGG § 12 Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers: "(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.

(2) Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligung geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Absatz 1.

(3) Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

(4) Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 benachteiligt, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.

(5) Dieses Gesetz und § 61b des Arbeitsgerichtsgesetzes sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 zuständigen Stellen sind im Betrieb oder in der Dienststelle bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen."

konusuysa buna son verilmesini dava yoluyla talep edebilecektir⁷⁹³. Ayrıca cinsel taciz davranışı nedeniyle zarar gören işçinin, maddi ve manevi tazminat davası açması da mümkündür. İşçinin kişilik haklarının ihlali niteliğinde olan cinsel taciz davranışı, bir haksız fiil niteliğindedir⁷⁹⁴.

Bunun yanı sıra cinsel taciz çoğunlukla bir cinsiyet ayrımcılığı teşkil edeceğinden, işçinin İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı talep etmesi de söz konusu olabilir. 5. maddenin 6. fıkrası uyarınca iş ilişkisinde veya sona ermesinde 5. madde hükümlerine aykırı davranılması hâlinde işçi, dört aya kadar ücreti tutarında tazminat ile yoksun kaldığı haklarını talep edebilir⁷⁹⁵. Uluslararası belgelere, özellikle Avrupa Birliği mevzuatı incelendiğinde, konunun cinsiyet ayrımcılığı ile birlikte değerlendirildiği ve cinsel tacizin işyerinde bir cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim kısaca yer verildiği üzere Amerikan ve Alman Hukukunda da genel kabul bu şekildedir. Hukukumuzda da özellikle 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 4. maddesinde taciz, ayrımcılık türlerinden biri olarak nitelendirilmesiyle cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edildiği söylenebilecektir (m. 4/I, g).

⁷⁹³ Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 458; Manav Özdemir, s. 208; Bilgili, s. 46.

⁷⁹⁴ Özdemir, Cinsel Taciz, s. 92; Manav Özdemir, s. 208.

⁷⁹⁵ Öğretide bir görüşe göre, cinsel tacizin ayrımcılık olarak düşünülerek, işçinin İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatını talep edebileceğini kabul etmek, işçinin tazminat talebini sınırlamak anlamına geleceğinden, uygun bir uygulama değildir. Zira bu hususta Ergin'e göre, cinsel tacizin ayrımcılık olarak değerlendirilmesi, 5. maddenin uygulanmasını gerektirmez. İş Kanunu'nun 5. maddesi, sadece hükmün 1. fıkrasında belirtilmiş olan konularda iş ilişkisinde ayrımcılığın yapılması durumunda uygulanmalıdır. Cinsel taciz ise, işin ifa edilmesine yönelik bir ayrımcılık değildir. Bu nedenle cinsel taciz nedeniyle istenecek tazminatın, 5. maddede öngörülen işçinin "dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat" ile "yoksun bırakıldığı hakları" ile sınırlı tutmak uygun olmayacaktır. Burada yazara göre, işçi Borçlar Kanunu hükümlerine göre maddi ve manevi tazminat talep edebilmeli ve tazminat miktarını hâkim belirlemelidir. Ergin B., s. 153-154; Bu görüşü eleştiren Yıldız'a göre, işyerinde gerçekleşen cinsel taciz davranışlarını Türk Ceza Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerine bırakarak, yalnızca haklı nedenle fesih bakımından İş Kanunu'nu uygulamak, pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Nitekim bunlardan ilki, işyerinde cinsel tacizin İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında değil, yalnızca Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri uyarınca yaptırıma bağlanması durumunda, işçinin cinsel tacizde bulunan kişinin kusurunu kendisinin ispatlamak zorunda olmasıdır. Oysaki cinsel tacizin İş Kanunu'nun 5. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi durumunda işçi, hafifletilmiş bir ispat yüküne sahip olacaktır. İkinci olarak cinsel tacizin söz konusu 5. madde çerçevesinde değerlendirilerek işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanması, aynı eylemle uğramış olduğu maddi ve manevi zararı da talep etmesine bir engel teşkil etmemektedir. Zira ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için, iş ilişkisinde ayrımcılık yapılması yeterli olup, işçinin bir zarara uğramış olması gerekmediğinden, işçinin ayrımcı davranışlar nedeniyle maddi ve manevi zararını talep etmesi de mümkün olacaktır. Bu gerekçelerle yazar, cinsel taciz durumunda ayrımcılık tazminatına da hükmedilemeyeceğine ilişkin görüşe katılmadığını ve cinsel tacizin ayrımcılık olarak kabul edilmesinin işçi açısından daha olumlu sonuçları bulunacağını ifade etmektedir. Yıldız, s. 108-109.

Öğretide de genellikle işyerinde cinsel tacizin bir cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiği, zira işçinin mensup olduğu cinsiyet nedeniyle böyle bir davranışa maruz kaldığı, işçinin çalışma koşullarının etkilendiği, bu nedenle işyerinde diğer işçilere nazaran dezavantajlı duruma düştüğü ifade edilmektedir⁷⁹⁶. Zira cinsel taciz kadınların istihdama katılımını olumsuz etkilemekte, kadınların taciz korkusuyla işe girmekten korkmasına veya bu tarz nedenler ile işten çıkarılmasına ya da kendi istekleriyle işten ayrılmasına veya meslekte yükselme olanaklarının ortadan kalkmasına sebep olabilmektedir⁷⁹⁷. Bu nedenle cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilmesi gerekir. Cinsel tacizin işveren ya da işverenin başka bir işçisi veya üçüncü kişiler tarafından yapılması da fark etmez. Zira işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü çerçevesinde diğer işçilerin veya üçüncü kişilerin davranışlarına karşı koruma yükümlülüğü mevcuttur. Bu bakımdan hepsi ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁹⁸.

Cinsel taciz durumunda işçinin sahip olacağı bir diğer hak, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkıdır. İş Kanunu'nun 24. maddesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere ilişkin 2. fıkrasının b ve d bentleri uyarınca, işverenin “işçiye cinsel tacizde bulunması” ve “İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmaması” hallerinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisini haiz olur.

Böylece anılan hükümle işçinin cinsel taciz nedeniyle haklı sebeple fesih hakkı iki farklı boyutuyla düzenlenmiştir. İlk olarak ilgili fıkranın b bendinde

⁷⁹⁶ Bakırcı, s. 34; Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, (Eşitlik), s. 32; Yıldız, s. 103; Sevimli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 114; Yuvalı, s. 111; Manav Özdemir, s. 211; Bilgili, s. 59.

⁷⁹⁷ Onaran Yüksel, s. 262; Manav, s. 750; Bu yönde bir görüşe göre, işverence yapılan bir cinsel tacizin işçinin çalışma koşullarını etkilememesi mümkün gözükmemektedir. Zira işverenin işyerinde çalışan bir işçisine, cinsel içerikli isteklerde bulunması, bu istek ve taleplerinin kabulü hususunda baskı yapması, işçinin çalışma koşullarıyla ilgili konuları bu taleplerinin kabulüne bağlı tutması ve talepleri kabul edilmediğinde işçinin işten çıkarılacağı gibi tehditlerde bulunması işçiler arasında ayrımcılık yaratır. Ancak doğrudan işçinin çalışma şartlarını etkilemeyen, yani doğrudan bir menfaat kaybına neden olmayan cinsel taciz davranışları da işçinin psikolojisini olumsuz etkileyeceğinden çalışma şartlarını da olumsuz etkileyecektir. Yuvalı, s. 111.

⁷⁹⁸ Manav Özdemir, s. 211; Aynı yönde Yıldız'a göre de, işçi cinsel tacize uğradığını işverene bildirdiği andan itibaren gerekli önlemlerin alınarak söz konusu taciz davranışının önlenmesi işverenin sorumluluğu altındadır. Bu sorumluluğun temelinde işverenin işçiyi gözetme borcu yer almaktadır. İşverence işçi tarafından kendisine yapılan bildirimle rağmen cinsel tacizi önlemeye yönelik gerekli önlemlerin alınmaması, bir anlamda işverenin de cinsel tacize katılmasıdır. Yıldız, s. 115.

işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması halinde işçinin bu hakka sahip olduğu belirtilmiştir⁷⁹⁹. Burada işveren vekilinin cinsel tacizde bulunması durumunda da İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca işveren vekilinin davranışlarından dolayı işveren doğrudan sorumlu olduğundan, işçi iş sözleşmesini bu bende dayanarak haklı nedenle fesih olanağına sahip olacaktır⁸⁰⁰. Söz konusu düzenlemede işçinin bu haktan yararlanabilmesi için cinsel tacizin işyerinde gerçekleşmesi koşulu aranmadığından, tacizin işyeri sınırları içerisinde ya da dışında gerçekleşmesi ya da çalışma saatlerinde gerçekleşip gerçekleşmediği bu hak bakımından önem taşımaz⁸⁰¹. Yine haklı nedenle feshe gerekçe oluşturacak cinsel taciz davranışının Türk Ceza Kanunu anlamında suç teşkil etmesi ya da suçun mahkeme kararıyla kesinleşmesi de bu hakkın kullanılması bakımından gerekli değildir⁸⁰².

İkinci olarak aynı hükmün d bendinde ise, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması durumunda iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiştir. Burada b bendinden farklı olarak işçinin iş sözleşmesini fesih olanağından yararlanabilmesi için, bu durumu işverene bildirmesi ve buna rağmen işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmaması gerekmektedir (İş K. m. 24/I-d). İşçinin söz konusu bildirimi işveren vekiline yapması da bu hükmün uygulanması bakımından yeterli olacaktır⁸⁰³. Dolayısıyla burada işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme yetkisi veren sebep işçinin cinsel tacize uğraması değil, bu durumu işverene bildirmesine karşın gerekli önlemlerin

⁷⁹⁹ Demir'e göre, burada sadece işçiye değil, işçinin anne, baba, eş, kardeş ya da çocuklarına karşı yapılan taciz davranışı da işçinin haklı nedenle fesih sebepleri arasında sayılabilir. Demir, İş Hukuku, s. 401.

⁸⁰⁰ Şahlanan, Cinsel Taciz, s. 5; Aydın, Cinsel Taciz, s. 26; Manav Özdemir, s. 209; Kocabıyık, s. 242; Aksi görüşte Bilgili'ye göre, buradaki "işveren" kavramını işveren vekillerini kapsayacak şekilde geniş düşünmemek gerekir; işveren vekilleri İş Kanunu'nun 24/II, d bendinde düzenlenen diğer bir işçinin işyerinde çalışan başka bir işçiye cinsel tacizde bulunması kapsamında "diğer bir işçi" olarak değerlendirilmelidir. Bilgili, s. 63.

⁸⁰¹ Aydın, Cinsel Taciz, s. 26.

⁸⁰² Süzek, s. 695; Narmanlıoğlu, s. 427; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 827; Çelik ve diğerleri, s. 579; Okur, s. 4; Demir, İş Hukuku, s. 401; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 194; Aydın, Cinsel Taciz, s. 26; Savaş, Haklı Nedenle Fesih, s. 79; Manav Özdemir, s. 208; Kocabıyık, s. 244; Bunun yanı sıra Yargıtay, işyerinde cinsel tacize maruz kalan işçi tarafından, karakol ve savcılığa başvurulmamasının da, işverence yapılan feshin haksız olduğunu göstermeyeceğine karar vermektedir. Yarg. 9. HD, 11.04.2012, 2010/5209 E., 2012/12363 K., www.kazanci.com, (E.T. 08.04.2018).

⁸⁰³ Manav Özdemir, s. 209.

alınmamasıdır⁸⁰⁴. İşverene yapılan bildirim sonucunda işverence gerekli önlemlerin alınması durumunda, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olamaz.

Gerekli önlemler, işyerinde cinsel taciz davranışlarının tekrarını önlemeye elverişli olarak işveren tarafından yönetim yetkisi çerçevesinde alınan tedbirlerdir⁸⁰⁵. İşverenin işyerinde gerçekleşen cinsel taciz davranışının kendisine bildirilmesinden sonra, tacizin gerçekten meydana gelip gelmediğini titizlikle araştırması, bunun sonucunda cinsel tacizin gerçekten ortaya çıktığı sonucuna varıyorsa, tacizin ağırlığını da göz önüne alarak, bu davranışın tekrarlanmasını önlemeye elverişli nitelikte önlemleri alması gerekir. İşverence alınacak bu önlemler, olayın ağırlığı ve tek seferlik ya da devamlı bir olay olup olmaması veya tekrarlanma riski bulunup bulunmadığı dikkate alınarak, ölçülü bir şekilde belirlenmelidir⁸⁰⁶. İşyerinde cinsel tacize karşı hangi önlemlerin alınacağı, işverenlerce her somut olaya göre ayrıca değerlendirilerek uygulanacaktır⁸⁰⁷. Bu kapsamda işveren tacizde bulunan kişi üçüncü bir kişi ise, işyerine girişine engel olabilecek, işyerinde çalışan bir işçiye, işçinin işyerini değiştirebilecek veya cinsel taciz davranışının ağırlığına göre iş sözleşmesini feshedebilecektir⁸⁰⁸. Zira İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrasının c

⁸⁰⁴ Aydın, Cinsel Taciz, s. 26-27.

⁸⁰⁵ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 828; Manav Özdemir, s. 210; Yarg. 9. HD, 28.01.2010, 2008/14529 E., 2010/1463 K., www.kazanci.com, (E.T. 08.04.2018)

⁸⁰⁶ Ulrich Herzog, **Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz**, Heidelberg, 1997, s. 214-215; Groß, s. 2757; Tobias Mästle, "Sexuelle Belästigungen im Betrieb – angemessene Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers, **Betriebs-Berater**, 30. Januar 2002, Heft 5, s. 250.

⁸⁰⁷ Bu hususta hangi uygun önlemlerin alınacağını belirleme yetkisi işverene aittir. Cinsel tacize uğrayan işçiye işverene dava açarak, belirli somut önlemlerin alınmasını talep etme yetkisi tanınmamıştır. Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 47; Aynı yönde bkz. Aktay ve diğerleri, s. 210.

⁸⁰⁸ Süzek, s. 697; Demir, İş Hukuku, s. 402; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 828; Aktay ve diğerleri, s. 210; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s. 47; Eyrenci ve diğerleri, s. 245; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 195; Aydın, Cinsel Taciz, s. 27; Yıldız, s. 110; Yuvalı, s. 112; Kocabıyık, s. 241; Groß, s. 2757; Bu hususta Mästle'ye göre, daha hafif olaylarda, örneğin işçinin tek seferlik bir cinsel şakada bulunması gibi, işçinin sözlü ya da yazılı olarak uyarılması yeterli olabilecektir. Mästle, s. 250; Bu hususta Yargıtay 9. Hukuk Dairesi işyerinde cinsel tacizde bulunduğu iddia edilen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği bir olayda, dosyadan somut şekilde cinsel içerikli bir davranışın tespit edilememesi ve davacının daha önce bu hususta uyarılmamasını dikkate alarak, davacı işçinin işyerindeki kadın mesai arkadaşını rahatsız etme eyleminin cinsel taciz veya sataşma boyutunda olmadığı, eylem ile fesih sebebi arasında orantısızlık bulunduğu ve bu davranışların disiplin cezası veya uyarma ile geçirtilirilecek davranışlar olduğu gerekçesiyle, haklı nedenle fesih hakkının doğmayacağına karar vermiştir. Yarg. 9. HD, 12.03.2012, 2009/46668 E., 2012/8075 K., www.kazanci.com, (E.T. 09.04.2018) Benzer görüşte bkz. Groß, s. 2757; Manav Özdemir, s. 210; Ancak bu hususta Manav Özdemir'e göre, işverenin cinsel tacizde bulunan işçinin işyerini değiştirmesi bir tedbir olarak düşünülebilirse de, cinsel taciz eyleminde bulunan işçinin diğer işyerinde de aynı davranışı sergilemesi ya da durumu öğrenen diğer işçileri tedirgin etmesi ve işyeri düzenini bozması olasılığı söz konusudur. Bu nedenle yazara göre, işçinin eyleminin cinsel taciz

bendinde, işverene işyerinde başka bir işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme olanağı da açıkça tanınmıştır.

Bu hususta Kanunda işçinin haklı nedenle feshinin işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından “işyerinde” cinsel tacize uğraması durumunda söz konusu olacağının düzenlendiği görülmektedir. Kanaatimizce her ne kadar kanunun lafzında “işyerinde” ibaresi kullanılmışsa da, işyeri dışında gerçekleştirilen özellikle işyerinde çalışan bir başka işçi tarafından yapılan cinsel tacizler, işyerinde yapılmış olmasalar da iş ilişkisini olumsuz etkileyeceği ve cinsel tacize uğrayan işçi açısından olumsuz bir çalışma ortamı yaratacağından, işçinin söz konusu bent kapsamında haklı nedenle fesih hakkına sahip olacağı kabul edilmelidir. Ayrıca davranışın tekrarlanma riski de göz önüne alındığında, tacizin işyeri sınırları çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin önemli olmadığı, yine işçi tarafından cinsel tacize karşı işverenden gerekli önlemlerin alınmasını isteme hakkı ve bu önlemlerin alınmaması durumunda da iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisinin söz konusu olacağı kanaatindeyiz⁸⁰⁹.

İş Kanunu’nun ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık hallerine dayanarak haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasını düzenleyen 26. maddesi uyarınca, fesih hakkı diğer tarafın bu tür davranışlarda bulunduğunu öğrendiği günden başlayarak altı iş günü ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde kullanılmalıdır⁸¹⁰. Ancak her olay bakımından bu süre özel olarak değerlendirilmelidir. Zira tek seferlik olmayan ve zaman içerisinde süregelen cinsel

olarak nitelendirilmesi durumunda, iş sözleşmesinin feshedilmesi daha isabetli görülmektedir. Manav Özdemir, s. 214-215.

⁸⁰⁹ Öğretide bu hususta farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, söz konusu hüküm uyarınca işçinin haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için cinsel tacizin diğer bir işçi ya da üçüncü kişiler tarafından işyerinde gerçekleştirilmiş olması gerekir; işyeri dışında yapılan tacizler bu hüküm kapsamında değerlendirilemez. Narmanlıoğlu, s. 430; Şahlanan, Cinsel Taciz, s. 5; Bilgili, s. 64; Buna karşılık diğer görüşe göre ise, işçiye gerek işverenin gerekse işyerinde çalışan başka bir işçinin işyeri dışında cinsel taciz davranışında bulunması da, işyeri düzenini sarsacağından, tacizin işyeri sınırları çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, cinsel taciz davranışına maruz kalan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Aydın, Cinsel Taciz, s. 26, 28; Aynı görüşte Aktay ve diğerleri, s. 214; Senyen Kaplan, Eşitlik İlkesi, s. 256; Yıldız, s. 110.

⁸¹⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, işyerinde başka bir işçiye karşı yapılan cinsel taciz davranışı üzerine, tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedildiği, ancak 6 iş günlük hak düşürücü süreye uyulmadığı olayda, “hak düşürücü süre geçmişse de, davacının eylemlerinin kül halinde değerlendirildiğinde işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek nitelikte davranışlar olduğu” gerekçesiyle feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir. Yarg. 9. HD, 19.06.2006, 2006/13620 E., 2006/17779 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 09.04.2018)

taciz davranışları karşısında, davranış sona ermedikçe, söz konusu hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaktır⁸¹¹.

2. İş Görmekten Kaçınma Hakkı

a. Alman Hukukunda

(1) Kanuni Düzenleme

Alman Hukukunda, işçinin işyerinde cinsel tacize uğraması durumunda iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Nitekim “Genel Eşit Davranma Kanunu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)”nun “İş Görmekten Kaçınma Hakkı (*Leistungsverweigerungsrecht*)” başlıklı 14. maddesinde, işyerinde bir taciz ya da cinsel taciz davranışına maruz kalan işçinin, işverenin bu duruma engel olmak amacıyla alınması gereken önlemleri almaması ya da alınan önlemlerin söz konusu davranışı önlemeye açık bir şekilde elverişli olmaması koşuluyla, işçinin korunması için gerekli olduğunda, ücretinde herhangi bir kayıp olmaksızın iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir⁸¹².

Genel olarak işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, Alman Medeni Kanunu (BGB)’ nun 273. maddesinde düzenlenmişse de, işçinin işyerinde taciz ya da cinsel tacize uğraması durumunda, konu Genel Eşit Davranma Kanunu’nun 14. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, söz konusu 14. madde hükmünün uygulanması

⁸¹¹ Bu hususta Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2010 tarihli bir kararında, işveren vekilinin işyeri dışında işçiye karşı cinsel taciz eyleminde bulunduğu, devam eden birtakım eylemlerle ve olaylarla taciz eyleminin devam ettiği olayda, “cinsel tacize uğrayan işçinin olaylar sonucunda psikolojik bunalıma girmesi, daha evvel performansına ilişkin olumsuz bir değerlendirme bulunmamasına rağmen bu olaylardan sonra performans notunun düşürülmesi, işyerine ihtarname çekerek işverenden amiri hakkında soruşturma başlatılarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi ve akabinde iş akdini bu olaylar nedeniyle feshetmesi nedeniyle temadi eden ve sonuçları itibarıyla bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de bahsedilemez.” şeklinde karar vermiştir. Yarg. 9. HD, 04.11.2010, 2008/37500 E., 2010/31544 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 09.04.2018).

⁸¹² AGG § 14 Leistungsverweigerungsrecht – “Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt.”

gerekir⁸¹³. Alman Kanunlarında yer alan ve işçinin iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen bu iki hükmün, farklı amaçlara hizmet ettiği ifade edilmektedir. Nitekim Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesi bir yükümlülüğünün ifasını sağlamak için işverene baskı yapma amacını taşıırken, Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 14. maddesi yalnızca işyerinde işçiye karşı gerçekleştirilen ve daha sonra gerçekleştirilebilecek taciz ya da cinsel taciz davranışına karşı işçilerin korunması amacına hizmet eder⁸¹⁴. Ayrıca 14. madde yalnızca işyerinde taciz ya da cinsel taciz halinde iş görmekten kaçınma hakkı verirken, 273. madde taciz ya da cinsel taciz dışında kalan diğer mağduriyetler bakımından söz konusu olacaktır⁸¹⁵.

İlgili Kanun hükmü ele alındığında, işçiye bu hakkın işverence meydana gelen cinsel taciz davranışını önlemeye yönelik gerekli ve elverişli önlemlerin alınmaması durumunda tanındığı görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu hüküm işyerinde çalışan başka işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından işçiye karşı yöneltilen cinsel taciz davranışları bakımından söz konusu olacaktır. Buna karşılık işveren tarafından bizzat gerçekleştirilen cinsel taciz davranışları bakımından ise, söz konusu hükmün düzenlenişi gereğince, öğretide anılan Kanunun 14. maddesinin değil, genel hüküm niteliğinde bulunan, 273. maddeye dayanarak işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir⁸¹⁶.

Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nun amacı, 1. maddesine göre ırk, etnik köken, cinsiyet, din, dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel kimlikten doğan mağduriyetlerin önlenmesi ve ortadan kaldırılmasıdır. İşçinin işyerinde gerçekleşen taciz davranışına karşı korunması ve bu kapsamda iş görmekten kaçınma hakkını

⁸¹³ Burada bir görüşe göre, söz konusu 14. madde pratik anlamda pek yarar sağlamamaktadır. Nitekim buna göre, böyle bir durumda işverenin işyerinde gerçekleşen cinsel taciz davranışını önlemeye yönelik gerekli tedbirleri alıp almadığının işçi tarafından tespit edilmesi ve alınmadığına karar verilerek işyerinde işin bırakılması çok mümkün gözükmemektedir. Zira burada durumu yanlış değerlendirme riski işçiye ait olacak ve haksız bir şekilde işin bırakılması, işçinin iş sözleşmesinin feshine neden olabilecektir. Bu da söz konusu hakkın uygulanmasına büyük bir güvensizlik yüklemektedir. Bauer ve diğerleri, s. 222; Gregor Thüsing, **Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz**, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, München, 2013, s. 265-266.

⁸¹⁴ Rühl ve diğerleri, s. 82; Thüsing, s. 265; Eggert-Weyand, s. 680-681; Gerhard Ring ve Jana Siebeck ve Steffen Woitz, § 13-16 AGG, s. 93, in: **Das neue Gleichbehandlungsgesetz**, (Hrsg: Flohr/Ring), Münster, 2006; Nollert ve diğerleri, s. 148.

⁸¹⁵ Bauer ve diğerleri, s. 222; Boemke ve Danko, s. 109; Eggert-Weyand, s. 681; Rühl ve diğerleri, s. 82.

⁸¹⁶ Monika Schlachter, § 14 AGG, Rn. 2, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 18. Auflage, 2018; Eva Kocher, §14 AGG, s. 244, 247, in: **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive**, (Hrsg: Schiek, Dagmar), München, 2007; Buschmann, § 14 AGG, s. 530, in: **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar**, 2. Auflage, (Hrsg: Däubler/Bertzbach), Baden-Baden, 2008.

kullanmasına ilişkin hüküm ise, aynı Kanunun 14. maddesinde yer almakla birlikte, söz konusu hükümde bu hak her türlü ayrımcılık hali için tanınmamış, yalnızca işçinin işyerinde tacize uğramasıyla sınırlı tutulmuştur. Bu bakımdan işyerinde gerçekleştirilen her ayrımcılık hali bakımından değil, yalnızca işçiye karşı yapılan bir taciz ya da cinsel taciz bulunması halinde işçi iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır. Bununla birlikte öğretide, işyerinde bir ayrımcılığın söz konusu olması durumunda da, Genel Eşit Davranma Kanunu'nda bu hususta bir düzenleme bulunmasa da, Alman Medeni Kanunu (BGB)'nin 273. maddesinde yer alan genel hükme dayanarak işçinin iş görmekten kaçınmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁸¹⁷.

(2) Koşulları

Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 14. maddesine dayanarak işyerinde tacize uğrayan işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için, belirli koşulların varlığı gerekmektedir. İlk koşul, işyerinde bir taciz ya da cinsel taciz eyleminin gerçekleşmesidir. Kanun metninde belirtilen işyeri ibaresinin dar anlaşılmaması gerekir⁸¹⁸. İşverenin etkisi alanında bulunan ve işyerinde görülen işle bağlantılı işin ya da iş organizasyonunun bulunduğu, örneğin iş seyahati ya da eğitim alanı gibi yerler de bu kapsamda değerlendirilmelidir⁸¹⁹.

İkinci koşul, işveren tarafından işyerinde gerçekleşen taciz eylemini önlemek amacıyla alınması gereken ve tacizi engellemeye elverişli nitelik taşıyan önlemlerin alınmamış olmasıdır (AGG m. 14/I). Dolayısıyla işverenin işyerinde tacizi önlemeye yönelik ve elverişli tedbirleri alması durumunda, işçinin iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemeyecektir.

İşverenin işyerinde gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir. "İşverenin Yükümlülük ve

⁸¹⁷ Bauer ve diğerleri, s. 222; Boemke ve Danko, s. 109; Eggert-Weyand, s. 681; Rühl ve diğerleri, s. 82; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 289; Kocher, s. 247; Aschmoneit, s. 55. Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2.

⁸¹⁸ Boemke ve Danko, s. 110; Eggert-Weyand, s. 676; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 290.

⁸¹⁹ Buna karşılık işyeri kapsamında sayılmayan ve işyeri ile iş organizasyonu içerisinde değerlendirilemeyen yerlerde gerçekleştirilen taciz eylemleri bakımından söz konusu hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak bu şekilde özel alanda gerçekleştirilmesine rağmen, iş ilişkisindeki etkilerinin somut olması durumunda farklı değerlendirme yapılması mümkün olabilecektir. Eggert-Weyand, s. 676.

Tedbirleri” başlıklı hüküm uyarınca işveren, hem bu Kanun uyarınca doğabilecek mağduriyetleri önceden önlemek hem de böyle bir davranışın gerçekleşmesinden sonra buna karşı gerekli önlemleri almakla yükümlü olacaktır. Bunun yanı sıra anılan yükümlülük yalnızca hâlihazırda söz konusu olan taciz eylemini engellemeyi değil, taciz eyleminin işyerinde tekrarlanması riskini önlemeyi de kapsamaktadır⁸²⁰.

İşverence alınan önlemlerin taciz ya da cinsel tacizi önlemeye elverişli nitelikte olması gerekir. Önlemlerin açık bir şekilde elverişsiz olduğunun anlaşılıyor olması halinde, işçi iş görmekten kaçınma hakkına sahip olur. Burada elverişsiz olup olmadığı, önlemin makul bir işverenden somut olayda alması beklenen nitelikte olup olmadığı dikkate alınarak belirlenmelidir⁸²¹.

Anılan koşul işverenin işyerinde gerçekleşen taciz davranışını bildiği ya da bilmesi gereken haller bakımından geçerli olacaktır⁸²². İşverenin bu bilgisi, tacize maruz kalan kişi ya da üçüncü kişilerin bildirimi sonucunda olabilir. Bu hususta işverenin bilgisi, uygulamada Genel Eşit Davranma Kanunu’nun 13. maddesinde yer alan, “Şikâyet Hakkı (*“Beschwerderecht”*)” başlıklı hüküm çerçevesinde yapılacak bildirim sonucunda sağlanmaktadır. Nitekim 13. maddenin 1. fıkrasında, çalışanların iş ilişkisine bağlı olarak işveren, amir ya da başka bir çalışan veya üçüncü bir kişi tarafından söz konusu Kanunun 1. maddesinde yer alan sebeplerle ayrımcılığa uğramaları halinde, çalıştıkları işletme ya da kurumun ilgili birimine bu hususta şikâyetle bulunma hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir⁸²³.

Kanunda öngörülen bu resmi şikâyet yolu sonucunda, şikâyet, güvenilirliği açısından işverence değerlendirilecek ve işyerinde tacizin mevcut olduğu kanısına varılırsa, önleyici nitelikte tedbirlerin alınması gerekecektir. Şikâyet yolu sayesinde, işyerinde gerçekleşen bir tacizin, şikâyetin kontrolü sırasında doğru bir şekilde tespit edilmesi ve durumun belgelendirilmesi mümkün olacaktır⁸²⁴. Şikâyet prosedürü, durumun işverene bildirilmesinin yanı sıra, olayın tespit edilmesi ve gereken

⁸²⁰ Eggert-Weyand, s. 679.

⁸²¹ Bauer ve diğerleri, s. 223.

⁸²² Boemke ve Danko, s. 110; Eggert-Weyand, s. 677; Schleusener ve diğerleri, s. 379.

⁸²³ “(1) Die Beschäftigten haben das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis der oder dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen.
(2) Die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.”

⁸²⁴ Eggert-Weyand, s. 677.

önlemlerin belirlenmesi amacına da hizmet ettiğinden, işçiyi de iş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan önce, bu hakkı doğuran nitelikte bir taciz davranışının gerçekleşip gerçekleşmediği ve işverence gerekli ve yeterli önlemlerin alınıp alınmadığı konusunda yanlış bir değerlendirme yapması riskini de azaltmaktadır⁸²⁵. Ancak bu prosedür, işçiye Kanunda tanınmış bir hak olup, tacize maruz kalan işçinin resmi olarak bir şikâyetle bulunması yükümlülüğü yoktur⁸²⁶. Bunun yanı sıra şikâyet veya bildirim bulunmaksızın, işyerinde bu yönde bir eylemin gerçekleştiğinin işveren tarafından başka bir şekilde öğrenilmesi durumunda da yine aynı Kanunun 12. maddesinde düzenlenen “İşverenin Yükümlülük ve Tedbirleri” başlıklı hükmü uyarınca işverence gerekli önlemlerin alınması gerekecektir⁸²⁷. Ancak sayılan koşul işyerinde gerçekleştirilen taciz eyleminin işveren dışında bir kimse tarafından yapılması durumu bakımından söz konusudur. Taciz davranışının bizzat işveren tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, işçi işverenin gerekli ve uygun önlemleri alması koşulu beklenmeksizin iş görmekten kaçınabilir⁸²⁸. İşyerinde gerçekleşen bir taciz davranışını önlemek için hangi önlemlerin alınmasının gerekli olduğu ise, her somut olayda işverence objektif bir bakış açısıyla belirlenecektir⁸²⁹.

İşyerinde gerçekleşen taciz eyleminden haberdar olan işverenin, tacizi durdurmaya ve önlemeye yönelik tedbirleri hangi sürede alması gerektiğine ilişkin ise, Kanunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. İşverenin gerekli tedbirleri alması gereken süreyi belirlerken, somut olayın koşullarının dikkate alınması gerekir⁸³⁰. Somut olaya göre işveren, taciz davranışının gerçekleşip gerçekleşmediğinin doğru bir şekilde açığa çıkarılabilmesi ve tespit edilebilmesi, hukuki durumun değerlendirilmesi ve hangi önlemlerin somut olayda alınabileceğinin tespit edilmesi için gerekli olan uygun bir zaman çerçevesinde önlem almakla yükümlüdür⁸³¹. Bu süre, söz konusu olayın açığa çıkarılmasındaki güçlüğü bağli olarak daha uzun olabileceği gibi, duruma göre işyerinde gerçekleşen taciz eyleminin ağırlığı ve ciddiliği, ilgilinin üzerinde doğurduğu etkiler ya da tekrarlanma riski gibi faktörler göz önüne alındığında, işverenin derhal önlem alması

⁸²⁵ Buschmann, s. 527; Eggert-Weyand, s. 678.

⁸²⁶ Bauer ve diğerleri, s. 218; Eggert-Weyand, s. 677; Schleusener ve diğerleri, s. 379.

⁸²⁷ Boemke ve Danko, s. 110.

⁸²⁸ Boemke ve Danko, s. 110.

⁸²⁹ Bauer ve diğerleri, s. 204.

⁸³⁰ Eggert-Weyand, s. 677.

⁸³¹ Herzog, s. 222; Eggert-Weyand, s. 677.

da gerekebilir⁸³². Bununla birlikte somut olayda, taciz eyleminin ağırlığı ve tekrarlanma riski göz önüne alındığında, işçinin bu sürede önlem alınmasını beklemeksizin derhal iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği de kabul edilmelidir⁸³³.

İşveren tarafından alınacak önlemin işyerinde gerçekleşen tacizi önlemeye elverişli olması da gerekmektedir. Bir cinsel taciz olayında, işverence alınan önlemin tacizi sona erdirmesi ya da önlemesi beklenemiyorsa, bu önlem elverişsizdir⁸³⁴. Nitekim salt önlem alınmış olması, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını bertaraf etmek için yeterli değildir; önlemin açık bir şekilde tacizi önlemeye elverişli olması gerekir. Örneğin, benzer önlemlerin birden fazla defa alınması ya da birden çok defa ihtarda bulunulmasına karşın davranışın tekrarlanması halinde, ihtar gibi önlemlerin, söz konusu tacizi önlemek açısından açık bir şekilde yeterli olmadığı görülür⁸³⁵. Bu durumun her somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekir. Ancak burada önemli bir sorun, işverenin tacizi önlemeye elverişli önlemleri alıp almadığının tespitinin işçiye ait olması hususunda ortaya çıkmaktadır. Zira iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabilmesi açısından aranan bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini işçi yapacağından, yanlış değerlendirilmesi riski de kendisine ait olacaktır⁸³⁶.

İşçinin işyerinde gerçekleşen taciz davranışı karşısında iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için gereken üçüncü koşul ise, işçinin bu haktan yararlanmasının, korunması açısından gerekli olmasıdır. Zira Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 14. maddesinde de işçinin korunması için gerekli olduğu halde bu haktan yararlanabileceği düzenlenmiştir. Gerekli olma ifadesinin burada, işçinin korunması açısından işin bırakılmasından daha hafif bir aracın bulunmaması anlamına geldiği kabul edilmektedir⁸³⁷. İşin bırakılması, işyerinde gerçekleşen

⁸³² Burada öğretide, haklı sebeple fesih hakkını düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 626. maddesinde haklı nedenle fesih hakkının kullanılması için öngörülen iki haftalık sürenin esas alınabileceği, işverenin söz konusu sürede gerekli önlemleri alması gerekeceği, aksi halde işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğacağı ve böylece bir paralellik sağlanabileceği görüşü ileri sürülmektedir. Herzog, s. 222; Eggert-Weyand, s. 677.

⁸³³ Eggert-Weyand, s. 678.

⁸³⁴ Herzog, s. 223.

⁸³⁵ Herzog, s. 223; Eggert-Weyand, s. 679.

⁸³⁶ Schlachter, § 14 AGG, Rn. 1, ErfK; Eggert-Weyand, s. 679.

⁸³⁷ Bauer ve diğerleri, s. 223; Ring ve diğerleri, s. 92; Schlachter, § 14 AGG, Rn. 1, ErfK; Nollert ve diğerleri, s. 147; Buschmann, s. 528; Schleusener ve diğerleri, s. 381; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 292; Adomeit ve Mohr, s. 663.

tacizin şekliyle tutarlı ve ölçülü olmalı, ayrıca taciz işi bırakmayı haklı göstermelidir⁸³⁸. Gerekli olma, aynı zamanda söz konusu cinsel tacizin işyerinde tekrarlanma riskinin bulunmasını da ifade etmektedir⁸³⁹.

Nitekim öğretilde işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için, anılan koşulların yanı sıra işyerinde taciz eyleminin devam ediyor olması ya da tekrarlanma riskinin bulunması gerektiği de kabul edilmektedir. Zira aksi halde eylemin tekrarlanma riskinin bulunmadığı durumlarda, işçinin korunması gereksinimi de doğmayacak, dolayısıyla işçinin iş görmekten kaçınma hakkının bir anlamı da kalmayacaktır⁸⁴⁰. Buna karşılık öğretilde, işyerinde gerçekleşen ağır ve ciddi bir taciz eylemi karşısında, tek bir olayın da yeterli sayılması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁴¹. Bu koşullar çerçevesinde işçi, Kanun uyarınca iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır. İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı, işverenin cinsel tacize karşı gerekli önlemleri aldığı ya da işçinin başka bir nedenle korunma ihtiyacının kalmaması durumunda sona erecektir⁸⁴².

Ancak Alman Hukuku öğretisinde işçinin, sağlık ya da güvenlik gibi öncelikli ve bırakılamaz nitelik taşıyan bir işte çalışıyor olması durumunda, iş görmekten kaçınma hakkına sahip olmayacağı da belirtilmektedir⁸⁴³.

İşçinin işyerinde cinsel taciz nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması halinde ücret durumunun ne olacağına ilişkin de aynı Kanunun 14. maddesinin 1. cümlesinde bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre söz konusu hükme dayanarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi, iş görmekten kaçındığı sürede ücretinden yoksun kalmayacaktır. İşçinin iş görmekten kaçınma ve kaçındığı sürede ücret alma hakkına sahip olduğu, Alman Medeni Kanunu (BGB)'nin 611. maddesinde de düzenlenmiştir. Burada işçinin, ancak bu hakkı kullanmaya yetkili olduğu, özellikle hakkın kullanımının taciz davranışı ile orantılı olduğu durumlarda iş görmekten kaçındığı süre boyunca ücretine hak kazanacağı kabul edilmektedir⁸⁴⁴.

⁸³⁸ Schlachter, § 14 AGG, Rn. 1, ErfK; Thüsing, s. 266; Eggert-Weyand, s. 679-680.

⁸³⁹ Schlachter, § 14 AGG, Rn. 1, ErfK; Nollert ve diğerleri, s. 147; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 292.

⁸⁴⁰ Rühl ve diğerleri, s. 82; Boemke ve Danko, s. 110; Schleusener ve diğerleri, s. 380.

⁸⁴¹ Thüsing, s. 265; Kocher, s. 244.

⁸⁴² Thüsing, s. 267; Boemke ve Danko, s. 111; Israrlı bir iş görmekten kaçınma durumunda işveren iş sözleşmesini fesih hakkına sahip olur. Bezani ve Richter, s. 69.

⁸⁴³ Thüsing, s. 266; Boemke ve Danko, s. 111.

⁸⁴⁴ Boemke ve Danko, s. 111; Eggert-Weyand, s. 680.

b. Türk Hukukundaki Görüşler

Cinsel tacize uğrayan işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğuna ilişkin açık bir düzenleme Türk iş hukuku mevzuatında yer almamaktadır. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlarca işçinin cinsel taciz durumunda iş görmekten kaçınabileceği görüşü ileri sürülmektedir⁸⁴⁵. Bir görüş Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunu hüküm altına alan 417. maddesi ve işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin 408. maddelerini göz önüne alarak, işçinin bu hakka sahip olduğunu kabul etmektedir⁸⁴⁶.

Bu görüşte Bakırcı'ya göre, işçinin işveren veya işveren vekili tarafından sürekli olarak taciz edildiği ve tacize son verilmediği hallerde veya işçinin bir başka işçi veya işvereni tarafından kontrol edilebilecek üçüncü bir kişi tarafından taciz edildiğini işverenin bilmesi veya bilmesi gerekmesine rağmen tacizi sona erdirmek için gerekli önlemleri almadığı veya aldığı önlemlerin yeterli olmadığı durumlarda veya "cinsel kayırmacılığın eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturduğu hallerde", tacize veya ayrımcılığa maruz kalan işçi, iş görmekten kaçınma hakkına sahip olur⁸⁴⁷. Yazara göre böyle bir durumda işin yapılması işçiden katlanması beklenemeyecek koşullar altında istendiğinden, işçinin işi yapmaktan kaçınmasını alacaklının temerrüdüne dayandırmak mümkündür. İşveren burada kendi davranışı neticesinde, işçiden iş görme edimini yerine getirmesini talep etme hakkını kaybeder ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca alacaklı temerrüdüne düşer⁸⁴⁸.

Yine Manav Özdemir'e göre de, işyerinde cinsel tacize uğrayan bir işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği gibi, Türk Borçlar Kanununun 106 ve 408. maddesinde düzenlenen alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlere dayalı olarak iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabilir. Bu halde işçi iş görme edimini ifa etmeksizin ücret ve diğer ödemeleri almaya hak kazanır⁸⁴⁹.

Öğretide diğer bir görüş ise, işçinin cinsel tacize uğraması durumunda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, işçinin bu

⁸⁴⁵ Bu yönde bkz. Bakırcı, s. 184-186; Kaplan, Koruma Borcu, s. 12; Manav Özdemir, s. 208

⁸⁴⁶ Bu görüşte bkz. Bakırcı, s. 184-186; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 456; Manav Özdemir, s. 208.

⁸⁴⁷ Bakırcı, s. 184.

⁸⁴⁸ Bakırcı, s. 184-185; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 456-457.

⁸⁴⁹ Manav Özdemir, s. 208.

hakkını Borçlar Kanunu'nun ödemezlik def'ine ilişkin hükmüne dayandırmaktadır⁸⁵⁰. Bu görüşte Kaplan'a göre, işverenin işçileri cinsel taciz eylemlerine karşı koruma borcu, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen işçiyi koruma ve gözetme borcundan kaynaklanan bir yükümlülük olduğundan, bu yükümlülüğün işverence hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, işçinin ödemezlik def'ine dayanarak işi bırakabileceği kabul edilmelidir⁸⁵¹.

c. Görüşümüz

İşveren işçiyi gözetme borcu çerçevesinde işyerinde işçinin kişilik haklarının korunmasını sağlamak, bunun için gerekli önlemleri almak, işyerinde ahlaka uygun, işçinin iş görme edimini ifa edebilmesi için sağlıklı ve elverişli bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü ihlal eden işverenin işçiden elverişsiz ve sağlıksız bir işyerinde çalışmasını beklemesi mümkün değildir⁸⁵². İşverenin işçiyi işyerinde gerçekleştirebilecek cinsel tacizlere karşı koruma yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak iş görme edimi ifadan kaçınabileceği kabul edilmelidir.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı kanaatimizce işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca söz konusu olur. Zira burada işveren işyerinde yerine getirmekle yükümlü olduğu hazırlık fiillerini ifa etmediğinden, alacaklı temerrüdüne düşer. Burada hazırlık fiilinden ne anlaşılması gerektiği önemlidir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini işyerinde ifa edebilmesi için, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna uygun davranması, işyerinde iş görmeye elverişli bir çalışma ortamı yaratması, bu kapsamda işçinin hem sağlık ve vücut bütünlüğünü hem de kişiliğini ve onurunu işyerinde ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı koruması gerekmektedir. İşverenin koruma borcu ve bu çerçevede konumuz bakımından işverenin işçiyi işyerinde ortaya çıkabilecek cinsel taciz davranışlarına karşı koruma ve buna karşı gerekli önlemleri alarak işyerinde uygun bir çalışma ortamı ve “ahlaka uygun bir düzen” sağlama yükümlülüğü (TBK m. 417) işçinin iş görme edimini ifası

⁸⁵⁰ Kaplan, Koruma Borcu, s. 12.

⁸⁵¹ Kaplan, Koruma Borcu, s. 12.

⁸⁵² Fuat Bayram, **Türk İş Hukukunda İşverenin, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003, s. 255.

için birer hazırlık fiili anlamını taşımaktadır. Aksi halde, işverence işçinin iş görme edimini ifası için işyerinde uygun bir çalışma ortamını sağlanamamış olacak ve böylece işçiden ifada bulunmasını beklemek mümkün olamayacaktır.

Kanaatimizce burada işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini ödemezlik def'ine dayandırmak mümkün değildir. Zira ödemezlik def'inden yararlanılabilmesi için, borç ilişkisinin iki tarafa karşılıklı borçlar yükleyen bir sözleşme olması ve bu def'iyeye konu olacak yükümlülüklerin, karşılıklılık ilişkisi içerisinde bulunması gerekmektedir⁸⁵³. İş sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte, bu ilişkide karşılıklılık içerisinde yer alan asli edim yükümlülükleri, işçi açısından iş görme ve işveren açısından da ücret ödeme borcudur. İşçinin iş görme edimini ifası ile işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer aldığı ise söylenemez. Bu açıdan ödemezlik def'inin işçinin cinsel taciz sebebiyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasında uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Cinsel taciz davranışının işyerinde, bizzat işveren tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi, bu eylemin işyerinde çalışan başka bir işçi veya üçüncü bir kimse tarafından yapılması da söz konusu olabilir. İşveren işçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde hem işçiye karşı taciz niteliği taşıyan davranışlarda bulunmamak, hem de işçinin işyerinde çalışan diğer işçiler ya da iş veya işyeriyle ilgili üçüncü kişiler tarafından tacize uğramasını önlemek, tacize uğramış olması halinde ise, daha fazla zarar görmesini engellemek yükümlülüğü altındadır. Kanaatimizce her iki durumda da işçinin belirli koşullar altında iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması mümkündür. Zira gerek işverence gerekse işyerinde çalışan başka bir işçi ya da üçüncü bir kimse tarafından gerçekleştirilen cinsel taciz davranışı, tacize uğrayan işçi açısından sağlıksız ve ahlaka aykırı bir çalışma ortamı yaratılmasına sebep olacak ve işçiden böyle bir ortamda çalışması beklenemeyecektir. Bu açıdan işveren işçiyi işyerinde çalışan diğer işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek ihlallere karşı da korumak ve işçinin işi ifası için elverişli ortamı sağlamakla yükümlü olacaktır⁸⁵⁴.

İlk olarak, cinsel taciz eyleminin bizzat işveren tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması doğaldır. Zira

⁸⁵³ Kaniti, s. 66; Eren, s. 1009-1011; Tunçomağ, s. 739; Oğuzman ve Öz, s. 339.

⁸⁵⁴ Bayram, s. 255.

işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu göz önüne alındığında, bu borcunu ihlal eden işverene karşı işçi, işyerinde uygun çalışma koşullarının sağlanmaması nedeniyle iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabilmelidir. Burada taciz bizzat işverence gerçekleştirildiğinden, işverenin taciz konusunda bilgilendirilmesi ya da önlem almasının beklenmesi gerekmez. Ancak kanaatimizce işçi tarafından iş görmekten kaçınma hakkı kullanılırken, işçinin bu haktan yararlandığı ve iş görme edimini ifadan kaçınmasının sebepleri hakkında işverene bildirimde bulunması faydalı olacaktır. Zira aksi halde işçi iş sözleşmesinin işi ifa etmemesi ya da devamsızlıkta bulunması sebebiyle feshedilmesi riskiyle karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca dürüstlük kuralı uyarınca da işçinin bu bildirimde bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

İşveren dışında, işyerinde çalışan bir işçi ya da işverenin kontrolü altında bulunan üçüncü bir kişi tarafından işçiye karşı cinsel taciz davranışında bulunulması durumunda ise, bu davranışın varlığı tek başına işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması bakımından yeterli olamaz. Böyle bir durumda işçinin iş görmekten kaçınabilmesi için, ilk olarak işveren dışında bir kimse tarafından gerçekleştirilen bu eylemin işverence biliniyor olması ya da bilinmesinin gerekmesi, ancak buna rağmen tacizi sona erdirmek amacıyla alınması gerekli ve yeterli önlemlerin alınmamış olması gerekir⁸⁵⁵. Aksi halde işverence bilgi sahibi olunmayan bir eylem karşısında işçiyi koruma ve gözetme borcu çerçevesinde bir önlem alınması söz konusu olamayacağından, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kabul etmek de mümkün değildir. İkinci olarak tacizden haberdar olan işverenin bu tacizi ortadan kaldırmak ya da tekrarlanmasını önlemek için uygun ve elverişli önlemleri de almamış olması gerekir. Zira işverence taciz konusunda bilgi sahibi olmasından sonra işyerinde işin ifası için sağlıklı bir ortamın sağlanması durumunda, artık işçinin iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemeyecektir. Bu açıdan ancak işverence gerekli ve tacizi ortadan kaldırmaya ve engellemeye elverişli önlemlerin alınmaması durumunda bu haktan bahsedilebilecektir.

İşyerinde cinsel taciz İş Kanunu'nun 24. maddesinde bu iki durum bakımından işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği haller arasında sayılmıştır. İşverenin "işçiye cinsel tacizde bulunması" anılan hükmün ahlak ve

⁸⁵⁵ Bakırcı, Çözüm Önerileri, s. 456.

iyiniyet kurallarına uymayan hallere ilişkin ikinci bendinin b fıkrasında, “İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmaması” ise aynı bendin d fıkrasında ele alınmıştır. Burada cinsel tacizin bizzat işverence gerçekleştirilmesi durumunda başkaca bir koşul aranmamışken, hükmün d bendinde düzenlenen işçinin diğer işçiler ya da üçüncü kişiler tarafından uygulanan cinsel tacize maruz kalması durumu bakımından işçinin iş sözleşmesini fesih olanağından yararlanabilmesi için, ilk önce bu durumu işverene bildirmesi ve buna rağmen işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmaması gerektiği düzenlenmiştir (İş K. m. 24/I-d). Dolayısıyla burada işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme yetkisi veren sebep işçinin cinsel tacize uğraması değil, durumun işverene bildirmesine karşın gerekli önlemlerin alınmamasıdır⁸⁵⁶. Bu nedenle işverene yapılan bildirim sonucunda işverence gerekli önlemlerin alınması durumunda, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olamayacaktır. Söz konusu düzenleme de göz önüne alındığında işçinin iş görmekten kaçınma hakkı açısından da aynı esasların benimsenmesi ve işçinin bu haktan yararlanabilmesi için cinsel taciz konusunda işvereni bilgilendirmesi ve işverence gerekli önlemlerin alınmamış olması koşullarının aranması gerektiği kanaatindeyiz.

III. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG)

A. Kavram ve Terminoloji

Psikolojik şiddet, sıkıntı verme, rahatsız etme, bezdirme, yıldırma gibi değişik anlamlara gelen mobbing ya da diğer adıyla psikolojik taciz, günümüzde işyerlerinde sıklıkla karşılaşılan bir sorun olarak ortaya çıktığından, özellikle son yıllarda önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Genel olarak, işverenin ya da işyerinde çalışan diğer işçilerin bir işçiye hedef alarak, onun psikolojik olarak taciz edilmesi sonucunu doğuran davranışlar sergilemesi mobbing (psikolojik taciz) kavramını oluşturur⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ Aydın, Cinsel Taciz, s. 26-27.

⁸⁵⁷ Heinz Leymann, “Mobbing and Psychological Terror at Workplaces”, **Violence and Victims**, Cilt: 5, Sayı: 2, 1990, s. 119, [http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990\(2\).pdf](http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990(2).pdf), (E.T. 30.04.2018); Martin Wolmerath, **Mobbing**, 4. Auflage, Baden-Baden, 2013, s. 23-24; Martina Benecke, **Mobbing**, München, 2005, s. 7-8; Norbert Kollmer, **Mobbing im Arbeitsverhältnis**, 3.,

Bu tür davranışlar genellikle yöneldiği kişiyi aşağılayıcı bir nitelik göstermekte, kişinin ününü etkilemekte, kişiyle iletişim kurulması bakımından olumsuz sonuçlar doğurmakta, kişinin sosyal açıdan izole olmasına ve bunlara bağlı olarak kişi üzerinde ruhsal, psikosomatik ve sosyal etkilerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır⁸⁵⁸. Her ne kadar bu kavramı oluşturan davranış biçimleri eskiye dayansa da, kavramsal ve terminolojik olarak mobbing, yakın dönemlerde ortaya atılmış ve sıklıkla tartışılmaya başlanmış bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışma yaşamı bakımından “mobbing” kavramı⁸⁵⁹ işverenlerle çalışanlar arasında ya da çalışanların kendi aralarında ortaya çıkan psikolojik şiddeti ifade etmek üzere, ilk kez İsveç’te yaşayan Alman Çalışma Psikoloğu Heinz Leymann

neu bearbeitete Auflage, 2003, s. 2-5; Charles D. Bultena ve Richard B. Whatcott, “Bushwhacked At Work: A Comparative Analysis Of Mobbing & Bullying At Work”, Şubat 2008, Cilt: 15, Sayı: 1, s. 652; Mobbing/Psikolojik taciz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Tınaz ve Fuat Bayram ve Hediye Ergin, **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 3 vd.; Ali Güzel ve Emre Ertan, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 14, 2007, s. 509 vd.; Fuat Bayram, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 14, 2007, (Mobbing), s. 551 vd.; Savaş, s. 5 vd.; Arzu Arslan Ertürk, “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: XX, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, (Mobbing), s. 285 vd.; Sabahattin Şen, “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül 2009, s. 46 vd.; S. Alp Limoncuoğlu, “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, **TBB Dergisi**, Sayı: 105, 2013, s. 51 vd.; Nuray Gökçek Karaca, “AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve Bu Mücadelede Sendikaların Rolü”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 5, Eylül 2009, s. 27, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale239.pdf>, (E.T. 30.04.2018); Senem Ermumcu, **İşyerinde Psikolojik Taciz**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 4 vd.; Abbas Bilgili, **İş Hukukunda Mobbing**, Karahan Kitabevi, 3. Baskı, Adana, 2015, (Mobbing), s. 1 vd.; Huriye Reyhan Demircioğlu, “Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, s. 113 vd.; Canan Ünal, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: XX, Sayı: 37, 2013, s. 15 vd.; Murat Akı, “Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri Türk ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 21, Mart 2011, s. 86 vd.; Lütfi İnciroğlu, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1, 2013, (Mobbing), s. 104; Hande Heper, “Uluslararası Düzenlemeler Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizle Mücadele: Avrupa Ülke Örnekleri ve Türkiye İçin Öneriler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, **Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan**, Özel Sayı, 2016, s. 427-469; Gül Büyükkılıç, “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: IX, Sayı: 33, 2012, s. 71 vd.; Nihan Gizem Kantarcı, **Türk İş Hukukunda Mobbing**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 5 vd.

⁸⁵⁸ Leymann, s. 121-123.

⁸⁵⁹ İngilizce kökenli bir terim olan “mobbing”, “kalabalık, izdiham, çete” gibi anlamlara gelen “mob” kökünden türemekte ve İngilizce’de bezdirme, rahatsız etme ya da taciz etme gibi anlamlara gelmektedir. <http://www.redhouse.com.tr>; <http://tureng.com.tr/turkce-ingilizce/mobbing>, (E.T. 30.04.2018).

tarafından 1980lerde ortaya atılmıştır⁸⁶⁰. Leymann, işçilerin işyerinde çalışan başka bir işçiye yönelttikleri, sistematik olarak gerçekleştirilen ve uzun süre devam eden, kişiyi aşağılayan ve düşmanca, saldırgan nitelik taşıyan davranışların varlığını tespit etmiş ve bu tür davranışları “mobbing” olarak adlandırmıştır⁸⁶¹. Terminolojik olarak, Avrupa’da çoğunlukla mobbing terimi kullanılmaktadır⁸⁶². Fransa’da ise genellikle “manevi taciz” terimi tercih edilmektedir⁸⁶³. Birleşik Krallık ve Avustralya’da ise bu tür davranışlar için, zorbalık anlamına gelen “bullying” teriminin kullanıldığı görülmektedir⁸⁶⁴.

“Mobbing” deyimini terim olarak hukukumuzda da girmiştir. Türk Dil Kurumu ise, bu kavram için “bezdiri” ifadesini kullanmaktadır⁸⁶⁵. Bunun yanı sıra mobbing kavramı için öğretide psikolojik taciz⁸⁶⁶ ya da manevi taciz⁸⁶⁷ veya yıldırma⁸⁶⁸

⁸⁶⁰ Wolmerath, s. 23; Pınar Tınaz, “Birinci Bölüm: Çalışma Yaşamında Eski Bir Olgı; Yeni Bir Kavram: Mobbing”, **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, (Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye), Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 4; Her ne kadar çalışma yaşamı bakımından mobbing kavramı, ilk kez Leymann tarafından kullanılmışsa da 1976 yılında Amerikalı kadın araştırmacı Carol Brodsky tarafından taciz kavramı, tacize uğrayan işçiye ilişkin “The Harassed Worker” adlı eserinde, işyerinde bir kimsenin başka bir kişiye karşı onu bezdirmek, umutsuzluğa düşürmek, gözünü korkutmak amacıyla yaptığı kalıcı ve tekrarlanan davranışlar olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan her ne kadar yazar tarafından “mobbing” deyimini açıkça kullanılmasa da çalışma yaşamı bakımından konuya ilişkin ilk tanımlamanın taciz başlığı altında Brodsky tarafından yapıldığı görülmektedir. Bu hususta bilgi için bkz. Tınaz, s. 4.

⁸⁶¹ Yazarın mobbinge ilişkin tanımlamaları ve değerlendirmeleri hakkında bilgi için bkz. Leymann, s. 119 vd.

⁸⁶² Mobbing teriminin ortaya çıkışı hakkında bilgi için bkz. Bultena ve Whatcott, s. 653; Tınaz, s. 3-4.

⁸⁶³ Tınaz, s. 8; Savaş, s. 8.

⁸⁶⁴ “Bullying”, genel itibariyle sözlük anlamıyla, zorbalık etmek, kabadayılık etmek anlamlarına gelmektedir. <http://www.redhouse.com.tr>, (E.T. 30.04.2018); Bullying terimi, esasen “mobbing”den farklı olarak fiziksel şiddet ve tehdit anlamını da içerir. Mobbing oluşturan davranışlar genellikle fiziksel şiddeti içermediği ve burada daha çok psikolojik ve sosyal şiddet söz konusu olduğundan, iki terim farklı şeyleri ifade etmektedir. Tınaz, s. 7; Savaş, s. 6; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 288; Bu hususta iki terimin farklılıklarını ortaya koyan Bultena ve Whatcott, mobbingi bir kimsenin çalışma arkadaşları tarafından, aşağılayıcı, küçük düşürücü, kötüleyici izole edici bazı davranışlarla işten ayrılmaya zorlanması olarak tanımlarken, işyeri zorbalığını (workplace bullying) ise, çocuklar arasında gerçekleşen zorbalıklarda olduğu gibi, bir işçiye saldırgan veya nedensiz davranışlarla kötü davranılarak performansının olumsuz etkilenmesi olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, mobbing zorbalığa göre daha gizli ve zekice davranışlarla gerçekleştirilmektedir. Bultena ve Whatcott, s. 653-654; Ayrıca mobbing genellikle bir grubun eylemi olarak ortaya çıkmakla birlikte, bullying daha çok bireysel eylemlerle gerçekleştirilmektedir. Öğretide “bullying” terimi daha çok okullarda çocuklar ve gençler arasındaki düşmanca ve saldırganca davranışlar için kullanılırken, “mobbing” deyimini işyerlerinde çalışanlar arasındaki bu tür davranışlar için tercih edilmektedir. Savaş, s. 6-7.

⁸⁶⁵ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5aae4f203d3814.30990182, (E.T. 30.04.2018).

⁸⁶⁶ Mobbing, işçiye yönelik bir taciz niteliği taşımaktadır. Ancak bu taciz niteliği taşıyan davranışlar fiziksel olmaktan ziyade hedef alınan kişiyi küçültücü, aşağılayıcı özellik göstermekte ve kişinin dışlanmasına yol açarak, psikolojik etkiler doğurmaktadır. Bu bakımdan öğretide çoğunlukla söz konusu kavramın psikolojik taciz olarak adlandırıldığı görülmektedir. Süzek, s. 402 vd.; Güzel ve Ertan, s. 509 vd.; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 289; Şen, s. 48; Ermumcu, s. 12; Limoncuoğlu, s. 53; Ünal, s. 21; Terminoloji sorunu hakkında bilgi için bkz. Tınaz, s. 6 vd.; Savaş, s. 5-9; Ermumcu, s. 9-

terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir. Öğretide farklı bir terim önerisi ise, Tınaz tarafından getirilmektedir. Yazar, “mobbing” kavramının Türkçeleştirilmesi gereksinimini ifade ederek, bu sözcüğe karşılık olarak “yıldırkaçır” kavramının kullanılmasını önermektedir⁸⁶⁹.

Yargı kararlarında ise, yaygın olarak hem mobbing hem de psikolojik taciz terimlerinin kullanıldığı görülmektedir⁸⁷⁰. “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlıklı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesinde ise, işverenin işçinin kişiliğinin tacizlere karşı korunmasına ilişkin yükümlülüğü düzenlenirken “psikolojik taciz” deyiimi kullanılmıştır. Yine 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda da taciz kavramı tanımlanırken, tacizin psikolojik türünün de bu tanıma dâhil olduğu ifade edilerek benzer bir sonuca varılmıştır. Dolayısıyla kanaatimizce konuya ilişkin terminoloji sorununa kanuni bir çözüm getirildiği söylenebilecektir. Bu nedenle çalışmamızda da psikolojik taciz teriminin kullanılması tercih edilmektedir.

B. Tanım ve Unsurlar

1. Kavram

Psikolojik taciz kavramı, Türk Hukukunda 2000li yıllarda tartışılmaya başlanmış, konuya ilişkin ülkemizde yapılan farkındalık çalışmalarıyla birlikte günümüzde çok tartışılan bir konu haline gelmiştir. Özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle, işçilerin psikolojik tacize karşı

12; Cengiz Çukur, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası**, Mart 2012, <http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale3.pdf>, (E.T. 30.04.2018), s. 35-37; Kantarcı, s. 8-12.

⁸⁶⁷ Savaş, s. 8; Bununla birlikte yazar, daha sonraki tarihli eserinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Kanunda “psikolojik taciz” deyiimi benimsendiğinden, artık hukukumuzda terim birliğinin sağlandığını kabul etmiş ve psikolojik taciz deyiimini kullanmayı tercih etmiştir. F. Burcu Savaş Kutsal, “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Cilt: I, İstanbul, 2016, (Psikolojik Taciz), s. 620.

⁸⁶⁸ E. Elif Yüçetürk, “İşyerlerindeki Yıldırma Eylemlerini Önlemede Sendikaların Rolü: Nitel Bir Araştırma”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2012, s. 44.

⁸⁶⁹ Tınaz, s. 11.

⁸⁷⁰ Bu hususta örnek kararlar için bkz. Yarg. 9. HD, 12.02.2013, 2010/38293 E., 2013/5390 K.; Yarg. HGK, 25.09.2013, 2012/9-1925 E., 2013/1407 K.; Yarg. 9. HD, 31.01.2017, 2015/8730 E., 2017/1000 K.; Yarg. HGK, 24.01.2018, 2017/7-3017 E., 2018/99 K., www.kazanci.com, (E.T. 30.04.2018)

korunmalarına ilişkin kanuni düzenleme getirilmesi önemli bir gelişmedir. Kanunun 417. maddesinde işverenlerin, iş ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü oldukları özel olarak düzenlenmiştir. Ancak konu işverenin koruma yükümlülüğü çerçevesinde ele alınmakla birlikte, psikolojik tacize ilişkin kanuni bir tanım getirilmemiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra, 19.03.2011 tarih ve 27879 sayılı Resmi Gazete ile ise, "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" konulu, 2011/II sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır. Genelgede psikolojik tacizin "*Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsemesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzer şekillerde*" ortaya çıktığı ifade edilmiş ve bu tür tacizlerin önlenmesinin önemi ile çalışanların korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır.

Önem taşıyan bir diğer belge ise, 2011 yılının Nisan ayında TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu tarafından yayımlanan "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu"dur. Bu raporda,

"Mobbing sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışı ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işyerinde bir kişinin ya da birkaç kişinin, istenmeyen kişi olarak ilan ettikleri bir kişiyi dışlayarak, sözlü ya da fiziksel tacizde bulunarak mutlak itaate zorlamak, yıldırma ve bezdirmektir."

şeklinde bir tanımlama yapılmıştır⁸⁷¹.

2016 tarihli 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ise, Kanunun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin j bendinde taciz kavramı tanımlanırken, psikolojik tacizin de bu kapsamda değerlendirileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde taciz, "*Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya*

⁸⁷¹ Raporun tam metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf, (E.T. 02.05.2018); Yargıtay da bazı kararlarında bu tanıma benimsemektedir. Örneğin bu hususta bkz. Yarg. 9. HD, 12.02.2013, 2010/38293 E., 2013/5390 K., Bilgili, Mobbing, s. 101-108.

utandırıcı her türlü davranış” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımın bir sonucu olarak, psikolojik tacizin anılan Kanunda yer verilen ayrımcılık hallerinden birine dayanılarak uygulanması durumunda bu Kanun uygulanabilecek ve psikolojik taciz aynı zamanda bir ayrımcılık teşkil edecektir. Böylece Kanunda yer verilen yaptırımların uygulanması talep edilebilecektir (m. 17)⁸⁷². Sözü edilen ayrımcılık halleri Kanunun 3. maddesinde “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı” başlığı altında düzenlenmiş ve “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık*” yasaklanmıştır. Dolayısıyla Kanunun ifadesi göz önüne alındığında, Kanunda yer verilen ayrımcılık hallerinden birine dayanmayan davranışların, bu Kanun anlamında psikolojik taciz olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılır. Buna karşılık genel olarak psikolojik tacizden söz edilebilmesi için ayrımcılık sebeplerinden birine dayanması zorunlu değildir⁸⁷³. Çoğunlukla psikolojik taciz teşkil eden davranışlar ayrımcı davranışlarla iç içe geçebilmekle birlikte, ayrımcı nitelik ya da amaç taşımayan davranışlarla da psikolojik tacizde bulunulması söz konusu olabilecektir.

Yine Kanunda “İşyerinde Yıldırma” kavramına ilişkin de ayrıca bir tanım getirilmiş ve bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, biktirmek amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler, işyerinde yıldırma olarak nitelendirilmiştir (m. 2/g, 4/e).

Psikolojik tacize ilişkin öğretilerde pek çok tanım yapılmaktadır. Bu tanımlamalar çerçevesinde genel olarak psikolojik taciz, işyerinde bir işçiye ya da işçi grubuna karşı yöneltilen, işçiyi bezdirmek, yıldırma amacını taşıyan, insan onurunu zedeleyici ve küçültücü nitelikte, kasıtlı, sistematik ve süreklilik arz eden

⁸⁷² Anılan Kanunda bu Kanun uyarınca ayrımcılığa uğrayan kişilere, başvuru üzerine anılan Kurumun ayrımcılık yasağına aykırı davranan kurumlar ve kişiler hakkında idari para cezasına hükmedebileceği düzenlenmiştir (m. 25). Ayrıca Kurulun suç teşkil eden insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit etmesi durumunda, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunacağı da düzenlenmiştir (m. 18/V). Bu hükümlere ilişkin bilgi için bkz. Arzu Arslan Ertürk, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, Eylül 2012, (Eşitlik Kanunu), s. 47-55.

⁸⁷³ Çelik ve diğerlerine göre, 6701 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukukumuzda iki ayrı psikolojik taciz kavramının oluştuğu söylenebilecektir. Bunlardan ilki 6701 sayılı Kanunda öngörülen sürelerin işletilmesini ve yaptırımların uygulanmasını gerektirecek nitelikte, Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanan psikolojik taciz, diğeri ise genel anlamda işverenin işçiyi koruma borcu kapsamında değerlendirilebilecek olan ve buna ilişkin yaptırımların söz konusu olacağı psikolojik tacizdir. Çelik ve diğerleri, s. 339, 348; Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Arslan Ertürk, Eşitlik Kanunu, s. 49-50.

davranışlarla kişinin manevi değerlerini zedeleyen bir psikolojik şiddet türü olarak tanımlanabilir⁸⁷⁴.

Psikolojik taciz, çeşitli yargı kararlarında da ele alınmış ve tanımlanmıştır⁸⁷⁵. Psikolojik tacize ilişkin olarak Türkiye’de bilinen ilk karar, Ankara 8. İş

⁸⁷⁴ Leymann, s. 120; Leymann, bu davranışların sık sık (neredeyse her gün) ve uzun süre devam eden hareketlerle gerçekleştirilmesi gerektiğini ve bu bakımdan geçici anlaşmazlıkları dışarıda bıraktığını ifade etmekte, ayrıca bu sıklık ve devamlılığı nedeniyle psikolojik tacizin yöneldiği kişi açısından ruhsal, psikosomatik ve sosyal bir acı yarattığını tespit etmektedir. Leymann, s. 120; Tınaz ve Bayram, psikolojik tacizi işyerinde bir işçiye yöneltilen, işveren veya diğer işçiler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan, kötü muamele, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, aşağılayıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terör olarak tanımlamaktadır. Tınaz, s. 7; Bayram, Mobbing, s. 552; Bu tanım değerlendirildiğinde, önem taşıyan hususlar, söz konusu davranışların failinin hem işyerinde çalışan diğer işçiler hem de işveren olabileceğinin kabul edilmesi, davranışların taşınması gereken niteliğin belirlenmesi ve ayrıca bu davranışların psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için yıldırma amacını taşınması gerektiğinin vurgulanmasıdır. Benzer yönde tanım için bkz. Bilgili, Mobbing, s. 6; Demircioğlu, s. 116; Süzek de psikolojik tacizi işçinin manevi kişiliğine karşı işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından gerçekleştirilen, insanlık onuru ve saygınlığı ile bağdaşmayan, kötü muamele, aşağılama, dışlama vb. biçiminde ortaya çıkan, küçültücü ve yıldırıcı tekrarlanan davranışlar olarak tanımlamaktadır. Süzek, s. 402-403; Benzer yönde Çelik ve diğerleri, s. 346; Ayrıca bkz. Şen, s. 48; S. Alp Limoncuoğlu, “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2014, (Karar İncelemesi), s. 556; Savaş ise, genel itibarıyla faili kim ve amacı ne olursa olsun, işyerinde bir çalışana karşı sistematik olarak uygulanan psiko-sosyal bir saldırı olarak tanımlamaktadır. Görüldüğü üzere yazar, söz konusu davranışın failine, amacına ve davranışın şekline bakmaksızın, sistematik olarak gerçekleştirilen ve psiko-sosyal bir saldırı niteliği taşıyan her tür davranış psikolojik taciz kapsamında değerlendirmektedir. Özellikle psikolojik tacizin amacını bir unsur olarak aramaması, bu tanımlamayı diğerlerinden ayırt etmektedir. Savaş, s. 47; Benzer yönde bkz. Güzel ve Ertan, s. 511; Arslan Ertürk’e göre ise, “Aynı kişi ya da kişileri hedef almak suretiyle, çalışan kişilere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar, astları veya işyeri ile bağlantılı üçüncü kişiler tarafından sindirmek, yıldırma, bezdirmek, itaate zorlamak amacıyla sistemli ve bilinçli bir şekilde uygulanan, belirli bir süre devam eden, varlığı hareket, söz veya yazı ile kesinleşen, çalışanın kişiliğine, sağlığına ve çalışma yaşamına ağır bir biçimde zarar veren duygusal saldırı niteliğinde ve nadiren de şiddet içeren her türlü kötü muamele, tehdit ve aşağılama şeklindeki davranışlar” psikolojik tacizi oluşturmaktadır. Arslan Ertürk, Mobbing, s. 290, 293; Ayrıca bkz. Erumcu, s. 9; Ünal, s. 23; Büyükkılıç, s. 73; Ali Ekin, **Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (İşçi Onuru), s. 75; Alman Federal İş Mahkemesi de mobbing kavramını benzer yönde işveren, amir ya da işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından bir işçiye karşı sistematik olarak düşmanca, eziyet edici ya da ayrımcılık teşkil eden davranışlar uygulanması olarak tanımlamaktadır. BAG 15.01.1997, https://www.prinz.law/urteile/BAG_7_ABR_14-96, (E.T. 25.03.2019); Yine bu yönde tanım ve mobbing oluşturacak davranışın mutlaka sistematik ve belirli ağırlıkta olması gerektiğine ilişkin Alman Mahkeme Kararı ile incelemesi için bkz. Şeyda Aktekin, “Alman Mahkeme Kararları Işığında Mobbing Uygulamalarına İlişkin Bir İnceleme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 4, Aralık 2006, s. 237-242.

⁸⁷⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.09.2013 tarih, 2012/9-1925 Esas ve 2013/1407 Karar sayılı kararında, psikolojik taciz “işyerinde çalışanlara, diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca aynı kararda Yüksek Mahkeme, Alman Federal İş Mahkemesi’nin anılan “işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işçinin başta işveren olmak üzere amirleri tarafından gerçekleştirilmesi” şeklindeki tanımlamasına da yer vermiştir (BAG, 15.01.1997, NZA, 1997) (İlgili Yargıtay kararı için bkz. http://www.calismatoplum.org/sayi41/xyz/9_1.pdf, E.T. 02.05.2018); Benzer şekilde bkz. Yarg. 9. HD, 14.03.2008, 2008/3122 E., 2008/4922 K., Bilgili, Mobbing, s. 133-134; Yarg. 9. HD, 05.04.2012, 2010/1911 E., 2012/11638 K. Bilgili, Mobbing, s. 135-137; Yine Yargıtay

Mahkemesi'nin 20.12.2006 tarih ve 2006/19 E., 2006/625 K. sayılı kararıdır. Anılan karar Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 30.05.2008 tarih ve 2007/9154 E., 2008/13307 K. sayılı kararıyla da onanmıştır⁸⁷⁶. Söz konusu kararda, mobbing/psikolojik taciz kavramının, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içerdiği ifade edilerek bir tanım getirilmiştir⁸⁷⁷.

2. Unsurları

Kavrama ilişkin yapılan tanımlamalar göz önüne alındığında, psikolojik tacizin oluştuğundan söz edilebilmesi için bazı unsurların varlığı aranır. İlk olarak, bir işçiyi hedef alan ve yöneldiği kişinin onuruna saldırı teşkil eden bir davranışın bulunması gerekir⁸⁷⁸. Söz konusu davranışların tek tek değerlendirildiğinde hukuka

22. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararında ise, “*Mobbing kavramının etimolojik anlamına ve tarihsel gelişimine bakıldığında; aynı ortamda bulunan veya aynı organizasyona bağlı olan bir veya birden fazla kimsenin bir kişiye belli bir amaçla, sistematik bir şekilde, yılgınlık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlarla psikolojik ve duygusal baskı kurarak onu belli şekilde davranmaya ya da davranmamaya, ortak alandan uzaklaştırmaya, güçsüzleştirmeye, değersizleştirmeye, aşağılamaya, küçük düşürmeye veya pasifize etmeye yönelik çabalarına mobbing denilir.*” şeklinde tanımlanmıştır. 22. HD, 22.05.2014, 2013/11788 E., 2014/14008 K., http://www.calismatoplum.org/sayi46/xyz/9_56.pdf, (E.T. 02.05.2018); 9. Hukuk Dairesi de psikolojik tacizi, “*bir veya bir grup işçinin aynı işyerindeki bir başka işçiye zarar vermek amacıyla sistemli ve süreklilik arz edecek biçimde küçümseyici, aşağılayıcı, dışlayıcı ve korkutucu hareketler bütünü*” olarak tanımlamıştır. Yarg. 9. HD, 12.02.2013, 2010/38293 E., 2013/5390 K., Bilgili, Mobbing, s. 101-108.

⁸⁷⁶ Söz edilen Ankara 8. İş Mahkemesi kararına konu olayda, genel sekreter olarak görev yapan ve davacının amiri konumunda bulunan kişinin, davacıya manevi olarak baskı yaptığı, aralarında sürekli olarak sebepsiz gerginlik yaşandığı ifade edilmiş, ayrıca işçinin işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırarak “sen bu işi beceremiyorsun” gibi sözlü saldırılarına ve hakaretlerine maruz kaldığı tespit edilmiştir. Davacının bu olaylardan sonra psikolojik tedavi gördüğü belirlenmiştir. Mahkemeye göre, davacının kişilik hakları çiğnenmiş, davacı çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar Mahkemece işçiyi yıldırmaya, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. İlgili Yargıtay kararı ve Ankara 8. İş Mahkemesinin kararı için bkz. <http://www.kazanci.com> (E.T. 02.05.2018).

⁸⁷⁷ Bununla birlikte Yargıtay'ın söz konusu kararından önce psikolojik tacize ilişkin olarak vermiş olduğu daha eski tarihli başka bir kararında ise, işyeri sendika temsilcisi olarak çalışan işçinin, göreviyle ilgili girişimlerde bulunması ve işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne şikâyet etmesi üzerine işyerinin değiştirilerek psikolojik tacize uğradığı tespit edilmiş ve iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği kabul edilmiştir. Yarg. 9. HD, 11.06.2007, 2006/32353 E., 2007/18337 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 02.05.2018) Böylece psikolojik taciz kavramı ilk defa Yargıtay tarafından da kullanılmıştır. Savaş Kutsal, s. 619.

⁸⁷⁸ Örneğin, haksız eleştirilerde bulunmak, sık sık sözünü kesmek, sürekli olarak yapılan işlerde hata bulmak, yalnız bırakmak, dışlamak, iftirada bulunmak, aşırı iş yükü altına sokmak, işçinin görev alanına girmeyen işler vermek, sürekli fazla çalışma yapmasını istemek, işçinin sık sık işyerini

aykırı olması zorunlu değildir⁸⁷⁹. Bu davranışlarda bulunanlar işçinin üstü konumunda olabileceği gibi, eşit düzeyde ya da ast konumundaki çalışanların bu tür davranışlarının da işyerinde psikolojik taciz olarak değerlendirilmesi mümkündür. Öğretide tartışmalı bir husus, işyerinde çalışmayan, müşteri, tedarikçi gibi üçüncü kişilerin davranışlarının da psikolojik taciz kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusundadır. Bir görüşe göre, yalnızca işyerinde çalışan kişilerin davranışları psikolojik taciz kapsamında değerlendirilmeli, üçüncü kişilerin davranışları ise kapsam dışı bırakılmalıdır⁸⁸⁰. Diğer görüşe göre ise, konu işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuyla beraber değerlendirilmelidir. Zira işverenin bu borcu işçiyi yalnızca işyerinde çalışan kişilerin davranışlarına karşı korumayı içermez; üçüncü kişiler nezdinde de işçinin korunması bu borcun gerekliliklerinden

değiştirmek, alay etmek, sürekli imalarda bulunmak gibi kişiyi rahatsız edici ve taciz niteliğinde davranışlar psikolojik taciz oluşturabilecektir. Yarg. HGK, 02.11.2011, 2011/9-590 E., 2011/677 K., Bilgili, Mobbing, s. 145-146; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, amirleriyle sorun yaşayan işçinin dışlandığını, sevilmeyen ve kavgacı biri olarak suçlandığını, başka personelin yapmakla yükümlü olduğu işlerin sık sık bu işçiye verildiğini, cumartesi günleri mesai yaptırıldığını, davacıyla aynı konumda çalışan kişilere verilen anahtar ve şifrelerin davacıya verilmediğini, elektronik yazışmalarda işçiye hakaret edildiğini tespit etmiş ve olayda mobbingin oluştuğuna hükmetmiştir. Yarg. 22. HD, 27.12.2013, 2013/693 E., 2013/30811 K., Bilgili, Mobbing, s. 112-119; Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bankada çalışan kadın avukatın, emekliliğe ve iş sözleşmesini sona erdirmeye yöneltilmesi amacıyla, 9 aylık süre içerisinde 30 kez yerinin değiştirilmesini, psikolojik taciz saymıştır. Yarg. HGK, 25.09.2013, 2012/9-1925 E., 2013/1407 K., http://www.calismatoplum.org/sayi41/xyz/9_1.pdf, (E.T. 02.05.2018); Aynı yönde bkz. 9. HD, 15.10.2009, 2008/10408 E., 2009/26968 K., Bilgili, Mobbing, s. 145; Ayrıca örnekler için bkz. Süzek, s. 403; Çelik ve diğerleri, s. 347; Tınaz, s. 27; Bayram, Mobbing, s. 553; Şen, s. 53; Savaş Kutsal, s. 626; Demircioğlu, s. 116-117; Büyükkılıç, s. 74; Ertuğrul Yuvalı, "Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: II, Özel Sayı, 2015, (Mobbing), s. 728; Örnekler ve davranış türleri için ayrıca bkz. Yücetürk, s. 45-46; Çukur, s. 41-42; Yine kişinin işyeri uygulamalarından yararlandırılmada, yükseltilmeye ya da ücretinin belirlenmesinde farklı muameleye tabi tutulması, onur ve saygınlığına zarar verici ithamlarda bulunulması, kişinin yetenek ve becerilerinin çok altında veya çok üstünde işler verilmesi, işe geliş gidiş saatlerinin veya yaptığı işlerin çok yoğun bir şekilde denetlenmesi ve izlenmesi, sosyal etkinliklere kasıtlı olarak davet edilmemesi gibi davranışlar da psikolojik tacize örnek teşkil edebilecektir. Nitekim 9. Hukuk Dairesi bir kararında, Yargıtay onamasından geçerek kesinleşen işe iade kararı üzerine tekrar işe başlatılan işçinin, daha önce çalıştırıldığı işte çalıştırılmayıp, kapısı bulunmayan, içerisinde sadece bir masa ve hijyenik olmayan tuvalet bulunan, köpek kulübesine yakın bir yerde çalışmaya zorlandığını, bu durumun açık bir mobbing teşkil ettiğini kabul etmiştir. Yarg. 9. HD, 05.04.2012, 2010/1911 E., 2012/11638 K., Bilgili, Mobbing, s. 135-137.

⁸⁷⁹ Örneğin, sosyal faaliyetlere davet etmeme, sürekli eleştirme, nezaket kurallarına uygun davranmama gibi davranışlar, tek başlarına hukuka aykırılık taşımamakla beraber, sistematik olarak sürekli uygulandıklarında psikolojik taciz teşkil etmektedir. Burada davranışların ayrı ayrı hukuka aykırılıklarından bağımsız olarak, sürekli tekrarlanan davranışlardan oluşan sürecin kendisi hukuka aykırıdır. Süzek, s. 403; Bayram, Mobbing, s. 553; Şen, s. 53; Büyükkılıç, s. 91; Yarg. 9. HD, 31.01.2017, 2015/8730 E., 2017/1000 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 02.05.2018).

⁸⁸⁰ Bu görüşte bkz. Şen, s. 60; Büyükkılıç, s. 80; Zira bu görüşe göre, üçüncü kişilerin davranışlarının işyerinde psikolojik taciz kapsamına alınması her ne kadar işçi açısından olumlu olsa da, kavramın sınırlarının belirsiz hale gelmesine neden olacağından kabul edilmemelidir. Bu tür davranışlar ancak Türk Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilebilecektir. Büyükkılıç, s. 80.

birini oluşturur. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, davranışların işyerinde gerçekleştirilmesi veya işçinin yaptığı işle bağlantılı olarak meydana gelmesi kaydıyla, bu sonucun kabul edilmesi mümkündür. Böylece işverenin kontrol etme ve etkide bulunma olanağına sahip olduğu üçüncü kişilerin, özellikle işçinin görülen iş nedeniyle sürekli irtibatla bulunması gereken müşteri gibi kişilerin gerçekleştirdiği bu tür eylemler de psikolojik taciz olarak değerlendirilebilmeli ve işverenin sorumluluğuna başvurulabilmelidir⁸⁸¹.

İkinci olarak bu tür davranışların psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için işyerinde gerçekleşmesi gerekir⁸⁸². Bununla birlikte kanaatimizce fiziki işyeri sınırları içerisinde gerçekleşmeye de aynı işverenin iş organizasyonu içinde çalışan işçiler ile astları veya üstleri arasında gerçekleşen ya da işle veya işyeriyle ilgisi bulunan kişilerce işyerinde çalışan işçilere karşı uygulanan psikolojik taciz davranışları bakımından da bu unsurun sağlandığı kabul edilmelidir⁸⁸³. Aynı sonuç kanaatimizce çalışma saatleri bakımından da kabul edilmeli, psikolojik taciz oluşturacak davranışların çalışma saatleri içerisinde gerçekleşmesi aranmamalı, diğer koşulları mevcutsa ve iş ilişkisiyle ilgisi bulunmaktaysa, psikolojik tacizin oluşması bakımından yeterli sayılmalıdır.

Psikolojik tacizden söz edilebilmesi için önemli bir diğer unsur, kişiye yöneltilen davranışların tek seferlik olmaması, sürekli bir nitelik taşıması, yani belirli bir süreden beri birbiri ardına devam ediyor olmasıdır⁸⁸⁴. Bu davranışların ne kadar süre devam ettiğinde psikolojik taciz olarak adlandırılabilceği bakımından ise,

⁸⁸¹ Bu yönde bkz. Savaş, s. 97; Savaş Kutsal, s. 625; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 294.

⁸⁸² Burada elbette ki işyeri kavramı dar olarak anlaşılmamalı, İş Kanunu'nun 2. maddesinin ilk üç fıkrası göz önüne alınarak, iş organizasyonuna dâhil yerler, "işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar" da işyerinden sayılarak, bu unsurun varlığı bakımından dikkate alınmalıdır.

⁸⁸³ Bu yönde bkz. Arslan Ertürk, Mobbing, s. 293; Bu görüşte Kantarcı'ya göre de, örneğin işyerinden ayrıldıktan sonra evine giden bir işçiye, işveren tarafından telefonla hakaret edilmesi, diğer şartları da bünyesinde taşıyorsa psikolojik taciz sayılmalıdır. Kantarcı, s. 20.

⁸⁸⁴ Wolmerath, s. 28; Süzek, s. 403; Çelik ve diğerleri, s. 347; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 297; Ermumcu, s. 15; Ünal, s. 24; Yuvalı, Mobbing, s. 728; Büyükkılıç, s. 81; Kantarcı, s. 31; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacının işyerinden çıkışına izin verilmemesi, çantasının aranmak istenmesi ve bu esnada güvenlik görevlisinin fiili saldırısının söz konusu olduğu olayda, bu davranışların işçiyi feshe zorlama amacıyla yapılmadığı, sistematik bir psikolojik baskı ve bezdirme şeklinde gerçekleşmediği, bu nedenle olayda mobbingin mevcut olmadığı yönünde karar vermiştir. Yarg. 9. HD, 04.02.2014, 2012/2473 E., 2014/2959 K., Bilgili, Mobbing, s. 94-98; Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD, 27.02.2014, 2014/3426 E., 2014/4165 K., Bilgili, Mobbing, s. 98-100; Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemesi, 19.03.2002, 3 Sa 1/02 Esas; Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi, 26.01.2005, 9 Sa 597/04 Esas, Bilgili, Mobbing, s. 154-156.

öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, psikolojik tacizi oluşturacak davranışların devamlılığının asgari bir süre belirlenerek, bu süre boyunca devam etmesi koşuluna bağlanması objektif bir kriter getirilmesi bakımından önem taşır⁸⁸⁵. Öğretide, bu asgari sürenin 6 ay olarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁸⁶. Farklı bir görüşe göre ise, psikolojik tacizin ne kadar süre devam edeceği veya yoğunluğunun ne kadar olması gerektiği hususunda kesin bir ölçü koymak mümkün değildir. Bu nedenle somut olayın koşulları değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır⁸⁸⁷. Yine bir görüşe göre, bir davranışın psikolojik taciz oluşturabilmesi için, asgari bir süre devam etmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu asgari süre somut olayın koşullarına göre yapılacak bir değerlendirmede tacize maruz kalan kişinin kişilik özellikleri, fiziksel ve ruhsal durumu, mesleki geleceği, itibar ve saygınlığı gibi unsurlar göz önüne alınarak, davranışın kendisi üzerindeki olumsuz etkileri değerlendirilerek bir sonuca varılmalı ve süre belirlenmelidir⁸⁸⁸. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira işçiye yönelen davranışların psikolojik taciz olarak adlandırılması için, devamlılığının aranması gerekir. Buna karşılık asgari bir süre belirlemek her somut olay bakımından uygun olmayabilecektir. Somut olay çerçevesinde bir değerlendirme yapılması ve her olay bakımından asgari sürenin ayrıca belirlenmesi isabetli olacaktır. 6701 sayılı Kanunda tacize ilişkin getirilen tanımda ise, taciz olarak adlandırılacak davranışların belirli bir süre devam etmesinin aranmadığı görülmektedir.

Sürekliliğin yanı sıra, davranışın sistematik bir şekilde yapılması da davranışın psikolojik taciz olarak değerlendirilebilmesi için önemli bir unsurdur. Sistematiklik, psikolojik taciz teşkil edecek davranışların aynı amaca yönelik olarak, belirli sıklıkla ve birbirinin devamı teşkil edecek şekilde yapılması anlamına gelir⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Büyükkılıç, s. 82.

⁸⁸⁶ Leymann, s. 120.

⁸⁸⁷ Bu görüşte bkz. Ermumcu, s. 15; Bilgili, Mobbing, s. 8; Bu görüşte Demircioğlu'na göre, psikolojik tacizin teşhis edilmesi için taciz eylemlerinin süresinden ziyade, sonuçları üzerinde durulmalıdır. Zira hangi süre ve yoğunluğun neticesinde bir zararın ortaya çıkmış sayılacağı, psikolojik tacize uğrayan kişinin tahammül seviyesine göre, kişiden kişiye değişebilecek bir durumdur. Demircioğlu, s. 119.

⁸⁸⁸ Arslan Ertürk, Mobbing, s. 297.

⁸⁸⁹ Wolmerath, s. 27; Benecke, s. 11; Kollmer, s. 10; Süzek, s. 403; Demircioğlu, s. 117; Bu hususta Leymann, bu tür davranışların sık sık, neredeyse her gün yapılması gerektiğini belirtmektedir. Leymann, s. 120; Buna karşılık öğretide, davranışın sistematik olup olmadığının da her somut olayda değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Kantarcı, s. 33-34.

Davranışların sistematik olması, psikolojik tacizi diğer benzer kavramlardan ayırmada önemli bir işleve sahiptir.

Son olarak davranışların kasıtlı olması ve belirli bir amaca yönelik olarak uygulanması gerekir⁸⁹⁰. Söz konusu davranışların bireye yönelik kişisel pek çok sebeple gerçekleştirilmesi mümkünse de, genellikle davranışların yöneltildiği kişi açısından katlanılmaz bir çalışma ortamı yaratmak suretiyle onu yıldırma ve kendi isteği ile işten ayrılmasını sağlama amacıyla yapılmaktadır⁸⁹¹. Nitekim 6701 sayılı Kanunda yer alan taciz tanımında da taciz teşkil edecek davranışın “*insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran*” bir davranış olması

⁸⁹⁰ Bu yönde bkz. Yarg. HGK, 25.09.2013, 2012/9-1925 E., 2013/1407 K., http://www.calismatoplum.org/sayi41/xyz/9_1.pdf, (E.T. 03.05.2018); Yarg. 9. HD, 12.02.2013, 2010/38293 E., 2013/5390 K., Bilgili, Mobbing, s. 101-108; Nitekim 2011 tarihli Başbakanlık Genelgesinde de psikolojik tacizin, kasıtlı davranışlarla yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu bakımdan kastın da psikolojik tacizin varlığının tespit edilmesi bakımından dikkate alınması ve bir unsur olarak kabul edilmesi gerekir. Bu unsur psikolojik tacizi, işyerinden kaynaklanan stresten (işyeri stresi) ya da çatışma niteliğindeki eylemlerden de ayırt etmektedir. Arslan Ertürk, Mobbing, s. 295-296; Kantarcı, s. 11; Bu yönde 22. Hukuk Dairesi de bir kararında, mobbingi stres, tükenmişlik sendromu, işyeri kabalığı, iş tatminsizliği ya da doyumsuzluğu gibi olgulardan ayıran hususun, belli bir kişinin belli bir amaca yönelik olarak hedef alınması, yapılan haksızlığın sürekli, sistematik ve sıklıkla gerçekleştirilmesi olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, “*Mobbingin varlığı ve kabulü için mağdurda psikolojik rahatsızlığın meydana gelmesi zorunlu olmadığı gibi, her psikolojik rahatsızlığın nedeni de mobbing değildir. Birçokolguda işyeri stresinin çalışanların sağlığı üzerinde mobbinge benzer etkiler oluşturduğu bilinen bir husustur. Çalışanlar üzerinde olumsuz etki yaparak, onların davranışlarını, verimliliklerini ve sosyal ilişkilerini etkileyen olgu, stres olarak tanımlanır ve rahatsızlık belirtileri birçok yerde mobbinge benzerdir. Mobbing oluşturan eylemler, mağdur üzerinde psikolojik baskı oluştursa ve bunun sonucunda bir kısım sağlık sorunlarına neden olsa da, her psikolojik baskıyı ve rahatsızlığı mobbinge bağlamak doğru değildir. Bu bağlamda, bir işyerinde yaşanan belli yoğunluktaki stres, kaba, kırıcı ve küçümseyici davranışlar, çalışanları mutsuz yapsa, onların psikolojik ve ruhsal sağlığında bozulmalar meydana getirirse de, diğer unsurlara bakılmadan mobbing olarak kabul edilmesi hatalıdır. Örneğin, nezaket ve saygının yokluğu olan işyeri kabalığı, doğal olarak kişiye bağlı, beğenilmeyen, çirkin görülen, rahatsız edici ve hoş karşılanmayan söz, tutum ve davranışlardan oluşmaktadır.*” Yarg. 22. HD, 22.05.2014, 2013/11788 E., 2014/14008 K., http://www.calismatoplum.org/sayi46/xyz/9_56.pdf, (E.T. 03.05.2018)

⁸⁹¹ Süzek, s. 403; Bayram, Mobbing, s. 552; Demircioğlu, s. 117; Yuvalı, Mobbing, s. 727; Kantarcı, s. 34; İşçiyi bezdirme amacı bulunmaksızın, yalnızca işyerinde çalışan işçileri disipline etmek ve verimliliklerini artırmak amacıyla yapılan davranışların psikolojik taciz olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Ünal, s. 25; Bu hususta Yargıtay da kararlarında psikolojik tacizin belirli bir amaca yönelmesi gerektiğini kabul etmekte, bu amacın da genellikle işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek olduğunu ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. HGK, 25.09.2013, 2012/9-1925 E., 2013/1407 K.; Yarg. 22. HD, 22.05.2014, 2013/11788 E., 2014/14008 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 15.05.2018); Buna karşılık Çelik ve diğerlerine göre ise, taciz oluşturan söz ve davranışların mutlaka işçinin işyerinden uzaklaştırılması amacına yönelmiş olması gerekmez. Nitekim yazara göre psikolojik tacizin, bahsedilen şekilde bir amaç gütmeksizin, örneğin tacizde bulunan kişinin egosunu tatmin etme ya da kıskançlık gibi sebeplerle hareket etmesi durumunda da, diğer unsurların mevcut olması koşuluyla, psikolojik tacizden söz edilmesi mümkün olacaktır. Çelik ve diğerleri, s. 347.

arandığından, davranışın kasıtlı ve belli bir amaca yönelik olmasının arandığı söylenebilecektir⁸⁹².

C. Uluslararası Belgelerde Psikolojik Taciz

İşçinin onurlu çalışma hakkı ve psikolojik tacize ilişkin, uluslararası belgelerde de hükümler yer almaktadır⁸⁹³. İlk olarak, Avrupa Birliği Hukuku'nda, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 31. maddesinin 1. fıkrasında “*Her işçi, kendi sağlığı, emniyeti ve onuruna saygı gösteren çalışma koşullarından yararlanma hakkına sahiptir.*” denilerek işçilerin onurlu çalışma hakkı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Şartın “İnsanlık Onuru” başlıklı 1. maddesinde insanlık onurunun, ihlal edilemez olduğu, saygı gösterilmesi ve korunması gerektiği vurgulanmış, 6. maddesinde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir⁸⁹⁴. Doğrudan psikolojik tacize ilişkin bir Avrupa Birliği Yönergesi bulunmamaktadır. Bununla birlikte 89/391 sayılı “İşyerinde Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Konsey Yönergesi” işyerinde psikolojik tacizi de kapsayan bir çerçeve yönerge olarak kabul edilmektedir⁸⁹⁵. Anılan Yönergenin amacı, 1. maddesinde, işçilerin işyerinde sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için önlemler almak olarak belirlenmiş; bu

⁸⁹² Öğretide işçinin bu tür davranışlardan manevi olarak zarar görmesinin aranıp aranmayacağı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, işçinin psikolojik olarak etkilenmediği veya etkilenmeyeceği durumlarda davranışların taciz olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacağından, işçinin manevi değerlerinin zarar görmesi de psikolojik tacizin unsurlarından biri olarak kabul edilmelidir. Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 555. Kanaatimizce diğer unsurları taşıyan, yani kasıtlı olarak, sistematik ve sürekli şekilde işçinin insan onuruna zarar verecek davranışlarla rahatsız edilmesi, davranışların bütününe psikolojik taciz olarak nitelendirilmesi için yeterli olmalı, manevi açıdan somut olayda işçinin zarara uğraması aranmamalıdır. Her ne kadar somut psikolojik taciz olaylarında işçi ruhsal açıdan zarar görmekte ve kişilik değerleri zarara uğramaktaysa da, bunun psikolojik tacizin bir unsuru olarak aranmasının psikolojik tacize bağlanan belirli bazı sonuçlardan yararlanmayı zorlaştıracağı kanısındayız. Bununla birlikte işçinin manevi olarak zarar görmesi, manevi tazminat talebi gibi psikolojik tacize bağlanan bazı sonuçlar bakımından aranacaktır. Bu hususta örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, psikolojik taciz teşkil eden her davranışın kişilik haklarının ihlali niteliğinde olmadığı, bu nedenle de manevi tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, işçinin kişilik haklarının manevi olarak zarar görmesi unsurunu, söz konusu davranışları psikolojik taciz olarak adlandırma hususunda değil, işçinin manevi tazminata hak kazanması bakımından aramıştır. Yarg. 9. HD, 31.01.2017, 2015/8730 E., 2017/1000 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 15.05.2018).

⁸⁹³ Uluslararası belgelerde ve ayrıca karşılaştırmalı hukukta psikolojik tacize ilişkin bilgi için bkz. Güzel ve Ertan, s. 509 vd.; Hediye Ergin, “Uluslararası Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz”, (Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye), İstanbul 2008, s. 155-279; Savaş, s. 49-90; Ermumcu, s. 47-102.

⁸⁹⁴ Bilgi için bkz. Savaş, s. 52-53.

⁸⁹⁵ Ergin, s. 159; Savaş, s. 53; Ermumcu, s. 48.

çerçevede mesleki tehlikelerin önlenmesi, sağlık ve güvenliğin korunması, kaza ve tehlike faktörleri, bilgilendirme, danışma, yönetime katılma, işçi ve temsilcilerinin eğitimi konusunda genel prensipleri içerdiği ifade edilmiştir⁸⁹⁶. Yine 2000/43 sayılı “İrk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Yönerge”, 2000/78 sayılı “İş ve Meslekte Eşitlik İlkesinin Gerçekleştirilmesine İlişkin Yönerge” ile de tacizin bir ayrımcılık olduğu kabul edilmiştir⁸⁹⁷.

Bu hususta 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı önemlidir⁸⁹⁸. Şartın 26. maddesinde çalışanların onurlu çalışma haklarının sağlanması için işverenlere “*çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri alma*” yükümlülüğünü yüklemiştir⁸⁹⁹.

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün işyerinde psikolojik taciz konusunda önemli çalışmaları bulunmaktadır. Konu, kapsamlı bir şekilde ilk olarak 1998 tarihli “İşyerinde Şiddet” başlıklı raporda ele alınmıştır⁹⁰⁰. Söz konusu raporda psikolojik tacizin önemli bir sorun olduğu belirtilmiş ve raporun amacı, iş yaşamındaki şiddetin ortadan kaldırılması için gereken politikaları belirlemek ve bu husustaki bilgi ve analiz unsurlarını elde etmek olarak ifade edilmiştir⁹⁰¹. Raporda psikolojik taciz, aşağılayıcı, kötü niyetli yaklaşımlarla bir kişiye ya da kişi grubuna zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranışlar olarak tanımlanmıştır⁹⁰².

⁸⁹⁶ Yönergenin Türkçe metni için bkz. ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/direktifler/89-391.doc, (E.T. 18.05.2018); Bu hususta bilgi için bkz. Savaş, s. 53-54; Ergin, s. 163-164; Ermumcu, s. 48-49.

⁸⁹⁷ Ergin, s. 170-171; Ermumcu, s. 49-51.

⁸⁹⁸ RG, 09.04.2007, Sayı: 26488.

⁸⁹⁹ İlgili hüküm şu şekildedir: “*Akit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, 1- Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;*

2- Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler.”

⁹⁰⁰ Bkz. ILO, **Violence at Work (İşyerinde Şiddet)**, Üçüncü Baskı, 2006, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/%40publ/documents/publication/wcms_publ_9221108406_en.pdf, (E.T. 20.05.2018).

⁹⁰¹ Savaş, s. 49-50.

⁹⁰² ILO, **Violence at Work (İşyerinde Şiddet)**, s. 22; Bayram, Mobbing, s. 552; Ermumcu, s. 94.

D. Psikolojik Tacize Uğrayan İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

1. Genel Olarak

İşyerinde işçiye karşı gerçekleştirilen ve psikolojik taciz niteliği taşıyan davranışlar, işçinin kişilik haklarına aykırılık oluşturur. Kişilik hakkı denilince, bir kimsenin maddi ve manevi bütün değerlerine, yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, saygınlığına, özel yaşamının gizliliğine, adına, resmine, özgürlüğüne, ekonomik hareket serbestisine ilişkin hakları anlaşılır⁹⁰³. Türk Medeni Kanunu'nun kişilik hakkına ilişkin düzenlemeleri ele alındığında, kişiliğin korunması bakımından kişilik hakkına giren değerlerin tek tek sayılması yerine, genel bir hüküm getirildiği görülmektedir. Kişiliğin korunması, Kanunun 24. maddesinde *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Psikolojik taciz neticesinde işçinin zarar gören kişilik haklarından ilki, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığıdır. Zira psikolojik taciz süreci dolayısıyla bu tür davranışlara maruz kalan işçilerin genellikle ruh sağlığı bozulmakta, depresyon, panik atak, uyku bozuklukları gibi çeşitli psikolojik rahatsızlıklar yaşanmaktadır. Bunun yanı sıra kimi durumlarda psikolojik taciz teşkil eden davranışlar sebebiyle işçilerin, yüksek tansiyon, mide rahatsızlıkları, kalp hastalıkları gibi fiziksel sağlıklarını etkileyen sorunlarla karşılaştıkları da gözlenmektedir⁹⁰⁴. Bu bakımdan psikolojik tacize bağlı olarak işçinin öncelikle en temel kişilik değeri olan sağlığı ve hayatının zarar gördüğü söylenebilecektir.

İkinci olarak psikolojik taciz, kişiyi küçültücü ve alçaltıcı davranışlarla gerçekleştirildiğinden, kişilerin onur ve saygınlığına zarar vermektedir. İnsan onuru, kişilerin insan olmalarından dolayı sahip oldukları temel haklarından olup, insanın

⁹⁰³ Aydın, s. 46 vd.; Fuat Bayram, “Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, 2006, (Kişiliği Koruma), s. 91; Genel olarak kişilik hakkına ilişkin bilgi için bkz. Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt**, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 2007, s. 341 vd.; Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku-Hakiki Şahıslar**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 113 vd.; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 50 vd.

⁹⁰⁴ Ermumcu, s. 108.

varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturur⁹⁰⁵. Doğuştan ve doğadan kazanıldığı için, insan onuru vazgeçilmez ve devredilemez bir niteliğe sahiptir⁹⁰⁶. İşçinin onurunun korunması, “*çalışma esnasında işçinin herhangi bir davranışa veya psikolojik baskıya yahut da ayrımcılığa maruz kalmadan rahat bir biçimde çalışmasının sağlanması*” olarak tanımlanabilir⁹⁰⁷.

Kişilik değerlerinden biri olan şeref ve saygınlık ise, kişinin kişisel ve toplumsal saygınlığını ifade etmekte olup, bir kimsenin içinde yaşadığı toplumun değer yargılarının bir kişide bulunmasını şart koştuğu ahlaki niteliklere sahip olmasından dolayı, diğer kişiler nazarında sahip olduğu değer ve itibar olarak tanımlanır⁹⁰⁸. Bu kavramlar dinamik bir yapıya sahip olup, toplumdan topluma ya da aynı toplum içerisinde zamana göre değişkenlik gösterebilmektedir. Toplumun objektif değer yargıları burada belirleyici rol oynamaktadır⁹⁰⁹.

Kişinin onurunun ve saygınlığının korunması öncelikle Anayasa’da koruma altına alınmıştır. Anayasa’nın 17. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ifade edilmiş, yine aynı hükmün 3. fıkrasında ise, “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” denilerek kişinin insan onurunun korunması gerekliliği vurgulanmıştır⁹¹⁰. Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca, Anayasa’da yer alan hükümler, “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*” olduğundan, özel hukuk ilişkilerinde ve böylece iş ilişkilerinde de uygulanacaktır. Bu sayede insan onurunun ve saygınlığının korunmasına ilişkin anılan Anayasa hükmü, iş hukuku açısından da anayasal bir koruma sağlayacaktır.

Psikolojik taciz, işçinin onur ve saygınlığını zedeleyen bir davranış olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede işçinin psikolojik tacize karşı korunması, işverenin koruma ve gözetme borcunun kapsamı içerisinde değerlendirilir. Zira fiziksel tehlikeler kadar, işyerinde ortaya çıkabilecek ve işçi üzerinde ruhsal açıdan olumsuz

⁹⁰⁵ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1999, s. 7; Ekin, İşçi Onuru, s. 35.

⁹⁰⁶ Şimşek, s. 7-8; Ekin, İşçi Onuru, s. 35.

⁹⁰⁷ Ekin, İşçi Onuru, s. 53.

⁹⁰⁸ Bayram, s. 31; Ermumcu, s. 111; Bilgi için bkz. Öztan, s. 128-133; Aydın, s. 160-162; Bilgi için bkz. Şimşek, s. 60-62.

⁹⁰⁹ Bayram, s. 31-32.

⁹¹⁰ Bkz. Şimşek, s. 48.

etkiler doğurabilecek, özellikle kişinin onurunun ve iç saygısının zedelenmesine neden olabilecek psikolojik riskler de işçiler açısından tehdit oluşturmaktadır⁹¹¹. Psikolojik taciz olarak adlandırılabilir olan işçinin sürekli ve haksız olarak eleştirilmesi, kendisi yokmuş gibi davranılması, işyerinde sürekli aşağılanması, işçinin işlemediği suçlarla itham edilmesi gibi davranışlar kişinin onur ve saygınlığını zedeleyen davranışlara örnektir⁹¹².

İşyerinde psikolojik taciz sonucu zarar gören bir diğer kişilik değeri de, Anayasa'nın 48., 49. ve 50. maddelerinde güvence altına alınan, kişinin çalışma hakkı, uygun koşullarda çalışma ve kişinin kendisini geliştirme hakkıdır. Öğretide bu husus kişinin “ekonomik bütünlüğü/özgürlüğü” olarak ifade edilmektedir⁹¹³. Zira işyerinde psikolojik tacize uğrayan işçi, çoğunlukla uygun olmayan çalışma koşullarına maruz kalmakta, çalışma motivasyonunu kaybetmekte ve bunun sonucunda işini bırakmak zorunda kalabilmektedir. Böylece işçinin ekonomik özgürlüğü şeklinde ifade edilebilecek olan kişilik değerleri zarar görmektedir⁹¹⁴.

Bunların yanı sıra somut olaya göre, Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen “Din ve Vicdan Hürriyeti”, 25. maddesinde yer alan “Düşünce ve Kanaat Hürriyeti” gibi pek çok diğer anayasal temel hakların ve elbette “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” şeklinde düzenlenen Anayasa'nın 12. maddesinin ihlali de söz konusu olabilecektir.

İşçinin psikolojik tacize karşı korunması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlıklı 417. maddesinde işverenlerin işyerinde işçilerin psikolojik tacize uğramamaları, uğramışlarsa da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü oldukları açıkça kabul edilmiştir. Bu çerçevede 417. maddenin iki boyutu bulunduğu söz edilebilir. İlk olarak, işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü kapsamında işveren, işçilere karşı bu tür davranışlarda bulunmamakla yükümlü olacaktır. İşverenin işçiye psikolojik taciz niteliği teşkil edecek davranışlarda bulunması, işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün ihlalini oluşturur ve işverenin

⁹¹¹ Çelik ve diğerleri, s. 343-344; Kaplan, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s. 15; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 300; Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 556; Bilgili, Mobbing, s. 25; Büyükkılıç, s. 119; Psikolojik tacizin kişinin onur ve saygınlığına olumsuz etkisi hususunda bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Bayram, Kişiliği Koruma, s. 94-96.

⁹¹² Bayram, Kişiliği Koruma, s. 96; Ermumcu, s. 112; Demircioğlu, s. 128-129.

⁹¹³ Ermumcu, s. 106; Demircioğlu, s. 129; Büyükkılıç, s. 119.

⁹¹⁴ Ermumcu, s. 112; Demircioğlu, s. 129; Büyükkılıç, s. 119.

sorumluluğuna başvurulması mümkündür⁹¹⁵. Gerekçeye göre işverenin, “*işçinin sağlığını korumak amacıyla hastalandığında onu çalışmaya zorlamama, tedavisi için gerekli izinleri verme, gerektiğinde işyerinde acil tedavi imkânlarını sağlama gibi yükümlülükleri*” söz konusudur. Aynı sonuç psikolojik tacizin işveren vekili tarafından gerçekleştirilmesi bakımından da geçerli olur. Nitekim işveren vekilinin davranışlarından doğrudan işveren sorumlu olacaktır (İş K. m. 2/IV).

İkinci olarak işverene, işyerinde işçilerin başka kişiler tarafından uygulanan bu tür davranışlara maruz kalmamaları için gerekli önlemleri alma ya da böyle davranışlar gerçekleşmişse, bunlara karşı işçileri koruma yükümlülüğü de yüklenmiştir. Zira işveren işçiyi koruma yükümlülüğü kapsamında işyerinde işin ifasına elverişli, sağlıklı ve maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere ahlaka uygun ve işçilerin rahat ve huzur içerisinde çalışabilecekleri bir işyeri ortamı sağlamakla yükümlüdür. İşyerinde psikolojik taciz niteliğindeki davranışları önlemek de işverenin işçiyi koruma yükümlülüklerinden biri olacaktır. Nitekim psikolojik tacizde işveren her ihtimalde bu sürecin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Süreci bizzat kendisi oluşturmaya bile, bir işyerinin psiko-sosyal kontrolünü sağlamayan işveren, bu aşamada sürece dahil olmaktadır⁹¹⁶. Bu bakımdan bizzat işveren tarafından gerçekleştirilmese de başka kişiler tarafından uygulanan psikolojik tacizlerden işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu dolayısıyla yine sorumluluğu doğacaktır⁹¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu’nun yanı sıra işverenin işçiyi koruma yükümlülüğüne ilişkin başka bir düzenleme 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile getirilmiştir. Kanunun 4. maddesi işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamaya ilişkin genel yükümlülüğünü düzenlemektedir. Anılan hüküm uyarınca işveren, mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmak, işyerinde alınan iş sağlığı

⁹¹⁵ Bayram, Kişiliği Koruma, s. 102-103; Savaş, s. 95; Hakan Keser, “İş Sözleşmesinin Mobbing Sebebi İle Feshi Üzerine Bir Değerlendirme” **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Özel Sayı, 2016, (Mobbing), s. 266; Ünal, s. 52-53; Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 557; Bilgili, Mobbing, s. 24; Demircioğlu, s. 131.

⁹¹⁶ Bayram, Kişiliği Koruma, s. 103; Savaş Kutsal, s. 631; Keser, Mobbing, s. 267.

⁹¹⁷ Savaş, s. 95; Keser, Mobbing, s. 267; Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 558; Ünal, s. 54-55.

ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak, risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak, çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne almak, yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla bu hükümle işverene işçiler için iş sağlığı ve güvenliğinin sağlandığı bir çalışma ortamı sunma yükümlülüğü yklenmiřtir⁹¹⁸.

Söz konusu hükümde temel olarak işçinin işyerinde gerçekleşebilecek fiziki tehlikelere karşı korunmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olmakla beraber, işçinin psikolojik ve manevi tehlikelere karşı korunmasının da ilgili hükmün kapsamına girdiği kabul edilmelidir⁹¹⁹. Zira işyerinde ortaya çıkabilecek fiziksel tehlikeler kadar, ruhsal açıdan tehdit oluşturabilecek tehlikelere karşı da işçinin korunması gerekir. Psikolojik taciz, maruz kalan işçinin ruh sağlığını olumsuz etkilemekte, kişi uykusuzluk, depresyon, endişe, panik atak gibi ruhsal sıkıntılarla karşılaşabilmekte, kimi zaman fiziksel olarak da işçi açısından olumsuz sonuçlar dođabilmektedir⁹²⁰. Ayrıca işçi psikolojik taciz davranışlarından olumsuz etkilenmesi dolayısıyla işyerinde iş tehlikelerine de açık hale geleceğinden, konu iş sağlığı ve güvenliğini de ilgilendirmektedir. Bu bakımdan genel olarak, psikolojik taciz aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği kapsamında değerlendirilmektedir.

2. İşçinin Sahip Olduğu Haklar

Psikolojik taciz niteliğindeki davranışlar işçinin kişilik haklarına yönelik bir tecavüz niteliği taşıdığından, işçi Türk Medeni Kanunu'nda yer alan kişiliği koruyucu davaları açabilir. Bu kapsamda işçi, devam eden bir psikolojik tacize son verilmesini, ya da devam eden veya sona erse de etkilerini devam ettiren davranışların hukuka aykırılığının tespitini dava edebilir (TMK m. 25)⁹²¹. Bu davalar

⁹¹⁸ Ekin, İşçi Onuru, s. 143.

⁹¹⁹ Limoncuoğlu, s. 59-60; Yazara göre, bu Kanunda psikolojik tacize ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olması bir eksikliktir. Ayrıca bu yönde bkz. Ekin, İşçi Onuru, s. 143-144; İnciroğlu, Mobbing, s. 108.

⁹²⁰ Tınaz, s. 44; Yuvalı, Mobbing, s. 730-731.

⁹²¹ elik ve diğerleri, s. 349; Bayram, Kişiliği Koruma, s. 105-110; Ayrıca bilgi için bkz. Bayram, Mobbing, s. 565-570; Savaş, 106-107; Savaş Kutsal, s. 633; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 317-138; Bilgili, Mobbing, s. 26 vd.; Demircioğlu, s. 132; nal, s. 56; İnciroğlu, Mobbing, s. 110; Kişiliği

psikolojik tacizde bulunan işçilere veya işverene ya da bu kişilerin tamamına karşı açılabilir⁹²². Söz konusu davranışlar sözleşmeye (borca) aykırılık olmanın yanı sıra, çoğunlukla haksız fiil niteliği de taşımaktadır. Bu kapsamda iki hukuki temelden birine dayanarak işçinin maddi ve manevi tazminat talep etmesi de söz konusu olabilecektir⁹²³. Özellikle işveren tarafından yapılan psikolojik taciz davranışları, işverenin işçiyi koruma ve gözetme ve aynı zamanda çoğu durumda işverenin eşit davranma yükümlülüğüne de aykırılık oluşturduğundan, burada borca aykırılık hükümlerine başvurulacaktır. Buna karşılık aralarında herhangi bir borç ilişkisi bulunmayan, işyerinde çalışan işçiler gibi, kişiler arasında gerçekleşen psikolojik tacizler bakımından ise, bu kişilere karşı haksız fiil hükümlerine başvurulması mümkün olacaktır.

Psikolojik tacizin ayrımcılık temeline dayanması durumunda ise, bu davranışlar ayırım yapma yasağı ve işverenin eşit davranma yükümlülüğünün de ihlalini oluşturur⁹²⁴. Bu halde işçi İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ve “dört

koruyucu davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek ve Akıntürk, s. 394 vd.; Öztan, s. 141-162; Helvacı, s. 79 vd.; Kişilik haklarına tecavüzün henüz başlamadığı ancak saldırı tehlikesinin yakın ve ciddi olduğu durumlarda kişiye tanınan saldırının önlenmesini dava etme hakkının ise, psikolojik taciz bakımından söz konusu olamayacağı öğretide kabul edilmektedir. Zira psikolojik tacizin belli bir süreye yayılan ve tekrar eden davranışlardan oluşan bir süreç olması, yani burada birden fazla hareketin olduğu tek bir tecavüzün bulunması nedeniyle, işçinin tacizin önlenmesi için dava açma şansı bulunmadığı ifade edilmektedir. Savaş, s. 106; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 318; Bilgili, Mobbing, s. 30; Bununla birlikte öğretide yalnızca sözleşmesi geçersiz bir şekilde feshedilen ve işe iadesine karar verilmesi üzerine işyerinde işe iadesi sağlanan işçinin, koşulları varsa bu davayı açabileceği ifade edilmektedir. Savaş Kutsal, s. 633.

⁹²² Bayram, Kişiliği Koruma, s. 107; Savaş Kutsal, s. 633; Bu hususta Bilgili'ye göre, dava bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı açılabilir gibi, işverene de yöneltilebilir. Zira yazara göre, işverenin bu tür davranışlara izin verdiği, bunları hoş gördüğü ya da teşvik ettiğinden söz edilebiliyorsa bu tür davaların işverene karşı açılabilirliği söylenebilecektir. Ancak bunun yanı sıra, işverenin bir kusuru bulunmasa da, bu davaların saldırıyı önleyebilecek ya da son verebilecek konumda bulunan işverene karşı açılması da mümkün görülmelidir. Bilgili, Mobbing, s. 27-28; Aynı yönde Yuvalı'ya göre de psikolojik taciz niteliğindeki davranışlar gerek işverenden gerekse diğer işçilerden kaynaklansın, işçi genel hükümler uyarınca açabileceği davaları işverene yöneltebilir. Zira işveren söz konusu saldırıyı önleyebilecek veya sona erdirebilecek bir konumda bulunmaktadır. Yuvalı, Mobbing, s. 735.

⁹²³ Bu hususta bilgi için bkz. Bayram, Kişiliği Koruma, s. 110-114; Limoncuoğlu, s. 66-67; Bilgili, Mobbing, s. 31-43; Ünal, s. 56; Maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin Yargıtay kararları ve değerlendirmeler için bkz. Savaş Kutsal, s. 634-635.

⁹²⁴ Bayram, Kişiliği Koruma, s. 116-117; Yıldız, s. 125; Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 557; Ekin, İşçi Onuru, s. 230-231; Demircioğlu, s. 137; Bu hususta Yuvalı'ya göre, “*Bir çalışanını diğer çalışanlardan ayıran, yalnızlaştıran ve müteceviz davranışlarda bulunan bir işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğine kuşku yoktur.*” Yuvalı, s. 116; Yuvalı, Mobbing, s. 734; Bilgili, Mobbing, s. 44; Bu yönde ayrıca bkz. Yarg. HGK, 25.09.2013, 2012/9-1925 E., 2013/1407 K., http://www.calismatoplum.org/sayi41/xyz/9_1.pdf, (E.T. 30.05.2018); Ünal'a göre ise, İş Kanunu'nda eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. madde hükmü karşısında, işyerinde psikolojik tacizin her durumda ayrımcılık olduğunu savunmak mümkün gözükmemektedir. Zira yazara göre, söz konusu hükümde ayrımcılık teşkil eden haller arasında psikolojik tacize açıkça yer verilmediği gibi, işyerinde

aya kadar ücreti tutarında” belirlenen ayrımcılık tazminatını ve buna ek olarak yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.

Psikolojik tacizin yaptırımına ilişkin 6701 sayılı Kanunda da düzenleme yapılmıştır. Buna göre psikolojik tacizin 6701 sayılı Kanunda yer alan ayrımcılık temellerinden birisine dayanan davranışlarla gerçekleştirilmesi durumunda, işçi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na başvurarak bu Kanunda yer verilen yaptırımların uygulanmasını talep edebilir (m. 17). Anılan Kanunda bu Kanun uyarınca ayrımcılığa uğrayan kişilere, başvuru üzerine Kurumun ayrımcılık yasağına aykırı davranan kurumlar ve kişiler hakkında idari para cezasına hükmedebileceği düzenlenmiştir (m. 25). Ayrıca Kurulun suç teşkil eden insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit etmesi durumunda, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunacağı da kabul edilmiştir (m. 18/V)⁹²⁵.

İşyerinde psikolojik taciz durumunda işçinin sahip olduğu haklardan bir diğeri de, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkıdır. İşçinin haklı nedenle fesih hakkı genel olarak, İş Kanunu’nun 24. maddesinde, sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebepler olmak üzere üç bentte düzenlenmiştir. Anılan hükümde psikolojik taciz durumunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu bakımdan öğretide konu farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

Öğretide yaygın olarak kabul edilen görüş, psikolojik taciz durumunda işçinin İş Kanunu’nun 24. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık hallerine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisine sahip olacağı yönündedir⁹²⁶. Anılan hükümde, “Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri” başlığı altında, işyerinde cinsel taciz durumunda işçinin haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğu özel olarak düzenlenmişken, psikolojik tacize ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşılık koşullarının mevcut olması durumunda psikolojik taciz sayılabilecek bazı hallere yer verilmiştir. Söz konusu

psikolojik taciz bu sebeplere benzer bir ayrımcılık hali de oluşturmamaktadır. Bu bakımdan psikolojik taciz oluşturan her davranışın ayrımcılık oluşturacağı yönündeki bir yaklaşım kabul edilemez. Ünal, s. 61-62.

⁹²⁵ Anılan hükümlere ilişkin bilgi için bkz. Arslan Ertürk, Eşitlik Kanunu, s. 47-55.

⁹²⁶ Bu görüşte bkz. Süzek, s. 404; Bayram, Mobbing, s. 564; Savaş, s. 112; Keser, Mobbing, s. 269; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 312-313; Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 560; Bilgili, Mobbing, s. 47; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Abbas Bilgili, “İş Hukukunda Yeni Bir Kavram Mobbing (Psikolojik Taciz)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 85, Sayı: 2011/4, Temmuz-Ağustos 2011, (Psikolojik Taciz), s. 90; Yuvalı, Mobbing, s. 734; Ünal, s. 59; Akı, s. 92.

hükümde sayılan ve Kanunda haklı neden oluşturduğu kabul edilen münferit bazı davranışların, belirli bir süreyle ve sistematik olarak uygulanması durumunda, psikolojik taciz oluşturacağı ve böylece bu davranışlar karşısında işçinin haklı nedenle fesih hakkından söz edilebileceği söylenebilecektir⁹²⁷.

Özellikle anılan hükmün b ve c bentlerinde yer verilen, işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi ya da davranışlarda bulunması, işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunması veya gözdağı vermesi yahut işçiye veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirmesi, kışkırtması, sürüklemesi yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi veya işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunması durumları, sistematik ve devamlı bir şekilde uygulandığında psikolojik taciz teşkil edebilecek ve haklı nedenle feshe konu edilebilecektir⁹²⁸. Burada sayılanlar, kişinin onur ve saygınlığını zedeleyen ve bunun sonucunda onu yalnızlaştıran ve sindiren nitelikte davranışlar olduğundan, psikolojik taciz sürecinde sıklıkla karşılaşılan davranışlar olarak ortaya çıkmaktadır⁹²⁹. Yine öğretilerde burada anılan 24. maddenin II/f bendinde yer alan ve çalışma koşullarının uygulanmaması durumunda işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle

⁹²⁷ Bu hususta bir görüşe göre psikolojik tacize uğrayan işçi, iş sözleşmesini 24/I-a hükmüne dayanarak sağlık sebepleriyle haklı nedenle sona erdirebilir. Anılan 24/I. maddenin a bendinde “İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa” işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği düzenlenmiştir. Bu görüşte Şen’e göre, psikolojik taciz doğrudan işçi sağlığı kapsamına girmekte ve konu iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak işverence gerekli önlemlerin alınmaması durumunda işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı tanıyan 4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 83. maddesinde (6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13/IV. maddesinde) açıkça düzenlenmekte, dolayısıyla konuya ilişkin özel bir düzenlemenin varlığından bahsedilebilmektedir. Bu gerekçelerle işçinin haklı nedenle fesih hakkının, İş Kanunu’nun 24/II. maddesinde yer alan “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan” haller kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacak, bu feshin ancak sağlık sebeplerine ilişkin ilgili bent uyarınca yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekecektir. Yazara göre, İş Kanunu’nun 24/I. maddesinin a bendinde yer alan sağlık sebepleri, işin yapılması için işverence sağlıklı bir ortamın sağlanmaması şeklinde geniş yorumlanmalı, böylece psikolojik taciz de bu kapsamda düşünülmelidir. Şen, s. 61, 65; Ergin de işyerinde psikolojik tacize uğrayan işçinin bu taciz nedeniyle bedensel ya da ruhsal bir hastalığa yakalanması durumunda ilgili bent uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini ifade etmektedir. Hediye Ergin, “Hastalık Riskinden Dolayı İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, (Hastalık), s. 183; Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 14.03.2008, 2008/3122 E. 2008/4922 K.; 9. HD, 01.04.2011, 2009/8046 E., 2011/9717 K. Bkz. Ergin, Hastalık, s. 184; Bu hususta Savaş ise, işçinin sağlık sebeplerine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebileceğini kabul etmekle birlikte, işçinin 24/II. maddede yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerine dayanarak da haklı nedenle fesih hakkını kullanabileceği görüşündedir. Savaş, s. 114-115.

⁹²⁸ Süzek, s. 404; Savaş, s. 113; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 312-313; Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 560; Yuvalı, s. 117; Bilgili, Mobbing, s. 49; Demircioğlu, s. 136; Akı, s. 92.

⁹²⁹ Büyükkılıç, s. 134.

fesih hakkı veren hükmün de psikolojik taciz durumunda haklı nedenle feshe gerekçe oluşturabileceği ifade edilmektedir. Zira burada işveren iş ilişkisinden doğan işçiye koruma ve gözetme borcuna aykırı davrandığından, bu durum çalışma koşullarının uygulanmaması olarak değerlendirilebilecektir⁹³⁰. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, anılan hükümde sınırlı bir sayım yapılmamış, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık halleri bu bentlerde sayılan durumlarla sınırlandırılmamıştır. Zira söz konusu bendin başlığında “Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri” denilerek de sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı, Kanunda sayılmayan benzer hallerin de işçiye bu hükme dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisi vereceği söylenebilecektir. Bu bakımdan psikolojik taciz oluşturan ve mağdur işçi açısından iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren ancak özel olarak bu hükümde düzenlenmemiş sebeplerle de işçinin, İş Kanunu’nun 24/II. maddesine dayanarak, haklı nedenle feshe başvurabileceği kanaatindeyiz.

Bununla birlikte hükmün ifadesinden de görüldüğü üzere, ilgili düzenlemede sayılan davranışların işverence gerçekleştirilmesi hali haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde bu davranışların işveren vekili tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da yine bu hükmün uygulama alanı bulacağında şüphe yoktur⁹³¹. Burada işverence bizzat gerçekleştirilmeyen ve işçiler arasında uygulanan psikolojik taciz eylemlerinin bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce söz konusu hükümde açıkça işveren tarafından gerçekleştirilen bazı davranışların işçiye haklı nedenle fesih hakkı verdiği kabul edilmişse de, işyerinde işçilerin elverişli koşullarda ve sağlıklı bir ortamda çalışmasını sağlama, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığını koruma ve gözetme ve bunun için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü işverene ait olduğundan, bu durumda da işçinin haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte işçinin fesih hakkının doğması için, işçiler tarafından işyerinde uygulanan psikolojik taciz eyleminden işverenin haberdar edilmesi ve işverence söz konusu davranışları önlemek amacıyla gerekli önlemlerin alınması için makul bir süre beklenmesi, tacizi önlemeye veya sona erdirmeye yönelik gerekli ve

⁹³⁰ Bilgili, Mobbing, s. 53; Limoncuoğlu, s. 74; Büyükkılıç, s. 135-136.

⁹³¹ Savaş, s. 113; Limoncuoğlu, s. 73; Büyükkılıç, s. 133.

elverişli önlemlerin işverence alınmaması gerekir. Bu halde iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz⁹³².

İşçinin işyerinde psikolojik taciz durumunda iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı, aynı zamanda öğretide 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi (mülga İş K. m. 83) uyarınca da kabul edilmektedir⁹³³. Sözü edilen düzenlemeyle işyerinde ortaya çıkan ciddi ve yakın tehlike karşısında, Kurula ya da işverene başvurulmasına ve gerekli önlemlerin alınmasının talep edilmesine rağmen, bu önlemlerin alınmadığı durumlarda, çalışanların tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilecekleri ifade edilmiştir (m. 13/IV). Burada psikolojik tacizin bizzat işverence yapılması durumunda işçinin işverene başvurması pratik olarak bir anlam taşımayacağından, söz konusu bildirim usulüne uyulmaksızın iş sözleşmesinin feshi mümkün görülmelidir⁹³⁴.

Bununla birlikte kanaatimizce İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan feshe ilişkin bu düzenleme yerine İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi daha lehe olacaktır. Zira 13. maddede yer verilen bu hüküm, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasını aramaktadır. 24. maddede ise böyle bir koşul bulunmadığından, İş Kanunu uyarınca işçinin iş sözleşmesini feshini kabul etmek kanaatimizce daha isabetlidir⁹³⁵.

Yine Türk Borçlar Kanunu'nun haklı nedenle fesih hakkına ilişkin 435. maddesinde, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların, haklı sebep sayılacağı ve tarafların bunlara dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilecekleri düzenlenmiştir. Psikolojik taciz ise, mağdur üzerindeki etkileri göz önüne alındığında, iş sözleşmesini sürdürmesi beklenemeyen ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir durum yaratmaktadır. Bu kapsamda psikolojik tacizin Türk Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler bakımından da haklı nedenle fesih sebebi

⁹³² Aksi görüşte bkz. Limoncuoğlu, Haklı Nedenle Fesih, s. 562; Yazara göre, madde 24/II-b ve c uyarınca işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı ancak bu eylemlerin işveren veya işveren vekili olması halinde doğar. Madde 24/II-f'de ise bu hususa bakılmaksızın, psikolojik taciz bir başka işçi tarafından gerçekleştirilmişse dahi, işverenin gerekli önlemleri almadığı durumlarda işçinin fesih hakkı vardır.

⁹³³ Bkz. Savaş, s. 115; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 312-313; Ekin, İşçi Onuru, s. 228.

⁹³⁴ Arslan Ertürk, Mobbing, s. 312.

⁹³⁵ Aynı yönde bkz. Limoncuoğlu, s. 80.

sayılacağı kabul edilmelidir⁹³⁶. Ancak bu durumda da işçinin işverence gerçekleştirilen psikolojik tacizler hariç olmak üzere, öncelikle işyerinde gerçekleştirilen psikolojik taciz eyleminden işvereni haberdar etmesi ve işverenin bu bilgilendirmeye rağmen bu davranışları önlemek amacıyla gerekli ve elverişli önlemleri almamış olması gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nda ise psikolojik tacize ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat ayrıca bir suç olarak düzenlenmemişse de, işyerinde işçiye karşı gerçekleştirilen ve psikolojik taciz anlamı taşıyan bazı davranışlar, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bazı suçlarla örtüşebilmektedir. Bu durumda ilgili suça ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir⁹³⁷.

3. İş Görmekten Kaçınma Hakkı

a. Türk Hukukunda

Psikolojik tacize uğrayan işçinin başvurabileceği önemli hukuki yollardan bir diğeri de çalışmamızın temel konusunu oluşturan iş görmekten kaçınma hakkıdır. Konu hem işçinin korunması ve alacaklının temerrüdü hükümleri, hem de işçinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ve işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğunu düzenleyen 6331 sayılı Kanunun 13. maddesi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının varlığı, Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin işçinin kişiliğini koruma borcuna ilişkin 417. maddesi ve işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin 408. maddesi göz önüne alındığında kabul edilmelidir⁹³⁸. Zira işyerinde cinsel taciz durumunda iş görmekten kaçınma hakkı tartışılırken de yer verildiği üzere, işveren işçinin kişiliğini koruma ve gözetme borcu kapsamında, işçinin iş görme edimini ifa edebilmesi için elverişli ve ahlaka uygun bir çalışma ortamı yaratmakla yükümlüdür. İşverenin işçiden katlanmasını bekleyemeyeceği bir

⁹³⁶ Limoncuoğlu, s. 81; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 315; Ünal, s. 60.

⁹³⁷ Bilgili, Mobbing, s. 13-14; Psikolojik tacizin ceza hukuku boyutu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ruhan Erdem ve Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", **TBB Dergisi**, Sayı: 88, 2010, s. 261 vd.

⁹³⁸ Savaş Kutsal, s. 635; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 308-309; Ünal, s. 57.

ortamda iş görme borcunun ifasını isteme hakkı olamaz⁹³⁹. İşverenin bu borcu, iş görme ediminin ifası için hazırlık fiili niteliğindedir ve hazırlık fiillerini yerine getirmeyen işveren, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi çerçevesinde alacaklı temerrüdüne düşer. Alacaklı temerrüdüne düşen işverenin, iş görme ediminin ifası için yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerini tamamlayıncaya, yani konumuz bakımından işyerinde psikolojik tacizden arî bir çalışma ortamı sağlayıncaya kadar, işçinin iş görme edimini ifadan kaçınma hakkına sahip olduğu kanaatindeyiz.

Bu hususta öğretilde alacaklının temerrüdüne ilişkin genel hükmün yanı sıra, işyerinde psikolojik taciz durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun işçinin işyerinde ciddi ve yakın iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen hükümle birlikte değerlendirilmektedir⁹⁴⁰. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, işçinin iş görmekten kaçınma hakkı İş Kanunu'nun mülga 83. maddesinde yer almakta ve işyerinde yakın, acil ve hayati bir tehlikeyle karşılaşan işçinin belli koşullar dâhilinde iş görmekten kaçınabileceği düzenlenmekteydi⁹⁴¹. Bu görüş işyerinde yaşanan psikolojik taciz davranışları ve taciz sürecinin mağdur işçinin çoğunlukla ruhsal, kimi zaman da fiziksel sağlığını bozacak nitelikte yakın, acil ve hayati bir tehlike oluşturduğunu ifade etmekte, bu nedenle de işçinin anılan hükme dayanarak iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabileceğini kabul etmekteydi⁹⁴². Böylece görüldüğü üzere söz konusu hüküm uyarınca işçinin iş görmekten kaçınabilmesi için, işyerinde ortaya çıkacak tehlikenin yakın, acil ve hayati nitelikte olması aranmaktaydı. Buna karşılık aksi görüş tarafından ise, psikolojik taciz oluşturan davranışların işçinin ruhsal ya da fiziksel sağlığını bozucu nitelikte olduğu kabul edilmekle birlikte, söz konusu davranışların işyerinde sürekli tekrarlanan ve zaman içinde işçinin sağlığını bozabilecek davranışlar olduğu,

⁹³⁹ Bayram, Mobbing, s. 565.

⁹⁴⁰ Bu hususta Çelik ve diğerlerine göre, işçinin işini görmesi, 6331 sayılı Kanun anlamında yakın ve ciddi bir tehlike oluşturuyorsa, işçi iş görmekten kaçınabilir. Çelik ve diğerleri, s. 350; Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Savaş, s. 99; Savaş Kutsal, s. 636; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 309-311; Yuvalı, Mobbing, s. 733; Ünal, s. 58.

⁹⁴¹ İlgili hükme göre; *"İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. ...*

Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir."

⁹⁴² Bu yönde bkz. Savaş, s. 99.

davranışlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde mağdur açısından bir tehlikenin meydana geldiği, bu nedenle de genellikle acil, yakın ve hayati bir tehlike olarak ortaya çıkmadığı ileri sürülmekte, dolayısıyla söz konusu hüküm uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olmadığı ifade edilmektedir⁹⁴³.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda da benzer şekilde işçinin işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşılaşması durumunda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir⁹⁴⁴. Bu bakımdan psikolojik tacize uğrayan işçinin bu hüküm uyarınca iş görmekten kaçınabileceği görüşü, 6331 sayılı Kanun döneminde de geçerliliğini korumaktadır⁹⁴⁵. Anılan hüküm göz önüne alındığında, hükümde yer verilen sürece uyularak, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurularak durumun tespit edilmesinin ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesinin talep edilmesinin mümkün olduğu, Kurulun veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi durumunda ise işçinin gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir⁹⁴⁶. Bununla birlikte psikolojik tacizde bulunan kişinin bizzat işveren olması durumunda ise, işçinin bu prosedüre uymaksızın iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacağı kabul edilmektedir⁹⁴⁷.

Burada özellikle 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce geçerli olan ve konuyu düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 83. maddesi

⁹⁴³ Bu görüşte bkz. Ermumcu, s. 209-210; Limoncuoğlu'na göre ise, psikolojik taciz olaylarının birçoğunda işçinin sağlığını bozacak bir tehlike mevcuttur. Bu tehlikenin yakın ve acil olduğu söylenebilirse de, psikolojik tacizin birçok türünde, bu eylemler işçi için hayati bir tehlike yaratmamaktadır. Bu sebeple de işçinin, İş Kanunu'nun 83. maddesi kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması sınırlı olaylarda söz konusu olacaktır. Limoncuoğlu, s. 84.

⁹⁴⁴ Kanunun “Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” başlıklı 13. maddesine göre, “Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.

Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.” İlgili hükme ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, II.

⁹⁴⁵ Bu yönde bkz. Savaş Kutsal, s. 636; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 309-311; Yuvalı, Mobbing, s. 733; Bilgili, Mobbing, s. 71-72; Ünal, s. 58; Kantarcı, s. 187-189.

⁹⁴⁶ Savaş Kutsal, s. 636; Arslan Ertürk, Mobbing, s. 309-311; Yuvalı, Mobbing, s. 733; Bilgili, Mobbing, s. 71-72; Ünal, s. 58; Kantarcı, s. 187-189.

⁹⁴⁷ Arslan Ertürk, Mobbing, s. 311.

değerlendirildiğinde, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılabilmesi için “yakın, acil ve hayati bir tehlike”nin bulunması şartının aynen aranmadığı görülmektedir⁹⁴⁸. Zira 6331 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle birlikte çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanılabilmesi için, tehlikenin ciddi ve yakın olması yeterli görülmüş, “hayati” olma şartı aranmamıştır. Bu bakımdan öğretide hayati nitelik taşımayan, işçinin fiziksel değil, ruhsal sağlığı için ciddi ve yakın bir tehlike oluşturan durumların ortaya çıkması üzerine, işçinin söz konusu hükme dayanarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir⁹⁴⁹. Özellikle işyerinde psikolojik tacizlerin hayati bir tehlike taşıması ihtimali düşük bulunduğundan, sözü edilen değişiklik anılan hükme başvurulmasını daha mümkün kılan bir gelişme olarak ortaya çıkmaktadır.

Yine söz konusu hükümde, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda ise, işçinin belirtilen usule uymak zorunda olmaksızın iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir (m. 13/III). Böylece bu görüşe göre, anılan fıkra ile herhangi bir şart aranmaksızın işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasına imkân veren Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesiyle paralellik sağlanmıştır⁹⁵⁰.

Öğretide işçinin İş Kanunu’na tabi olup olmamasına göre, iş görmekten kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı hususunda bir ayırım yapılmaktadır. Nitekim işçinin psikolojik taciz durumunda 6331 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacağını kabul eden Limoncuoğlu’na göre, Türk Borçlar Kanunu kapsamında işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her tür önlemi alma yükümlülüğü düzenlenmiş olmasına karşın, bu yükümlülüğe uyulmadığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁹⁵¹. Yazara göre, 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler bakımından

⁹⁴⁸ Tehlikenin niteliğine ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, c, (1).

⁹⁴⁹ Limoncuoğlu, s. 84.

⁹⁵⁰ Arslan Ertürk, Mobbing, s. 311.

⁹⁵¹ Bu hususta Süzek’e göre ise, işverence iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması, işyerinde hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi oluşturduğundan, işveren alacaklının temerrüdüne düşecektir. Yazara göre, işçilerin İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda yer verilen çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin 13. madde hükmü yerine Türk Borçlar Kanunu’nun alacaklının temerrüdüne ilişkin 408. maddesine dayanarak, bu sayede Kurul kararı almaksızın çalışmadan ücretine hak kazanması mümkün olmalıdır. Süzek, s. 917.

çalışmaktan kaçınma hakkının mevcut olmadığı söylenebilecekken, yeni Kanunla bu hak tüm çalışanlar için geçerli olacaktır⁹⁵².

6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce konuyu ele alan ve işçinin bu hakkını İş Kanunu'nun 83. maddesinde yer verilen hükme dayandıran Savaş ise, 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Borçlar Kanunu'nda yer alan alacaklının temerrüdüne ilişkin hükme dayanılarak işçinin iş görmekten kaçınma hakkının kabul edilebileceğini, ancak İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler bakımından özel bir düzenleme getirildiğinden, artık işçilerin bu hakkı anılan 83. madde hükmüne uygun olarak kullanabileceğini kabul etmekteydi⁹⁵³. Yazar, 6331 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki eserlerinde ise, işçinin psikolojik taciz durumunda iş görmekten kaçınma hakkının hem Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi hem de 6331 sayılı Kanunun 13. maddesi çerçevesinde mümkün olduğunu kabul etmektedir⁹⁵⁴.

Kanaatimizce burada İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin hüküm bulunması, işçinin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin 408. madde hükmüne başvurulmasına engel olmamalıdır. Zira burada işyerinde işçinin çalışmasına elverişli, sağlığına ve ahlaka uygun bir düzen sağlama yükümlülüğü işverene aittir. İşverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, işçiden iş görme edimini ifa etmesini talep etmesi mümkün değildir. Zira işverenin iş görme edimini ifa için elverişli bir çalışma ortamı sağlama borcu, iş görme ediminin ifası için bir hazırlık fiili niteliğindedir⁹⁵⁵. Bu bakımdan söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren, alacaklı temerrüdüne düşecek, bunun sonucunda 408. madde çerçevesinde işçi iş görme edimini ifadan kaçınabilecektir.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının dayanağını kanaatimizce İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan ilgili hükme dayandırmak bazı noktalardan avantajlı olsa da, bazı açılardan dezavantajlı görülebilir. İlk olarak, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının 6331 sayılı Kanunun 13. maddesinde yer verilen prosedüre bağlı tutulması ve Kurula başvurunun zorunlu kılınması, hakkın varlığının tespit

⁹⁵² Limoncuoğlu, s. 85; Aynı yönde bkz. Bilgili, Mobbing, s. 72; Ünal, s. 58-59.

⁹⁵³ Savaş, s. 99.

⁹⁵⁴ Savaş Kutsal, s. 635-636.

⁹⁵⁵ Süzek, s. 917.

edilmesinde işçiye yarar sağlar. Zira aksi halde psikolojik taciz nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasında, davranışların psikolojik taciz niteliğine sahip olduğunu ve iş görmekten kaçınma hakkına yetkili olup olmadığını tespit etme yetkisi işçiye ait olacak ve işçinin yanlış değerlendirme yapması riski ortaya çıkacaktır. Bunun sonucunda gerçekte iş görmekten kaçınma için yeterli sebep oluşmamışken işi bırakan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi riski doğabilecektir. Bu açıdan Kurula başvuru zorunluluğu işçi lehine olabilecek ve işçiye yanlış değerlendirme yapmaktan kurtarabilecektir. Ancak söz konusu hüküm uyarınca, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde bu başvuru işverene yapılacağından ve çoğunlukla psikolojik tacizin faili de bizzat işveren olacağından, bunun pratik bir anlamı kalmayabilecektir.

Bununla birlikte 13. madde hükmünde işçinin iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabilmesi için, işyerinde ortaya çıkacak tehlikenin “ciddi ve yakın” olmasının aranması, kanaatimizce psikolojik tacizle karşılaşan işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasını kısıtlayıcı bir özellik göstermektedir. Zira bu halde, Kanunda yer verilen nitelikte bir tehlikenin ortaya çıkmadığı olaylar bakımından işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olmadığı sonucuna varılması söz konusu olabilecektir⁹⁵⁶. Dolayısıyla kanaatimizce işçinin psikolojik taciz karşısında iş görmekten kaçınma hakkının, işyerinde bir tehlikenin ortaya çıkmasını şart koşmayan, işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesi uyarınca kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

İşçinin psikolojik taciz durumunda iş görmekten kaçınabileceğinin kabul edilmesiyle, ortaya çıkan bir diğer soru, işçinin çalışmadığı sürede ücretine hak kazanıp kazanamayacağıdır. Burada kanaatimizce işveren alacaklı temerrüdüne düşeceğinden, Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesi uyarınca işçi ücretine hak kazanır. Ancak ilgili hüküm uyarınca işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderlerin işçinin ücretinden mahsup edilmesi gerekir⁹⁵⁷.

Benzer sonuç işçinin iş görmekten kaçınma hakkının İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca kabul edilmesi halinde de söz konusu olacaktır.

⁹⁵⁶ Bu yönde bkz. Limoncuoğlu, s. 87; Yuvalı, Mobbing, s. 734.

⁹⁵⁷ Burada işçinin başka bir işi yapmaktan kaçındığı giderlerin ise ücretinden düşülmemesi gerektiği, zira bunun iş görmekten kaçınma hakkıyla bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. 408. maddede yer alan bu hükmün iş görmekten kaçınma hakkı bakımından nasıl uygulanacağına ilişkin açıklamalarımız ve görüşümüz için bkz. İkinci Bölüm, I, C, 5, c.

Zira ilgili hükümde iş görmekten kaçınan çalışanların, kaçındıkları dönemdeki ücretleri ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer haklarının saklı olduğu düzenlenmiştir. Bu açıdan hakkın kaynağı bakımından hangi görüş kabul edilirse edilsin, işçi ücretine hak kazanacaktır. Ancak ilgili 13. maddede 408. maddede sayılan değerlerin işçinin kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden indirileceği düzenlenmişken, bu hususta İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda bir hüküm yer almamaktadır. Konu öğretide tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce işçinin bu hakkı işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmemesi sonucunda alacaklı temerrüdüne düşmesine bağlı olarak ortaya çıktığından ve işçinin çalışmadığı halde ücretine hak kazanacağı işverenin alacaklı temerrüdünün sonucu olarak kabul edildiğinden, söz konusu mahsubun yapılması gerekir. Ayrıca burada işçi belirli bir süre işini ifa etmemesine karşın ücretine hak kazanacağından, ifa etmeme sebebi işverenden kaynaklansa da, çalışmadığı için tasarruf ettiği giderlerin ücretinden düşülmesi hakkaniyete de uygun düşmektedir⁹⁵⁸.

b. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda, psikolojik tacize uğrayan işçinin işverence işçiyi koruma yükümlülüğünün gereklilikleri yerine getirilinceye kadar, Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesi uyarınca iş görme edimini ifadan kaçınabileceği kabul edilmektedir⁹⁵⁹. Anılan hükmün yanı sıra 14.08.2006 tarihli Genel Eşit Davranma Kanunu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)'nda bu hususta özel bir düzenleme yer aldığından, konu bu iki hüküm çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Alman Hukukunda psikolojik taciz konusu ilk olarak Genel Eşit Davranma Kanunu'nda düzenleme bulmuş olup; bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, Alman mevzuatında bu hususta açık bir düzenleme yer almamakta, konu öğretide ve yargı kararlarında tartışılmaktaydı⁹⁶⁰. Bu Kanunda taciz kavramı ("*Belästigung*"),

⁹⁵⁸ Bu husustaki tartışmalar ve görüşümüz hakkında açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm, II, C, 4, c.

⁹⁵⁹ Wolmerath, s. 173; Benecke, s. 28, 32, 64; Kollmer, s. 55; Aschmoneit, s. 56; Söz konusu 273. madde uyarınca, alacaklıya karşı aynı borç ilişkisinden doğan muaccel alacağı bulunan borçlu, alacaklı tarafından söz konusu edim ifa edilinceye kadar borçlu olduğu edimi yerine getirmekten kaçınabilir. Hükme ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 1, b.

⁹⁶⁰ Martina Benecke, "Mobbing: Persönlichkeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers", *Recht der Arbeit*, Heft 6, 2008, (RdA), s. 357-358.

kişinin onurunu zedelemeyi ve sindirme, düşmanlık, aşağılama, itibarsızlaştırma veya hakaret içeren bir çevre yaratılmasını amaçlayan ya da bunlara sebep olan, Kanunun 1. maddesinde sayılan sebeplerden biriyle bağlantılı olan ve istenmeyen davranış biçimleri olarak tanımlanmıştır⁹⁶¹. Dolayısıyla anılan Kanun kapsamında sözlü ya da fiziksel bir davranışın taciz olarak adlandırılabilmesi için, bunun istenmeyen bir davranış olması ve ayrıca Kanunda belirtilen şekilde düşmanca bir çalışma ortamı yaratılması gerekir. Aksi halde bu tür davranışlar, taciz olarak nitelendirilemeyecektir. Maddede, tacizin ortaya çıkması için düşmanca bir çevre yaratılması arandığından, tek seferlik davranışlar taciz kavramının dışında kalacaktır. Zira düşmanca bir çalışma ortamının yaratılması davranışlarda belirli bir süreklilik bulunması halinde mümkündür⁹⁶². Bu çerçevede Kanunda tanımlanan “taciz (“Belästigung”))” kavramının psikolojik taciz (mobbing) kavramıyla örtüşüp örtüşmediği tartışılmalıdır. Diğer koşulları açısından psikolojik taciz kavramını karşılamakla birlikte, söz konusu hükümde ayrı bir koşula yer verilmiş ve bu Kanun anlamında bir davranışın taciz olarak adlandırılması için, 1. maddede yer alan sebeplerle bağlantılı olması gerektiği kabul edilmiştir. Kanunun 1. maddesinde bu Kanunun ırk, etnik köken, cinsiyet, din, dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel kimlikten doğan mağduriyetlerin önlenmesi ve ortadan kaldırılmasını amaçladığı ifade edilmiştir⁹⁶³.

Bu çerçevede bir psikolojik tacizin varlığı halinde, somut olayda Genel Eşit Davranma Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan sebeplere dayalı bir ayrımcılık yapılması söz konusu değilse, bu davranışlar yine genel koşulları sağladığı takdirde psikolojik taciz olarak adlandırılır; ancak sözü edilen Kanun kapsamında taciz olarak nitelendirilemeyecektir. Bunun sonucu olarak da anılan Kanunda yer alan hükümlerden yararlanılamayacaktır. Ayrımcı nitelik taşıyan psikolojik tacizler ise, bu Kanun kapsamında değerlendirilebilecektir⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ “(3) Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.”.

⁹⁶² Bauer ve diğerleri, s. 102.

⁹⁶³ § 1 Ziel des Gesetzes: “Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.”

⁹⁶⁴ Benecke, s. 180; Eggert-Weyand, s. 325; Wendeling-Schröder ve Stein, s. 127.

Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nun 14. maddesinde işyerinde ortaya çıkan taciz ya da cinsel taciz davranışının sona erdirilmesi için işverence önlem alınmaması ya da tacizi ortadan kaldırmaya elverişsiz önlemlerin alınması durumunda, işçinin, korunması için gerekli olmak kaydıyla işi ifadan kaçınabileceği düzenlenmiştir⁹⁶⁵. Bu açıdan Genel Eşit Davranma Kanunu çerçevesinde taciz olarak nitelendirilebilecek bir davranışın varlığı, yani psikolojik tacizin ayrımcı nitelik taşıması halinde işçi anılan hükme dayanarak iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacaktır⁹⁶⁶.

Ancak ifade edildiği üzere bir eylemin psikolojik taciz olarak değerlendirilebilmesi için, ayrımcı sebeplerle yapılması gerekli değildir. 3. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen taciz davranışının koşullarını sağlamayan psikolojik taciz eylemleri bakımından, işçiler 14. maddede yer alan özel düzenleme değil, Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabilecektir.

Önemli bir diğer husus, söz konusu 14. maddenin kim tarafından uygulanan psikolojik tacizler bakımından mümkün olacaktır. Zira hükmün düzenlenişi değerlendirildiğinde, tacize uğrayan işçinin işverene başvuracağı, gerekli önlemlerin alınmasını talep edeceği, bu önlemlerin alınmaması ya da tacizi ortadan kaldırmaya elverişsiz olması durumunda bu hakka sahip olacağının ifade edildiği görülmektedir. Böylece ilgili hükmün ancak işveren dışında kişilerce uygulanan tacizler bakımından söz konusu olacağı sonucuna varılmaktadır. Bizzat işverence uygulanan psikolojik tacizler bakımından ise, 14. maddenin uygulama alanı bulması mümkün değildir; ancak işçi bu halde Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesine dayanarak iş görme edimini ifadan kaçınma hakkına sahip olacaktır⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm, II, D, 2.

⁹⁶⁶ Bauer ve diğerleri, s. 222; Wolmerath, s. 173.

⁹⁶⁷ Benecke, s. 28.

III. YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKININ KULLANDIRILMAMASI

A. Genel Olarak

Dinlenme hakkı, çalışanların insan onurunun bir gereği olarak belirli zaman aralıklarında çalışmayarak, ücretinde bir kayıp olmaksızın dinlenmelerini zorunlu kılan bir haktır⁹⁶⁸. Bu hak belirli bir süre çalışarak yorulan işçinin iş gücünü yeniden biriktirebilmesi, fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması, veriminin azalmasına engel olunması gibi amaçlara hizmet eder ve işçinin korunması ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkar⁹⁶⁹. Ayrıca işçinin dinlenmesine yönelik düzenlemeler, iş sağlığı ve güvenliğinin de esasını oluşturur⁹⁷⁰. İşçilere tanınan dinlenme süreleri işçinin dinlenmesinin yanı sıra, manevi kişiliğini geliştirmesi ve sosyal yaşama katılması amacını da sağlamaya yönelik olduğundan önem taşır⁹⁷¹.

İşçinin dinlenme hakkı, Anayasa'nın 50. maddesinde “*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.*” şeklinde ifade edilerek güvence altına alınmış, işçilerin ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının ise kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Hükmün gerekçesinde de söz konusu hakkın önemi, “*Dinlenme, çalışanların hakkıdır. Bu hem çalışanın bedenlen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Yıllık ücretli izin hakkı, işçilerin belirli bir bekleme süresi sonucunda hak kazanacağı ve çalışma süreleri içerisinde ücretlerinden herhangi bir kesinti olmaksızın serbest kalarak kullanabilecekleri yıllık dinlenme olanağıdır⁹⁷². Bu hak

⁹⁶⁸ Binnur Tulukçu, **İş Hukukunda Dinlenme Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 9-10; Seracettin Gökteş, “İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 28, Aralık 2012, (Dinlenme Hakkı), s. 42; Merda Elvan Tunca, **İşçinin Dinlenme Hakkı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Programı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s. 8-9.

⁹⁶⁹ Nikisch, s. 520-521; Tulukçu, s. 20; Gökteş, Dinlenme Hakkı, s. 42; Tunca, s. 24-28.

⁹⁷⁰ Tulukçu, s. 20; Tunca, s. 25.

⁹⁷¹ Gökteş, Dinlenme Hakkı, s. 42.

⁹⁷² Hueck ve Nipperdey, s. 431-432; Nikisch, s. 519-520; Franzjosef Bleistein, in: Stahlhacke, Bachmann, Bleistein, Berscheid, **Gemeinschaftskommentar zum Bundesurlaubsgesetz**, 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand Verlag, Berlin, 1992, §1, s. 18; Wilhelm Maus, **Das neue Urlaubsrecht**, Verlag August Lutzeyer, Baden-Baden, 1963, s. 25-26; Oskar Schmelzer, **Urlaubsrecht**, 2. Auflage, Darmstadt, 1963, s. 13; Wolfgang Leinemann ve Rüdiger Linck, **Urlaubsrecht**, 2. Auflage, 2001, § 1 BUrlG, s. 51-52, Rz. 25, 30; Preis, s. 446, Rz. 2197; Ekonomi, s. 330; Taner Çöğenli, **Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin**, İstanbul, 1983, s. 61; Tunçomağ ve

sayesinde işçi iş sözleşmesi devam etmesine karşın, geçici bir süreyle iş görme edimini ifa etmeme, ancak buna rağmen ücretine hak kazanma olanağına sahip olur⁹⁷³. Temel amacı belirli sürelerde çalışan işçilerin dinlenmelerinin sağlanması, bu surette işçilerin sağlığının korunması ve iş gücünün yenilenmesidir⁹⁷⁴.

Tanım uyarınca yıllık ücretli izin hakkı bakımından önem taşıyan unsurlardan ilki, işçinin kişiliğine bağlı olarak ortaya çıkan ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bir hak olmasıdır (İş K. m. 53/II). İşçinin kişiliğine bağlı olduğundan, yıllık izin hakkının başkasına devredilmesi, mirasçılara geçmesi ya da haczedilmesi mümkün değildir⁹⁷⁵. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine işçinin çalışırken kullanmadığı yıllık iznine ilişkin ücretini talep ettikten sonra ölmesi durumunda, izin ücretini talep hakkının mirasçılara geçeceği öğretide ifade edilmektedir⁹⁷⁶.

Yıllık iznin kullanılmasında işçinin dinlenmesi hedeflendiğinden, işçinin izinli olduğu dönemde herhangi bir işte çalışması İş Kanunu'nda yasaklanmıştır (m. 58). Aksi halde işçinin izinli olduğu sürede başka bir işte ücretli olarak çalıştığına anlaşılmaması durumunda, bu izin süresi içerisinde işverence işçiye ödenen ücretin geri alınması mümkündür (m. 58). Hatta bu halde somut olayın özelliklerine göre, özellikle izin sırasındaki çalışmanın işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil etmesi durumunda, iş sözleşmesinin işverence derhal feshedilmesi dahi söz konusu

Centel, s. 179; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 381; Ercan Akyiğit, **1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, (Yıllık İzin), s. 30; Ercan Akyiğit, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, 2011, (6098), s. 119; Nurşen Caniklioğlu, "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullanılmamasının Sonuçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, Cilt II, İstanbul, 2001, (Yıllık İzin), s. 1145; Tulukçu, s. 233, 235; Tunca, s. 183; Murat Özveri, "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 15, 2007, s. 922-923.

⁹⁷³ Hueck ve Nipperdey, s. 432; Nikisch, s. 519; Maus, s. 26; Otto Kunze ve Friedhelm Farthmann, "Der Urlaubsanspruch und seine Durchsetzung", **BB**, Heft 29, 1962, s. 1163; Leinemann ve Linck, § 1 BUrlG, s. 51, Rz. 25; Preis, s. 446, Rz. 2196-2197; Ekonomi, s. 330.

⁹⁷⁴ Nikisch, s. 520; Maus, s. 22; Schmelter, s. 13; Ekonomi, s. 330; Süzek, s. 826; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 381; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1145; Tulukçu, s. 233-234.

⁹⁷⁵ Hueck ve Nipperdey, s. 452; Nikisch, s. 538; Rehbinden, s. 101; Maus, s. 27-28; Leinemann ve Linck, § 1 BUrlG, s. 53-54, Rz. 37; Ekonomi, s. 330; M. Polat Soyer, "İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullanmaması", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan**, 2002/1, İstanbul, 2002, (Yıllık İzin), s. 292; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 30-31; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1146; Tulukçu, s. 235; Ahmet Sevimli, "Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, (Yıllık İzin), s. 40; Tunca, s. 195; Özveri, s. 923.

⁹⁷⁶ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1146; Ayrıca bu hususta öğretideki tartışmalar için bkz. Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1165-1166; Buna karşılık aksi görüşte Ekonomi'ye göre, işçinin ücretinin dahi mirasçılara intikali söz konusu olamaz. Ekonomi, s. 354.

olabilir⁹⁷⁷. Bu yasak işçinin yıllık izin hakkından vazgeçemeyeceği prensibinin bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁷⁸.

Yıllık izin hakkı bakımından ikinci önemli unsur, işçilerin kendilerine tanınan bu serbest zamana ilişkin ücretlerinde herhangi bir kayıp bulunmadan yararlanmalarıdır. Aksi halde işçi geçimini sürdürebilmek için yıllık ücretli izin hakkını kullanmaktan imtina edebilecek ya da izinli olduğu dönemde gelir getirici bir uğraş içerisine girmek durumunda kalabilecektir⁹⁷⁹. Böylece ilke olarak işçinin yıllık izinde ücretine hak kazanacağı ve yıllık izin hakkından vazgeçilemeyeceği prensibi uyarınca, işçinin izne ilişkin ücretinden de vazgeçemeyeceği söylenebilecektir⁹⁸⁰. Yıllık izin hakkından yararlanan işçi izinli olduğu süre boyunca çalışmayacağından, yıllık izin de işçinin iş görme edimini ifa etmemesine karşın ücretine hak kazanacağı hallerden biri olarak ortaya çıkmaktadır.

B. İşçinin Yıllık İzin Hakkı

1. Kanuni Düzenleme

Anayasa'nın 50. maddesi doğrultusunda işçinin yıllık ücretli izin hakkı, İş Kanunu'nun 53 vd. maddeleri ile İş Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca kabul edilen 03.03.2004 tarihli ve 25391 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nde⁹⁸¹ düzenlenmektedir. Ayrıca yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenlemeler, Türk Borçlar Kanunu'nun 422 ve devamı maddelerinde, Deniz İş Kanunu'nun 40. maddesi ile Basın İş Kanunu'nun 21. maddelerinde de yer almaktadır.

İş Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasında işçinin yıllık ücretli izin hakkı, *“İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.”* şeklinde düzenlenmiş, hükmün

⁹⁷⁷ Akyiğit, Yıllık İzin, s. 628-629; Sevimli, Yıllık İzin, s. 41.

⁹⁷⁸ Çelik ve diğerleri, s. 737; Tulukçu, s. 236.

⁹⁷⁹ Hueck ve Nipperdey, s. 432; Ekonomi, s. 330; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 31.

⁹⁸⁰ Akyiğit, Yıllık İzin, s. 31, 73.

⁹⁸¹ RG, 03.03.2004, Sayı: 25391.

2. fıkrasında ise, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir⁹⁸². Böylece işçinin kendi hukuki işlemlerine karşı da korunması sağlanmıştır⁹⁸³. Zira yıllık ücretli izin hakkı ile işçinin dinlenmesi ve bu açıdan sağlığının korunması hedeflendiğinden, hakkın niteliği işçi açısından mutlaka kullanılmasını, işveren açısından da kullandırılmasını gerektirmektedir. Yıllık ücretli izin hakkının işverence işçiye fiilen kullandırılması gerekir. İşçinin hak kazandığı yıllık iznin fiilen kullandırılmayarak, bu sürede işçinin çalıştırılması, buna karşılık da o süreye ilişkin ücretinin işverence ödenmesi mümkün olmayıp, böyle bir durumda işçi izin hakkını kullanmış sayılamaz⁹⁸⁴. Yani öğretide ifade edildiği üzere, yıllık izin hakkının “satılması” mümkün değildir⁹⁸⁵. Aksi halde bu durum Anayasa’da yer alan dinlenme hakkına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca işverenin işçiye yıllık izin hakkını kullandırmaması durumunda daha sonra yer verilecek bazı hukuki sonuçlar doğabilecektir.

53. maddenin devamı fıkralarında ise, işçilere verilecek yıllık izin süreleri düzenlenmiş, 54. maddede işçinin yıllık izne hak kazanması ve bu hakkı kullanmasına, 55. maddede yıllık izin bakımından çalışılmış sayılan hallere, 56. maddede yıllık ücretli iznin uygulanmasına ve 57. maddede ise yıllık izin ücretine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. İşçinin yıllık ücretli izin hakkını kullanarak dinlenmesini sağlama amacını taşıyan bir diğer düzenlemeye ise, İş Kanunu’nun 58. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu hükümle yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalışması yasaklanmış, işçinin bu şekilde başka bir işte çalıştığının anlaşılması halinde, izin süresi içinde kendisine ödenen ücretin işveren tarafından geri alınabileceği düzenlenmiştir. Böylece işçinin yıllık ücretli izin süresi içerisinde gerçekten dinlenmesinin sağlanması amaçlanmıştır⁹⁸⁶.

İş Kanunu’nda yer verilen yıllık ücretli izne ilişkin bu hükümler nisbi emredici niteliktedir. Nitekim İş Kanunu’nun 45. maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine işçinin izin hakkına aykırı hükümler

⁹⁸² Yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çöğenli, s. 17 vd.; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 30 vd.; Tulukçu, s. 233-463.

⁹⁸³ Süzek, s. 826; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 303.

⁹⁸⁴ Nikisch, s. 549; Rehbinder, s. 100; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1148.

⁹⁸⁵ Ekonomi, s. 348; Soyer, Yıllık İzin, s. 293; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 88; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1148.

⁹⁸⁶ Süzek, s. 826.

konulamayacağı, ancak bu hususlarda işçilere daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya gelenekten doğan kazanılmış hakların saklı olduğu ifade edilerek, yıllık ücretli izin hakkının nisbi emredici niteliği belirtilmiştir.

Çalışanların yıllık ücretli izin hakkına ilişkin hükümlere Türk Borçlar Kanunu ile Deniz ve Basın İş Kanunlarında da yer verilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda İş Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer şekilde işçinin yıllık ücretli izin hakkı, *“İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.”* şeklinde düzenlenmiştir (m. 422)⁹⁸⁷.

Dolayısıyla söz konusu hüküm uyarınca Türk Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanabilmeleri için, İş Kanunu'nda yer alan hükme benzer olarak, işyerinde en az bir yıl çalışmış olmaları gerektiği kabul edilmiştir. Bununla beraber İş Kanunu'ndan farklı olarak burada işçinin çalıştığı işin türü bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Bu açıdan süreksiz işler ile mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışan işçiler bakımından da bu Kanun hükümleri uygulanacaktır⁹⁸⁸.

İş Kanunu'ndan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nda bazı hallerde işverenin işçinin yıllık izin hakkında indirim yapabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işverenin, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabileceği kabul edilmiş, ancak işçinin kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı ya da gebelik ve doğum yapma sebepleriyle en çok üç ay süreyle iş görme edimini yerine getiremediği hallerde indirim yapılamayacağı belirtilmiştir (m. 423)⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akyiğit, 6098, s. 120-140; Ercan Akyiğit, “Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2011, Sayı: 21, s. 25-39; Ercan Akyiğit, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, Sayı: 24, s. 55-73.

⁹⁸⁸ Akyiğit, 6098, s. 122-123.

⁹⁸⁹ Yıllık ücretli izin sürelerinin indirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyiğit, 6098, s. 128-131; Ercan Akyiğit, “Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 3, 2011, (İndirim), s. 73-91.

Yıllık iznin kullanılması bakımından ise Türk Borçlar Kanunu'nda, bu iznin kural olarak aralıksız biçimde verileceği; ancak tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullanılabileceği düzenlenmiş, işverenin, yıllık ücretli izin tarihlerini, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirlemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (m. 424).

5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda ise gazetecilerin yıllık izin hakkı, Kanunun 21. maddesinde, günlük yayın yapan gazetelerde çalışan gazetecilerin, en az bir yıl çalışmış olmak kaydıyla, yılda dört hafta tam ücretli izne, gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan yukarı olan bir gazetecinin ise, altı hafta ücretli izne hak kazanacağı, günlük yayın yapmayan gazetelerde çalışan gazetecilere ise her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verileceği düzenlenmiştir⁹⁹⁰.

854 Sayılı Deniz İş Kanunu'nun 40. maddesinde de gemiadamlarının yıllık izin hakkına ilişkin düzenleme yapılmış ve aynı işverenin emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet sözleşmesine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamının, yıllık ücretli izine hak kazanacağı, izin süresinin ise, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemiadamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamayacağı düzenlenmiştir⁹⁹¹.

⁹⁹⁰ İlgili hüküm şu şekildedir: “Günlük bir mevkutede çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir. Gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan yukarı olan bir gazeteciye, altı hafta ücretli izin verilir. Gazetecinin kıdemi aynı gazetede ki hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır. Günlük olmayan mevkutelerde çalışan gazetecilere her altı aylık çalışma devresi için iki hafta ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izinlerin hesabında bu Kanunun 1 inci maddesindeki "Gazeteci" tabirine girenlerin kıdemleri, iş akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden inikat etmiş olmasına bakılmaksızın, gazetecilik mesleğinde geçirdikleri hizmet süresi nazara alınmak suretiyle tesbit edilir. İzin hakkından feragat edilemez.”; Ayrıca Basın İş Kanunu'nda yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, s. 565-602.

⁹⁹¹ İlgili hüküm şu şekildedir: “Aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet aktine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamı, yıllık ücretli izine hak kazanır. İzin süresi, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemiadamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz. İzin işverenin uygun göreceği bir zamanda kullanılır. Bu haktan feragat edilemez. Bir aylık izin, tarafların rızasıyla aynı yıl içinde kullanılmak suretiyle ikiye bölünebilir. Gemiadamı, yıllık ücretli iznini yabancı bir memleket limanında veya hizmet aktinin yapılmış bulunduğu mahalden gayri bir yerde kullanmaya zorlanamaz. Gemiadamı, dilerse, işveren veya işveren vekilinden ücretli izne ilişkin olarak 7 güne kadar ücretsiz yol izni de isteyebilir. Gemiadamının hakettiği yıllık ücretli izni kullanmadan hizmet akti 14 üncü maddenin II, III ve IV üncü bentlerine göre bozulursa, işveren veya işveren vekili izin süresine ait ücreti, gemiadamına ödemek zorundadır.”; Ayrıca Deniz İş Kanunu'nda yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, s. 525-565; Ercan Akyiğit, “Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Şubat-Mayıs 2012, s. 1-41, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1347534267.PDF>, (E.T. 31.01.2019).

2. İş Kanunu Uyarınca Yıllık Ücretli İzin Hakkının Koşulları

İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından, yıllık ücretli izne hak kazanmanın temel koşulu, işçinin işyerinde en az bir yıl çalışmış olmasıdır. Alman Hukukunda ise yıllık izne hak kazanmak için Kanunda aranan bekleme süresi 6 ay olarak öngörülmüştür⁹⁹².

Yıllık ücretli izne hak kazanılması ancak bir yıllık bekleme süresinin tamamlanmasından sonra mümkün olur. Bir yıl çalışma koşulunu sağlamayan işçiler için orantılı olarak yıllık ücretli izin hakkının tanınması mümkün değildir⁹⁹³. Öğretide taraflarca işçinin yıllık ücretli izne hak kazanması için gereken bekleme süresinin artırılmamakla beraber, işçi lehine azaltılabileceği kabul edilmektedir⁹⁹⁴.

Kanunda öngörülen bir yıllık süre koşulunun nasıl hesaplanacağı önem taşımaktadır. İlk olarak, işyerinde fiilen çalışılan sürelerin yıllık iznin hesaplanmasında dikkate alınacağı kuşkusuzdur. Burada işçinin fiilen işe başladığı veya fiilen çalışmamakla beraber çalışmak üzere hazır bulunduğu tarihin esas alınması gerekir⁹⁹⁵. Eğer iş sözleşmesinde bir deneme süresi kararlaştırılmışsa, İş Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir yıllık süre koşulunun hesaplanmasında deneme süresi de göz önüne alınır. 1 yıl süreyle çalışılmış olmak kaydıyla, sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasının ise yıllık izne hak kazanmak bakımından bir önemi yoktur⁹⁹⁶. Yine işçinin kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine çalışması da yıllık izne hak kazanmasına engel olmaz; burada iş sözleşmesinin devam süresi dikkate alınmalıdır⁹⁹⁷. Nitekim Yönetmelikte de bu husus açıkça düzenlenmiş ve kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışanların yıllık

⁹⁹² BUrlG § 4. Wartezeit: "Der volle Urlaubsanspruch wird erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben."

⁹⁹³ Süzek, s. 827; Polat Soyer, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, 1999, (1997 Semineri), s. 49; Narmanlıoğlu, s. 704; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1155.

⁹⁹⁴ Çöğenli, s. 94; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1149; Tulukçu, s. 257.

⁹⁹⁵ Ekonomi, s. 334; Çöğenli, s. 94-95; Tunçomağ ve Centel, s. 180; Çelik ve diğerleri, s. 730; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 382; Narmanlıoğlu, s. 704; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1151; Cevdet İlhan Günay, "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 20, Aralık 2010, (Yıllık İzin), s. 29; Tulukçu, s. 257.

⁹⁹⁶ Ekonomi, s. 334; Çöğenli, s. 95; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 382; Narmanlıoğlu, s. 705; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1152; Tulukçu, s. 258.

⁹⁹⁷ Aynı esas Alman Hukukunda da kabul edilmektedir. Bu hususta bkz. Preis, s. 447, Rz. 2203.

ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanacağı ve farklı işleme tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir (Yön. m. 13/I).

Yıllık izne hak kazanmak için aranan en az bir yıllık çalışmanın işverenin aynı işyerinde yapılması zorunlu değildir. İş Kanunu'nun 54. maddesinin 1. fıkrasında “*Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır.*” denilerek işçinin aynı işveren yanında fakat işverene ait farklı işyerlerinde geçirdiği sürelerin birleştirileceği ifade edilmiştir. Hükümde işçinin işveren yanında fakat farklı işyerlerinde geçirdiği sürelerin birbirini takip eden dönemlerde olması, yani aralıksız olması gerektiğine ilişkin bir ifade getirilmediğinden, işverenin aynı ya da farklı işyerlerinde aralıklı olarak gerçekleştirilen çalışmaların da birleştirilerek yıllık izin hakkının doğumu ve süresi bakımından dikkate alınması gerektiği kabul edilmelidir⁹⁹⁸. Emekli olan ve aynı işyerinde çalışmasını sürdüren işçiler bakımından da emekli olmadan önce aynı işverene tabi olarak geçirdikleri sürelerin yıllık iznin hesabında göz önünde tutulması gerekir⁹⁹⁹. Yine 54. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca, “*bir işverenin bu Kanun kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş bulundukları süreler*” de yıllık iznin hesaplanmasında dikkate alınacaktır¹⁰⁰⁰.

İşyeri devrinde ise, İş Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında “*Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.*” hükmüne yer verildiğinden, işyerinin devri halinde devreden yanında çalışılan sürenin de işçinin

⁹⁹⁸ Ekonomi, s. 335; Çöğenli, s. 97; Tunçomağ ve Centel, s. 180; Süzek, s. 827-828; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 384; Narmanlıoğlu, s. 707; Eyrenci ve diğerleri, s. 346; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1152; Senyen-Kaplan, s. 391; Günay, Yıllık İzin, s. 31; Tulukçu, s. 258-266; Özveri, s. 927; Bu yönde bkz. Yarg. 7. HD, 13.02.2014, 2013/16781 E., 2014/3765 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi43/xyz/10-12.pdf>, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 22. HD, 27.04.2015, 2014/3806 E., 2015/15127 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi49/xyz/9-61.pdf>, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 7. HD, 08.02.2016, 2015/25560 E., 2016/1904 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi51/xyz/6-8.pdf>, (E.T. 20.01.2019).

⁹⁹⁹ Süzek, s. 827; Çelik ve diğerleri, s. 731; Eyrenci ve diğerleri, s. 346.

¹⁰⁰⁰ Kamu işyerleri bakımından ise, İş Kanunu'nun 54. maddesinin son fıkrasında “*Aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur.*” denilerek özel bir düzenleme yapılmıştır.

yıllık izin hakkının hesaplanmasında dikkate alınması gerekir¹⁰⁰¹. Ayrıca iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda tüm sürenin hesaba katılmasıyla belirlenen yıllık izin ücretinden de devralan işveren sorumlu olacaktır¹⁰⁰².

Yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin sürelerinin hesaplanmasında işçinin fiilen çalıştığı sürelerin yanı sıra, İş Kanunu'nun 55. maddesinde yer verilen ve işçinin çalışmış sayıldığı bazı haller de hesaba katılır¹⁰⁰³. Bu çerçevede söz konusu düzenleme uyarınca çalışılmış sayılan haller, yıllık ücretli izin hakkının hesaplanması bakımından çalışılmış gibi değerlendirilecektir.

İş Kanunu'nun 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca *“Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz.”* Bu bakımdan yıllık ücretli izin hakkının doğumu bakımından ikinci koşul, işçinin bu tür işlerde çalışmamasıdır. Mevsimlik iş, öğretilde yılın bir döneminde işyerinde yoğun faaliyet gösterilip, diğer zamanlarda faaliyetin azaltıldığı ya da tamamen durdurduğu işler, kampanya işi ise, yılda birkaç ay çalışılmasını gerektiren iş olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ Ekonomi, s. 335; Süzek, s. 828; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1149; Günay, Yıllık İzin, s. 34; Tulukçu, s. 266; Özveri, s. 933.

¹⁰⁰² Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 21.12.2009, 2008/13320 E., 2009/36197 K., http://calismatoplum.org/sayi25/abc/10_24.pdf, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 9. HD, 04.03.2011, 2009/7084 E., 2011/6085 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi31/abc/9-37.pdf>, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 22. HD, 03.12.2015, 2015/26916 E., 2015/33610 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi51/xyz/6-58.pdf>, (E.T. 20.01.2019).

¹⁰⁰³ Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan hallere ilişkin İş Kanunu'nun 55. maddesi şu şekildedir: *“a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.).*

b) Kadın işçilerin 74 üncü madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler.

c) İşçinin muvazaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.).

d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla).

e) 66 ncı maddede sözü geçen zamanlar.

f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri.

g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre röntgen muayenahanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler.

h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.

ı) Ek 2 nci maddede sayılan izin süreleri.

j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri.

k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi.”

¹⁰⁰⁴ Esener, s. 210; Ekonomi, s. 332-333.

Görüldüğü üzere, işçinin yıllık ücretli izin hakkına sahip olmadığının kabul edilebilmesi için mevsimlik ya da kampanya işlerinde çalışmanın yanı sıra bu işlerin bir yıldan az süreli işler olması da gerekir. Dolayısıyla bu tür işlerde sürekli çalışan işçiler bakımından söz konusu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır¹⁰⁰⁵. Nitekim Yönetmeliğin “Mevsimlik veya Kampanya İşlerinde Yıllık Ücretli İzin” başlıklı 12. maddesinde de nitelikleri yönünden bir yıldan az süren mevsim veya kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde devamlı olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

3. Yıllık İzin Süreleri

a. Asgari İzin Süreleri

İş Kanunu’nda yıllık izin süreleri işçilerin hizmet sürelerinin uzunluğu ve kimi durumda işin niteliği ile işçilerin yaşı esas alınmak suretiyle belirlenmiştir. 53. maddenin 4. fıkrasında işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin, hizmet süresi; *“a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara ondört günden, b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden, c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden”* az olamayacağı ifade edilmiştir. Hükümün devamında ise, 2014 yılında yapılan değişiklikte, yer altı işlerinde çalışan işçiler bakımından özel bir düzenleme yapılmış ve bu işçilerin yıllık ücretli izin sürelerinin dörder gün artırılarak uygulanacağı belirtilmiştir.

Belirli yaştaki işçiler bakımından ise özel bir düzenleme getirilerek, onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresinin yirmi günden az olamayacağı kabul edilmiştir (m. 53/VI). Yıllık izin sürelerinin iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılması mümkündür (m. 53/son).

Türk Borçlar Kanunu’nda ise yıllık ücretli izin süreleri farklı olarak düzenlenmiş ve en az bir yıl çalışmış olan işçilerin yılda en az iki hafta izne hak kazanacağı, on sekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere ise en az üç hafta ücretli yıllık izin verileceği düzenlenmiştir (TBK m. 422).

¹⁰⁰⁵ Ekonomi, s. 331; Çöğenli, s. 92; Narmanlıoğlu, s. 708; Eyrenci ve diğerleri, s. 350; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1157; Günay, Yıllık İzin, s. 31.

Alman Hukukunda ise, Kanunda yıllık izin sürelerinin en az 24 işgünü olabileceği düzenlemesi yer almaktadır (BUrlG m. 3/I)¹⁰⁰⁶.

b. Yıllık İzin Süresinden Sayılmayan Süreler

İş Kanunu'nun "Yıllık Ücretli İznin Uygulanması" başlıklı 56. maddesinde bazı sürelerin yıllık ücretli izin süresinden sayılmayacağı düzenlenmiştir. İlk olarak, hükmün 4. fıkrasında işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık izne mahsup edilemeyeceği düzenlenmiştir. Anılan hüküm mutlak emredici olup, bu izinlerin yıllık izinden mahsup edilmesi, işçinin onayı ile dahi mümkün değildir¹⁰⁰⁷. İşçinin yıllık ücretli izin süresi içerisinde hastalanması halinde de hastalıkta geçirilen sürenin izin süresine eklenmesi gerekir¹⁰⁰⁸. Zira yıllık ücretli iznin amacı işçinin belirli bir süreyle tam olarak dinlenmesidir. Bu nedenle izin süresinin yalnızca bu amaçla geçirilmesi gerekir¹⁰⁰⁹.

İkinci olarak hükmün 5. fıkrasına göre, yıllık ücretli izin süresinin hesaplanmasında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz (İş K. m. 56/V). Böylece bu süreler işçinin yıllık izin süresine eklenecektir¹⁰¹⁰.

Son olarak bu hususta 59. maddenin 2. fıkrasında da işçiye iş sözleşmesinin sona ermesi halinde bildirim süreleri içerisinde verilen yeni iş arama izninin yıllık izin süreleriyle iç içe geçemeyeceği belirtilmiştir. Böyle bir durumda bildirim süresi yıllık izin süresinin bitiminden itibaren başlar¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁶ BUrlG § 3. Dauer des Urlaubs: "(1) Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktage. (2) Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind."

¹⁰⁰⁷ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 387.

¹⁰⁰⁸ Nikisch, s. 535-536; Süzek, s. 835; Bu hususta tartışmalar için bkz. Çöğenli, s. 135-140; Tunca, s. 240-241.

¹⁰⁰⁹ Nikisch, s. 536; Süzek, s. 835.

¹⁰¹⁰ Çöğenli, s. 129; Çelik ve diğerleri, s. 736; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 387.

¹⁰¹¹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 387; Tulukçu, s. 323.

C. Yıllık İzin Hakkının Kullanılması ve Kullanma Zamanının Belirlenmesi

1. Yıllık İznin Uygulanması

İş Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca işçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanır. İşçi hesaplanacak her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır (m. 54/III-IV)¹⁰¹². Zira yıllık izin hakkından yararlanabilmek için asgari bir yıllık kıdemın aranması, yıllık iznin bu sürenin dolmasıyla hak edilmesini ve böylece müteakip hizmet yılında bu hakkın kullanılmasını gerektirir¹⁰¹³.

Sözü edilen kural uyarınca yıllık ücretli izin hakkının, hakkın elde edilmesini sağlayan hizmet yılını takip eden yıl içerisinde kullanılması kanuni bir zorunluluk olup, bu izin sürelerinin daha sonraki yıllarda kullanılmak yerine ilgili dönem içerisinde kullanılması esastır¹⁰¹⁴. Ancak elbette işçi tarafından o yıl içerisinde kullanılmayan yıllık izinler kaybedilmiş sayılmaz; daha sonraki yıllarda kullanılması mümkündür¹⁰¹⁵. İş sözleşmesinin devamı sırasında işçinin kullanmamış olduğu yıllık

¹⁰¹² Alman Hukukunda, yıllık izin hakkının devam eden takvim yılı ("Kalenderjahr") içerisinde kullanılacağı düzenlenmiştir (BUrlG m. 7/III).

¹⁰¹³ Ekonomi, s. 349; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 387.

¹⁰¹⁴ Ekonomi, s. 349; Tunçomağ ve Centel, s. 184; Çelik ve diğerleri, s. 737; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 388; Soyer, Yıllık İzin, s. 293; Narmanlıoğlu, s. 714; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 291; Demir, İş Hukuku, s. 296; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1157; Günay, Yıllık İzin, s. 32; Tulukçu, 332; Bu hususta Tunçomağ ve Centel'e göre sadece işyerini veya işçinin kendisini ilgilendiren zorunlu nedenlerle yıllık iznin kullanılmadığı hallerde, iznin kullanımı gelecek yıla bırakılabilir. Tunçomağ ve Centel, s. 184; Sevimli de anılan kuralın istisnasının ancak iznin kullanılması gereken yıldan daha ileri bir tarihe ertelenmesini haklı kılan işletmeden veya işçiden kaynaklanan zorunlu/ciddi nedenlerin ortaya çıkması halinin oluşturabileceğini belirtmektedir. Sevimli, Yıllık İzin, s. 42; Benzer şekilde Alman Hukukunda da konuya ilişkin BUrlG madde 7/III'te yıllık izin hakkının bir sonraki takvim yılına devredilmesinin ancak bu ertelemeyi haklı kılan işletmeden kaynaklanan ya da işçinin kişiliğinden doğan sebeplerin bulunması halinde mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu halde de bu hakkın gelecek takvim yılının ilk üç ayı içerisinde kullanılması gerekmektedir (BUrlG m. 7/III, cümle 3).

¹⁰¹⁵ Ekonomi, s. 349; Tunçomağ ve Centel, s. 184; Soyer, s. 231; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 359; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1157; Günay, Yıllık İzin, s. 32; Sevimli, Yıllık İzin, s. 42; Tunca, s. 226; Bu hususta Çöğenli'ye göre, işçinin talep etmesine karşılık yıllık ücretli izin hakkının işverence kullandırılmaması durumunda işçi izin hakkını kaybetmez, daha sonraki yıl içerisinde kullanabilir. Buna karşılık işverence teklif edilmesine rağmen işçi tarafından kullanılmayan izinlerin ise, kaybedilmemekle birlikte artık işçi tarafından daha sonra kullanılması mümkün olmaz. Bu halde işçi ancak izin hakkının ücret olarak karşılığını talep edebilir. Ancak işçinin hasta olması, askeri bir göreve çağırılması, grev gibi sebeplerle yıllık ücretli izin hakkını kullanmaması durumunda, işçi daha sonraki yıllarda iznini kullanabilecektir. Çöğenli, s. 152-153; Aynı yönde Tulukçu'ya göre de yıllık izin

izin hakkının yerine, izin süresine ilişkin ücretini talep etmesi mümkün değildir¹⁰¹⁶. Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda parasal bir alacak haline gelir ve ancak bu halde talep edilebilir. Nitekim İş Kanunu'nun 59. maddesinin 1. fıkrasına göre de *“İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.”*

2. Yıllık İznin Kullanılması

İş Kanunu'nun 56. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yıllık ücretli izin süresi kural olarak işveren tarafından bölünemez. Bu iznin 53. maddede yer alan süreler içinde işveren tarafından sürekli bir şekilde verilmesi gerekir (m. 56/II). İlgili hükümde 2016 yılında yapılan değişiklikte beraber, 53. maddede öngörülen izin sürelerinin, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilmesi kabul edilmiştir (m. 56/III).

Yıllık ücretli izin hakkının vazgeçilmez niteliği dolayısıyla işveren işçiye izin hakkını kullandırmak zorundadır¹⁰¹⁷. Yıllık ücretli izne hak kazanma ile bu hakkın kullanılma zamanının belirlenmesi farklı hususlardır. Yıllık iznin kullanılma zamanını işin yoğunluğunu ve çalışma koşullarını dikkate alarak belirleme yetkisi işverene aittir. İşçinin bu husustaki talebi yeterli olmaz, işverenin onayı gerekir¹⁰¹⁸.

hakkının gelecek hizmet yılı içerisinde kullanılması zorunluluğu Kanunda emredici olarak düzenlendiğinden, buna aykırı olarak iznin sonraki yıllarda kullanılabilmesini kabul etmek kanuna aykırılık oluşturur. Bu açıdan işçi yıllık izin hakkını kaybetmemekle beraber, bu hakkın ücret alacağına dönüştüğünü kabul etmek gerekir. Bkz. Tulukçu, s. 333-335; Aksi görüşte Akyiğit'e göre ise, işçinin talepte bulunup bulunmamasının yıllık izin hakkının yanmasına bir etkisi yoktur. Ayrıca işçinin yıllık izin hakkından vazgeçme yasağı da bu sonuca varılmasını gerektirmektedir. Akyiğit, Yıllık İzin, s. 302-303.

¹⁰¹⁶ Sevimli, Yıllık İzin, s. 42.

¹⁰¹⁷ Bleistein, in: Stahlhacke ve diğerleri, §1, s. 19; Kunze ve Farthmann, s. 1163; Ekonomi, s. 348; Narmanlioğlu, s. 714; Eyrenci ve diğerleri, s. 353; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 68-69; Demir, İş Hukuku, s. 295; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1147; Senyen-Kaplan, s. 396; Özveri, s. 934; Mehmet Onat Öztürk, “Kullanılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2012, s. 75.

¹⁰¹⁸ Ekonomi, s. 349; Çöğenli, s. 142-143; Tunçomağ ve Centel, s. 182; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 388; Narmanlioğlu, s. 715; Eyrenci ve diğerleri, s. 354; Soyer, 1997 Semineri, s. 49; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 272; Demir, İş Hukuku, s. 297; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1158; Günay, Yıllık İzin, s. 32; Sevimli, Yıllık İzin, s. 41; Tulukçu, s. 336; Özveri, s. 934; Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususa işaret etmektedir. Bkz. Yarg. 9. HD, 07.02.1995, 1994/16833 E., 1995/5974 K., www.kazanci.com, (E.T. 30.01.2019).

Böylece işveren işçiye yıllık iznini kullandırmakla yükümlü olmakla beraber, işçinin bu izni ne zaman kullanacağını yönetim yetkisi çerçevesinde kendisi belirleyecektir¹⁰¹⁹. Zira işçinin yıllık ücretli izne çıkması işyerinin durumu, işin özellikleri ve yürütümü ile ilgili olduğundan, yıllık ücretli izni kullandırma yetkisi de işverene ait olmalıdır¹⁰²⁰.

İş Kanunu'nun 60. maddesinde,

“Yıllık ücretli izinlerin, yürütülen işlerin niteliğine göre yıl boyunca hangi dönemlerde kullanılacağı, izinlerin ne suretle ve kimler tarafından verileceği veya sıraya bağlı tutulacağı, yıllık izninin faydalı olması için işveren tarafından alınması gereken tedbirler ve izinlerin kullanılması konusuna ilişkin usuller ve işverence tutulması zorunlu kayıtların şekli Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterilir.”
denilerek bu hususların düzenlenmesi Yönetmeliğe bırakılmıştır.

Yönetmelik uyarınca işçi hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir (Yön. m. 7/I). İşveren veya işveren vekilleri, bu istekleri işçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde izin kuruluna, işçi sayısı yüzden az olan işyerlerinde ise, izin kurulunun görevlerini ifa edecek olan kimselere bildirir (Yön. m. 7/II). Yönetmelik uyarınca *“İşçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde işveren veya işveren vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşan izin kurulu kurulur.”* (m. 15/I). İzin kurulu bulunması zorunlu olmayan, işçi sayısı yüzden az olan işyerlerinde ise, izin kurulunun görevleri, işveren veya işveren vekili veya bunların görevlendireceği bir kişi ile işçilerin kendi aralarında seçecekleri bir temsilci tarafından yerine getirilir (m. 18). Kurul ya da 18. maddede sayılan bu kişiler, işçiler tarafından işverene ya da işveren vekiline yapılan izin isteklerine göre Yönetmelik hükümleri uyarınca izin çizelgeleri hazırlayarak işverenin onayına sunarlar (m. 16, 19). Bu halde de yıllık ücretli izin çizelgeleri

¹⁰¹⁹ Hueck ve Nipperdey, s. 447-448; Nikisch, s. 526; Kunze ve Farthmann, s. 1163; Maus, s. 50; Kirschner, s. 844; Haase, s. 56; Soyer, s. 231; Çöğenli, s. 142; Akyiğit, 6098, s. 132; Türk Hukukunda öğretide işverenin işçinin hak kazandığı yıllık ücretli izni ne zaman kullanacağını belirleme yetkisi, yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak Alman Hukukunda bu hususta farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre işverenin bu yetkisi yönetim hakkında kaynaklanmakla beraber, diğer görüş ise, işverenin yıllık izin zamanını belirleme yetkisi bir hak olmayıp yükümlülük olduğu, bu sayede işverenin kendisine ait bir edim yükümlülüğünün ifa tarihini belirlediği yönündedir. Bu hususta bilgi için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, s. 283-284; Nitekim Yargıtay da işverenin işçinin yıllık iznini kullanacağı zamanı belirlemenin işverenin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirileceğine hükmetmektedir. Yarg. 9. HD, 20.06.2006, 2006/15954 E., 2006/17843 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 9. HD, 22.02.2016, 2014/30472 E., 2016/3413 K., www.kazanci.com, (E.T. 22.01.2019).

¹⁰²⁰ Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981, s. 131; Soyer, s. 231; Çöğenli, s. 143, 145.

Kurul tarafından hazırlansa da işverenin onayına tabi olup, işçilerin izin hakkını kullanacakları zaman bakımından karar verme yetkisi işverene aittir¹⁰²¹.

İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. Ancak, izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere söz konusu kurulca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanır (Yön. m. 8). Aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde; işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenir (Yön. m. 8).

Bununla birlikte işveren işçiye işçinin hak kazandığı yıllık izni bir sonraki hizmet yılında kullandırmakla yükümlü olduğundan, işçinin talebinin bulunması da zorunlu görülmemelidir¹⁰²². Yıllık ücretli izin hakkının vazgeçilmez niteliği de bu sonucu gerektirmektedir. İşçinin yıllık izin hakkını kullanmak için talepte bulunmamış olması, işçinin bu haktan yararlanmak istemediği şeklinde değerlendirilemez, ancak izin tarihi konusunda bir tercihi bulunmadığı şeklinde yorumlanabilir¹⁰²³.

İşçiye yıllık ücretli iznini kullandırma ve kullanma zamanını belirleme yetkisi işverene ait olmakla ve işçinin talebi ile bağlı bulunmamakla beraber, işverenin işçinin bu yöndeki taleplerini göz önüne alması gerekir (Yön. m. 8/II)¹⁰²⁴. İşveren bu belirlemeyi keyfi olarak değil, uygun ve hakkaniyetli değerlendirmeler sonucunda yapmalıdır¹⁰²⁵. Ayrıca bedensel ve ruhsal gücünün korunması ve geliştirilmesi için elverişli bir zamanda işçinin bu haktan yararlanmasının sağlanmasına dikkat edilmelidir¹⁰²⁶.

¹⁰²¹ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1160; Sevimli, Yıllık İzin, s. 41.

¹⁰²² Soyer, Yıllık İzin, s. 298; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 280, 303; Sevimli, Yıllık İzin, s. 42.

¹⁰²³ Akyiğit, Yıllık İzin, s. 280; Sevimli, Yıllık İzin, s. 42.

¹⁰²⁴ Hueck ve Nipperdey, s. 448; Maus, s. 55; Preis, s. 451, Rz. 2222; Ekonomi, s. 350; Soyer, s. 231; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 276; Akyiğit, 6098, s. 132; Özveri, s. 936; Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında işverenin bu hakkını iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanması ve iznin kullanılma zamanını mümkün olduğunca işçinin taleplerini göz önüne alarak belirlemesi gerektiğini, aksi halde işverenin yönetim hakkını kötüye kullanmasının yasalar karşısında korunamayacağını belirtmiştir. Yarg. 9. HD, 20.06.2006, 2006/15954 E., 2006/17843 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 20.01.2019); Aynı yönde bir hükme Almanya Federal İzin Kanunu (BUrlG)'nda da yer verilmiş ve işverenin izin kullanma zamanını belirlerken işçinin taleplerini göz önüne alması gerektiği düzenlenmiştir (m. 7/I).

¹⁰²⁵ Hueck ve Nipperdey, s. 448.

¹⁰²⁶ Çöğenli, s. 143; Tulukçu, s. 342; Tunca, s. 194, 220.

D. İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması Durumunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

1. Genel Olarak İşçinin Hakları

İşverenin işçiye hak kazanmış olduğu yıllık ücretli izin hakkını ilgili hizmet yılını takip eden yıl içerisinde kullandırmakla yükümlü olduğu kabul edilmekle birlikte, işverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranarak haklı bir gerekçe bulunmaksızın işçiye izin hakkını kullandırmaması durumunda, işçinin hangi taleplerde bulunabileceğine ilişkin İş Kanunu'nda bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu hususta yalnızca İş Kanunu'nda işveren hakkında idari para cezası öngörülmüştür. 103. maddeye göre,

“Yıllık ücretli izni bu Kanunun 56 ncı maddesine aykırı olarak bölen veya izin ücretini 57 nci maddenin üç ve dördüncü fıkralarında belirtilen usule aykırı olarak ödeyen veya eksik ödeyen veya 59 uncu maddedeki hak edilmiş izni kullanmadan iş sözleşmesinin sona ermesi halinde bu izne ait ücreti ödemeyen veya 60 ıncı maddede belirtilen yönetmeliğin esas ve usullerine aykırı olarak izin kullandırmayan veya eksik kullandıran işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için ikiyüzirmi Türk Lirası idari para cezası verilir.”

Kanunda getirilen bu ceza yetersiz olup, işveren açısından caydırıcılığı azdır¹⁰²⁷.

İş sözleşmesinin devamı sırasında yıllık izin hakkının işverence kullandırılmaması durumunda işçinin hangi yollara başvurabileceği sorunu önem taşımaktadır. Burada ilk olarak işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Öğretide genellikle işçinin bu halde iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca haklı nedenle feshedebileceği kabul edilmektedir¹⁰²⁸. İşverence işçinin hak etmiş bulunduğu yıllık ücretli iznin haklı bir gerekçe bulunmaksızın kullandırılmaması, işverenin işyerinde çalışma koşullarını uygulamaması oluşturacağından, İş Kanunu'nun 24/II. maddesinin f bendi uyarınca işçi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olur¹⁰²⁹. Nitekim Yargıtay da kararlarında benzer sonuca varmaktadır. 9. Hukuk Dairesi 2009 yılında vermiş olduğu bir kararında, yıllık ücretli iznin çalışma koşulları kavramı

¹⁰²⁷ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1161.

¹⁰²⁸ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1162; Günay, Yıllık İzin, s. 32; Sevimli, Yıllık İzin, s. 43; Tulukçu, s. 339; Özveri, s. 936.

¹⁰²⁹ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1163; Sevimli, Yıllık İzin, s. 43.

içerisinde yer aldığı, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşullarının işçi aleyhine ağırlaştırılmış olduğunu belirtmiştir¹⁰³⁰. Ayrıca işverenin bu davranışı işçiyi koruma ve gözetme borcuna da aykırılık teşkil etmekte; bu açıdan da işçi bakımından bir fesih nedeni olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰³¹.

İşçinin yıllık izninin kullandırılmaması durumunda haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için, yıllık iznini kullanma konusunda işverene talepte bulunmuş olması gerekir. Böylece işverene, işçinin yıllık ücretli izin talebini kabul etmeyecekse, buna karşı haklı gerekçelerini ileri sürme olanağı tanınmış olur¹⁰³². Dolayısıyla işçinin haklı nedenle fesih hakkından söz edebilmek için, işverenin yıllık izni kullandırmamayı haklı kılan bir gerekçe ileri sürmemiş olması da gerekir. Son olarak iş sözleşmesinin işçi tarafından bu şekilde sona erdirilmesinden önce, yıllık izin talebinin kabul edilebilmesi için işverene makul bir süre verilmiş olması da gerekir. Burada Yönetmeliğin 7. maddesinde yer alan *“işçi hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir.”* hükmü uyarınca işverene tanınacak makul sürenin bir aydan az olmaması gerektiği söylenebilecektir¹⁰³³. Bu sürenin sonunda işçi izne çıkartılmamış ya da işverence bir izin tarihi belirlenmemişse, işçi haklı nedenle fesih hakkını kullanabilecektir.

Sevimli’ye göre burada başvuru eğer yıllık iznin kullanılması gereken hizmet yılı içinde yapılmışsa, işçi haklı nedenle fesih hakkını kullanmadan önce o hizmet yılının sonunda hak ettiği yıllık izin süresi kadar bir zaman kalıncaya dek tarihin belirlenmesini beklemelidir; ancak bu tarih itibarıyla işverence izin talebi kabul edilmemişse, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir¹⁰³⁴. Ancak kanaatimizce işçi tarafından ilgili sürenin beklenmesi gerekli görülmemelidir. Zira burada işçinin

¹⁰³⁰ Yarg. 9. HD, 17.09.2009, 2008/6460 E., 2009/23305 K., www.kazanci.com, (E.T. 31.01.2019).

¹⁰³¹ Sevimli, Yıllık İzin, s. 43.

¹⁰³² Ancak burada Sevimli bizce de isabetli olarak, işverenin yıllık ücretli izin kullandırmayacağını önceden işyerinde ilan etmesi ya da izin başvurusunu almaktan kasten kaçınması gibi başvurunun sonuçsuz kalacağını açık olduğu durumlarda işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce işverene başvuruda bulunmaksızın haklı nedenle fesih yoluna gidebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Sevimli, Yıllık İzin, s. 43.

¹⁰³³ Sevimli, Yıllık İzin, s. 43.

¹⁰³⁴ Sevimli, Yıllık İzin, s. 43; Bu hususta bkz. Mustafa Alp, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, 2015, (Değerlendirme), s. 208-209.

hangi hizmet yılına ilişkin olursa olsun, hak etmiş olduğu yıllık izin hakkını işverene 1 ay önceden bildirmek ve kabul ya da reddedebilmesi için bu süreyi tanımak kaydıyla işçi fesih hakkını kullanabilmelidir. Aksi halde işçinin yıllık izin hakkını kullanamadan uzun süre çalışmaya mecbur tutulması sonucu ortaya çıkacaktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, işçinin yıllık izninin kullandırılmamasına dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceğine hükmetmiş; yıllık izne ilişkin zamanaşımının fesihten itibaren başlayacağını, feshe kadar ise zamanaşımı işlemeyeceğinden, işverenin işçiye hak kazandığı yıllık iznini kullandırabileceğini ifade etmiştir¹⁰³⁵. Bununla birlikte daha sonraki yıllarda 9. Hukuk Dairesinin bu yöndeki görüşünü değiştirerek, işçinin bu halde haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin kararlar verdiği görülmektedir¹⁰³⁶.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bu hususta farklı yönde kararlar vermektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme 2014 yılında verdiği bir kararında, yıllık ücretli izin kullandırılmamasının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için çok uzun süre hiç izin kullandırmaması ya da talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullandırılmamasının gerekli olduğunu kabul etmiştir¹⁰³⁷. Buna karşılık 2018 yılında verdiği başka bir kararında ise, davacının yıllık izinlerini talep etmesine rağmen kullandırılmaması iddiasının, davacı işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermediğine hükmetmiştir¹⁰³⁸.

İşçi yıllık izninin kullandırılmaması durumunda iş sözleşmesini fesih hakkına sahip olmakla beraber, fesih yerine işçinin hak kazanmış olduğu yıllık ücretli iznini iş sözleşmesi devam ederken kullanabilme yolunun mevcut olması da oldukça önemlidir. Zira sorunun feshe yol açmadan çözümlenebilmesi gerekir. Bu hususta işçinin yıllık iznini kullanabilmek amacıyla dava açıp açamayacağı sorusu akla gelmektedir. İlk olarak iş ilişkisinin devamı sırasında işçinin işverence

¹⁰³⁵ Yarg. 9. HD, 24.12.1997, 1997/18437 E., 1997/22430 K., Caniklioğlu'na göre, Yargıtay'ın da belirttiği üzere zamanaşımı işlemedikçe işverenin işçiye hak kazanmış olduğu yıllık ücretli izin hakkını kullandırması mümkündür. Ancak uzun zaman izin kullanmadan çalışmış olmanın getirdiği bedeni yıpranma ve bu durumun işçinin sosyal hayatı ve ruhsal sağlığı üzerindeki olumsuz etkiler ortadan kalkmayacaktır. Bu durum işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna da aykırılık oluşturmaktadır. Bu açıdan işçinin yıllık izninin kullandırılmaması durumunda iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1162-1163.

¹⁰³⁶ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 29.11.2011, 2009/20744 E., 2011/46449 K., www.kazanci.com, (E.T. 20.01.2019)

¹⁰³⁷ Yarg. 22. HD, 18.03.2014, 2013/7567 E., 2014/6472 K., www.kazanci.com, (E.T. 20.01.2019)

¹⁰³⁸ Yarg. 22. HD, 02.05.2018, 2017/12779 E., 2018/10382 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi59/xyz/12-50.pdf>, (E.T. 20.01.2019).

kullandırılmayan yıllık izin hakkına ilişkin ücretini talep etme hakkı olmadığı belirtilmelidir. İşçinin yıllık iznine ait ücreti ancak iş sözleşmesinin sona ermesiyle parasal bir alacak haline dönüştüğünden, sözleşmenin devamı sırasında işçinin böyle bir talepte bulunması mümkün değildir¹⁰³⁹. Zira esas olan işçinin dinlenme hakkı uyarınca, yıllık iznin işverence fiilen kullandırılmasıdır. Bu husus İş Kanunu'nun 59. maddesinde *“İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir.”* şeklinde ifade edilmiştir¹⁰⁴⁰. İşçinin kullanmadığı iznine ilişkin ücretine hak kazanması için iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği de önem taşımaz¹⁰⁴¹. Bu halde işçi iş sözleşmesinin devamı esnasında yıllık ücretli izne hak kazanmış olmakla beraber, henüz bu hakkını kullanamadan iş sözleşmesinin sona ermesi söz konusu olmuştur. Sona erme halinde işçinin yıllık izin hakkını kullanabilmesi fiilen mümkün olmayacağından, bu sonucun kabul edilmesi doğaldır¹⁰⁴².

İş sözleşmesi devam ederken işçinin işverence kullandırılmayan yıllık izin hakkını kullanabilmek amacıyla dava açıp açamayacağı ise tartışmalıdır. Alman Hukukunda işverenin işçinin yıllık iznini kullanacağı zamanı hakkaniyete uygun bir değerlendirmeye belirlemesi gerektiği, aksi halde işçinin Alman Medeni Kanunu'nun 315. maddesi uyarınca mahkemeye başvurabileceği, böylece izin hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴³.

Türk Hukukunda ise, Yargıtay'ın genel olarak işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında yıllık ücretli izin hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin tespit

¹⁰³⁹ Preis, s. 457, Rz. 2247; Ekonomi, s. 353-354; Sevimli, Yıllık İzin, s. 42; Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 05.11.2009, 2008/11592 E., 2009/30499 K., http://www.calismatoplum.org/sayi25/abc/10_56.pdf, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 9. HD, 25.01.2010, 2008/14767 E., 2010/987 K., http://www.calismatoplum.org/sayi26/abc/10_46.pdf, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 7. HD, 16.01.2014, 2013/15465 E., 2014/506 K., http://www.calismatoplum.org/sayi41/xyz/9_14.pdf, (E.T. 20.01.2019); Ayrıca iş sözleşmesinin feshi nedeniyle açılan işe iade davası sonucunda işe iade edilen ve işverence işe başlatılan işçinin de iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine hak kazanılması söz konusu olmaz. Yarg. 9. HD, 14.05.2012, 2010/3949 E., 2012/16695 K., http://www.calismatoplum.org/sayi35/abc/11_6.pdf, (E.T. 20.01.2019).

¹⁰⁴⁰ İş sözleşmesinin feshi durumunda yıllık izin ücretinin hesaplanması hakkında bilgi için bkz. Çöğenli, s. 156-167; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 376-441; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1167-1172; Tulukçu, s. 357-402.

¹⁰⁴¹ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 23.01.2013, 2010/38537 E., 2013/2673 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi37/abc/9.pdf>, (E.T. 20.01.2019); Yarg. 7. HD, 12.07.2013, 2013/5219 E., 2013/13279 K.; Yarg. 7. HD, 23.10.2014, 11703 E., 2014/19347 K., http://www.calismatoplum.org/sayi47/xyz/10_15.pdf, (E.T. 20.01.2019).

¹⁰⁴² Ekonomi, s. 354; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1164.

¹⁰⁴³ Hueck ve Nipperdey, s. 448.

davası açmasının mümkün olduğuna karar verdiği görülmektedir¹⁰⁴⁴. İzin başlama zamanının tespiti bakımından dava açılıp açılmayacağı konusunda, Çöğenli'ye göre ancak şu üç şartın bir araya gelmesiyle işçinin tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu söylenebilir: Bir hak ve hukuki durumun hâlihazır bir tehlike ile tehdit edilmiş olması, bu tehdit nedeniyle tespit isteyen hukuki durumunun tereddüt içinde olması ve bu durumun ilgiliye zarar verebilecek olması, tespit hükmünün bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmasıdır¹⁰⁴⁵. Yazara göre izin başlama zamanının tespitinde bu üç koşul mevcut olmayıp, işçinin hukuki yararının bulunduğu söylenemez. Zira tespit davası sonucunda yalnızca izin başlama tarihinin belirlenmesi, bu kararın icra edilerek izin hakkının başlaması mümkün olamayacaktır¹⁰⁴⁶. Yine benzer gerekçelerle öğretide bu hususta bir eda davası da açılmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴⁷.

Bu hususta Caniklioğlu da, Türk Hukukunda işçinin işvereni yıllık izin hakkını kullandırmasını zorlamaya yönelik bir hukuki yol bulunmadığını, işçinin bu halde yalnızca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁴⁸.

Akyiğit ise, yıllık ücretli izin hakkı kullandırılmayan bir işçinin hakkın temini amacıyla bir eda davası açılmasının mümkün olduğu görüşündedir¹⁰⁴⁹. Zira yazara göre, iş sözleşmesinin devamı sırasında işçi kullandırılmayan yıllık iznine ilişkin ücretini talep etme hakkına sahip olmadığından, işçi sözleşme sona ermeden eda davası yoluyla işçinin izin hakkını kullanma olanağına sahip olmalıdır. Bu hususta eda davası açılmasına bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁴ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 14.05.2012, 2010/3949 E., 2012/16695 K., http://www.calismatoplum.org/sayi35/abc/11_6.pdf, (E.T. 20.01.2019); Anılan kararda “Yıllık izin hakkı Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez. İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğu tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.” denilmiştir.; Aynı yönde bkz. 7. HD, 12.02.2014, 2013/27713 E., 2014/3714 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi43/xyz/10-15.pdf>, (E.T. 20.01.2019); 22. HD, 18.05.2017, 2017/8122 E., 2017/11543 K., <http://www.calismatoplum.org/sayi57/xyz/8-69.pdf>, (E.T. 20.01.2019).

¹⁰⁴⁵ Çöğenli, s. 145.

¹⁰⁴⁶ Çöğenli, s. 145-146.

¹⁰⁴⁷ Çöğenli, s. 146.

¹⁰⁴⁸ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1162; Aynı yönde bkz. M. Öztürk, s. 75.

¹⁰⁴⁹ Akyiğit, Yıllık İzin, s. 443-444.

¹⁰⁵⁰ Akyiğit, Yıllık İzin, s. 444.

2. İşçinin Kendiliğinden Yıllık İznini Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu

Yıllık izne hak kazanan işçinin bu hakkını ne zaman kullanacağı işçinin de isteği göz önünde tutularak, kural olarak yönetim hakkı çerçevesinde, işyeri gerekliliklerine göre işveren tarafından belirlenir. İşçinin yıllık ücretli izin hakkını kullanabilmesi için işverenin onayı gerektiğinden, işverence talebi doğrultusunda karar verilmeyerek bu hakkın kullandırılmaması durumunda, işçinin hangi haklara sahip olacağı hususu önem taşımaktadır. İşçinin çalışmaya devam etmek zorunda olup olmadığı, kendiliğinden izin hakkını kullanıp kullanamayacağı, bu çerçevede iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı önemli bir tartışma konusudur.

İlk olarak, toplu iş sözleşmesinde işçinin hangi tarihlerde yıllık izne ayrılacağı baştan belirlenmişse, işverenin onayı aranmaz; işçi kendiliğinden yıllık izin hakkını kullanabilir¹⁰⁵¹. Aynı sonuç bireysel iş sözleşmesinde bu yönde bir belirleme yapılması durumunda da kabul edilmelidir. Bunun dışındaki hallerde ise öğretide genellikle işçinin kendiliğinden izne ayrılma hakkının bulunmadığı, işçinin işverenin onayı olmaksızın izin hakkını kullanması durumunda, bunun mazeretsiz devamsızlık teşkil edeceği ve işverenin iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle haklı sebeple feshedebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵². Zira söz konusu görüşe göre yıllık ücretli izin hakkını kullanabilmesi için işçinin izin talebinde bulunması yeterli olmayıp, işverenin bu talebi onaylaması gerekir. Bu nedenle de işçinin kendiliğinden izin hakkını kullanabileceği kabul edilemez¹⁰⁵³.

Bu görüşte Caniklioğlu'na göre, yıllık iznin kullanılacağı zamanı belirleme yetkisinin işverende olmasının temelinde, işin organize edilebilmesi ve işyerinin gereklerinin ancak işverence bilinebilmesi ile işçilerin kendiliğinden izne çıkmalarının işin yürütümü üzerindeki olumsuz etkisi yatmaktadır. Bu açıdan yazara göre işçinin işverence kullandırılmayan yıllık izin hakkını kendiliğinden kullanması uygun olmayacaktır¹⁰⁵⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bu hususta 1995 yılında verdiği bir kararında, işverene izin isteminde bulunarak izin süresi bitiminde iş sözleşmesini sona

¹⁰⁵¹ Kunze ve Farthmann, s. 1164; Akyiğit, Yıllık İzin, s. 273.

¹⁰⁵² Bu görüşte bkz. Ekonomi, s. 349; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1158; Günay, Yıllık İzin, s. 32; Sevimli, Yıllık İzin, s. 41; Tulukçu, s. 337; Tunca, s. 249-252.

¹⁰⁵³ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1158-1159; Sevimli, Yıllık İzin, s. 41; Tulukçu, s. 337; Tunca, s. 249.

¹⁰⁵⁴ Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1162.

erdireceğini bildiren ve işverenin izin talebine ilişkin onayını almadan işten ayrılan işçinin, iş sözleşmesini işten ayrıldığı tarihte feshetmiş sayılacağına ve işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacağına hükmetmiştir¹⁰⁵⁵.

Yine 9 Hukuk Dairesi 2006 yılında verdiği bir kararında da, izin talebi işverence onaylanmayan ve bu sebeple işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından devamsızlık nedeniyle İş Kanununun 25/II-g maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiği olayda, işverence yapılan feshi haklı bulmuştur¹⁰⁵⁶. Karara göre,

“Davalı işveren, işyerinde davacı ile aynı görevde çalışmakta olan diğer işçiye aynı tarihlerde izin verilmiş olmasını, davacının izin talebinin karşılanamamasının gerekçesi olarak göstermiştir. Gerçekten, davacıya göre daha kıdemli olduğu anlaşılan diğer işçi de hacca gitmek için aynı dönemde izin istemiştir. İşverence davacı ile diğer işçinin her ikisinin birden izne ayrılmasının uygun olmadığı belirtilmiş ve daha kıdemsiz konumda olan davacı işçinin izin talebi onaylanmamıştır. Kaldı ki, izin isteği de yönetmeliğe göre 1 ay öncesinden talep edilmemiştir. Bu şekilde işçinin izin talebinin karşılanması noktasında işverene yeterli süre de tanınmıştır. İşverence yapılan bu işlemlerde, 4857 sayılı İş Kanunu ile Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği hükümlerine bir aykırılık yoktur. Bu itibarla davacı işçinin işyerinden ayrılması geçerli bir mazerete dayanmamaktadır. İşverence davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayandığından, davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanmasına olanak bulunmamaktadır. Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde isteklerin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Buna karşılık öğretide ilk olarak Soyer tarafından ileri sürülen görüşe göre ise, işçinin talebine rağmen işverence yıllık izin hakkı kullandırılmamış ve yıllık izin hakkının kullanılması gereken yıl içerisinde sadece izin süresi kadar bir zaman kalmışsa, işçi kendiliğinden bu hakkını kullanabilir¹⁰⁵⁷. Zira bu halde işçiden hala işverence yıllık iznin kullanılacağı zamanın belirlenmesini beklemesi istenemez. Burada işverenin izin zamanını belirlemesi etkisizleşmekte, bu nedenle de iznin zamanını belirleme yetkisi işçiye geçmektedir¹⁰⁵⁸. Yazara göre asıl olan işçinin yıllık

¹⁰⁵⁵ Yarg. 9. HD, 07.02.1995, 1994/16833 E., 1995/5974 K.; Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, 08.05.1997, 1997/3705 E., 1997/8536 K., Kararı inceleyen Soyer’e göre, inceleme konusu olayda olduğu gibi, işçinin fesih iradesini içeren bir beyanla yıllık izin hakkını kullanmak istemesi durumunda, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihbar süresine uyulmaksızın feshedildiğini kabul etmek doğrudur. Ancak işçi burada kullanmadığı yıllık iznine ilişkin ücretine de hak kazanacaktır. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Soyer, 1997 Semineri, s. 49-50.

¹⁰⁵⁶ Yarg. 9. HD, 20.06.2006, 2006/15954 E., 2006/17843 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 20.01.2019); Benzer yönde bkz. Yarg. 9. HD, 22.02.2016, 2014/30472 E., 2016/3413 K., www.kazanci.com, (E.T. 22.01.2019).

¹⁰⁵⁷ Soyer, s. 232-234; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Soyer, 1997 Semineri, s. 53; Genel Görüşme, s. 84-85; Soyer, Yıllık İzin, s. 294.

¹⁰⁵⁸ Soyer, Yıllık İzin, s. 299.

izin hakkından, izin yılı içerisinde yararlanabilmesidir. Bunu gerçekleştirmek ve yıllık izinden beklenen yararı elde etmek ancak bu şekilde mümkün olabilir¹⁰⁵⁹.

Yazar söz konusu görüşünün hukuki temelini 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun,

“Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevkia nazaran zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını meni için başka vasıtlar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyla mükellef olmaz.”

şeklinde düzenlenen 52. maddesinin 3. fıkrasına dayandırmaktadır¹⁰⁶⁰. Anılan düzenlemenin bir hakkın zor yoluyla kullanılmasına izin verdiği söylenebilecektir¹⁰⁶¹. Eşyaya zarar verme hakkı tanıyan bir maddenin iş görmekten kaçınma hakkında evleviyetle uygulanabileceği kabul edilmelidir. Ayrıca yazara göre, *“bahsedilen 52. maddenin temelde hak sahibini hakkı çiğnenirken tamamen pasif kalmaya zorlamanın insan tabiatı ve adalet duyguları ile bağdaşmayacağı anlayışının hakim olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.”*¹⁰⁶².

Buna karşılık anılan görüşü eleştiren Şahlanan, işçinin kendiliğinden yıllık izin hakkını kullanabileceğine ilişkin görüşün tehlikeli bir yaklaşım olduğunu ve kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir¹⁰⁶³. Aynı şekilde Arıcı da söz konusu görüşü eleştirmekte ve buna katılmadığını belirtmektedir¹⁰⁶⁴.

Öğretide Akyiğit de Soyer tarafından ileri sürülen, işverence yıllık izin hakkının kullandırılmaması, ancak iznin kullandırılması gereken hizmet yılının sona ermesine izin süresi kadar bir vakit kalmış olması durumunda, işçinin kendiliğinden izne ayrılabilmesine ilişkin bu görüşe katılmaktadır. Yazara göre, yıllık iznin olağan kullanım zamanını öngören kanun hükmü, işverenin iznin kullanım tarihini belirleme yetkisini de sınırlamaktadır. Böylece yetkisini kullanıp farklı bir tarih belirlemeyen işverenin bu yetkisi el değiştirmektedir. Ancak böyle bir durumda işçi de keyfi bir davranış sergilememeli, ilgili hizmet yılı sona ermeden işverene bildirmek kaydıyla

¹⁰⁵⁹ Soyer, s. 233; Soyer, 1997 Semineri, s. 53; Soyer, Yıllık İzin, s. 297.

¹⁰⁶⁰ Söz konusu hükmün 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı şu şekilde düzenlenmiştir: *“Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”* (m. 64/III).

¹⁰⁶¹ Soyer, s. 233.

¹⁰⁶² Soyer, s. 234.

¹⁰⁶³ Fevzi Şahlanan, Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İstanbul, 1999, s. 62.

¹⁰⁶⁴ Kadir Arıcı, Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İstanbul, 1999, s. 75.

yıllık izne çıkmalıdır¹⁰⁶⁵. Bununla birlikte Akyiğit'e göre, işçinin kendiliğinden yıllık izne ayrılması, yalnızca işçinin yıllık iznini kullanması gereken hizmet yılında izne hak kazandığı süre kadar bir zaman kalması durumuyla sınırlı görülmemelidir. Yazara göre, daha fazla süre bulursa da işverenin bildirim önellerine uyarak iş sözleşmesini feshetmesi durumunda bildirim önelleriyle yıllık izin iç içe geçemeyeceğinden, burada işçiye ayrıca yıllık izin hakkı kullandırılmalıdır. Bu halde işçinin işverene bildirmek koşuluyla hemen yıllık ücretli izne kendiliğinden çıkabileceği, önellerin ise izin süresinden sonra işlemeye devam edeceği kabul edilmelidir¹⁰⁶⁶.

Bu görüşte Özveri'ye göre de, kural olarak işçinin tek taraflı şekilde yıllık ücretli iznini kullanma zamanına karar vermesi olanaklı değildir. Ancak işçinin süresi içerisinde (en az 1 ay önceden) işverene başvuruda bulunmuş olmasına karşın, işveren ilgili hizmet yılının bitimine işçinin hak etmiş olduğu yıllık izin süresi kadar bir zaman kalmış olmasına rağmen kullandırmıyorsa, işçi bu durumu işverenine bildirmek kaydıyla, işverenin onayı bulunmaksızın izne çıkabilir¹⁰⁶⁷.

Yine bu konuda Öztürk'e göre, işverenin işçiye yıllık iznini, izne hak kazandığı yılı takip eden hizmet yılı içerisinde kullandırmak zorunda olduğuna ilişkin düzenleme karşısında, yıllık izne ilişkin kuralların yalnızca işçinin ücretini değil, dinlenme hakkını güvence altına aldığı kabul edilmelidir. Bu gerekçeyle anılan süre içerisinde izni kullandırılmayan işçiye bunu talep etme ya da bu hakkını kendiliğinden kullanma olanağı tanınmalıdır¹⁰⁶⁸.

Türk Hukukunda ilk olarak Soyer tarafından ileri sürülen bu görüş, Alman Hukukunda tartışılan ve varılan bir sonuçtur. Alman Hukuku öğretisinde bir görüşe göre işveren Kanun gereğince işçiye hak kazanmış olduğu yıllık ücretli izin hakkını ilgili takvim yılı sonuna kadar kullandırmakla yükümlü olduğundan, takvim yılında izin süresi kadar bir zaman kalması durumunda yıllık ücretli izin hakkını kullanmak için aranan tüm şartlar gerçekleşmiş olur ve işçi bu halde kendiliğinden izin hakkını kullanabilir ("*Selbsthilferecht*")¹⁰⁶⁹. Aynı sonuç öğretide işçinin kullanılmamış yıllık

¹⁰⁶⁵ Yazarın görüşü için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, s. 366-367.

¹⁰⁶⁶ Akyiğit, Yıllık İzin, s. 367.

¹⁰⁶⁷ Özveri, s. 935.

¹⁰⁶⁸ M. Öztürk, s. 75.

¹⁰⁶⁹ Kunze ve Farthmann, s. 1165-1166; Söllner, ZfA, s. 15; Joch, s. 69; BGB'nin "*Selbsthilferecht*" başlıklı 229. madde hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: "*Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache*

izin hakkının bulunması, ancak iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle bu izin hakkının kullanılma olanağının kalmaması durumu bakımından da kabul edilmekte ve işçinin bu halde kendiliğinden izin hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁷⁰. Federal İş Mahkemesi de işçinin bu halde kendiliğinden izin hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir¹⁰⁷¹. Bunun yanı sıra öğretide işçinin bu tür bir davranışının, işverenin yönetim yetkisine geçersiz bir müdahale olduğu görüşü de ileri sürülmekte ve anılan yaklaşım eleştirilmektedir¹⁰⁷².

Diğer görüşe göre ise, bir izin yılı içerisinde işçinin yalnızca izin hakkını kullanacağı süre kadar bir zaman kalmışsa, işverenin yıllık izin kullanımına onay vermemesi durumunda, işçi Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkına başvurabilir¹⁰⁷³. Aynı sonuç işçinin iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla feshedilmesi ve bildirim süresi içerisinde, kullanılmamış yıllık izin süresinden fazla bir zamanın mevcut olması durumu bakımından da kabul edilmekte ve işçinin 273. maddeye dayanarak yıllık iznini kendiliğinden kullanacağı ve ifadan kaçınabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁷⁴. Bu hususta Preis, işçinin hiçbir halde kendiliğinden yıllık izin hakkını kullanmaya yetkili olmadığını, ancak işverence izin hakkının işçiye kullandırılmaması durumunda iş görmekten kaçınabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar izin hakkının hiç kullandırılmamasının yanı sıra, aynı

wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde." Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, işçinin mevcut ve muaccel bir hakkı bulunmalı, bu hakkın kaybolmaması için gereken devlet yardımı zamanında gelmeyecek olmalı ve hakkın gerçekleşmesinin ağırlaşması ya da sonuçsuz kalması tehlikesi mevcut olmalıdır. Bu hususta bilgi için bkz. Joch, s. 64-68; Bu hükme benzer bir düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da yer almaktadır. 64. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "*Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*"; Bunun yanı sıra Alman Hukukunda öğretide işçinin kendiliğinden yıllık izin hakkını kullanmasının meşru müdafaaya da dayandırıldığı görülmektedir. Bilgi için bkz. Joch, s. 68-69.

¹⁰⁷⁰ Bilgi için bkz. Joch, s. 61.

¹⁰⁷¹ BAG, 12.10.1961, https://www.prinz.law/urteile/BAG_5_AZR_294-60, (E.T. 21.01.2019)

¹⁰⁷² Maus, s. 51.

¹⁰⁷³ Hueck ve Nipperdey, s. 450, dn. 102; Preis, s. 453, Rz. 2232; Kirschner, s. 844; Capodistrias, s. 55; Haase, s. 59-61; Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, B, 1, b; Aksi görüşte Leinemann ve Linck ise, işverenin yıllık izin kullandırma yükümlülüğünün ücretin ifasında olduğu gibi iş görmekten kaçınma hakkını doğurmayacağını ifade etmektedir. Leinemann ve Linck, § 1 BUrlG, s. 54, Rz. 41.

¹⁰⁷⁴ Haase, s. 61.

sonucu işverenin BUrlG'nin 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yıllık izin hakkını herhangi bir haklı sebep bulunmaksızın işçinin isteğine uygun şekilde kullandırmaması bakımından da kabul etmektedir¹⁰⁷⁵. Ancak bu görüş de öğretilde bazı yazarlarca işçinin böyle bir hakka sahip olmadığı, bu şekilde işvereni yıllık izin kullandırmak amacıyla zorlamaya yetkili olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁷⁶. Ayrıca böyle bir durumda işçinin 273. maddeye dayanarak işi bırakmasının, işvereni muaccel bir hakkın ifasını sağlamaya zorlama amacına yönelik olmadığı, yalnızca doğrudan yıllık izin hakkını kullanmasının söz konusu olduğu da ifade edilmektedir¹⁰⁷⁷.

Türk Hukukunda ise Alman Medeni Kanunu'nun 273. maddesinin karşılığını teşkil eden bir hüküm yer almamaktadır. Zira hukukumuzda iş görmekten kaçınma hakkı, ücretin ödenmemesi ve işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş tehlikelerinin ortaya çıkması halleri bakımından iş kanunlarında özel olarak düzenlenmiş, işçinin bu hakkına ilişkin genel bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak çalışmamızın ilk bölümünde de incelendiği üzere, işçinin bu hakkı öğretilde ödemezlik def'ine ya da işverenin alacaklı temerrüdüne dayandırılmaktadır. İşçinin hak kazanmış olduğu yıllık ücretli izin hakkının işverence kullandırılmamasının iş görmekten kaçınma hakkı verip vermediği, bu iki genel hüküm bağlamında değerlendirilmeli ve bir sonuca varılmalıdır.

İlk olarak, işçinin ödemezlik def'inden yararlanarak iş görme edimini ifadan kaçınabileceğinin kabul edilmesi için, işçinin iş görme edimi ile işverenin yerine getirmediği borcunun karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alması gerekir¹⁰⁷⁸. İşverenin işçiye yıllık ücretli izin sağlama yükümlülüğü ile iş görme borcunun karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer aldığını söylemek mümkün değildir¹⁰⁷⁹. Zira işverenin işçiye yıllık izin kullandırma yükümlülüğü, iş sözleşmesinin asli edim yükümlülüklerinden olmayıp, iş sözleşmesinden kaynaklanan yan edim niteliğinde bir borçtur¹⁰⁸⁰. Bu açıdan kanaatimizce işçinin yıllık izin hakkının kullandırılmaması durumunda

¹⁰⁷⁵ Preis, s. 452, Rz. 2229.

¹⁰⁷⁶ Leinemann ve Linck, § 1 BUrlG, s. 54, Rz. 41; Schmelzer, s. 37; Ayrıca bu hususta bkz. Haase, s. 55, dn. 171, 172, 173.

¹⁰⁷⁷ Nikisch, s. 537; Söllner, ZfA, s. 15; Hollstein, s. 67; Joch, s. 59- 61.

¹⁰⁷⁸ Bu hususta açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, III, 2, b, (1).

¹⁰⁷⁹ Leinemann ve Linck, § 1 BUrlG, s. 54, Rz. 41-42; Çöğenli, s. 146; Soyer, Yıllık İzin, s. 296.

¹⁰⁸⁰ Leinemann ve Linck, § 1 BUrlG, s. 54, Rz. 41; Çöğenli, s. 146; Akyiğit, s. 363; Caniklioğlu, Yıllık İzin, s. 1145.

ödemezlük def'inden yararlanarak iş görme edimini ifadan kaçınabileceği kabul edilemez.

Diğer bir ihtimal burada işçinin işverenin alacaklı temerrüdüne dayanarak iş görme edimini ifadan kaçınıp kaçınamayacağıdır. Çalışmamızın birinci bölümünde açıklandığı üzere, işverence işçinin ediminin haklı bir gerekçe bulunmaksızın kabul edilmemesi ya da işin ifası için öncelikle yerine getirilmesi gereken bazı hazırlık fiillerinin ifa edilmemesi durumunda işveren alacaklı temerrüdüne düşer¹⁰⁸¹. İşveren işyerinde işçinin iş görme edimini ifa etmesi için gereken sağlıklı ve işi ifaya elverişli işyeri ortamını hazırlamak, işçiyi korumak ve gözetmek ile yükümlüdür. İşverenin belirli bir süre çalışan işçiye hak etmiş bulunduğu yıllık ücretli iznini kullandırma yükümlülüğü, işçinin iş gücünün yenilenmesi ve dinlenme hakkı bakımından taşıdığı önem sebebiyle, işçinin korunması prensibinin bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır. Zira dinlenme hakkından yararlandırılmayan işçi, işyerinde iş tehlikelerine de açık hale gelecek ve iş verimi de azalacaktır. Bu açıdan işverenin işçiye hak ettiği izni kullandırmaması, kanaatimizce işverenin işyerinde işin ifası için yerine getirmekle yükümlü olduğu hazırlık fiillerinin ihlalini teşkil edecek ve işçi söz konusu hazırlık fiilleri yerine getirilinceye kadar iş görme edimini ifa etmeyebilecektir. Ayrıca burada işçinin işveren karşısında muaccel bir hakkı bulunduğundan, bu hak yerine getirilinceye kadar işi ifa etmemede haklı bir menfaati de bulunmaktadır.

Bununla beraber burada işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğunu kabul etmek kanaatimizce pratik anlamda çok faydalı gözükmemektedir. İş görmekten kaçınma hakkı işçinin sahip olduğu muaccel bir hakkı elde etmek ya da işyerinde uygun çalışma koşullarını sağlamak üzere, işvereni bu edimleri yerine getirmeye zorlama amacıyla başvurduğu bir haktır. Yıllık izin hakkı, işçinin iş görme edimini ifa etmeksizin ücretine hak kazanacağı hallerden biri olduğundan, işçinin izin hakkını elde etmek amacıyla iş görme edimini ifadan kaçınmasının isabetli olmadığı, işçinin belirli durumlarda kendiliğinden izin hakkını kullanabileceği kabul edildiğinde, zaten işçi iş görme edimini ifa etmeyerek ücretine hak kazanacağından, iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasına gerek bulunmadığı düşüncesindeyiz.

Bu halde iş görmekten kaçınma hakkı yerine, Alman Hukukunda yaygın olarak, Türk Hukukunda ise azınlık görüşü olarak öğretide kabul edilen ve işçinin

¹⁰⁸¹ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Birinci Bölüm, II, C.

belirli koşullar dâhilinde işverence kullandırılmayan yıllık ücretli izin hakkını, ücretinde bir kayıp bulunmaksızın kendiliğinden kullanabileceği görüşüne katılmaktayız. Zira yıllık izin hakkı bakımından en önemli husus, işçinin dinlenmesini sağlamaktır. İşverence işçinin yıllık izin hakkının haklı bir neden bulunmaksızın ve bu neden işçiye bildirilmeksizin kullandırılmaması durumunda, işçi izne ilişkin ücretinin iş sözleşmesinin feshinden sonra ödenmesini beklemek ya da iş sözleşmesini yıllık iznin kullandırılmamasına dayanarak derhal feshetmek zorunda bırakılmamalı, iş sözleşmesi devam ederken yıllık iznini kullanabilmesi için bir yol bulunmalıdır. Aksi halde yıllık izin hakkından beklenen yarar elde edilemeyecektir.

Öğretide ileri sürülen ve anılan görüşün tehlikeli olduğuna ilişkin görüşe de katılamamaktayız. Zira bu görüş işçinin yıllık iznini işverenden talep etmesini müteakip derhal kendiliğinden izne çıkmasını kabul etmemekte, bunun için işçinin ilgili hizmet yılının sona ermesine yıllık iznine denk bir sürenin kalmış olmasını aramaktadır. Böylece kanaatimizce anılan görüşün bir tehlikesi de ortaya çıkmamaktadır. İş Kanunu'nun 54. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen işçinin hak kazandığı yıllık iznini bir sonraki hizmet yılında kullanacağı prensibi karşısında, ilgili hizmet yılında kullandırılmayan yıllık izin hakkının işçi tarafından kendiliğinden kullanılabileceğini kabul etmek gerektiği görüşündeyiz.

İşçinin kendiliğinden yıllık ücretli izin hakkını kullanması için kanaatimizce ilk olarak, işverene yıllık iznini kullanma konusunda talepte bulunmuş olması ve talebi kabul edebilmesi için işverene makul bir süre tanımış olması gerekir. Aksi halde işçinin bu davranışının nedeni konusunda işveren bilgi sahibi olmayacağından, işçinin iş görme edimini ifa etmemesi hukuka aykırı sayılabilir¹⁰⁸². Burada Yönetmelik hükmünde yer verilen bir aylık sürenin esas alınması mümkündür. İkinci olarak, işçinin yıllık izin kullanmasına engel olan ve izin hakkının bir sonraki yıla devredilmesini gerektiren, işyeri ile ilgili ciddi nedenlerin bulunmaması gerekir. Bu açıdan işçiye işveren tarafından yıllık iznin ertelenmesini haklı kılan nedenler bildirilmemiş olmalı ya da işçi tarafından öğrenilme olanağı bulunmamalıdır. Talebi karşısında kendisine bildirilen nedenlere rağmen kendiliğinden izin hakkını kullanan işçi, bu davranışının sonucunda işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi

¹⁰⁸² Soyer, Yıllık İzin, s. 298.

riskini üstlenecektir¹⁰⁸³. Son olarak da elbette işçinin yıllık ücretli izin hakkını kendiliğinden kullanırken, işverenin haklı menfaatlerini ihlal etmemesi, işverene zarara uğraticı davranışlardan kaçınması da gerekir¹⁰⁸⁴. Aksi halde işçinin sorumluluğu doğabilecektir.

IV. MANEVİ SEBEPLERLE İŞİ İFADAN KAÇINMA

Çalışmamız çerçevesinde işçinin iş görmekten kaçınma hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer konu, işçiden iş görme edimini ifa etmesinin dini ya da vicdani inancı ile çatışması olarak ortaya çıkabilecek manevi beklenilmezlik halleri ile görevi olmayan işlerde çalıştırılması ya da kanuna aykırı iş verilmesi gibi durumlardır. Burada konu işverenin yönetim hakkı ile ilişkili olarak incelenmelidir.

A. İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları

İşverenin yönetim hakkı, kanunda ve iş sözleşmeleriyle düzenlenmeyen konularda, işçilere vereceği talimatlarla işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkı olarak tanımlanabilir¹⁰⁸⁵. İş sözleşmeleri genel olarak iş ilişkisinin niteliğini, tarafların hak ve borçları ile işin yürütümüne ilişkin kuralları içermekle birlikte, iş ilişkisinde ortaya çıkabilecek her tür soruna çözüm getiremez. Bu açıdan ortaya çıkacak boşluğun işverenin yönetim hakkı ile doldurulması gerekir¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ Soyer, Yıllık İzin, s. 298.

¹⁰⁸⁴ Soyer, Yıllık İzin, s. 298.

¹⁰⁸⁵ Taşkent, s. 11; Soyer, s. 44; Süzek, s. 80; Sarper Süzek, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, **Prof. Dr. Metin Kutsal’a Armağan**, Ankara, 1998, (Yönetim Hakkı), s. 225; Çelik ve diğerleri, s. 256; Ali Güzel, “İş Hukukunda “Yetki” ve “Sözleşme””, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, **Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan**, Özel Sayı, 2016, (Yetki ve Sözleşme), s. 165; Ali Güzel ve 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**, Cilt: XX, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, s. 44; Tuncay, s. 158; Narmanlıoğlu, s. 253; Z. Gönül Balkır, “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, s. 74; M. Aymelek Erdemir, **İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 61.

¹⁰⁸⁶ Taşkent, s. 11; Soyer, s. 43; Süzek, s. 80; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 225; Çelik ve diğerleri, s. 256; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 18; Balkır, s. 73.

İşverenin yönetim hakkına ilişkin genel bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun 399. maddesinde getirilmiş ve *“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”* şeklinde ifade edilerek, hem işverenin yönetim hakkı hem de işçinin itaat yükümlülüğü düzenlenmiştir. Dolayısıyla anılan hükümde de ifade edildiği üzere, işverenin yönetim hakkı işçinin iş sözleşmesinden doğan temel yükümlülüğü olan iş görme borcunu ifası ile işyerinde işin yürütümü esnasında uymakla yükümlü olduğu genel davranış kuralları çerçevesinde söz konusu olur.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu, iş sözleşmesinin konusunu oluşturan işin bizzat kendisi tarafından ve özenle ifa edilmesidir. Bu işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla, hangi yöntem ve tekniklere uygun olarak vb. yapılacağına ilişkin işverence verilen talimatlar, işin görülmesine ilişkin olup, iş görme borcunun somutlaştırılmasını sağlar¹⁰⁸⁷. İşin başlangıç ve bitiş saatleri, ara dinlenmesi, yıllık izin kullanılma zamanı, işyerinde kullanılacak araç ve gerecin belirlenmesi gibi hususlar bu tür talimatlara örnek oluşturur¹⁰⁸⁸. İşçinin davranışlarına ilişkin talimatlar ise, işin görülmesiyle doğrudan ilişkili olmayan, ancak iş ilişkisi süresince işyerinin düzenini ve güvenliğini ilgilendiren talimatlardır¹⁰⁸⁹. Örneğin işyerine giriş çıkış esnasında uyulacak kurallar, park yerinin kullanımı, işyerinde isim kartı taşınması, yemekhane ve dinlenme alanlarının kullanımı gibi hususlar bu tür talimatlardandır¹⁰⁹⁰.

İşçi işverenin yönetim hakkı çerçevesinde verilen bu tür talimatlara uyma borcu altındadır. Ancak burada talimatın türüne göre bir ayırım yapılmalıdır. Zira işin görülmesine ilişkin işveren ya da işveren vekili tarafından verilen talimatlar, işin yürütümü ile ilgili olduğundan, işçinin iş görme borcunun kapsamında yer alır ve bu borcun tamamlayıcı ögesi sayılır¹⁰⁹¹. Dolayısıyla işi işverenin işin yürütümüne ilişkin

¹⁰⁸⁷ Alexander Böker, **Das Weisungsrecht des Arbeitgebers**, Frankfurt am Main, 1971, s. 20; Süzek, s. 81; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 226; Kadir Arıcı, “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1983, (Yönetim Hakkı), s. 161-162; Çelik ve diğerleri, s. 291.

¹⁰⁸⁸ Taşkent, s. 43; Süzek, s. 81; Arıcı, Yönetim Hakkı, s. 166; Balkır, s. 74; Erdemir, s. 59.

¹⁰⁸⁹ Taşkent, s. 44; Süzek, s. 81; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 227; Erdemir, s. 51.

¹⁰⁹⁰ Taşkent, s. 44; Süzek, s. 82; Balkır, s. 74; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 227; Erdemir, s. 51.

¹⁰⁹¹ Hueck ve Nipperdey, s. 238; Nikisch, s. 283; Ekonomi, s. 116; Taşkent, s. 45; Süzek, s. 82; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 226; Çelik ve diğerleri, s. 291; Soyer, s. 44; Balkır, s. 74; Aksi görüşte Böker'e

talimatlarına uygun olarak yerine getirmeyen işçinin, iş görme borcunu tam ve gereği gibi ifa ettiği söylenemez¹⁰⁹². Buna karşılık işin görülmesine ilişkin olmayıp, işçinin işyerinde uymakla yükümlü olduğu davranışına ilişkin talimatlara uygun davranma yükümlülüğü ise, ayrı bir borç olan işçinin itaat (uyma) borcu olarak ifade edilir¹⁰⁹³.

İşverence verilecek bu talimatlar, genel nitelikte, yani işyerinde çalışan tüm işçileri ya da belirli bir bölümde çalışan işçileri kapsamak üzere verilebileceği gibi, bir veya birden çok işçiye yönelik olan ve sadece onları bağlayıcı nitelik taşıyan özel talimatlar da olabilir (TBK m. 399)¹⁰⁹⁴. Genel talimatlar işyerinde yöneldiği işçi grubunun kolaylıkla görebileceği bir yerde duyurulmak suretiyle aleniyet kazanarak yürürlüğe girerken, özel talimatlar yöneldiği işçiye bildirilmekle hukuken bağlayıcılık kazanır¹⁰⁹⁵.

İşveren yönetim hakkını belirli sınırlamalara tabi olarak kullanabilir. İlk olarak, iş hukukunda kaynaklar hiyerarşisinde, işverenin yönetim hakkı çalışma koşullarını belirleyen, anayasa, yasalar ve kanuni düzenlemeler, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri, iç yönetmelik ve işyeri uygulamasından sonra en alt sırada yer alır. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı kanunlar hiyerarşisinde kendisinden üst konumda yer alan bu kaynaklarla sınırlı olup, bunlarda belirlenmiş konularda işverenin yönetim hakkını uygulaması ve aksi yönde bir talimat vermesi mümkün değildir¹⁰⁹⁶. Bu çerçevede yönetim hakkının Anayasada yer alan eşitlik ilkesi, kişi dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel haklara da aykırı kullanması mümkün olmayıp, bu tür temel ilkeler de yönetim hakkını sınırlar¹⁰⁹⁷.

Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde yer alan genel nitelikteki sınırlamalar da işverenin yönetim hakkı bakımından uygulanır. Bu nedenle işverenin

göre, talimat türleri arasında bir ayırım yapılmaksızın işin görülmesine ilişkin talimatların da işçinin itaat (uyma) borcu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Böker, s. 61.

¹⁰⁹² Taşkent, s. 45; Süzek, s. 82; Çelik ve diğerleri, s. 291; Soyer, s. 44.

¹⁰⁹³ Taşkent, s. 44; Süzek, s. 82; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 227; Çelik ve diğerleri, s. 290-291; Balkır, s. 74.

¹⁰⁹⁴ Tunçomağ ve Centel, s. 104; Süzek, s. 82; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 227-228; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 18; Narmanlıoğlu, s. 254; Erdemir, s. 59.

¹⁰⁹⁵ Taşkent, s. 70-71; Süzek, s. 83; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 20; Erdemir, s. 59.

¹⁰⁹⁶ Süzek, s. 83; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 229-230; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 19; Arıcı, Yönetim Hakkı, s. 162; Güzel, Yetki ve Sözleşme, s. 180; Soyer, s. 59; Narmanlıoğlu, s. 254; Alp, s. 107; Balkır, s. 74-75, 77.

¹⁰⁹⁷ Taşkent, s. 82-118; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 229; Güzel, Yetki ve Sözleşme, s. 180.

Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan talimatlar vermesi mümkün değildir¹⁰⁹⁸.

Yönetim hakkının kullanılması kendi amacıyla, yani işyerinde işin görülmesinin, işyeri düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacıyla da sınırlıdır. Bu çerçevede bu amaca yönelik olmayan, örneğin işçinin işin yürütümüne bir etkisi bulunmayan ve özel yaşamına ilişkin olan konularda işverenin talimat verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁹⁹.

İşverenin işçiyi gözetme ve eşit davranma yükümlülükleri de yine işverenin yönetim hakkının sınırlarını çizmekte olup, işveren bu yükümlülüklerine aykırı talimatlar veremez¹¹⁰⁰.

Her hak gibi işverenin yönetim hakkının da objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir. Bu çerçevede dürüstlük kuralı da işverenin yönetim hakkının sınırını teşkil eder¹¹⁰¹. Nitekim işverenin yönetim hakkına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 399. maddesinde de işçilerin işveren tarafından verilen talimatlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Böylece işverenin yönetim hakkının sınırlarının çizilmesi, hem işverenin hangi çerçevede talimat verme yetkisine sahip olduğunun belirlenmesi, hem de işçinin işverence verilen talimatlara uyma yükümlülüğünün sınırlarının tespit edilmesi açılarından önem taşımaktadır.

¹⁰⁹⁸ Taşkent, s. 123; Süzek, s. 84; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 230; Soyer, s. 57; Balkır, s. 74; TBK m. 27: *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."*

¹⁰⁹⁹ Süzek, s. 84; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Çelik ve diğerleri, s. 291; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 19; Güzel, Yetki ve Sözleşme, s. 189; Güzel ve Ugan Çatalkaya, s. 60; Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 240 vd.

¹¹⁰⁰ Süzek, s. 84; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231-232; Çelik ve diğerleri, s. 291-292; Soyer, s. 60, 63; Erdemir, s. 95; İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün yönetim hakkının sınırlarını çizmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay, s. 158-168.

¹¹⁰¹ Tunçomağ ve Centel, s. 105; Taşkent, s. 118-122; Süzek, s. 84; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 231; Çelik ve diğerleri, s. 291; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 19; Güzel, Yetki ve Sözleşme, s. 182; Soyer, s. 58; Narmanlıoğlu, s. 254; Balkır, s. 77; Örneğin Yargıtay'ın bir kararında, ipek işinde uzun süre çalışan bir işçi, aynı fabrikada yün işine geçirilmiş ve daha sonra bu işte başarısız olduğu iddia edilerek iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Yüksek Mahkeme bu iş değişikliği dolayısıyla işçinin başarısız olması sonucunun doğal olması nedeniyle işverenin bu işlemi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. 28.09.1953, 4650/4835, Bkz. Taşkent, s. 119; Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel ve Ugan Çatalkaya, s. 44-66.

B. Hukuka Aykırı Talimatlar Bakımından İşçinin İş Red Hakkı

Yukarıda yer verilen sınırlamalar çerçevesinde hukuka uygun olarak işverence verilen talimatlara işçi dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür (TBK m. 399). Aksi halde hukuka uygun olan ve işin ifasına yönelik bir talimata işçinin uymaması iş görme borcunun, işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara aykırı davranması ise itaat borcunun ihlali anlamına gelir ve sözleşmeye aykırılığın hukuki sonuçları söz konusu olur¹¹⁰².

Yönetim hakkının sınırlarını aşan, hukuka, ahlâka ya da iş sözleşmesine aykırı, işle hiç ilgisi bulunmayan, işçinin kişilik haklarını, onurunu, eşitlik ilkesini zedeleyen talimatlara ise işçinin uyma yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmelidir¹¹⁰³. Nitekim Yargıtay da kararlarında yönetim hakkının sınırlarını aşan talimatlara işçinin uyma yükümlülüğü bulunmadığına hükmetmektedir¹¹⁰⁴.

İşçi, hukuka aykırı bir talimatı yerine getirmekten kaçınma hakkına sahiptir¹¹⁰⁵. Burada işçinin talimata uymama olanağının bir iş görmekten kaçınma hakkı oluşturup oluşturmadığı tartışılabilir. Kanaatimizce işçi hukuka aykırı ve yönetim hakkının sınırlarını aşan bir işi ifa etmekle yükümlü olmayacağından, burada işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasına gerek yoktur, zira işçi zaten iş görme edimini ifa borcu altında değildir¹¹⁰⁶. Bu halde işçinin yönetim hakkının sınırları dışında kalan bir talimata uymaması durumunda kendisine bir yaptırım uygulanması mümkün değildir. İşveren bu sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedemeyeceği gibi, koşulları varsa iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi de söz konusu olabilir¹¹⁰⁷.

¹¹⁰² Taşkent, s. 77; Süzek, s. 85; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 232; Çelik ve diğerleri, s. 291; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s. 20, 146.

¹¹⁰³ Birk, s. 415; Taşkent, s. 79; Süzek, s. 85; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 232; Çelik ve diğerleri, s. 291; Narmanlıoğlu, s. 255; Balkır, s. 75; Baycık, s. 171; Pınar Zeybekoğlu, **İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı**, Legal Yayınevi, 2018, s. 181.

¹¹⁰⁴ Bu yönde bkz. Yarg. 7. HD, 14.05.2014, 2014/5708 E., 2014/10806 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 20.04.2019); 7. HD, 2015/30955 E., 2015/25072 K., www.hukukmedeniyeti.org, (E.T. 20.04.2019); 9. HD, 24.09.2018, 2018/6582 E., 2018/16484 K., www.kazanci.com, (E.T. 20.04.2019).

¹¹⁰⁵ Taşkent, s. 79.

¹¹⁰⁶ Bu yönde bkz. Birk, s. 415.

¹¹⁰⁷ Taşkent, s. 79; Süzek, s. 86; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 232.

C. İşin Esaslı Şekilde Değiştirilmesi

1. Genel Olarak

Hukukun genel ilkelerinden biri olan ahde vefa ilkesi (pacta sunt servanda) uyarınca, tarafların sözleşme akdederken gelecekte ortaya çıkabilecek tahmin edilemeyen hususları ve değişiklikleri baştan kabullendikleri varsayılmakta, şartlar sonradan değişse dahi aksine bir anlaşma olmadıkça, taraflar akdettikleri sözleşmeye uymakla yükümlü olmaktadır¹¹⁰⁸. Sözleşme içeriğinde bir değişiklik yapılmak isteniyorsa, işlem temelinin çökmesi istisna kalmak kaydıyla, bu değişiklik tarafların ortak iradeleri ve anlaşmalarıyla mümkün olur. Ancak özellikle sürekli borç ilişkilerinde zaman içerisinde sözleşmenin koşulları değişime uğrayabilir ve sözleşmede değişiklik yapma ihtiyacı ortaya çıkabilir¹¹⁰⁹. Devam eden iş ilişkilerinde sürekli değişen ekonomik, teknik, sosyal koşullar, çalışma yaşamının dinamikliği, verimlilik gerekleri, iş piyasasının gelişimi gibi nedenlerle sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemeyen bazı sözleşme koşullarında değişim yaşanabilir¹¹¹⁰. Bu nedenle ahde vefa ilkesiyle sözleşmede değişiklik rejimi arasında bir dengenin kurulması gerekir¹¹¹¹.

¹¹⁰⁸ Sarper Süzek, “Değişiklik Feshi”, **TİSK Akademi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, (Değişiklik Feshi), s. 10; Alp, s. 23; Gülsevil Alpagut, “İş Kanunu’nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2006, (22. Madde), s. 50; Kübra Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 3, 2010, (Çalışma Koşullarında Değişiklik), s. 96-97; Aydın Başbuğ, **İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 7-8; Fatih Uşan, “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ünal Narmanhoğlu’na Armağan, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 218; Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 161; Gaye Burcu Yıldız, **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Sözleşmesel Kayıtlar), s. 75.

¹¹⁰⁹ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 388; Alp, s. 38-39; Başbuğ, s. 10; Uşan, s. 219; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 75.

¹¹¹⁰ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 388; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 10; Kübra Doğan Yenisey, “İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, (Tek Taraflı Değişiklik), s. 1175-1176; Alp, s. 40-41; Uşan, s. 219; A. Murat Demircioğlu, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **İş Dünyası ve Hukuk**, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul, 2011, s. 124; A. Eda Manav, “İş Kanunu’nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları”, **TAAD**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2012, (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi), s. 210.

¹¹¹¹ Süzek, Değişiklik Feshi, s. 10; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 98; Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda ise ayrıntılı bilgi için bkz. Başbuğ, s. 35 vd.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve değişiklik feshi, ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile kabul edilmiş önemli düzenlemelerden biridir. Konu 1475 sayılı mülga İş Kanunu ile yalnızca işçinin iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı çerçevesinde düzenlenmekteydi. Buna göre işçinin “*iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa*” işçi iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz olarak feshetme hakkına sahip olmaktaydı (m. 16/e). Ancak bu halde iş sözleşmesini fesheden işçi haklı neden bulunduğundan kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte, ihbar tazminatını ve iş sözleşmesinin işverence feshinden doğacak hakları talep edememekteydi¹¹¹².

4857 sayılı Kanunla ise konuya ilişkin ayrı bir düzenleme getirilmiş, bu çerçevede hem çalışma koşullarında değişikliğin yapılmasına ilişkin bir prosedür belirlenmiş, hem de değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda işverence ya bu değişiklikten vazgeçilmesi ya da iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹¹¹³. Böylece değişikliğin kabul edilmemesi durumunda işçi iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmamakta, sözleşmenin işverence feshedilmesi halinde kıdem tazminatı ve bunun yanı sıra iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesine bağlanan tüm sonuçları talep hakkına sahip olmaktadır¹¹¹⁴. Söz konusu hüküm işçinin korunması amacına hizmet etmekte ve işçinin işverence tek taraflı olarak iş sözleşmesinde yapılacak esaslı değişikliklere karşı korunması sağlanmaktadır¹¹¹⁵. 22. maddenin gerekçesinde de söz konusu

¹¹¹² Süzek, s. 660; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 7-8; Alp, s. 58; Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 5, 2004, (Esaslı Şartlarda Değişiklik), s. 58; Uşan, s. 212; Murat Engin, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, **İÜHFİM**, Cilt: LXI, Sayı: 1-2, 2003, (Esaslı Değişiklik), s. 313; Ufuk Aydın, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 23, Eylül 2011, (Esaslı Değişiklik), s. 22; Şerafettin Güler, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapmak”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 5, Eylül 2007, s. 35-36.

¹¹¹³ İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca, “*İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.*

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

¹¹¹⁴ Süzek, s. 660; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 8; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 23; Güler, s. 38.

¹¹¹⁵ İşverenin iş sözleşmesinde tek taraflı değişiklik yapma kayıtlarının geçerliliği konusunda öğretideki tartışmalar ve içerik denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Narmanlıoğlu,

düzenleme ile belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu düzenlemenin kabul edilmesiyle, işverenin tek taraflı değişiklik yapmak suretiyle işçiyi iş sözleşmesini sona erdirmeye zorlama, yani iş güvencesi hükümlerini dolanma olanağı da ortadan kaldırılmış; işçinin korunması sağlanmıştır¹¹¹⁶.

Bununla birlikte işçinin rızası bulunmaksızın işverence çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması durumunda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına ilişkin hüküm de 4857 sayılı İş Kanunu'nda korunmuştur. Kanunun 24. maddesinin 2. fıkrasının e ve f bentlerinde işçinin ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi veya ödenmemesi ile çalışma şartlarının uygulanmaması halleri işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih sebepleri arasında sayılmıştır.

2. Çalışma Koşulu ve Esaslı Değişiklik Kavramları

Çalışma koşulu öğretide işçinin tabi olacağı bütün şartları ifade eden ve iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçları kapsayan bir kavram olarak tanımlanmaktadır¹¹¹⁷. 22. madde çerçevesinde çalışma koşullarında değişiklikten söz

“İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 3, Eylül 2006, (Değişiklik), s. 13-18; Alp, s. 243-413; Mustafa Alp, “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 3, Eylül 2006, (İçerik Denetimi), s. 37-53; Alpagut, 22. Madde, s. 5159-64; Doğan Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, s. 1180-1198; Uşan, s.242-254; Erdem Özdemir, “İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2004, (Değişiklik), s. 31-44; Binnur Tulukçu, “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, (Esaslı Değişiklik), s. 1126-1134; Baycık, s. 187-229; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 124-139.

¹¹¹⁶ Süzek, s. 660; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 8; Güzel, Yetki ve Sözleşme, s. 161; Narmanlıoğlu, s. 475; Kübra Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, **III. Yılında Yeni İş Yasası**, (Seminer Notları), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum, 2005, (Seminer), s. 107; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 96; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 23; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 76; İçerik güvencesi ile iş güvencesi arasındaki ilişki hakkında bilgi için bkz. Alp, s. 27-30.

¹¹¹⁷ Münir Ekonomi, “Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara 1997, (Çalışma Şartları), s. 158; Taşkent, s. 12; Eyrenci ve diğerleri, s. 232; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 389; Alp, s. 101; Alpagut, Esaslı Şartlarda Değişiklik, s. 53; Doğan Yenisey, Seminer, s. 113; Engin, s. 95; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 314; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 77; Güzel ve Ugan Çatalkaya, s. 52; Tulukçu, Esaslı Değişiklik, s. 1101; İlke Gürsel, “Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararıyla tespiti ve

edilebilmesi için, ilk olarak Kanun hükmü uyarınca “iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla” oluşan çalışma koşullarında bir değişikliğin yapılması istenmelidir. Dolayısıyla işverence değiştirilmesi istenen çalışma koşulu ilgili hükümde sayılan hususlardan doğabilir.

Kanun ve toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları hakkında ise işverenin esaslı değişiklik yapması mümkün olmadığından, böyle bir değişiklik 22. maddenin uygulama alanına girmez¹¹¹⁸. İşverence kanuna ya da toplu iş sözleşmesine aykırı bir değişiklik yapılmak istendiğinde, ancak çalışma koşullarının uygulanmamasından söz edilebilir¹¹¹⁹.

İşverence çalışma koşullarında yapılan her tür değişiklik 22. madde kapsamına girmez; bu değişikliğin “esaslı” olması gerekir. 22. madde uyarınca “çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği”n ancak hükümde belirlenen usule tabi olarak yapılması gerektiği öngörüldüğünden, hükmün karşıt ifadesinden esaslı olmayan değişikliklerde söz konusu hükmün uygulanmayacağı sonucuna varılır. Anılan durum öğretide 22. madde hükmünün işverene esaslı olmayan unsurlara ilişkin tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi verdiği şeklinde yorumlanmaktadır¹¹²⁰.

Esaslı değişiklik öğretide, “iş ilişkisini belirleyen hükümlerde öngörülmemiş bulunan ve normal olarak karşı taraftan istenemeyecek olan tüm değişiklikler” olarak tanımlanmaktadır¹¹²¹. Bu çerçevede “sözleşmenin objektif unsurlarına

Bunun Hukuki Sonuçları”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7**, (Ed. Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul, 2018, s. 177; Bekir Uzun, “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Haziran 2006, (Değişiklik), s. 48.

¹¹¹⁸ Ekonomi, s. 201; Ekonomi, Çalışma Şartları, s. 165; Süzek, s. 662; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 9; Alp, s. 102; Engin, s. 95; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 314; Uşan, s. 221; Tulukçu, Esaslı Değişiklik, s. 1112; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 23; Uzun, Değişiklik, s. 48; Zira toplu iş sözleşmesi ancak taraflarının anlaşması suretiyle sona erdirilebileceğinden işverenin bu hususta işçiye değişiklik teklif ederek değişikliğe gitmesi mümkün değildir. Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 16.07.2018, 2018/5738 E., 2018/15042 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019).

¹¹¹⁹ Ekonomi, s. 201; Engin, s. 95; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 314.

¹¹²⁰ Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 390; Çelik ve diğerleri, s. 568; Güzel, Yetki ve Sözleşme, s. 166; Güzel ve Ugan Çatalkaya, s. 51; Engin, s. 96; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 316; Alp, s. 61, 103; Murat Demircioğlu, s. 125; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 83, 86; Gürsel, s. 183; Bu konuda Baycık’a göre ise, iş sözleşmesi ve eklerinin esaslı olmayan şekilde değiştirilmesi de yine tarafların anlaşmasına bağlıdır; ancak bu değişiklik anlaşmasının kurulması bir şekle tabi olmayıp, zımnî anlaşma da yeterlidir. Baycık, s. 160, 168; Ayrıca bu hususta öğretideki görüşler hakkında bilgi için bkz. Baycık, s. 160-170; Gürsel, s. 181-183.

¹¹²¹ Alp, s. 113; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 95; Uşan, s. 220.

müdahale teşkil eden ve sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini bozan değişiklikler” esaslı değişikliği oluşturur¹¹²². Esaslı olmayan çalışma koşulları ise, sözleşmenin daha az önemli, ikinci derecede unsurları ya da sözleşmenin unsuru niteliği taşımayan birtakım çalışma koşulları şeklinde ifade edilebilir¹¹²³. İşçinin çalıştığı büro, araç, işyerine yemek veren firma, daktilo ile çalışan işçinin organizasyon değişikliği nedeniyle bilgisayarla çalışması gibi örnekler genel olarak esaslı olmayan değişikliklerdir¹¹²⁴. Hangi değişikliklerin esaslı değişiklik olduğunu tespit etmek önemli bir sorundur.

Çalışma koşullarında yapılan değişiklikler işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kalıyorsa, esaslı değişiklik sayılmaz¹¹²⁵. Zira işveren yönetim hakkı çerçevesinde, iş sözleşmeleriyle düzenlenmeyen konularda, işçilere vereceği talimatlarla işin yürütümünü ve işçilerin davranışlarını düzenleme yetkisine sahip olduğundan, yönetim hakkının kapsamında kalan konularda İş Kanunu’nun 22. maddesine tabi olmaksızın tek taraflı değişiklik yapabilecektir.

İşverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan değişiklikler de her zaman esaslı değişiklik oluşturmaz. Esaslı değişiklik sayılması için, işverence iş sözleşmesiyle belirlenmiş olan esaslı koşullarda işçi aleyhine bir müdahale ve değişiklik yapılması gerekir¹¹²⁶. İş sözleşmesinin esaslı koşulları, sözleşmenin birinci derecede esaslı unsurlarıdır¹¹²⁷. İş sözleşmesi bakımından iş görme ve ücret, esaslı unsurların başında gelmektedir¹¹²⁸. Bunların yanı sıra iş ilişkisinden doğan esaslı unsurlar

¹¹²² Süzek, s. 662; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 10; Eyrenci ve diğerleri, s. 232; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 389; Güzel ve Ugan Çatalkaya, s. 53; Alp, s. 114; Alpagut, Esaslı Şartlarda Değişiklik, s. 56; Başbuğ, s. 86; Baycık, s. 174; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 85; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 213; Gürsel, s. 178; Uzun, Değişiklik, s. 53.

¹¹²³ Ekonomi, s. 201; Engin, s. 96; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 315; Uşan, s. 220; Gürsel, s. 181.

¹¹²⁴ Engin, s. 96; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 315.

¹¹²⁵ Süzek, s. 662; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 10; Eyrenci ve diğerleri, s. 232; Güzel, Yetki ve Sözleşme, s. 160; Güzel ve Ugan Çatalkaya, s. 51; Narmanlıoğlu, s. 474; Narmanlıoğlu, Değişiklik, s. 11; Doğan Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, s. 1177; Doğan Yenisey, Seminer, s. 117; Alp, s. 103; Alpagut, Esaslı Şartlarda Değişiklik, s. 54; Alpagut, 22. Madde, s. 51; Tankut Centel, **İş Güvencesi**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, (İş Güvencesi), s. 191; Engin, s. 96; Başbuğ, s. 83-84; Tulukçu, Esaslı Değişiklik, s. 1113; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 24; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 212; Gürsel, s. 182; Uzun, Değişiklik, s. 51; Bkz. Yarg. 22. HD, 06.04.2015, 2015/485 E., 2015/12607 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019).

¹¹²⁶ Süzek, s. 662; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 314-315.

¹¹²⁷ Centel, İş Güvencesi, s. 191; Engin, s. 95; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 315.

¹¹²⁸ Yarg. 02.05.2016, 9. HD 2016/13851 E., 2016/11020 K., www.calismatoplum.org, (E.T.28.03.2019)

yapılan işin türü, çalışma yeri ve çalışma zamanı şeklinde sayılabilir¹¹²⁹. Bu konularda işçi aleyhine yapılacak her tür değişiklik, esaslı değişiklik niteliği taşır.

Söz konusu değişikliğin işçi aleyhine olması gerekir. İşçi lehine olan değişiklikler bakımından İş Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Zira kural olarak böyle bir değişikliği reddetmek iyiniyet kurallarına aykırıdır¹¹³⁰. Ancak işçi lehine olup olmadığının da somut olayda araştırılarak belirlenmesi gerekir. Zira örneğin işçinin daha yüksek düzeyde veya daha yüksek ücretli bir işe geçirilmesi, sorumluluk ve iş riskleri getiriyorsa, somut olaya göre işçi aleyhine değişiklik olarak nitelendirilebilir ve bu durumda yapılacak değişiklik 22. maddedeki usule tabi olur¹¹³¹.

İşverence yapılmak istenen değişikliğin işçinin durumunu ağırlaştıran esaslı bir değişiklik olup olmadığının tespitinde işçiye sağlanan bir karşılık bulunup bulunmadığı ve ikame değerlerle dengelenip dengelenmediği de önemlidir. Örneğin işyerinde işverence sağlanan servis olanağının kaldırılması, işçilere bir ulaşım zammının ödenmeye başlaması ya da işyerinde yemek verilmesi uygulamasının kaldırılarak yemek bedelinin işçilere nakit olarak sağlanması hallerinde bunlar esaslı değişiklik sayılmayabilir¹¹³². Ancak yine bu durumun da somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi, ortadan kaldırılan menfaatin işçi açısından gerçekten ikame değer ile dengelenebiliyor olması gerekir¹¹³³.

Yine işverenin, işçiye belli bir edimin sağlanmasına yönelik menfaatinin ortadan kalkması ve bu durumun objektif olarak tespit edilebiliyor olması durumunda, tek taraflı olarak çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı

¹¹²⁹ Ekonomi, s. 200-201; Süzek, s. 663-667; Çelik ve diğerleri, s. 568-569; Eyrenci ve diğerleri, s. 232; Centel, İş Güvencesi, s. 191; Alpagut, Esaslı Şartlarda Değişiklik, s. 53; Engin, s. 95; Engin, Esaslı Değişiklik, s. 315; Tulukçu, Esaslı Değişiklik, s. 1102; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 23; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 216; Gürsel, s. 178; Uzun, Değişiklik, s. 48; Yarg. 9. HD, 18.01.2012, 2009/37886 E., 2012/812 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019); Ayrıca kararın incelemesi için bkz. Levent Akın, "İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 2, Mart 2013, (Değişiklik), s. 38-50.

¹¹³⁰ Süzek, s. 662; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 390; Centel, İş Güvencesi, s. 192; Uşan, s. 224.

¹¹³¹ Süzek, s. 662; Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", **Bankacılar Dergisi**, Sayı: 65, Haziran 2008, (Değişiklik), <https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/65.pdf>, (E.T. 31.03.2019), s. 106; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 24; Uşan, s. 224; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 85.

¹¹³² Süzek, s. 662; Alpagut, Değişiklik, s. 106; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 24; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 86.

¹¹³³ Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 86; Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 12.11.2010, 2009/36031 E., 2010/33783 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2019).

olmadığı kabul edilmektedir. Belirli bir işle bağlantılı risk ve güçlüğü yeni bir teknoloji sayesinde giderilmiş olması durumunda, işçiye o risk ya da güçlük için ödenen zamma son verilmesi bu duruma örnek oluşturur¹¹³⁴. Zira burada söz konusu zammın nedeni ortadan kalkmaktadır.

Ancak işverence çalışma koşullarında yapılacak değişikliğin esaslı olup olmadığı, her somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir sorundur¹¹³⁵. Bu hususta Yargıtay, kararlarında esaslı değişikliğin tespit edilmesinde sıklıkla “işçinin durumunun ağırlaştırılması” ölçütüne başvurmaktadır¹¹³⁶.

3. Esaslı Değişikliğin Yapılması

İşçinin çalışma koşullarında yapılacak değişikliğin esaslı olması durumunda, İş Kanunu’nun 22. maddesinde bir şekil şartı getirilmiş ve işverenin bu tür değişikliği ancak durumu işçiye “yazılı olarak” bildirmek suretiyle yapabileceği kabul edilmiştir. Bu bir geçerlik koşulu olup, şekle uyulmadan yapılan değişiklik önerileri geçersiz olur¹¹³⁷.

İşverenin değişiklik yapılmasına ilişkin irade beyanı, icap niteliğindedir¹¹³⁸. Bu icabın işçi tarafından “yazılı olarak” kabul edilmesiyle iş sözleşmesinin değiştirilmesi için anlaşma sağlanmış olacaktır.

22. madde uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişikliğin yapılabilmesi için, işverence yazılı olarak yapılan değişiklik önerisinin işçi tarafından altı işgünü

¹¹³⁴ Süzek, s. 662; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 24; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 86.

¹¹³⁵ Çelik ve diğerleri, s. 569; Engin, s. 96; Demircioğlu, Murat, s. 125; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 86; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 215; Gürsel, s. 178-179.

¹¹³⁶ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 17.05.2005, 2004/27850 E., 2005/18819 K.; 9. HD, 12.11.2010, 2009/36031 E., 2010/33783 K.; 22. HD, 03.10.2013, 2013/26565 E., 2013/20677 K., Alp, Değerlendirme, s. 213-214; Yarg. 7. HD, 26.05.2014, 2014/4483 E., 2014/11162 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2019); 9. HD, 06.02.2013, 2010/42628 E., 2013/4443 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019).

¹¹³⁷ Süzek, s. 668; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 23; Narmanlıoğlu, s. 475; Narmanlıoğlu, Değişiklik, s. 11; Centel, İş Güvencesi, s. 192; Alp, s. 67; Doğan Yenisey, Seminer, s. 129; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 32; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 105; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 228; Yarg. 9. HD, 18.02.2008, 2008/4545 E., 2008/411 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019).

¹¹³⁸ Süzek, s. 668; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 22; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 393; Alp, s. 67; Doğan Yenisey, Seminer, s. 127; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s. 99; Murat Demircioğlu, s. 128; Uşan, s. 254; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 32; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 104.

içerisinde yazılı olarak kabul edilmesi gerekir¹¹³⁹. Aksi halde bu süre içerisinde öngörülen şekilde uygun olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır (m. 22). Kanunda öngörülen kabule ilişkin şekil de bir geçerlik koşuludur¹¹⁴⁰.

4. Teklifin İşçi Tarafından Kabul Edilmemesi

Kanunda öngörülen usule göre teklif edilen ve belirtilen süre içerisinde kabul edilen değişiklikler, işçi açısından bağlayıcı nitelikte olur ve öneriye konu çalışma koşulları değiştirilerek devam eder. İşçinin kabulünün yazılı ve tereddüde yer vermeyecek derecede açık şekilde yapılması gerekir. Zımnen kabul ise 22. madde hükme çerçevesinde mümkün olmayacak, işçinin susması durumunda değişikliği kabul ettiği değil, aksine reddettiği sonucuna varılacaktır¹¹⁴¹.

¹¹³⁹ Burada işçinin işveren tarafından yapılan öneriyi kabul etmesi için altı iş günlük bir süre getirilmiştir. Bu süre nisbi emredici olup, taraflarca anlaşarak uzatılabilir; ancak kısaltılamaz. Bu sürenin amacı, işçiye bir düşünme süresinin tanınması, acele karar vererek zarar görmesinin önlenmesi, hatta varsa işçinin de karşı teklifini ileri sürmesi için imkân sağlanmasıdır. Ancak işçinin öngörülen bu süreyi beklemezsizin işverenin önerisini kabul ya da reddetmesine de bir engel yoktur. Süzek, s. 669; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 24; Alpagut, Değişiklik, s. 108; Alp, s. 65; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 32; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 106; Bu sürenin sona ermesinden sonra işçi tarafından teklifin kabul edilmesi durumunda ise, bu işçi tarafından yapılmış yeni bir icap niteliğinde sayılabilecektir. Süzek, s. 669; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 24; Alp, s. 73; Bu yönde bkz. Yarg. 7. HD, 26.05.2014, 2014/4483 E., 2014/11162 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2019).

¹¹⁴⁰ Süzek, s. 669; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 24; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 32; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 106; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 229.

¹¹⁴¹ Süzek, s. 670; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 24; Çelik ve diğerleri, s. 570; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 394; Alp, s. 62; Alpagut, Değişiklik, s. 108; Doğan Yenisey, Seminer, s. 128; Akın, Değişiklik, s. 47; Uşan, s. 256; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 33; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 245; Gürsel, s. 194; Uzun, Değişiklik, s. 58; Güler, s. 39; Buna karşılık aksi görüşe göre ise, çalışma koşullarında değişikliğin işçi tarafından kabul edildiği, onun davranışlarından da örtülü olarak anlaşılabilir. Bu yönde bkz. Eyrenci ve diğerleri, s. 233; Öğretide 22. maddede belirtilen usule uyulmamasına karşın, işçi tarafından itiraz edilmeksizin uzun bir süre çalışılması durumunda işçinin değişikliğin geçersiz olduğuna ilişkin itirazının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği görüşü ifade edilmektedir. Centel, İş Güvencesi, s. 193; Bu hususta Alp'e göre ise, iş görme ediminde değişikliğe gidildiği bazı durumlarda çalışma koşullarının, örneğin işyerinin kapatılmasında olduğu gibi, kalıcı olarak değiştirildiği işçi açısından anlaşılabilir durumdadır. Bu hallerde bir ayırım yapılmalıdır. İşverenin önerisini ve önerinin sonuçlarını işçinin açık bir şekilde anladığı kabul edilebiliyorsa ve işçi değişen çalışma koşullarında zımni kabul olarak değerlendirebilecek bir süre çalışmışsa, sonradan şekil şartına uyulmadığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturabilir. Alp, s. 74; Yargıtay'ın ise bu konuda farklı yönde kararları mevcuttur. Eski kararlarında Yüksek Mahkeme işçinin susmasını değişikliği kabul etmesi olarak değerlendirebilmekteydi. Nitekim örneğin işçilerin ikramiyenin ödenmesine ilişkin işyeri uygulamalarının kaldırılmasına sessiz kalmasını işçilerin kabulü olarak yorumlamaktaydı. Bkz. Yarg. 9. HD, 22.03.2005, 2004/14486 E., 2005/9433 K.; 9. HD, 19.09.2005, 2005/27701 E., 2005/30370 K. www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2019); 22. HD, 11.02.2013, 2012/12745 E., 2013/2608 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019); Yine işçinin işyeri değişikliğine itiraz etmemesi halinde değişikliği kabul etmiş sayılacağına ilişkin bkz. Yarg. 9. HD, 19.09.2005, 2005/27703 E., 2005/30371 K., www.calisma toplum.org, (E.T. 04.04.2019); Buna karşılık daha sonraki yıllarda Yargıtay da görüşünü değiştirmiştir. İkramiyenin kaldırılmasının

22. madde uyarınca işçi tarafından altı işgünü içerisinde kabul edilmeyen değişiklikler, işçiyi bağlamaz. İşçi Kanunda öngörülen süre içerisinde işverence yapılan değişiklik önerisini kabul etmediğini bildirir ya da bu süre boyunca herhangi bir cevap vermezse, öneri reddedilmiş ve iş sözleşmesinde değişiklik yapılmamış olur¹¹⁴².

Değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi ya da kabul edilmemiş sayılması durumunda, işveren bu değişikliği yapmaktan vazgeçebilir; bu halde sözleşme eski şekliyle devam eder. İkinci ihtimal, işverenin değişiklik konusunda ısrar etmesi durumunda, 22. madde uyarınca iş sözleşmesini fesih olanağıdır. Nitekim söz konusu hükümde işçinin değişiklik önerisini kabul etmemesi üzerine, işverenin değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebileceği düzenlenmiştir¹¹⁴³.

Bu şekilde işçi tarafından altı iş günlük süre içerisinde kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacağından, işçinin değişikliğe uygun olarak iş görme edimini ifa etmiyor olması ya da işverenin işin ifasına yönelik talimatlarına uymaması işverene iş sözleşmesini fesih yetkisi de vermez¹¹⁴⁴.

İşçi tarafından değişiklik önerisinin kabul edilmemesine rağmen işverence çalışma koşullarında esaslı değişiklikte ısrar edilmesi durumunda hangi sonuçların doğacağını tespit ederken, öğretide değişikliğin konusuna göre bir ayırım yapıldığı

işverenin tek taraflı tasarrufu olduğuna ilişkin kararları için bkz. Yarg. 9. HD, 08.04.2011, 2009/10393 E., 2011/10581 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 03.04.2019); 9. HD, 02.04.2014, 2012/6260 E., 2014/11165 K., www.kazanci.com, (E.T. 03.04.2019); Yine Yargıtay'ın işçinin susmasının kabul olarak yorumlanamayacağına ilişkin kararları için bkz. Yarg. 9. HD, 02.04.2014, 2012/76260 E., 2014/11165 K.; 22. HD, 02.06.2016, 2016/12124 E., 2016/16191 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019); Bununla beraber yine Yüksek Mahkeme tarafından 2015 yılında verilen bir kararda ise, *"Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği kuşkuyla yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde, işçinin bu davranışı 22. maddenin ikinci fıkrası anlamında, çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir."* şeklinde karar verilmiştir. Yarg. 9. HD, 26.05.2015, 2014/6057 E., 2015/19194 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019); Aynı yönde bkz. Yarg. 7. HD, 06.03.2014, 2013/8710 E., 2014/5492 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019).

¹¹⁴² Süzek, s. 671; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 25; Alpagut, Değişiklik, s. 109; Alp, s. 74; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 247.

¹¹⁴³ Değişiklik feshine ilişkin bilgi için bkz. Süzek, s. 674-677; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 26-29; Centel, İş Güvencesi, s. 195-198; Alp, s. 123-142; Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, s.101-107; Tulukçu, Esaslı Değişiklik, s. 1115-1123.

¹¹⁴⁴ Alp, s. 75; Yarg. 9. HD, 12.03.2018, 2015/11105 E., 2018/4922 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019).

görülmektedir. İlk olarak, işveren işçinin ücretinde aleyhe bir değişiklik yapmışsa, değişiklik önerisini kabul etmeyen işçi, ücret farkını ya da ödenmeyen ücret ekinin ifasını talep edebilir, İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilir ya da iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II, e maddesi uyarınca haklı nedenle feshedebilir¹¹⁴⁵.

Ücret dışında kalan çalışma koşullarında yapılan esaslı değişikliklerde işverence ısrar edilmesi ise, öğretide somut olayın koşulları çerçevesinde işverenin haksız feshi ya da işverenin alacaklı temerrüdü olarak nitelendirilmektedir¹¹⁴⁶. Öğretide genel olarak, burada bir ayırım yapılmakta ve tek taraflı olarak işverence uygulamaya konulan işyeri değişiklikleri, örneğin işverenin başka bir işyerine nakledilme önerisini kabul etmeyen işçinin işyerine alınmaması, işverenin sözleşmeyi haksız feshi olarak nitelendirilmektedir¹¹⁴⁷. Yargıtay da kararlarında işverence çalışma koşullarında işçinin değişikliğe zorlanmasını işveren feshi olarak değerlendirmektedir¹¹⁴⁸.

İşin niteliğinde yapılmak istenen değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi, ancak işverence işçinin eski işinde çalışmasına izin verilmediği ve yeni işinde çalışmaya zorlandığı durumlarda ise, burada işverenin feshi yerine, işverenin alacaklı temerrüdünün ortaya çıktığı kabul edilmektedir¹¹⁴⁹. Gerçekten de işçi tarafından esaslı değişiklik önerilerinin kabul edilmemesinin sonucu, iş sözleşmesinin eski koşullarıyla beraber devam etmesidir. Buna rağmen işçinin işi ifaya hazır olmasına karşın, işverence işçinin eski koşullarla çalışmasına müsaade

¹¹⁴⁵ Süzek, s. 672; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 25; Centel, İş Güvencesi, s. 195; Alpagut, 22. Madde, s. 58; Alpagut, Değişiklik, s. 109; Doğan Yenisey, Seminer, s. 131; Tulukçu, Esaslı Değişiklik, s. 1123; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 247; Gürsel, s. 206-207; Uzun, Değişiklik, s. 58.

¹¹⁴⁶ Süzek, s. 672; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 25; Centel, İş Güvencesi, s. 195; Alpagut, Değişiklik, s. 109; Uşan, s. 258; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 247.

¹¹⁴⁷ Süzek, s. 672; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 25; Centel, İş Güvencesi, s. 195; Gürsel, s. 207.

¹¹⁴⁸ Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 25.05.2009, 2009/17729 E., 2009/14144 K., Kararın incelemesi için bkz. Nurşen Caniklioğlu, "İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, (Değişiklik), s. 104-113; Yarg. 9. HD, 08.10.2015, 2015/19275 E., 2015/27919 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019).

¹¹⁴⁹ Capodistrias, Festschrift, s. 108; Süzek, s. 673; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 25; Centel, İş Güvencesi, s. 195; Doğan Yenisey, Seminer, s. 131; Gürsel, s. 207; Bu hususta Mollamahmutoğlu ve diğerleri, işçinin değişikliği reddetmesine rağmen eski çalışma koşullarının uygulanmasında ısrarcı olan; işverenin bu davranışına, alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmekle beraber, böyle bir durumda işçinin İş Kanunu'nun 24. maddesi anlamında haklı nedenle fesih hakkı da doğacağından, işçi aleyhine bazı sonuçlar ve indirimler getiren alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurulması ihtimalinin güç olduğu görüşündedir. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 397-398; Aynı görüşte bkz. Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 33.

edilmemesi, işverenin haklı bir sebep bulunmaksızın işi kabulden kaçınması anlamını taşır. Ayrıca işverenin iş sözleşmesine uygun şartlarla işi sunması hazırlık fiili niteliğindedir ve dolayısıyla işçiyi eski çalışma koşullarıyla çalıştırmayan işveren, alacaklı temerrüdüne düşer¹¹⁵⁰. Burada iş sözleşmesinde işçinin rızası olmaksızın tek taraflı olarak değişiklik yapan işveren, yönetim hakkının sınırlarını aştığından, işçi sözleşmeye aykırı olan bu talimata uymak zorunda değildir¹¹⁵¹.

İşçinin yapmakla yükümlü olduğu iş, kural olarak iş mevzuatında ya da iş sözleşmesinde belirlenir. İşçinin görmekle yükümlü olduğu iş, sözleşmede açıkça belirlenmiş olabileceği gibi, yalnızca belirli bir meslek veya uzmanlık alanı olarak da belirtilmiş olabilir. İşverenin yönetim hakkı, işçinin işin niteliği ile bağdaşan, benzer ve eşit değerdeki işlerde görevlendirilmesi ile sınırlı olup, işverence görev tanımına girmeyen bir işin ifasının işçiden talep edilmesi mümkün değildir¹¹⁵². Vasıfsız işçiler bakımından ise, işverenin yönetim hakkının sınırları daha geniştir. Bu çerçevede vasıfsız işçinin dürüstlük kuralları gereğince kendisinden istenebilecek işleri yapmakla yükümlü olduğu söylenebilir¹¹⁵³. Bunun dışındaki işler bakımından ise, 22. madde uyarınca işçinin yazılı onayının alınması gerekir. İşverenin işçiye iş sözleşmesiyle belirlenenden farklı olarak, daha aleyhe ve çalışma koşullarını ağırlaştıran nitelikte bir iş vermesi ya da vasıfsız işçiyi daha olumsuz koşullarda çalışmaya zorlaması durumunda, esaslı değişiklikten söz edilir¹¹⁵⁴.

¹¹⁵⁰ Alpagut, 22. Madde, s. 58.

¹¹⁵¹ Engin, Esaslı Değişiklik, s. 318.

¹¹⁵² Hueck ve Nipperdey, s. 200; Nikisch, s. 285; Taşkent, s. 141; Süzek, s. 665; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 13; Soyer, s. 69; Alpagut, Değişiklik, s. 106; Doğan Yenisey, Seminer, s. 122; Uşan, s. 234; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 25; Baycık, s. 176; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 92; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 217; Gürsel, s. 186; Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 25.10.2005, 2005/18642 E., 2005/34530 K.; 9. HD, 29.01.2007, 2006/37016 E., 2007/1180 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 05.04.2019).

¹¹⁵³ Hueck ve Nipperdey, s. 201; Nikisch, s. 285; Taşkent, s. 141; Uşan, s. 234; Baycık, s. 176; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 92; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 217; İşçi, onayı alınmaksızın sürekli ya da geçici olarak başka bir işte çalıştırılmayacak olsa da, işyerinde yangın çıkması, sel basması, patlama olması veya işçilerden birinin hastalanması gibi bir olayın meydana gelmesi gibi durumlar, işçinin geçici olarak başka bir işte çalıştırılmayacağı kuralının istisnasını oluşturur. Bu halde işçinin normalde yapmakla yükümlü olmadığı bazı işleri üstlenmesi, sadakat borcunun bir gereğidir. Ancak işverenin ekonomik durumu ise, bu şekilde bir değişiklik için haklı bir neden teşkil etmez. Taşkent, s. 141; Aynı yönde bkz. Arıcı, Yönetim Hakkı, s. 171; Buna karşılık Soyer'e göre ise, zorunlu haller kavramının tam anlamıyla sınırlandırılmamış olması, işçi açısından önemli sakıncalar yaratacaktır. Soyer, s. 76.

¹¹⁵⁴ Süzek, s. 665; Süzek, Değişiklik Feshi, s. 13; Doğan Yenisey, Seminer, s. 123; Aydın, Esaslı Değişiklik, s. 25; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 92; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 217-218.

İşçinin çalışma koşullarının esaslı olarak değiştirilmesine rıza göstermemesi, ancak işverence sözleşme feshedilmeyerek söz konusu değişikliğin yapılmasında ısrar edilmesi durumunda, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğup doğmayacağı sorusu akla gelmektedir. Ancak kanaatimizce burada da işçi kendi iş tanımına girmeyen işler bakımından zaten iş görme edimini ifayla yükümlü olmayacağından, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması söz konusu olmayacaktır. Zira işçi tarafından 22. madde uyarınca öngörülen usule uygun olarak yazılı şekilde kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacağından, iş sözleşmesi eski çalışma koşullarıyla devam edecektir. İşçi, eski işini ifa ile yükümlü olacak, değiştirilmek istenen işi ifa borcu altında olmayacaktır. Bu nedenle işçinin yerine getirmekle yükümlü olmadığı bir işi ifadan kaçınmasının da söz konusu olmayacağı düşüncesindeyiz.

Ayrıca işçi değişiklikle bağlı olmayacağından, işverenin eski çalışma koşullarını uygulamaması işçi açısından “çalışma koşullarının uygulanmaması” teşkil eder. Bu sebeple işçi İş Kanunu’nun 24/II, f bendi uyarınca, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı da sahip olur¹¹⁵⁵.

D. Manevi Beklenilmezlik Kavramı ve Sonuçları

1. Genel Olarak

İş ilişkisinde işçinin iradesi dışında, iş görme edimini yerine getirmesini engelleyen bazı sebeplerin ortaya çıkmasıyla, iş görme borcunun ifası imkânsız hale gelebilir. Bu imkânsızlık iş ilişkisinde maddi sebeplere dayalı olarak ortaya çıkabileceği gibi, manevi sebeplere de dayanabilir. Örneğin, işçinin hastalanması, iş kazasına uğraması, doğum yapması, askerlik ya da bir kamusal ödevi yerine getirmesi, tutuklanması gibi hallerde, işçi maddi ifa imkânsızlığı sebebiyle iş görme

¹¹⁵⁵ Sützek, s. 673; Centel, İş Güvencesi, s. 195; Alpagut, Esaslı Şartlarda Değişiklik, s. 58; Manav, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s. 247-248; Bu yönde bkz. Yarg. 9. HD, 25.06.2009, 2009/9029 E., 2009/18124 K.; 9. HD, 30.06.2011, 2009/17761 E., 2011/19800 K.; 22. HD, 20.06.2017, 2017/8306 E., 2017/14916 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019); Yarg. 9. HD, 18.01.2012, 2009/37886 E., 2012/812 K., www.calismatoplum.org, (E.T. 04.04.2019); Ayrıca bu kararın incelemesi için bkz. Akın, Değişiklik, s. 38-50.

edimini ifa edememektedir¹¹⁵⁶. Bu hallerde iş sözleşmesi devam etmekle birlikte, işçinin imkânsızlık nedeniyle iş görme edimini ifa edemediği sürede sözleşme askıda kalır.

Maddi sebeplerin yanı sıra bazı durumlarda, işçi tarafından iş görme ediminin yerine getirilememesi, manevi sebeplere de dayanabilir. İçerisinde bulunduğu koşullar göz önüne alındığında, dürüstlük kuralı uyarınca işçiden iş görme edimini yerine getirmesinin beklenemez olması durumunda, bir manevi ifa imkânsızlığından söz edilir¹¹⁵⁷. Edimin manevi sebeplerle yerine getirilmesinin imkânsız olduğu bu durum, Alman Hukukunda “*manevi beklenilmezlik*” (“*ideelle Unzumutbarkeit*”) olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵⁸.

Örneğin işçinin evlenmesi ya da bir yakınının ölümü gibi sebepler işçinin iş görme edimini yerine getirmesi bakımından maddi bir imkânsızlık ortaya çıkarmamakla beraber, işçinin edimini ifası için manevi açıdan bir imkânsızlık halinin söz konusu olduğu kabul edilir¹¹⁵⁹. Bu hususta işçiye evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün ücretli izin verileceğine ilişkin düzenleme, manevi imkânsızlık hallerine örnek oluşturmaktadır (İş K. Ek m. 2). Bu halde Kanunda belirtilen süre boyunca iş sözleşmesi askıda kalır ve işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlü olmaz¹¹⁶⁰.

2. Ailevi Nedenlerden Kaynaklanan Manevi Beklenilmezlik

İşçinin iş görme edimini ifa etmesini manevi olarak beklenemez kılan ve imkânsızlaştıran sebepler, ilk olarak kanunda düzenlenen hallerde olduğu gibi, yakın aile çevresinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin kendisinin doğum yapması halinde

¹¹⁵⁶ Süzek, Askıya Alınma, s. 46; Süzek, s. 496; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 122; Taşkent, Askı, s. 21.

¹¹⁵⁷ Süzek, s. 497; Taşkent, Askı, s. 21; Ertürk, s. 142; Ayşe Ledün Akdeniz, **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 164.

¹¹⁵⁸ Stefan Greiner, **İdeelle Unzumutbarkeit**, Berlin, 2004, s. 55 vd.; Bu hususta bilgi için bkz. Ertürk, s. 142-144; Akdeniz, s. 163 vd.

¹¹⁵⁹ Bilgi için bkz. Süzek, Askıya Alınma, s. 48-55; Süzek, s. 496-497; Akdeniz, s. 163.

¹¹⁶⁰ Bununla birlikte Süzek’e göre, iş görme ediminin beklenilemez nitelikte olması ölçütü, işveren açısından iş sözleşmesinin askıya alınmasında kabul edilemez. Aksi halde işveren açısından iş sözleşmesinin askıya alınma olanağı kolaylaştırılmış olur. Bu bakımdan yazara göre işveren açısından imkânsızlığın tespitinde esas alınması gereken ölçüt, beklenilmezlik değil, maddi imkânsızlık olmalıdır. Süzek, Askıya Alınma, s. 51; Ayrıca yazarın görüşü için bkz. Süzek, s. 497; Süzek, Ücretsiz İzin, s. 124.

iş görme edimini ifa imkânsızlığı maddidir, ancak işçinin eşinin doğum yapması durumunda ise, işçiden işi ifa etmesi beklenilemez olduğundan manevi imkânsızlık söz konusu olacaktır¹¹⁶¹. Yine ilgili hükümde yer verilen evlenme, evlat edinme ya da bir yakınının ölümü gibi haller de işçinin maddi olarak işi ifa etmesine engel oluşturmaya da, ifa kendisinden beklenemeyeceğinden, ailesel nedenden kaynaklanan manevi imkânsızlık hallerine örnek oluşturmaktadır.

Ancak elbette ki uygulamada manevi imkânsızlık sonucunu doğuran sebepler, Kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Ailevi nedenlerle manevi imkânsızlık hallerinde Ek 2. maddede düzenlenen durumlar işçiye kanunen bir izin hakkı tanıdığından, bu hallerde işverence izin verilecek olmasında bir sorun yoktur. Burada sorun kanunda düzenlenmemiş olan, ancak işçinin manevi olarak iş görme edimini ifa etmesinin beklenemeyeceği nedenlerin ortaya çıkması durumunda işçinin iş görme edimini yerine getirmeme olanağına sahip olup olmadığıdır. Somut olayda dürüstlük kuralı uyarınca ifanın işçiden beklenebilir nitelikte olup olmadığına bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu açıdan örneğin işçinin çocuğunu hastaneye götürmesi, hasta olan aile yakınına refakat etmesi gibi sebepler işçinin manevi olarak iş görme edimini yerine getirmesini imkânsız kılan hallerden sayılabilir¹¹⁶².

İşçinin manevi imkânsızlık halinde iş görme edimini ifa etmeme olanağına sahip olmasının kabul edilmesiyle beraber doğan sorunlardan en önemlisi, edimini ifa etmediği sürede ücretine hak kazanıp kazanmayacağıdır. Burada sorunun cevabı Türk Borçlar Kanunu'nun 409. maddesiyle birlikte değerlendirilmelidir. 409. madde uyarınca,

“Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.”

Dolayısıyla söz konusu hükümde işçinin iş görme edimini kusuru olmaksızın ifa edemediği bazı hallerde ücretine hak kazanacağı düzenlenmiştir. Burada ilk önce

¹¹⁶¹ Martin Henssler, “Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers bei Pflichten- und Rechtsgüterkollisionen”, *AcP*, 190. Band, 1990, s. 562; Akdeniz, s. 166-167.

¹¹⁶² Henssler, s. 562-563; Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yatarak tedavi gören babasına refakat etmesi sebebiyle devamsızlık yapan işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedildiği olayda, işçinin bu devamsızlığının haklı nedene dayandığına, bu nedenle de feshin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Yarg. 9. HD, 05.05.2008, 2007/35834 E., 2008/11440 K., www.kazanci.com, (E.T. 06.04.2019); Yüksek Mahkemenin bu kararı işçinin iş görme edimini ailevi nedene dayanarak kısa süreli yerine getirmemesine işverence katlanılması gerektiğine işaret ettiği şeklinde yorumlanabilir. Kararda söz konusu mazeretle devamsızlığın haklı nedene dayandığı sonucuna varılmıştır. Akdeniz, s. 168.

temel olarak belirlenmesi gereken husus, 409. maddenin hangi işçilere uygulanacağıdır. Öğretide bir görüş, 409. maddenin İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçilere uygulanamayacağını, yalnızca Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçilerin bu hükümden yararlanabileceğini ifade etmektedir¹¹⁶³. Bu görüşe göre 25. maddenin 1. fıkrasının b bendinde hastalık, kaza, doğum ve gebelik, 31/IV. maddesinde askerlik ve kanundan doğan çalışma hallerinde sözleşmenin askıya alınması durumunda işçinin ücretinin ödenmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan İş Kanunu'nda özel düzenleme yer aldığından, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen 409. madde İş Kanunu'na tabi işçiler açısından uygulanamayacaktır¹¹⁶⁴. Diğer görüşe göre ise, somut durum bakımından aksine bir düzenleme bulunmadıkça, genel olarak 409. madde hükmünün İş Kanunu'na tabi işçilere uygulanmayacağı söylenemez¹¹⁶⁵. Zira İş Kanunu'nda 25. ve 31. maddede yer verilen ücretin ödenmeyeceğine ilişkin düzenlemeler, yalnızca işçinin iş görme edimini göremediği bazı hallere ilişkindir. İşçinin kusursuz geçici ifa imkânsızlıklarının iş sözleşmesinden doğan edimler üzerindeki etkisini düzenleyen genel bir hüküm ise bulunmamaktadır. Bu nedenle 409. madde, 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 niteliğindedir¹¹⁶⁶.

Konuyu işçinin hastalanması durumunda (1475 s. İş K. m. 17/I, b; 4857 s. İş K. m. 25/I, b) işe gelmediği sürece ücretine hak kazanıp kazanmayacağı çerçevesinde inceleyen Sözer ise, İş Kanunu'nda işçinin anılan hüküm doğrultusunda ücretine hak kazanamayacağına ilişkin düzenlemenin Borçlar Kanunu'nun 328. (şimdiki 409) maddesi karşısında ölü doğmuş bir hüküm olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, söz konusu hükmün İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulanamayacağını kabul etmek, örneğin, aile fertlerinden biri hastalanan işçinin işe gidemediğinde Borçlar Kanunu uyarınca ücret alabilmesi, kendi hastalanıp işe gidememesi durumunda ise,

¹¹⁶³ Bkz. Süzek, s. 505.

¹¹⁶⁴ Süzek, s. 505; Ayrıca bu görüşte bkz. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s. 681.

¹¹⁶⁵ Bkz. Akdeniz, s. 169; Ayrıca bu görüşte bkz. Ali Nazım Sözer, *Hasta İşçinin İş İlişkisi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), **Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü**, İzmir, 1981, s. 60-61.

¹¹⁶⁶ Akdeniz, s. 169, dn. 23.

İş Kanunu m. 17/I, b (şimdiki m. 25/I, b) karşısında ücret alamayacak olması sonucunu doğuracaktır¹¹⁶⁷.

Biz de ikinci görüşe katılmaktayız. İlk olarak Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından zaten bir sorun bulunmamaktadır. İş Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler açısından ise, birinci görüş tarafından da ifade edildiği üzere, ilgili 25/I, b. ve 31. maddede yer verilen haller bakımından ücretin ödenmeyeceği açıktır. Buna karşılık 409. madde hükmünde işçinin ücretine hak kazanacağı haller, hastalık, askerlik ve kanundan doğan çalışma ile sınırlı tutulmuş olmayıp, maddede “ve benzeri” sebepler denilmiştir. Bu açıdan İş Kanunu'nda aksi yönde bir düzenleme yer almayan sebepler bakımından 409. maddenin uygulanmasının mümkün olacağı kanaatindeyiz.

İşçinin ücretine hak kazanıp kazanamayacağı hususunda ise, öğretide konunun fazla tartışılmamış olduğu görülmektedir. Bu hususta Sözer, işçinin kızının evlenmesi ya da aile fertlerinden birinin hastalanması nedeniyle iş görme edimini yerine getirememesi durumunda, anılan hüküm uyarınca ücretine hak kazanacağı görüşündedir¹¹⁶⁸. Akdeniz ise, işçiye kusur isnat edilemeyen bir manevi imkânsızlık nedeniyle kısa süreli iş görememe durumunda işverenin başka bir yolla karşılanmadıkça işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmekte, ancak işçinin babasının ya da çocuğunun hastalanması gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getiremediğinde, ücrete hak kazanamayacağını kabul etmektedir. Ancak yazara göre, her olayın özelliklerine uygun bir çözümün benimsenmesi daha isabetlidir¹¹⁶⁹.

İkinci sorun, bu sürede yerine getirilemeyen edimin daha sonra işverence telafisinin talep edilip edilemeyeceği hususundadır. Ek 2. maddede sayılan sebeplerin ortaya çıkması durumunda işçinin ücretli izne hak kazanacağı düzenlendiğinden, bu hallerde edimin ifasının daha sonradan talep edilemeyeceği açıktır. Kanunda düzenlenmeyen durumlarda ise, kanaatimizce ailevi nedenin ağırlığı, devamsızlığın süresi gibi etmenler göz önüne alınarak bu sorunun cevabı dürüstlük kuralı uyarınca her somut olayda ayrıca değerlendirilmeli; işçiden iş görme ediminin ifasının manevi

¹¹⁶⁷ Sözer, s. 61.

¹¹⁶⁸ Sözer, s. 61.

¹¹⁶⁹ Akdeniz, s. 174-175.

açından beklenemez nitelikte olduğu sonucuna varılması halinde, telafi çalışması söz konusu olmamalıdır¹¹⁷⁰.

Alman Hukukunda da ailesel nedenlerle işçiden iş görme edimini ifa etmesinin beklenemez olduğu hallerde, işçinin işi ifa etmeyebileceği Alman Medeni Kanunu'nun 616. ile 242. maddeleri göz önüne alınarak kabul edilmektedir¹¹⁷¹. İlgili 616. madde, Türk Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. Anılan hüküm uyarınca, bir hizmet ilişkisinde kusuru olmayan bir sebebe dayalı olarak, kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemeyen işçinin ücretinde kayıp olmayacağı düzenlenmiştir¹¹⁷². Öğretide bu hüküm uyarınca işçinin ailevi nedenlerle, örneğin çocuğunun hastalanması halinde refakat etmesi gibi ailesel yükümlülükler nedeniyle, kendisinden iş görme edimini ifa etmesinin beklenemeyeceği durumlarda, iş görme edimini ifa etmeksizin ücretine hak kazanacağı kabul edilmektedir¹¹⁷³. Bununla birlikte öğretide bunun sınırının Alman Medeni Kanunu'nun 242. maddesinde düzenlenen, borçlunun işi dürüstlük kuralına uygun olarak ifa etmesine ilişkin hüküm uyarınca çizilmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹¹⁷⁴. Bu çerçevede örneğin, işçinin ailesinden birinin ölümü, işçinin evlenmesi gibi önemli hallerde 616. madde uyarınca anılan sonuca ulaşılabilecekken, uzak bir akrabanın hastalığı ya da ölümü, bir aile ferdinin düğünü gibi daha önemsiz olan ailesel sebepler bakımından 242. maddede yer alan dürüstlük kuralı uyarınca beklenilmezliğin sınırı çizilmelidir¹¹⁷⁵.

Bununla birlikte 2002 yılında Alman Borçlar Hukuku Reformu ("*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*¹¹⁷⁶") yürürlüğe girmiş ve işçiden manevi olarak ifanın beklenememesi durumu, Alman Medeni Kanunu'nun 275/III.

¹¹⁷⁰ Bu yönde bkz. Akdeniz, s. 175-176.

¹¹⁷¹ Henssler, s. 562-563.

¹¹⁷² BGB - § 616 Vorübergehende Verhinderung: "*Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.*"

¹¹⁷³ Henssler, s. 562; BAG, AP Nr. 48 zu §616 BGB, Karar hakkında bkz. Alfred Söllner, "Zum Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers", **Arbeit und Recht**, Heft 10, 1985, (AuR), s. 323-324.

¹¹⁷⁴ Henssler, s. 563; Greiner, s. 376; BGB - § 242 Leistung nach Treu und Glauben: "*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*"

¹¹⁷⁵ Henssler, s. 563.

¹¹⁷⁶ İlgili Kanun için bkz. https://dejure.org/BGBI/2001/BGBI_I_S_3138, (E.T. 11.04.2019).

maddesinde düzenlenmiştir. 275. maddenin 3. fıkrasında, borçlunun bizzat ifa edilmesi gereken bir işin bulunması halinde, gerçekleşen bir ifa engeli sonrasında, alacaklının edim menfaati ile karşılaştırıldığında borçludan şahsi edimini ifa etmesi beklenemiyorsa, edimin ifasından kaçınabileceği kabul edilmiştir¹¹⁷⁷. Böylece işçiden işin ifasının beklenemeyeceği bir manevi imkânsızlığın ortaya çıkması durumunda işçinin işi ifadan kaçınma hakkına yer verilmiştir. Ailesel nedenlerle manevi imkânsızlık halinde işçinin işi ifa etmeme olanağı da öğretide günümüzde bu maddeye dayandırılmaktadır¹¹⁷⁸. Zira söz konusu düzenlemenin gerekçesinde de özellikle ailesel nedenlere dayalı imkânsızlık hallerinden söz edilmiş, ağır hasta çocuğuna bakan ebeveyn örneği verilmiştir¹¹⁷⁹.

3. İşçinin İş Görme Borcu İle İnancı Arasındaki Çatışma

a. Genel Olarak

İşçinin iş görme borcunun vicdanı, dini değerleri ve inançları ile çatışması durumunda işi reddetme olanağının bulunup bulunmadığı, bu hallerde manevi beklenilmezlikten söz edilip edilemeyeceği önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Din ve vicdan özgürlüğü, Anayasa'nın 24. maddesinde,

“Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. ...”

şeklinde düzenlenmiştir¹¹⁸⁰. Düşünce özgürlüğüne ise 25. maddede yer verilmiştir. Buna göre, *“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”* Düşünceyi

¹¹⁷⁷ “Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.”; 275. madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bernd Scholl, “Die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB”, *Jura*, 2006, s. 283-290.

¹¹⁷⁸ Scholl, s. 284.

¹¹⁷⁹ Bilgi için bkz. Scholl, s. 284.

¹¹⁸⁰ İşçinin din ve vicdan özgürlüğü hakkında bkz. Aydın, s. 132-142; Bayram, s. 315-319.

açıklama özgürlüğü ise ayrıca Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenmiş ve hükmün 1. fıkrasında “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.” denilmiştir¹¹⁸¹. Düşünce özgürlüğünün konusunu, düşünce, kanaat, fikir, vicdan, inanç, ahlak ve din gibi kavramlarla anlatılmak istenen değerler oluşturur¹¹⁸².

Anayasada yer alan bu hükümler çerçevesinde işçilerin, insan olarak sahip oldukları bu özgürlüklere, işyerinde iş ilişkisi esnasında da sahip olacakları ve işverene karşı koruma altında olacakları kuşkusuzdur¹¹⁸³. Ancak iş hukuku açısından konu ele alındığında, işçi işyerinde din ve vicdan özgürlüğü ile düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, işçinin bu inanç ve kanaatlerinin iş görme edimini ifa borcu ile çatışması söz konusu olabilir. İlk olarak, bir iş işçinin görüş ya da inançları ile bağdaşmıyorsa, olağan olan iş sözleşmesinin kurulması aşamasında bu işin işçi tarafından kabul edilmemesidir¹¹⁸⁴. Ancak iş ilişkisinin kurulmasından sonra da işverenin yönetim hakkı çerçevesinde işin ifası için vermiş olduğu talimatların ve iş görme ediminin konusu işin işçinin inanç ve düşünceleri ile bağdaşmaması mümkündür. Örneğin, 1951 yılında Hamburg limanında çalışan işçilerin savaş malzemelerini gemiye yüklemeyi reddettiği olayda, işçilerin ısrarlı şekilde iş görme edimini ifa etmemeleri üzerine sözleşmeleri işverence feshedilmiştir. Eyalet İş Mahkemesi, bu olayda işverenin manevi baskıdan kaçınması gerektiği, savaş malzemesinin taşınması gibi ihtilaflı konuların iş organizasyonunun önceliği bakımından gönüllülük esasına göre icra edilmesi gerektiği, ancak bu mümkün olmadığı takdirde feshin gündeme gelebileceği gerekçeleriyle söz konusu feshi geçersiz kılmıştır¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ İşçinin düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin bkz. Aydın, s. 142-157; Bayram, s. 308-313; Zeki Okur, “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, 2006, s. 41-88; Sezgi Öktem Songu, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, (İfade Özgürlüğü), s. 609-650; Sezgi Öktem Songu, “İşçinin İfade Özgürlüğü”, **İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 2016 Yılı Toplantıları**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2018, s. 122 vd.

¹¹⁸² Z. Okur, s. 42.

¹¹⁸³ Bayram, s. 309; Z. Okur, s. 41, 44.

¹¹⁸⁴ Ertürk, s. 140; Önceden öngörülebilir ve beklenebilir olan durumlarda işçinin dinsel sebeplerle işe devamsızlığının haklı görülemeyeceği hususunda Aydın, s. 141; İş sözleşmesinin kurulması sırasında işçinin düşünce ve inançlarını açıklama/açıklamama özgürlüğü hakkında bkz. Erkanlı, s. 70-75.

¹¹⁸⁵ LAG Hamburg, AP 1952, Nr. 105, Karar hakkında bilgi için bkz. Wolfhard Kohte, “Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz – Zur Aktualität des Rechts der Leistungsstörungen”, **NZA**,

İsrail’de yargı önüne gelen bir olayda ise, Yahudi bir terzi İsrail iş kurumu aracılığıyla yönlendirildiği işin konusunun açık kıyafetlerin dikimi olması üzerine işçi işi ifa etmeyi reddetmiş, açık kıyafet dikiminin ahlaka aykırı olduğuna ilişkin Haham görüşü alarak bunu kuruma ibraz etmiş, ama talebi dikkate alınmamıştır. İsrail Hukukuna göre işsizlik sigortasından yararlanabilmek için, kurum tarafından yönlendirilen işte çalışmaya başlama zorunluluğu bulunduğundan, işçinin işi ifayı reddetmesi önemli bir sorun oluşturmuştur. Olayda Mahkeme işçinin dini inancına aykırı düşen bir işi yapmak zorunda bırakılamayacağına hükmetmiştir¹¹⁸⁶.

Yine inancı gereği bir eczacının doğum kontrol ilacı satmayı¹¹⁸⁷, hastanede çalışan bir doktorun kürtaj yapmayı, kasapta çalışan bir kişinin domuz etine dokunmayı, bir kitabevindeki satış elemanının ahlaka aykırı bulduğu kitapların satışını reddetmesi gibi haller, işçinin iş görme edimini ifa yükümlülüğü ile inançlarının çatışmasına örnektir¹¹⁸⁸. Bu halde işçinin Anayasa ile koruma altında bulunan bu özgürlüklerinin, iş görme edimini ifa yükümlülüğüne etkisi çerçevesinde incelenmesi ve sorunun nasıl çözümleneceğinin tartışılması gerekir. Zira böyle bir durumda işçinin iş görme borcu ve işverenin yönetim hakkı ile işçinin dini, vicdani inançları ve düşünceleri karşı karşıya kalmaktadır. Nitekim işverenin de işçinin iş görme edimini ifa etmesi ve işin yürütümüne ilişkin talimatlarına uyma konusunda haklı bir menfaati bulunduğundan, iki farklı çıkar durumunun dengelenmesi gerekmektedir¹¹⁸⁹.

Öğretide bu konuda işçinin iş görme borcu bakımından, düşünceyi açıklama özgürlüğü ile işçinin kendi inanç ve duyguları nedeniyle bir işi reddedip

Sayı: 5, 1989, s. 162; Wolf Scheschonka, **Arbeits- und Leistungsverweigerung aus Glaubens- Oder Gewissensnot**, Hamburg, 1972, s. 2.

¹¹⁸⁶ Zeybekoğlu, s. 158.

¹¹⁸⁷ LAG Rheinland-Pfalz, ARSt X Nr. 317, Wilhelm Bosch Friedrich ve Walther J. Habscheid, “Vertragspflicht und Gewissenskonflikt”, **JZ**, Nr. 7/8, 1954, s. 214; Ayrıca bkz. Kohte, s. 162; Scheschonka, s. 1.

¹¹⁸⁸ Örnekler için bkz. Harald Häusele, **Weisung und Gewissen im Arbeitsrecht**, Konstanz, 1989, s. 1; Rolf Birk, **Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht**, Carl Heymanns Verlag, 1973, s. 314; Ayrıca bkz. Kohte, s. 161-162; Scholl, s. 286-287; Scheschonka, 1-3; Horst Konzen ve Hans Heinrich Rupp, **Gewissenskonflikte im Arbeitsverhältnis**, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, s. 3-7; Taşkent, s. 113; Bayram, s. 316; Ayrıca Alman Hukukunda işçinin dini inancı ile iş görme borcunun çatışmasına ilişkin örnek kararlar ve bilgi için bkz. Ali Nazım Sözer, “Almanya’da Çalışan Türk İşçilerinin Dini İnançlarından Kaynaklanan Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, (Dini İnanç), s. 49-63.

¹¹⁸⁹ Ertürk, s. 140.

reddedemeyeceği konularının birbirinden ayrılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁹⁰. İlk olarak, işçi anayasal temel hak olan düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlükleri çerçevesinde işyerinde her tür konuda dilediği görüşe sahip olmak ve bunları açıklamak hakkına sahiptir. İşveren işçinin düşünce açıklamalarına katlanmak zorundadır¹¹⁹¹. Ancak bu özgürlüklerin iş ilişkisinde bazı sınırları bulunmakta olup, bu sınırlardan biri işçinin iş sözleşmesiyle yüklendiği iş görme borcudur¹¹⁹². Bu anlamda işçi işvereninden farklı düşüncelere ve görüşlere sahip olduğu için işin ifasını reddedemez¹¹⁹³, ya da örneğin iş saatleri içerisinde herhangi bir tartışmaya veya toplantıya katılamaz¹¹⁹⁴. Aksi durum işçinin iş görme borcunun ihlalini oluşturur. İşçinin iş görme borcunun, edimin ifası sırasında belli bir düşüncenin savunulması veya açıklanması ile ilgili olması durumunda ise, işçinin düşünceyi açıklama özgürlüğü sözleşme bağımlılığı çerçevesinde sınırlanmış olur¹¹⁹⁵.

Bununla beraber asıl sorun işçinin inançları nedeniyle iş görme ediminin ifasından kaçınıp kaçınamayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Zira işçi iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme edimini, işverene bağımlı olarak, onun işin yürütümüne ilişkin talimatlarına uymak suretiyle yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi halde işçi iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olacak ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi riski ortaya çıkacaktır. Burada işçinin iş görme edimini ifası ile inancı arasındaki çatışma, verilen işin ve talimatın niteliğinden kaynaklanabileceği gibi, işin ifa zamanıyla da ilgili olabilir.

b. İşin İşçinin İnancı İle Çatışması

İşin ve işin yapılmasına ilişkin talimatların işçinin vicdani kanaat ve inançlarıyla uyuşmaması durumunda, işçinin işi ifa ile yükümlü olup olmadığı ve işin

¹¹⁹⁰ Z. Okur, s. 55.

¹¹⁹¹ Taşkent, s. 116; Aydın, s. 144; Bayram, s. 311; Arslan Ertürk, s. 241; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 626.

¹¹⁹² Bayram, s. 311; Z. Okur, s. 54; Arslan Ertürk, s. 241; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 628; Akdeniz, s. 177.

¹¹⁹³ Z. Okur, s. 54-55.

¹¹⁹⁴ Taşkent, s. 116; Bayram, s. 311; Z. Okur, s. 55; Arslan Ertürk, s. 241; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 628; Akdeniz, s. 177.

¹¹⁹⁵ Örneğin, bir satıcının mağazada satmakla yükümlü olduğu malla ilgili olarak kendi düşüncesi yerine, mala ilişkin olumlu nitelikte, işverenin kendisini söylemekle yükümlü tuttuğu sözleri söylemek zorunda olması gibi. İşçinin sözleşmede belirtilen düşünce dışında bir düşünce açıklamasında bulunması, iş görme borcunun ihlali sayılır. Z. Okur, s. 55.

ifasından kaçınıp kaçınamayacağı hususunda öğretide bazı değerlendirmeler yapılmaktadır. Taşkent'e göre, ilk bakışta işçinin din ve vicdan özgürlüğünü öne sürmesi durumunda, işverence verilen talimatın hukuksal dayanaktan yoksun olduğu ve bu nedenle geçersiz sayılması gerektiği düşünülebilir. Ancak işçinin iş sözleşmesiyle yüklendiği edimleri bulunduğu ve bunların yerine getirilmesinde işverenin de aynı ölçüde korunmaya değer menfaati olduğu gözetilmelidir. Bu açıdan tarafların menfaatleri dengelendiğinde, işçinin anayasal vicdan özgürlüğü ilkesine dayanarak işverence verilen talimata uymaktan kaçınabilmesi, ancak kendisi için "açıkça beklenmeyen bir durum"un ortaya çıkması koşuluyla kabul edilebilir. Bunun için de sözleşmenin kurulması aşamasında işçinin bu tür talimatlar verilebileceğini öngöremiyor olması gerekir¹¹⁹⁶. Böylece işçinin sözleşme kurulurken işin inancıyla bağdaşmayan talimatları içerdiğini öngörebilir olması durumunda, işi yapmaktan kaçınma hakkı bulunmayacaktır. Örneğin, bir eczacı işe başlarken doğum kontrol hapı satması gerektiğini öngörebilir durumda olacağından, inancına uygun olmaması nedeniyle bu tür hapları satmayı reddetmesi haklı görülemez¹¹⁹⁷.

Soyer de bu sorunun çözümünde beklenilmezlik ölçütünün esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Yazara göre işçinin sözleşmeye uygun davranma borcu, bu tür bir talimata uygun davranmasının işçiden açıkça beklenemeyeceği hallerde ortadan kalkacaktır. Ancak bu kural iş sözleşmesinin kurulması sırasında işçinin işin vicdani kanaat ya da inançlarıyla çatışacağını bilmediği hallerde söz konusu olacaktır¹¹⁹⁸.

Benzer şekilde Ertürk de sözleşmenin kurulması aşamasında işçinin inancı ile işin bağdaşmama durumunun öngörülebilir olup olmadığına göre konuyu değerlendirmekte ve çatışmanın öngörülemez olması durumunda işçinin işi reddetme ihtimalinin doğacağını kabul etmektedir¹¹⁹⁹. Bu halde işçinin inancı ile işverenin hakları arasında makul bir dengenin kurulması gerekir. Ayrıca yazara göre,

¹¹⁹⁶ Taşkent, s. 114; Aynı yönde Erdemir, s. 199.

¹¹⁹⁷ Bkz. Taşkent, s. 114; Bu hususta örneğin Fransa'da yargı önüne gelen bir olayda, şarküteri ürünleri satan bir markette 8 yıldır çalışan işçi, kasap bölümüne geçirilmiş, bu bölümde de 2 yıl çalıştıktan sonra Müslüman olması sebebiyle domuz eti ile uğraşamayacağını ifade ederek başka bir bölüme geçirilmeyi talep etmiştir. Bu talep işverence reddedilmiş ve işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Fransız Yargıtayı bu olayda, işçinin yeni işinde domuz eti ile uğraşması gerekeceği konusunda işçinin bilgilendirilmemesini ve işçinin görev değişikliği talebinin reddini bir hata olarak değerlendirse de, işverenin talebi kamu düzenine aykırı olmadığından feshin geçerliliğine karar vermiştir. Bkz. Erdemir, s. 199.

¹¹⁹⁸ Soyer, s. 68; Bu yönde bkz. Joch, s. 86.

¹¹⁹⁹ Ertürk, s. 143.

sözleşmenin devamı ve işverenin yönetim hakkı uyarınca, işçinin belli bir işi kabul ederken kendisine inancı ile bağdaşmayan bazı işlerin de verilebileceğini hesaba katması gerekir. Örneğin, yayınevinde çalışan ve savaş karşıtı düşüncelere sahip bir işçinin savaşla ilgili bazı yazılar basmak zorunda olacağını öngörmesi gerekir. Ancak işçinin inancının uğrayacağı ihlal ile işverenin işin ifasındaki yararı karşılaştırılarak hangi hallerde işçinin inançlarıyla çatışan bir işi ifa etmekle yükümlü olacağını hesaba katmadan hareket edebileceği, somut olaya göre belirlenmelidir¹²⁰⁰.

Aydın da somut olayda işin öngörülebilir olup olmasına göre bir değerlendirme yapmaktadır. Yazara göre, önceden öngörülemeyen ve beklenmeyen bir durum yok ise, işçinin işe devamsızlığının haklı görülmemesi gerekir. Ancak işçinin işinin değiştirilmesi, yeni işin dinsel inancına aykırı olması gibi durumlarda ise, işçi işi yapmaktan kaçınma hakkına sahip olur ve bu halde işçinin işe devamsızlığı nedeniyle işverence iş sözleşmesinin feshi söz konusu olamaz¹²⁰¹. Yine Bayram'a göre de işçinin dini inancına aykırı düşen bir talimata uymaması, ancak kendisi tarafından dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez bir durumun ortaya çıkması halinde söz konusu olabilir. Aksi halde işçi tarafından öngörülebilir hallerde işçinin işi reddetme imkânı olmayıp, iş görmemesi işverence haklı nedenle feshe konu edilebilir¹²⁰².

Bu konuda Okur, işçinin sahip olduğu anayasal inanç özgürlüğü çerçevesinde işverenin işçiye, inanç ve duygu çatışmasına girmesine neden olacak bir iş veremeyeceğini kabul etmektedir. Ancak yazara göre, işçiye verilen işin işçiye inançları nedeniyle çatışmaya sokup sokmayacağının dürüstlük kurallarına göre değerlendirilmesi, her somut olay bakımından objektif olarak geçerli nedenlerin belli bir ağırlığının aranması gerekir¹²⁰³. Örneğin, bir doktorun kimyasal araştırmalarda radyasyonun yan etkilerini kısa sürede azaltacak bir aletin geliştirilmesi çalışmalarına katılmayı, kendi görüşüne göre bunun atom savaşlarına katkıda bulunacağı nedeniyle reddetmesinde, inanç ve vicdan özgürlüğü etkili ve geçerli olamayacaktır¹²⁰⁴.

Akdeniz de bu hususta yeknesak bir formülden söz edilememekle beraber, olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

¹²⁰⁰ Ertürk, s. 141-142.

¹²⁰¹ Aydın, s. 141.

¹²⁰² Bayram, s. 317-318.

¹²⁰³ Z. Okur, s. 55-56.

¹²⁰⁴ Z. Okur, s. 56.

Yazara göre, burada ilk önce işçinin iş sözleşmesinin yapılması sırasında inancı ile bağdaşmayan işleri de ifa etmesi gerekip gerekmeyeceğini öngörebilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. Öngöremeyeceği sonucuna varılıyorsa, işverenin işçiye başka bir görev verip veremeyeceği ya da kaçınma sebebinin kısa süreli ve geçici olup olmadığına bakılmalıdır. İşçinin iş görme edimini sunmasının kendisinden beklenemeyeceği sonucuna varılması durumunda, iş görme edimini ifadan kaçınabileceği ve işverence kendisine başka bir görev verilinceye kadar geçirdiği süre boyunca Alman Medeni Kanunu’nun 616. maddesinin hukukumuzdaki karşılığı olan Türk Borçlar Kanunu’nun 409. maddesi uyarınca ücretine hak kazanacağı kabul edilmelidir¹²⁰⁵. İşçiye başka bir iş verilmesinin mümkün olmadığı, yani imkânsızlığın sürekli olması durumunda ise, işçinin din ve vicdan özgürlüğü karşısında iş görmemesinin haklı bir nedene dayandığı kabul edilmeli ve işçinin iş görmemesi işverence feshe dayanak oluşturmamalıdır. Burada ifa etmeme haklı nedene dayandığından, işverence telafi çalışması yaptırılması da mümkün değildir¹²⁰⁶.

İşçinin vicdani nedenlerle iş görmekten kaçınıp kaçınamayacağı, tespiti güç bir konudur. Öncelikle kanaatimizce de işçinin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işin vicdani ya da dini inancıyla bağdaşmadığını öngörebilir olması (“*Vorhersehbarkeit*”) ya da kendisine inançları ile uyuşmayacak işlerin de verileceğinin beklenebilir olması durumunda işi kabul etmemesi gerekir¹²⁰⁷. Böyle bir durumda işçinin sonradan işin inançlarıyla bağdaşmaması gerekçesiyle iş görme edimini ifadan kaçınması dürüstlük kuralı uyarınca mümkün görülemez. Baştan öngörülebilir ve beklenebilir olmayan durumlar bakımından ise, sorunun çözümü daha zordur. Zira işçinin Anayasa’dan doğan din ve vicdan özgürlüğü uyarınca, inançlarıyla bağdaşmayan bir işin kendisine verilememesi gerekir¹²⁰⁸. Ancak işverenin işin ifasından doğan menfaati ve işletmenin çıkarları gözetildiğinde her zaman bu sonuca varmak mümkün olmayabilir. Zira işçinin iş görmekten kaçınabileceğinin kabul edilmesi halinde işveren işin ifa edilmemesi nedeniyle zarara

¹²⁰⁵ Akdeniz, s. 185.

¹²⁰⁶ Akdeniz, s. 185-186.

¹²⁰⁷ Joch, s. 88; Scheschonka, s. 109; Roger Beck, **Gewissenskonflikt und Arbeitsverhältnis**, Darmstadt, 1995, s. 95; Konzen ve Rupp, s. 20-21.

¹²⁰⁸ Nikisch, s. 286; Bosch ve Habscheid, s. 213; Arwed Blomeyer, “Gewissensprivilegien im Vertragsrecht”, **JZ**, Nr. 10, 1954, s. 309-310; Alfred Söllner, “Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis”, **Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse**, Wiesbaden, 1966, s. 134; Söllner, AuR, s. 324.

uğrayacak, hatta işçinin iş görmekten kaçınma hakkına dayanarak çalışmadığı süre bakımından ücretini ödemekle yükümlü tutulması da söz konusu olabilecektir. Bu açıdan taraflar arasındaki menfaat uyumsuzluğunun somut olay çerçevesinde iyi değerlendirilmesi ve dengenin sağlanması gerekir.

Alman ve Türk hukuku öğretisinde de ifade edildiği üzere, burada inancı ya da vicdanı ile çatışan işin ifasının işçiden beklenebilir olup olmadığı ölçütü önem kazanmaktadır. Bu çerçevede işin ifasının dürüstlük kuralı uyarınca işçiden beklenemez olması durumunda işçi işi ifadan kaçınma hakkına sahip olacaktır¹²⁰⁹.

İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin inançları nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta mevzuatta yer alan tek hüküm Basın İş Kanunu'nun derhal feshe ilişkin 11. maddesidir. Anılan hükümle bir süreli yayının tarafı ve karakterinde gazeteci için şerefini, ününü ya da manevi menfaatlerini ihlal edecek bariz bir değişiklik olması durumunda, gazetecinin iş sözleşmesini derhal feshedebileceği düzenlenmiştir¹²¹⁰. Böylece söz konusu hükümde yer verilen koşullarla gazeteci, inancıyla bağdaşmayan bir değişiklik olması durumunda sözleşmesini feshedebilecektir¹²¹¹. Burada önemli olan gazetenin görüş ve karakterinde sonradan bir değişiklik olmasıdır. Başlangıçta

¹²⁰⁹ Blomeyer, s. 309 vd.; Franz Wieacker, "Vertragsbruch aus Gewissensnot", *JZ*, 1954, s. 466-468; Joch, s. 86-88; Soyer, s. 68; Scheschonka, s. 56; Beck, s. 79-80; Konzen ve Rupp, s. 18-19.

¹²¹⁰ İlgili hüküm şu şekildedir: "Bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde, gazeteci ihbar mühletini beklemeden akdi feshedebilir. İş akdini birinci fıkranın verdiği hakka dayanarak fesheden gazeteci, işverenin kusuru neticesinde iş akdini feshetmiş olsa idi ne miktar tazminat alacak idiyse, o miktar tazminat isteyebilir. Vazifesinin ifasıyla ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevkutenin itibar veya şöhretine halel verecek fiil ve harekette bulunması hali işverene ihbar mühletini beklemeden iş akdini derhal feshetmek hakkını veren ağır sebeplerden sayılır. Gazetecinin, şeref ve şöhretine halel verebilecek mahiyette bir fiil ve harekette bulunması için işveren tarafından vaki isteği yerine getirmemesi hali işverene ihbar mühletini beklemeksizin iş akdini feshetmek hakkını vermez. Müddeti muayyen olan mukavelelerde de yukarda yazılı fesih hakkı mukavele müddetinin sona ermesini beklemeksizin kullanılabilir."

¹²¹¹ Alman Hukukunda da bu yönde kararlar mevcuttur. Örneğin, bir basımevinde çalışan işçinin, Nazi yanlısı bir yazıyı gazetede yayımlamak istememesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiği olayda, Federal Mahkeme, "Federal Devletin hiçbir vatandaşının, iş sözleşmesine göre, özgür demokratik devlete saldırana ya da şiddet yanlısı ve haksız bir rejim olan Nazizmi yüceltmeye ya da tehlikesizmiş gibi göstermeye zorlanamaz." gerekçesiyle işçiyi haklı bulmuştur. BAG, 29.01.1960 – 1 AZR 200/58, https://www.prinz.law/urteile/BAG_1_AZR_200-58, (E.T. 11.04.2019); Yine 1984 yılında matbaada çalışan bir işçinin savaşı yücelten ve revizyonist içerik taşıyan bir baskının yapılması işini vicdani kanaatleri nedeniyle reddederek işi ifadan kaçındığı ve bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği olayda Federal Mahkeme feshin geçersizliğine hükmetmiştir. BAG, 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, https://www.prinz.law/urteile/BAG_2_AZR_436-83, (E.T. 11.04.2019); Kararlar hakkında bilgi için bkz. Greiner, s. 70-74; Ayrıca bkz. Kohte, s. 162; Donat Wege, *Religion im Arbeitsverhältnis*, Berlin, 2007, s. 65, 68-69; Konzen ve Rupp, s. 3.

belirli olan durumlar bakımından işçi bu hakka sahip olamayacaktır. Ancak burada da işçiye kanunen tanınmış olan hak, iş sözleşmesini derhal fesih hakkıdır. İşçinin inancıyla çatışma halinde iş görmekten kaçınma hakkına ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme yer almamaktadır.

Kanunda açık bir düzenlemesi bulunmadığından, işçinin bu halde işi ifadan kaçınıp kaçınamayacağı genel hükümlere göre tespit edilmelidir. Türk Hukuku öğretisine nazaran Alman Hukukunda konu daha çok tartışılmıştır. Bir görüş, işçinin inancıyla işin niteliğinin bağdaşmaması durumunda Alman Medeni Kanunu'nun hizmet ilişkisinde kusuru olmayan bir sebebe dayalı olarak, kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemeyen işçinin ücretinde kayıp olmayacağını düzenleyen 616. maddesi uyarınca, işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacağı yönündedir¹²¹². Nitekim Alman Federal Mahkemesi kararına konu bir olayda, ilaç sanayiinde çalışan bir işçi, üzerinde çalışılmakta ve test edilmekte olan ilaca ilişkin olarak, nükleer savaş sonucunda ışın tedavisini gerektirecek bir hastalığa maruz kalan kişilerin kısa süreli olarak savaşma yeteneklerinin devamının sağlanmasında da kullanılabileceğinin açıklanması üzerine, vicdani gerekçelerle iş görme edimini bırakmış, bunun üzerine iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir. Federal Mahkeme bu olayda işçinin iş görmekten kaçınabileceğini, bu hakkının da Alman Medeni Kanunu'nun 616. maddesine dayandığını kabul etmiştir¹²¹³.

Öğretide söz konusu 616. maddenin uygulamasının işçinin hastalığı, ailesel nedenler gibi ifa imkânsızlığı doğuran sebeplerle sınırlı olduğu ve işçiye burada sınırlı bir zaman açısından ücretinden mahrum kalmama güvencesinin getirildiği, işçinin inancı nedeniyle iş görmekten kaçınmasında ise, genel değil somut bir iş bakımından işçinin ifadan kaçınmasının söz konusu olduğu, bunun ise 616. madde hükmüne uygun olmadığı ve işçinin bu bakımdan iş görme edimini ifa etmediğinde ücretine de hak kazanamayacağı görüşü de ifade edilmektedir¹²¹⁴.

¹²¹² Bu hususta bilgi için bkz. Greiner, s. 143 vd.

¹²¹³ BAG, 24.05.1989 – 2 AZR 285/88, https://www.prinz.law/urteile/BAG_2_AZR_285-88, (E.T. 11.04.2019); Karar hakkında bkz. Greiner, s. 74-76; Ayrıca bkz. Konzen ve Rupp, s. 3; Akdeniz, s. 181.

¹²¹⁴ Kohte, s. 167; Yine Greiner de ailesel sebeplerle iş görme edimini ifa edememe halinden farklı olarak, işçinin inancı ile iş görmekten kaçınma hakkının doğumu bakımından bu hükme çok seyrek olarak başvurulmasının mümkün olduğunu, zira burada söz konusu çatışmanın, ya işçinin görüşünün değişmesi ya da çatışmaya neden olan işin değiştirilmesi yoluyla çözümlenebileceğini ifade etmektedir. Greiner, s. 143-144.

2002 yılında yürürlüğe giren Alman Borçlar Hukuku Reformuyla gelen değişiklikle (“*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*”) beraber ise, günümüzde işçinin inancı nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkının öğretide Alman Medeni Kanunu’nun 275/III. maddesine dayandırıldığı görülmektedir¹²¹⁵. Anılan hükümde, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gereken bir işin bulunması halinde, gerçekleşen bir ifa engeli sonrasında alacaklının edim menfaati ile karşılaştırıldığında borçludan şahsi edimini ifa etmesi beklenemiyorsa, borçlunun edimin ifasından kaçınabileceği düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca inancı nedeniyle manevi imkânsızlığın ortaya çıkması durumunda, işçinin işi ifadan kaçınma hakkının söz konusu olacağı kabul edilmektedir.

Öğretide ayrıca işçinin inancı ile çatışma halinde iş görmekten kaçınma hakkının bulunup bulunmadığı belirlenirken, işçinin korunmaya değer inanç özgürlüğü ile işverenin çıkarlarının Alman Medeni Kanunu’nun 242. maddesi de göz önüne alınarak değerlendirilmesi ve işçinin bu haktan yararlanma olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²¹⁶. Bu çerçevede işçinin Anayasa’dan doğan inanç özgürlüğü, inanç çatışmasının baştan öngörülebilir olup olmadığı, işverenin işin yapılmasındaki menfaati, işin ifasının telafi edilebilir olup olmadığı¹²¹⁷, işverenin işletmesinin yöneldiği özel bir amacın bulunup bulunmadığı (“*Unternehmenstendenz des Arbeitgebers*”), işverenin işçiyi koruma borcu, işçinin sadakat yükümlülüğü gibi ölçütler dikkate alınarak tarafların menfaati tartılmalı ve bir sonuca varılmalıdır¹²¹⁸.

¹²¹⁵ Wege, s. 144; Scholl, s. 287; Bu hususta bilgi için bkz. Greiner, s. 135 vd.; Bunun yanı sıra BAG tarafından verilen kararlarda 275. maddenin yanı sıra işverenin yönetim hakkına ilişkin Ticari Düzen Kanunu (“*Gewerbeordnung*”)’nun 106. maddesi de göz önüne alınarak işverenin yönetim hakkının bu hüküm çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığının da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin bu yönde bkz. BAG, 24.02.2011 – 2 AZR 636/09, <https://connect.juris.de/jportal/prev/KARE600034480>, (E.T. 12.04.2019); Bu durum ise öğretide işverenin yönetim hakkının bu şekilde sınırlandırılması ve bu hakkın kullanımının tereddüt halinde denetiminin yapılacağının kabul edilmesinin makul bir çözüm olmadığı ifade edilmektedir. Zira işveren talimatı verirken işçinin din ve vicdan özgürlüğüyle çatışacağını bilemez. Ayrıca işçinin inancının ve bu çatışmanın yoğunluğunu da işverenin değerlendirmesi mümkün değildir. Bkz. Wege, s. 143.

¹²¹⁶ Bu hususta bkz. Bosch ve Habscheid, s. 214-215; Söllner, AuR, s. 325; Blomeyer, s. 309-312; Wieacker, 466-468; Häusele, s. 61; Henssler, s. 563; Beck, s. 72-73.

¹²¹⁷ İşçinin inancı ile çatışma konusunda çoğu olayda ifanın beklenilemezliği bütün işi kapsamayıp, yalnızca işverence verilen somut işin niteliği ya da ifa zamanı ile sınırlı olarak ortaya çıkar. Bu halde meydana gelen bu kısmi imkânsızlık hali, işçiye başka bir iş verilmesiyle çözülebilir. Kohte, s. 167.

¹²¹⁸ Häusele, s. 60-61; Wege, s. 69.

c. İşçinin Dinsel Nedene Dayanan Devamsızlığı

İşin işçinin inancı ile bağdaşmaması bakımından ikinci ihtimal, işçinin inancı ile işin ifa zamanının çatışması durumudur. Bu halde işçinin, işin niteliği ve içeriğiyle ilgili bir itirazı bulunmamakla beraber, yılın ya da haftanın belli günlerinde veya saatlerinde dini inancının getirdiği gereklilikler nedeniyle işe gelmemek ve iş görme edimini ifa etmemek isteği nedeniyle çatışma ortaya çıkmaktadır¹²¹⁹. İlk olarak, elbette ki işçi Anayasada da güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğü dolayısıyla iş görme borcunu ve işin yürütümünü aksatmadan dinsel gereklerini yerine getirebilir¹²²⁰. Sorun, işçinin iş saatleri içerisinde ve işin yürütümünü etkileyecek şekilde işini ifa etmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Almanya’da bir Türk işçinin Kurban Bayramının ilk üç günü işe gelmemesi¹²²¹ ya da Musevi bir bilim adamının kendi inançlarına göre kutsal sayılan günde konferans vermekten kaçınması bu duruma örnek oluşturmaktadır¹²²².

Bu halde sorun işçinin iş görme borcu çerçevesinde çözümlenmelidir. İşçi iş sözleşmesiyle yüklendiği iş görme edimini işverence yönetim hakkı çerçevesinde işin yürütümüne ilişkin belirlenen esaslar doğrultusunda, bu anlamda çalışma saatleriyle bağlı olarak ifa etmekle yükümlüdür. Çalışma saatleri içerisinde işin işçi tarafından ifa edilmemesi, işçinin iş görme borcuna aykırı davranması anlamına gelir¹²²³. İşverenden izin almaksızın işçinin dini inancı nedeniyle belirli günlerde ya da belirli saatlerde işe gelmemesi, işçinin devamsızlığını teşkil edebilir ve iş sözleşmesinin işverence feshi gündeme gelebilir¹²²⁴. Nitekim İş Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasında *“İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi”* haklı nedenle fesih sebebi

¹²¹⁹ Birk, s. 314; Taşkent, s. 113.

¹²²⁰ Aydın, s. 142.

¹²²¹ Eyalet İş Mahkemesi’nin kararına konu, bir Türk işçinin Kurban Bayramında üç gün süreyle işe gelmediği olayda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş, yerel mahkemece fesih geçersiz sayılmıştır. Eyalet İş Mahkemesi ise feshin geçerli olacağı yönünde karar vermiştir. Nitekim Mahkemeye göre işçinin inanç ve düşünce özgürlüğü iş görme borcunu ifadan kaçınması için yeterli gerekçe oluşturmaz. Bu açıdan işçinin bu devamsızlığı hukuka aykırı bir davranıştır. LAG Düsseldorf v. 24.01.1963 – 7 Sa 581/62, Kohte, s. 162, 164; Wege, s. 66-67; Joch, s. 82-83; Ayrıca karar hakkında bilgi için bkz. Sözer, Dini İnanç, s. 57-58.

¹²²² Örnekler ve bilgi için bkz. Taşkent, s. 113.

¹²²³ Taşkent, s. 113.

¹²²⁴ Taşkent, s. 113.

sayılmıştır. Anılan hükümde yer alan koşulları sağlaması durumunda, işçinin devamsızlığına dayanarak, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ancak hükümde de görüldüğü üzere işverence iş sözleşmesinin bu şekilde sona erdirilebilmesi için, işçinin işverenden izin almamış olması ve devamsızlığının haklı nedene dayanmıyor olması koşulları aranmaktadır. Bu açıdan konumuz çerçevesinde sorunun çözümü işçinin dinsel inancı nedeniyle devamsızlığının haklı neden olarak kabul edilip edilemeyeceğine bağlı olarak şekillenecektir. Öğretide genel olarak iş gelmemenin dinsel bir nedene dayanmasının, aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılmadıkça, işçi açısından haklı neden olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹²²⁵.

Bu hususta Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, öğretmen olarak çalışan davacının, hacca gitme olanağını elde etmesi üzerine işverene izin almak üzere başvurduğu, iznin okulların açık olduğu döneme isabet etmesi nedeniyle talebinin işverence reddedildiği, işçinin sağlık raporu alarak hacca gitmesi nedeniyle iş sözleşmesinin işverence feshedildiği olayda, bu durumun işverene haklı nedenle fesih hakkı tanımayacağına hükmetmiştir¹²²⁶. Yüksek Mahkemeye göre,

“Hac ibadetinin belli bir zaman diliminde ifa edilebileceği ve Suudi Arabistan’ın ülkelere kontenjan uygulaması sebebiyle bu istekte bulunanların uzun yıllar sıra bekledikleri, ismi kontenjana dâhil edilenlerin, bu haklarını kullanmamaları halinde sürecin yeniden işlemeye başladığı bilinen bir gerçektir.

Davacı öğretmenin hacca gitme imkânını elde ettiği ve bu ibadet zamanının okulların açık olduğu döneme isabet etmesi sebebiyle 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 içerdği dikkate alındığında, işçinin rapor alarak hacca gitmesinin işverene haklı fesih olanağı tanıyacağının kabulü mümkün görülmemektedir.”

Kararı inceleyen Alpagut’a göre, hac ibadetinin inanç özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve özellikle uzun bekleme süreleri dikkate alındığında işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında izin vermekle yükümlü olduğu kabul

¹²²⁵ Bu görüşte bkz. Taşkent, s. 113; Aydın, s. 141; Bayram, s. 318.

¹²²⁶ Yarg. 9. HD, 12.02.2014, 2014/664 E., 2014/4313 K., www.kazanci.com, (E.T. 09.04.2019); Almanya’da yıllık izin hakkını kullanarak hacca giden işçinin iznini üç hafta aşarak işe gelmemiş olduğu ve sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği olayda, yerel iş mahkemesi bazı hallerde işveren feshinin haklı sayılamayacağını kabul etmiş, işverenin işçinin iznini aşma sebeplerini öğrenmiş olması, işçi açısından seyahatin ertelenemezliği, iş ilişkisinin 15 yıldır kesintisiz devam ediyor olması, izin süresinin aşılmasına rağmen iş kesintisinin doğmamış olması gibi hallerin bu duruma örnek oluşturduğunu belirtmiştir. Sözer, Dini İnanç, s. 58.

edilmelidir. Ancak olayda işçinin sahte rapor alarak hacca gitmesi, taraflar arasındaki güven ilişkisini zedelediğinden, işveren feshinin haklı nedene dayanmadığını söylemek güçtür¹²²⁷.

Kararı inceleyen Dulay'a göre, işçinin Anayasa'dan kaynaklanan ibadet hürriyetini iş görme borcunu engelleyecek şekilde kullanması mümkün değildir. İşçinin iş görme borcunun içeriği ile inancı arasında çatışma ortaya çıkması durumunda, karşı karşıya gelen din ve vicdan özgürlüğü ile sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılan iş sözleşmesi ve bu sözleşmeden kaynaklanan yönetim hakkına dayanarak işveren tarafından verilen direktiflere uygun davranma borcu arasında dengenin kurulması gerekir. Bunun için işçinin açık ve beklenmeyen bir durumun ortaya çıkması halinde işverenin talimatlarına uymama hakkının olabileceği söylenebilir. Ancak genel olarak sözleşme özgürlüğü işverene edimin ifası konusunda bir talep hakkı verdiğinden, işçinin inancı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle iş görme borcundan kurtulmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir¹²²⁸.

Alman Hukukunda da işçinin dini sebeplerle iş görmekten kaçınması pek çok yargı kararına konu olmuştur. Frankfurt'ta demiryolunda çalışan belirli bir mezhebe mensup ("*Siebenten Tags Adventisten*") bir grup işçinin, dini sebeplerle cumartesi günleri çalışmama talebinin reddedildiği olayda, işçilerin buna rağmen işe gelmemeleri üzerine iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Eyalet İş Mahkemesinin önüne gelen davada Mahkeme, bir kısım işçiye böyle bir muafiyet tanınmanın yalnızca ulaştırma hizmetini tehlikeye düşürmekle kalmadığına, ayrıca diğer dinlere mensup olan kişilere karşı hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkmasına sebep olduğuna hükmetmiştir¹²²⁹. Benzer bir olay bir yıl sonra Hamburg'da meydana gelmiş ve aynı mezhebe mensup olan bir grup işçi cumartesi günleri çalışmama talebinde bulunmuş, işletmesel nedenlerle bu talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine işe gelmeyen işçilerin iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş, konu Eyalet İş Mahkemesinin önüne gelmiş ve benzer yönde karar verilmiştir¹²³⁰.

¹²²⁷ Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, 2016, s. 46; Ayrıca bkz. Genel Görüşme, s. 108.

¹²²⁸ Dilek Dulay, "Karar İncelemesi – İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 48, 2016, s. 270-271.

¹²²⁹ LAG Frankfurt a. M. v. 16.09.1947 – II LA 81/47, Bkz. Wege, s. 64.

¹²³⁰ ArbG Hamburg v. 26.02.1948 – 3 Ca 192/48, Wege, s. 64.

Kanaatimizce bu sorunun çözümlenmesi açısından genel bir sınıflandırma ya da ölçüt getirilmesi mümkün olmayıp, her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılması gereklidir. Genel olarak öğretide ifade edilen ve işçinin dini inancı nedeniyle belirli gün ve saatlerde işverenden izin almaksızın işe gelmemesinin, iş görme edimini ifa yükümlülüğü ile bağdaşmadığı görüşüne katılmaktayız. Bununla birlikte işçinin dini inancının gereklilikleri ile işverenin ve işletmenin çıkarları birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalı ve dürüstlük kuralı çerçevesinde tarafların menfaatleri dengelenmelidir. Bu açıdan işin niteliği, yapılma zamanı, işverenin işin yapılma zamanı bakımından ifa menfaati, işçinin işe gelmediği zamanın işin yürütümüne etkisi gibi unsurlar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. İşverence işin yürütümü açısından ciddi bir tehlike teşkil etmedikçe dinsel gerekliliklerini yerine getirmesi amacıyla, işçiye izin vermesi gerekir. Ancak bunun sınırları dürüstlük kuralıyla çizilmelidir. Bu çerçevede iş görme edimini ifa etmeme işin yürütümü açısından bir olumsuzluğa yol açacak, işin ifasını imkânsız hale getirecek ya da işyerinde çalışan diğer işçiler nazarında hakkaniyete aykırı bir sonuca yol açacaksa, işçinin iş görme edimini ifa ile yükümlü olacağı düşüncesindeyiz.

SONUÇ

İş görmekten kaçınma hakkı, belirli koşulların ortaya çıkması durumunda işçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği iş görme borcunu işveren tarafından karşı edim ifa edilinceye ya da işverence işçinin edimini ifa etmesi için gereken hazırlık fiilleri gerçekleştirilinceye kadar yerine getirmeme olanağına sahip olmasıdır. Bu halde işçinin iş görme edimini ifa etmemesi meşru bir sebebe dayandığından, işverenin iş görme borcuna aykırılık nedeniyle işçinin sorumluluğuna başvurması ya da iş sözleşmesini feshetmesi mümkün olmaz. Böylece bu hak sayesinde işçi, işverence yerine getirilmeyen edimin ya da yükümlülüğün gerçekleştirilmesi amacıyla işveren üzerinde bir baskı unsuru yaratmış olmaktadır.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkı ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiş ve ücretinin gününde ödenmemesi ile işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda işçinin bu hakka sahip olacağı kabul edilmiştir. Bu Kanun öncesinde kanuni bir düzenleme bulunmamakla beraber işçinin belirli durumlarda iş görmekten kaçınabileceği öğretide kabul edilmekte, ancak bu durum tartışmalı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu iki temel sebep bakımından işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı tartışması sona ermiştir.

İş kanunlarında bu iki durumda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının varlığı açıkça kabul edilmişse de, hakkın hukuki niteliğine ve bunu takiben sonuçlarına ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır. İş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğine ilişkin olarak Türk hukuku öğretisindeki tartışmaların, hakkı ortaya çıkaran sebebin türüne de bağlı olarak iki temel görüş çerçevesinde toplandığı görülmektedir. İşçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli, çoğunluk görüşüne göre ödemezlik def'inden doğar. Ödemezlik def'i, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimini daha sonra ifa etme hakkı bulunmadıkça, kendi ediminin ifasını önermeden karşı taraftan ifa talep etmesi halinde, diğer tarafa ifadan kaçınma imkânı vermektedir. Burada öğretide işçinin iş görme borcu ile işverenin ücret ödeme yükümlülüğü birbirinin karşılığını teşkil ettiğinden, ücretin ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekle yükümlü olmayacağı

kabul edilmekte, bu nedenle söz konusu hakkın hukuki temeli bu def'ie dayandırılmaktadır.

İkinci görüş, iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğinin işverenin alacaklı temerrüdünden doğduğu yönündedir. İşverenin alacaklı temerrüdü, işverence işçi tarafından sunulan edimin ifasının objektif olarak haklı bir neden bulunmaksızın kabul edilmemesi ya da işverenin, işçinin iş görme edimini ifa etmesi için öncelikle yapmakla yükümlü bulunduğu hazırlık fiillerini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkar. Burada çoğunluk görüşü işçinin işyerinde meydana gelen ciddi ve yakın bir tehlike karşısında sahip olacağı iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliğini, işverenin alacaklı temerrüdüne dayandırmaktadır. Zira işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma ve tehlikeden arı, sağlıklı bir çalışma ortamı sağlama yükümlülüğü, işçilerin iş görme edimini ifa edebilmeleri için yerine getirilmesi gereken bir hazırlık fiili niteliğindedir. Aksi halde tehlikelerin bulunduğu bir işyerinde işçiden iş görme edimini ifa etmesi beklenemez.

Alman Hukukunda ise söz konusu hakkın hukuki niteliği Alman Medeni Kanunu (BGB)'nda düzenlenen iki farklı hüküm çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bir görüş bu hakkın hukuki temelini Alman Medeni Kanunu' nun ödemelik def'ine ilişkin 320. maddesine dayandırırken, diğer görüş ise aynı Kanunda yer alan ve genel olarak alacaklıya karşı aynı borç ilişkisinden doğan muaccel alacağı bulunan borçlunun, edim ifa edilinceye kadar borçlu olduğu edimi yerine getirmekten kaçınma hakkını düzenleyen 273. maddesine dayandırmaktadır. Hukukumuzda bu yönde 273. maddenin karşılığını teşkil edecek genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaması ve işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranması durumunda ise, aynı Kanunun 298 ile 615. maddeleri uyarınca işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceği görüşü genel olarak kabul edilmektedir.

Öğretide ileri sürülen tüm görüşler değerlendirildiğinde, kanaatimizce işçinin iş görmekten kaçınma hakkının, genel olarak işverenin alacaklı temerrüdüne dayandığı sonucuna varılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini ifa edebilmesi için, öncelikle işyerinde ifa için elverişli ve sağlıklı bir çalışma ortamının sağlanması gerekir. Bu çerçevede işveren, işçileri korumak ve işyerinde sağlıklı ve ahlaka uygun bir çalışma ortamını sağlamakla yükümlü olur. İşverenin

yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bu davranışlar, iş görme ediminin ifası için hazırlık fiili niteliği taşır. Söz konusu hazırlık fiillerini yerine getirmemesi durumunda, işveren alacaklı temerrüdüne düşer ve artık işçiden işyerinde çalışması beklenemez.

İşveren, işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında, ilk önce işyerinde çalışan işçilerin yaşamı ve sağlığını korumakla yükümlüdür. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması ve iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda, işçinin işini ifa etmesi için sağlıklı bir ortam sağlanmış olmayacağından, işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmediği, bu nedenle alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmelidir. Bu nedenle kanaatimizce işçinin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi çerçevesinde sahip olduğu iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağı, işverenin alacaklı temerrüdüdür.

İşçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temeli bakımından ise, Türk Hukukunda çoğunluk görüşü bu hakkın hukuki temelini ödemezlik def'ine dayandırmaktadır. Kanaatimizce de iş sözleşmesinin asli edim yükümlülükleri olan ve birbirinin karşılığını oluşturan iş görme ve ücret edimlerinden birinin ifa edilmemesi durumunda, sözleşmenin karşı tarafının ödemezlik def'i ileri sürerek, kendi edimini ifadan kaçınmasının mümkün olduğu söylenebilir. Bu açıdan işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görmekten kaçınma hakkı, ödemezlik def'i ile örtüşmekte olup, öğretide bu yönde ifade edilen görüş isabetsiz sayılamaz.

Ancak hakkın hukuki dayanağı belirlenirken, değerlendirilmesi gereken ve önem taşıyan bir sorun, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı ve iş görme edimini ifa etmediği dönemde, ücretine hak kazanıp kazanmayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Zira iş görmekten kaçınma hakkı bir ödemezlik def'i olarak görülürse, bunun sonucunda işçi, iş görme borcunu ifadan kaçınma olanağına sahip olur, ancak çalışmadığı bu sürenin çalışmış gibi değerlendirilmesi ve bunun sonucunda ücretine hak kazanması mümkün olmaz. Bunu önlemek amacıyla ücretin ödenmemesi durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağını ödemezlik def'ine dayandıran bu görüşlerin, genellikle sonuçları bakımından işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğünü ve böylece işçinin ücretine hak

kazanacağını kabul ettikleri görülmektedir. Zira aksi kabul, iş görmekten kaçınma hakkının hizmet ettiği amaçla bağdaşmayacaktır.

Kanaatimizce burada hem hakkın hukuki dayanağı hem de hukuki sonuçları bakımından iş görmekten kaçınma hakkının temelinin işverenin alacaklı temerrüdüne dayandığının kabul edilmesi, özellikle işçinin çalışmadığı sürede ücretine hak kazanıp kazanmayacağı sorunu karşısında daha isabetlidir. Zira işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi durumunda, işçiden bir sonraki ücret dönemi bakımından iş görme edimini ifa etmesi beklenemez. Aksi halde ücreti ödenmemesine rağmen iş görme edimini ifa etmesini beklemek, işçinin karşılıksız çalışmaya zorlanması anlamına gelecektir. İşçinin iş görme edimi ile ücret ödeme yükümlülüğü karşılıklılık ilişkisi içerisinde olup, işçi önce ifa ile yükümlüdür. Yani işçi önce edimini ifa edecek, bunun karşılığında ise ücretine hak kazanacaktır. Ancak işçinin bu önce ifa yükümlülüğü her bir ücret dönemi için yeniden geçerli olacaktır. İşin ifa edileceği dönem sonunda işçi ücretine hak kazanacak, sonraki dönem yine edimini ifa ile yükümlü olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce işçinin ücretinin ödenmesi, işçinin bir sonraki ücret dönemi bakımından iş görme ediminin ifası için işverene düşen bir hazırlık fiili olarak nitelendirilmeli ve bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren hakkında işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır.

Kanunda düzenlenen iş görmekten kaçınma sebeplerinden ilki, işçinin ücretinin gününde ödenmemesidir. İş Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden bulunmaksızın ödenmeyen işçi, iş görme borcunu ifadan kaçınabilir. Görüldüğü üzere işçinin bu haktan yararlanabilmesi için bazı koşulların varlığı aranmaktadır. İlk olarak, işçinin muaccel bir ücret alacağını bulunması ve ücret ödemesindeki gecikmenin yirmi gün süreyle devam etmesi gerekir. Bu süre dolmadan işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Öğretide Kanunda öngörülen bu yirmi günlük sürenin ücretin ödenmesi bakımından bir erteleme süresi mi oluşturduğu, yoksa yalnızca iş görmekten kaçınma hakkının ön koşulunu mu teşkil ettiği tartışmalıdır. Burada kanaatimizce bu yirmi günlük sürenin yalnızca iş görmekten kaçınma hakkının ön koşulu olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira Kanunun gerekçesinde de bu sürenin geçici ödeme güçlüğüne düşen iyiniyetli işverenin korunması amacıyla

getirildiği belirtilmiştir. Bu bakımdan söz konusu sürenin işverenlere ücret ödeme konusunda bir erteleme hakkı vermesi, hükmün amacıyla bağdaşmayacaktır.

İşçinin bu hükme dayanarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanması bakımından aranan bir diğer koşul, ücretin ödenmemesinin mücbir bir sebepten kaynaklanmamasıdır. Ödemeye engel olan sebebin mücbir sebep niteliğinde olması durumunda işçinin işi ifadan kaçınma hakkı bulunmayacaktır. Bu çerçevede mücbir sebep oluşturmayan, ekonomik güçlükler ile işverence öngörülebilir olan işletmesel riskler gibi sebepler ücretin ödenmemesi için geçerli neden teşkil etmez.

Son olarak iş görme edimini ifa etmeme davranışının işçinin kişisel kararına dayanması gerekir. Zira hükmün ikinci fıkrasında işçilerin kişisel kararlarına dayanarak toplu şekilde iş görme borcunu yerine getirmemelerinin grev olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Kanunda düzenlenen ikinci durum, işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkıdır. Söz konusu hak ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmekteyken, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, İş Kanunu kapsamından çıkarak bu Kanunla düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 13. maddesi uyarınca, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için, ilk olarak işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Kanunun ifadesi gereğince işyerinde meydana gelen tehlikenin hem ciddi hem yakın nitelikte olması gerekecektir. Ancak kanaatimizce bu zorunluluk hakkın kapsamını daraltmakta ve özellikle yakın zamanda gerçekleşmeyecek fakat ciddi nitelik taşıyan tehlikeler bakımından hakkın kullanılmasına engel olmaktadır. Bunun yerine “ciddi veya yakın tehlike” ibaresinin tercih edilmesi, düzenlemenin amacına ve işçiyi koruma prensibine daha çok hizmet edecektir.

İkinci olarak, işçinin iş görmekten kaçınabilmesi için önce kurul bulunan işyerlerinde kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak talebinin kabul edilmesi durumunda işçi bu hakkını kullanabilecektir. Böylece işçi sübjektif kanaatine göre işi ifadan kaçınmayacaktır. İşçinin talebi üzerine işverence işyerinde tehlikeyi önlemeye

yönelik gerekli ve elverişli önlemlerin alınmaması da gerekir. Aksi halde işçinin iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemeyecektir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda işçiye belirli koşullar altında kurul ya da işveren kararı bulunmaksızın iş görme edimini ifadan kaçınma olanağı da tanınmıştır. Bunun için ciddi ve yakın tehlikenin “önlenemez” nitelikte olması aranmış, böyle bir durumda işçinin kanunda öngörülen usule uyulmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gidebileceği kabul edilmiştir (6331 s. Kanun m. 13/III).

İş görmekten kaçınma hakkından ilk önce işyerinde, işverene bağımlı olarak çalışan işçiler yararlanır. İşyerinde çalışmakla birlikte, başka bir işverene tabi olarak çalışan, alt işveren işçileri ile geçici işçilerin iş görmekten kaçınıp kaçınmayacağı ise bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Zira burada anılan işçilerin tabi oldukları işveren ile iş görme edimini ifayla yükümlü bulundukları işverenler farklı olduğundan, tereddüt doğmaktadır. Kanaatimizce her iki işçi grubunun da iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacakları kabul edilmelidir. İlk olarak, alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında herhangi bir iş sözleşmesi bulunmamakla beraber, ilişkinin konusu olan işleri asıl işverenin işyerinde yerine getirmeleri gerekir. Bu nedenle ilişkinin başlamasıyla birlikte tarafların birbirlerinin hukuki menfaat alanına müdahale etme ve zarar verme riski doğar. Böylece asıl işverenin, işyerinde çalışan alt işveren işçilerini korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu ve bu nedenle işyerinde bir tehlike durumunda bu işçilerin de iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacağı kabul edilmelidir. İşçilerin ücretinin ödenmemesi durumunda ise, asıl işverenin alt işveren işçilerinin işçilik alacaklarından müteselsil sorumluluğu kanunda düzenlendiğinden (İş K. m. 2), işçilerin ücretin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması da mümkün olacaktır.

Benzer sonuca geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiler açısından da varılır. Zira işyerinde ortaya çıkan iş tehlikeleri karşısında, işverenin geçici iş ilişkisiyle çalışan işçileri de koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunduğundan, iş görmekten kaçınma hakkının varlığı kabul edilecektir. Bu ilişkide işçinin ücretini ödemekle yükümlü olan işveren değişmemekle beraber, iş görme ediminin alacaklısı başka bir işveren haline gelmektedir. Kanaatimizce taraflar arasındaki ilişkiden doğan işçiyi koruma ve gözetme, eşit davranma gibi yükümlülüklerden geçici işveren de sorumlu

olacağından, geçici işçilerin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olamayacağı sorusuna olumlu yanıt verilmesi gerekir. Zira aksi halde ücreti ödenmemesine rağmen işçiden geçici işverene karşı iş görme edimini ifa etmesini beklemek, işçinin ücretsiz olarak çalışması anlamına gelecektir.

Bir diğer sorun işyerinde grev yasağının bulunması ya da iş görmekten kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçinin grev kapsamı dışında kalan işçilerden olması durumunda, işçilerin bu haktan yararlanıp yararlanamayacağıdır. İlk olarak, greve rağmen devam etmesi zorunlu bulunan işlerde çalışan işçiler bakımından, bir çalışma zorunluluğu getirilmişse de, bu işçilerin de koşulları oluşmuşsa iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği kanaatindeyiz. Zira ücretinin ödenmemesi durumunda işçinin çalışmak zorunda bırakılması, işçiyi karşılıksız çalışmaya mecbur bıraktığından işçiyi koruma prensibine aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bu sonuç, işyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması ya da işyerinde bir taciz durumunun söz konusu olması gibi işçiye iş görmekten kaçınma hakkı veren diğer hallerde ise, işçinin yaşamı, fiziksel ya da ruhsal sağlığı tehlike altında olduğundan, evleviyetle kabul edilmelidir.

Grev yasakları bakımından ise sorunun çözümü biraz daha güçtür. Zira Kanunda belirlenen grev yasakları, hayati önem taşıyan işler bakımından veya hayatı önemli derecede etkileyen yerlerde söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce burada bir ayırım yapılmalıdır. İşyerinde iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda, grev yasakları bulunsa dahi, işçinin yaşam ve sağlığının korunması söz konusu olduğundan, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Buna karşılık grev yasağı durumunda işçinin iş görme edimini ifa mecburiyeti doğuran sebep ile işçinin ücret hakkı karşılaştırıldığında, iş kesintiye uğradığında işyerinde çalışan işçilerin ya da toplumun sağlığına, güvenliğine ya da düzenine zarar verebilecek olması sebebiyle, grev yasağına tabi olan işler ya da yerlerde iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının bulunup bulunmadığı ve hangi koşullarda işçinin bundan yararlanabileceği konusunda Kanundaki düzenlemeler cevap oluştursa da, uygulamada ortaya çıkan önemli bir sorun işçinin iş görmekten kaçındığı sürede ücretine hak kazanıp kazanmayacağıdır. Burada konu ikiye ayrılarak irdelenmelidir. İlk olarak, iş tehlikelerinin ortaya çıkması durumunda iş

görmekten kaçınma hakkını kullanan işçi, Kanunda yer alan hüküm uyarınca ifadan kaçındığı dönemdeki ücretine hak kazanır. Zira İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde, çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer haklarının saklı olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Asıl sorun, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira bu hususta Kanunda açık bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun Bilim Kurulu taslağında ve kanun tasarısında işçilerin ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınmaları halinde, çalışmadıkları süre bakımından ücrete hak kazanacaklarına ilişkin açık bir düzenleme yer almaktayken, bu düzenleme kanunlaşma aşamasında metne alınmamıştır. Bu durum konunun öğretilde çokça tartışılan bir sorun olarak ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Öğretilde çoğunluk tarafından Kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da, işverenin iş görmekten kaçınma hakkının kullanıldığı süre bakımından ücret ödeme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekteyken, söz konusu düzenlemenin kanunlaşma aşamasında metinden çıkarılması nedeniyle bu sonucun kabul edilemeyeceği de diğer görüş tarafından ileri sürülmektedir.

Kanaatimizce işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkını kullanması durumunda, işçi iş görme edimini ifaya hazır olmasına rağmen işverence ücretinin ödenmemesi ve bu açıdan işin ifası için gerekli bulunan hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi nedeniyle işveren, alacaklı temerrüdüne düşer. İşverenin alacaklı temerrüdü Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümle işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacağı ve işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceği kabul edilmiştir. Anılan düzenleme karşısında işçinin iş görmekten kaçınarak çalışmadığı sürede ücretine hak kazanacağı sonucuna varılmalıdır. İş Kanunu'nun kanunlaşması aşamasında söz konusu hükmün mevcut düzenlemeye alınmamasının da bu sonuca etki etmeyeceği kanaatindeyiz.

Kanunlarda özel olarak düzenlenen bu iki temel iş görmekten kaçınma hakkı doğuran sebebin yanı sıra, işçinin sağlığının ve kişiliğinin korunması prensibi de göz önüne alınarak, genel hükümler uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkının kabul edilebileceği bazı durumlar akla gelmektedir. Bu tür durumlar kanunda açıkça

düzenlenmediğinden ve işçinin kişilik değerlerinin, onurunun ya da inançlarının zedelenmesine sebep olduğundan, hangi hallerde ve koşullarda işçinin işi ifadan kaçınabileceğinin belirlenmesi ayrıca önem arz etmektedir. Çalışmamızın son bölümünde işçiden iş görme ediminin beklenemeyeceği ve bu çerçevede iş görmekten kaçınma hakkının kabul edilebileceği haller tartışılmıştır.

İşçiyi koruma ve gözetme borcu uyarınca işveren, işçinin kişiliğini korumakla yükümlüdür. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin 417. maddesinin 1. fıkrasında, işverenin işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ışığında, işyerinin ortaya çıkabilecek cinsel ve psikolojik tacizlerden arındırılarak sağlıklı ve ahlaka uygun bir çalışma ortamının sağlanması, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun içerisinde değerlendirilir. İşveren bu yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda, işin ifası için gereken hazırlık fiillerini yerine getirmemiş sayılır ve alacaklı temerrüdüne düşer. Bunun sonucu olarak, iş mevzuatında açıkça düzenlenmemişse de, işyerinde cinsel veya psikolojik tacizin söz konusu olması durumlarında, işçinin işverence işin ifası için elverişli, sağlığa ve ahlaka uygun bir işyeri ortamı sağlanıncaya kadar iş görmekten kaçınma hakkına sahip olacağı kabul edilmelidir. Benzer gerekçelerle işyerinde işverenin ayırım yapmama borcuna aykırı davranması durumunda da, aynı sonuca varılmalıdır.

Çalışmamız çerçevesinde incelenen bu durumlardan ilki, işverenin ayrımcılık yasağına ve eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmasıdır. Burada işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı saptanırken, eşit davranma yükümlülüğüne ve ayrımcılık yasağına aykırılığın, hazırlık fiili olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği incelenmelidir. Kanaatimizce işverenin işyerinde işçiler arasında eşit bir düzen yaratma ve ayırım yapmama yükümlülükleri, işçilerin uygun bir çalışma ortamında iş görme edimini yerine getirmesi için gereklidir. Ayrıca işverence işçiler arasında ayrımcılık yapılması işçinin kişilik değerlerini zedelediğinden, işçiyi koruma ve gözetme borcuna da aykırılık oluşturmaktadır. Bu çerçevede ayrımcılıktan arî bir işyerinde işin ifasının sağlanması, işveren açısından

bir hazırlık işlemi olarak değerlendirilmelidir. Anılan yükümlülüğüne aykırı davranan işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü ve ayrımcılığa maruz kalan işçinin iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabileceği kabul edilmelidir.

Diğer bir ihtimal, işçinin işverence ya da işyerinde çalışan diğer kişiler veya işle ilgili üçüncü kişiler tarafından uygulanan cinsel taciz davranışlarına uğramasıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi uyarınca işveren, işyerinde işçilerin tacize uğramalarını önlemek ve tacize uğrayan işçilerin de daha fazla zarar görmelerini engellemek amacıyla gerekli önlemleri almak, işçiler açısından çalışmaya elverişli, dürüstlük ilkelerine ve ahlaka uygun bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlüdür. Bu borç işverene hem bizzat işçiye cinsel taciz niteliği taşıyan söz ve davranışlarda bulunmama, hem de işyerinde işçinin başka bir işçi ya da üçüncü bir kimse tarafından cinsel tacize uğramaması için işçiyi koruma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşverenin işyerinde işçilere cinsel tacizde bulunması ya da işyerinde işçinin başka bir işçi ya da üçüncü bir kimse tarafından cinsel taciz davranışıyla karşılaşması ve işverenin bu durumu bilmesine rağmen herhangi bir önlem almaması durumlarında, işveren işyerinde işin işçi tarafından ifası için gereken ve yerine getirmekle yükümlü olduğu hazırlık fiillerini ifa etmemiş sayılır. Zira bu halde işveren işyerinde sağlıklı ve ahlaka uygun bir çalışma ortamı sağlama borcuna aykırı davranmış olacaktır. Böyle bir durumda hazırlık fiillerini yerine getirmeyen işveren, alacaklının temerrüdüne düşecek ve işçi de işverence söz konusu yükümlülük yerine getirilinceye kadar iş görme edimini ifadan kaçınabilecektir.

Bu hususta Alman Hukukunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Nitekim Alman Genel Eşit Davranma Kanunu'nda işyerinde cinsel taciz durumunda işverenin işyerinde gerekli önlemleri almaması şartıyla, işçiye iş görmekten kaçınma hakkı açıkça tanınmıştır. Hukukumuzda bu yönde özel bir düzenlemenin bulunmaması bir eksikliktir. Zira işyerinde cinsel taciz uygulamada sık karşılaşılan ve işçinin vücut veya ruhsal bütünlüğünü, onurunu ve kişilik haklarını zedeleyen bir davranıştır. Bu davranışa karşı işçiye iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmaksızın, işvereni tacizden arındırılmış bir çalışma ortamı kurmaya zorlama olanağının tanınması gerekir. İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının varlığının kesin olarak

belirlenebilmesi ve hangi koşullarda işçinin bu hakka sahip olacağının saptanması açısından böyle bir düzenlemenin bulunması isabetli olacaktır.

Cinsel tacizin bizzat işverence uygulanması durumunda, işçi söz konusu davranışı sona erdirmek ve tekrarlanmasına engel olmak amacıyla iş görmekten kaçınabilir. Cinsel tacizin işyerinde çalışan başka bir işçi ya da üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi durumunda ise, iş görmekten kaçınma hakkından yararlanmak isteyen işçinin, ilk önce işvereni cinsel taciz eylemi hakkında bilgilendirmesi ve işverenin bu konuda gerekli önlemleri alması için makul bir süre beklemesi gereklidir. Zira işçinin iş görmekten kaçınma hakkından yararlanabilmesi için işverence tacizi önlemeye elverişli önlemlerin alınmaması gerekir. Aksi halde işçinin bu hakkından söz edilemeyecektir.

Benzer sonuç işyerinde işçiye karşı psikolojik taciz uygulanması bakımından da kabul edilmelidir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin kişiliğini koruma borcuna ilişkin 417. maddesi ve işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin 408. maddeleri göz önüne alındığında, işin ifası için elverişli ve ahlaka uygun bir çalışma ortamı yaratma yükümlülüğüne aykırı davranan işverenin, işçiden katlanmasını bekleyemeyeceği bir ortamda iş görme borcunun ifasını isteme hakkı olamaz. İşverenin bu borcu, iş görme ediminin ifası için hazırlık fiili niteliğindedir. Bu açıdan alacaklı temerrüdüne düşen işverenin, iş görme ediminin ifası için yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerini tamamlayınca, yani işyerinde psikolojik tacizden arî bir çalışma ortamı sağlayınca kadar, işçinin iş görme edimini ifadan kaçınma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Öğretide işçinin bu hakkının İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesine dayandırıldığı da görülmektedir. Ancak burada ilgili 13. madde uyarınca işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğumu bakımından “ciddi ve yakın” bir tehlikenin aranması, kanaatimizce psikolojik tacizle karşılaşan işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasını kısıtlayıcı bir özellik göstermektedir. Zira Kanunda yer verilen nitelikte bir tehlikenin ortaya çıkmadığı olaylar bakımından işçinin iş görmekten kaçınma hakkına sahip olmadığı sonucuna varılması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle kanaatimizce işçinin psikolojik taciz karşısında iş görmekten kaçınma hakkının, işyerinde bir tehlikenin ortaya çıkmasını şart

koşmayan, işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

İşçinin cinsel ya da psikolojik taciz durumunda iş görmekten kaçınma hakkını işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri uyarınca kullanabileceğinin kabul edilmesinin en önemli sonucu ise, işçinin bu haktan yararlanması durumunda söz konusu taciz sona erdirilinceye ve ortadan kaldırılıncaya kadar iş görme borcunu ifa etmemesi, buna karşılık çalışmadığı dönemde ücretine hak kazanacak olmasıdır.

Çalışmamız çerçevesinde tartışılan diğer bir hal, işçiye yıllık ücretli izin hakkının işverence kullandırılmamasıdır. Yıllık izne hak kazanan işçinin bu hakkını ne zaman kullanacağı kural olarak yönetim hakkı çerçevesinde işveren tarafından belirlenir. İznin kullanılabilmesi için işverenin onayı gerektiğinden, işverence işçiye bu hakkın kullandırılmaması durumunda, işçinin kendiliğinden izin hakkını kullanıp kullanamayacağı, bu çerçevede iş görmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır.

Öğretide böyle bir durumda genellikle işçinin kendiliğinden izne ayrılma hakkının bulunmadığı, işçinin işverenin onayı olmaksızın izin hakkını kullanması durumunda, bunun mazeretsiz devamsızlık teşkil edeceği ve işverenin iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle haklı sebeple feshedebileceği kabul edilmektedir. Buna karşılık Alman Hukukunda ve Türk Hukukunda bazı yazarlarca kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, işçinin talebine rağmen işverence yıllık izin hakkı kullandırılmamış ve yıllık izin hakkının kullanılması gereken yıl içerisinde sadece izin süresi kadar bir zaman kalmışsa, işçi kendiliğinden izin hakkını kullanabilir. Zira asıl olan işçinin yıllık izin hakkından izin yılı içerisinde yararlanabilmesidir. Bu nedenle ilgili izin yılı içerisinde bunu gerçekleştirme olanağı kalmayacak olan işçiden, beklemesini istemek hakkaniyete uygun düşmemektedir. Ayrıca işverenin bildirim önellerine uyarak iş sözleşmesini feshetmesi, ancak işçiye kalan yıllık iznini kullandırılmaması durumunda da aynı sonuç kabul edilmelidir. Zira bildirim önelleriyle yıllık izin iç içe geçemeyeceğinden, işçiye ayrıca yıllık izin hakkı kullandırılmalıdır. Aksi halde işçi kendiliğinden izin hakkını kullanabilmelidir.

Bununla birlikte söz konusu durumu iş görmekten kaçınma hakkı olarak adlandırmak kanaatimizce pratik anlamda çok faydalı gözükmemektedir. İş görmekten kaçınma hakkı işçinin sahip olduğu muaccel bir hakkı elde etmek ya da

işyerinde uygun çalışma koşulları sağlamak üzere işvereni bu edimleri yerine getirmeye zorlamak amacıyla başvurduğu bir haktır. Yıllık izin hakkı, işçinin iş görme edimini ifa etmeksizin ücretine hak kazanacağı hallerden biridir. Kendiliğinden izin hakkını kullanmakla işçi, zaten ulaşmak istediği hakkı elde ettiğinden, bu durumu iş görmekten kaçınma olarak nitelendirmenin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

Çalışma konumuz çerçevesinde tartışılan son durum, işçinin iş görme borcu ile manevi değerlerinin ve inancının çatışmasıdır. İşçinin vicdani nedenlerle iş görmekten kaçınıp kaçınamayacağı, tespiti güç bir konudur. İlk olarak, kanaatimizce iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işin kendisinin ya da yönetim hakkı uyarınca bu iş çerçevesinde verilecek talimatların işçinin inançlarıyla bağdaşmayacağıının öngörülebilir olması durumunda, işçinin işi kabul etmemesi gerekir. Aksi halde işçinin sonradan iş görme edimini ifadan kaçınması dürüstlük kuralı uyarınca makul görülemez.

Baştan öngörülebilir ve beklenebilir olmayan durumlar bakımından ise, sorunun çözümü daha zordur. İşçinin Anayasa'dan doğan din ve vicdan özgürlüğü uyarınca, inançlarıyla bağdaşmayan bir işin kendisine verilememesi gerekir. Ancak burada işçinin din ve vicdan özgürlüğü ile işverenin işin ifasından doğan menfaati ve işletmenin çıkarları arasındaki dengenin sağlanması ve buna göre bir çözüm benimsenmesi gerekir.

Benzer şekilde işçinin ifa etmekle yükümlü olduğu işin ifa zamanının inancı ve dini gerekleriyle bağdaşmaması da uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Burada da işçinin iş görmekten kaçınma hakkının bulunup bulunmadığı tespit edilirken, somut olay çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Genel olarak işçinin dini inancı nedeniyle belirli gün ve saatlerde işverenden izin almaksızın işe gelmemesi, iş görme edimini ifa yükümlülüğü ile bağdaşmamakla birlikte, işçinin dini inancının gereklilikleri ile işverenin ve işletmenin çıkarları birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalı ve dürüstlük kuralı çerçevesinde tarafların menfaatleri dengelenmelidir.

KAYNAKÇA

Adler, Karl. “Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB”, **Festschrift für Ernst Zitelmann**, München-Leipzig, 1913, ss. 3-12.

Adomeit, Klaus ve Mohr, Jochen. **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**, 2., überarbeitete Auflage, 2011.

Akdeniz, Ayşe Ledün. **İş İlişkilerinde İmkânsızlık**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Akı, Murat. “Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri Türk ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 21, Mart 2011, ss. 86-99.

Akın, Levent. **İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Akın, Levent. “İş Sağlığı ve Güvenliği”, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum, 2005, ss. 302-348.

Akın, Levent. “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Mart 2006, ss. 149-158.

Akın, Levent. “İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 2, Mart 2013, ss. 38-50.

Akıntürk-Türkmen, Hülya. “İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1999, ss. 130-149.

Akipek, Jale G. ve Akıntürk, Turgut. **Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 2007.

Aktay, A. Nizamettin, Arıcı, Kadir ve Senyen-Kaplan, Emine Tuncay. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

Aktekin, Şeyda. “Alman Mahkeme Kararları Işığında Mobbing Uygulamalarına İlişkin Bir İnceleme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 4, Aralık 2006, ss. 237-242.

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**, Güncellenmiş 12. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara, 1995.

Akyiğit, Ercan. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından İşçinin Başka İşde Çalışması**, Ankara, 1995.

Akyiğit, Ercan. **1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Akyiğit, Ercan. **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008.

Akyiğit, Ercan. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Akyiğit, Ercan. “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 22, Haziran 2011, ss. 32-46.

Akyiğit, Ercan. “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 5, 2005, ss. 16-26.

Akyiğit, Ercan. “İşverenin İş Kabulde Temerrüdünün 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 3, Mayıs 1995, ss. 15-24.

Akyiğit, Ercan. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, 2011, ss. 118-140.

Akyiğit, Ercan. “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 21, Mart 2011, ss. 25-39.

Akyiğit, Ercan. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 55-73.

Akyiğit, Ercan. “Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 3, 2011, ss. 73-91.

Akyiğit, Ercan. “Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 1-2, Şubat-Mayıs 2012, ss. 1-41
<http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1347534267.PDF>, (E.T. 31.01.2019).

Akyol, Şener. **Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967.

Akyol, Şener. “Ücretlerin Ödenmesinin Gecikmesi Dolayısıyla Greve Başvurma”, **İHU**, TSGLK 19, No. 1, 1976.

Alp, Mustafa. **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Alp, Mustafa. “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 1, 2004, ss. 1-41.

Alp, Mustafa. “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 3, Eylül 2006, ss. 37-53.

Alp, Mustafa. “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, 2015, ss. 177-298.

Alpagut, Gülsevil. **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, 1998.

Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değerşiklik ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 5, 2004, ss. 52-62.

Alpagut, Gülsevil. “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 10, 2006, ss. 570-584.

Alpagut, Gülsevil. “Ücret ve İşin Düzenlenmesi”, **İş Hukuku ve Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Semineri Notları**, 2006, ss. 15-68.

Alpagut, Gülsevil. “İş Kanunu’nun 22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2006, ss. 49-64.

Alpagut, Gülsevil. “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değerşiklik”, **Bankacılar Dergisi**, Sayı: 65, Haziran 2008,

<https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/65.pdf>, (E.T. 31.03.2019), ss. 89-110.

Alpagut, Gülsevil. “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, **İşveren Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 3, Mayıs-Haziran 2012, ss. 100-103.

Alpagut, Gülsevil. “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, 2016, ss. 1-80.

Alpar, M. Bülent. “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı ILO Sözleşmesi İle İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı”, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, ss. 2-12, <http://kamu-is.org.tr/pdf/7246.pdf>, (E.T. 20.11.2018).

Arıcı, Kadir. “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 1983, ss. 160-176.

Arıcı, Kadir. Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Genel Görüşme, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İstanbul, 1999, ss. 73-75.

Arslan, Seda. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, ss. 767-807.

Arslan Ertürk, Arzu. **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Arslan Ertürk, Arzu. “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, Eylül 2012, ss. 47-55.

Arslan Ertürk, Arzu. “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: XX, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, ss. 285-339.

Artuk, Mehmet Emin. “Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, ss. 29-44.

Aschmoneit, Jens. **Herausgabeansprüche und Zurückbehaltungsrechte während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**, Frankfurt am Main, 2010.

Aydemir, Muzaffer. **İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı**, Ekin Kitabevi, Ankara, 2007.

Aydemir, Murteza. “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğini Sağlama Açısından İşverenin Yükümlülüğü”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, Ocak 1995, ss. 79-100.

Aydın, Ufuk. **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, No: 1343, Eskişehir, 2002.

Aydın, Ufuk. “İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Sayı: 9, Şubat 2006, ss. 12-35.

Aydın, Ufuk. “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 23, Eylül 2011, ss. 22-36.

Aydın, Ufuk. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 26, Haziran 2012, ss. 10-18.

Aydınlı, İbrahim. **Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan İşverenin Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Aydınlı, İbrahim. “İşverenin İşyerinde “Çalışan” İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 4, Temmuz 2005, ss. 16-29.

Aydınlı, İbrahim. “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: XIX, Kasım 2005, ss. 21-42.

Aydınlı, İbrahim. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı’nda ve/veya Kanunu’nda Alt İşveren- “...Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 26, Haziran 2012, ss. 19-23.

Aydınlı, İbrahim. “6331 Sayılı Kanun’da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 30, 2013, ss. 37-42.

Aydınlı, İbrahim. **Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**, 4. Baskı, Ankara, 2015.

Aydınlı, İbrahim. **İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Aykaç, Hande Bahar. **İş Hukukunda Alt İşveren**, İstanbul, 2011.

Bakırcı, Kadriye. **İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz**, Ankara, 2000.

Bakırcı, Kadriye. “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, Ankara, 2000, ss. 437-458.

Bakırcı, Kadriye. “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi-2002**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2004, ss. 159-210.

Bakırcı, Kadriye. “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 8, Aralık 2007, ss. 22-40.

Bakırcı, Kadriye. **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Balık, Derya. “İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu Madde 83)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 7, 2010, ss. 1001-1011.

Balkır, Z. Gönül. “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, ss. 73-79.

Baskan, Ş. Esra. “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, Sayı: 2, 2017, ss. 3-46.

Başbuğ, Aydın. **İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Başterzi, Süleyman. **Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi**, Ankara, 2007.

Başterzi, Süleyman. “İşverenin İş Görme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi ve Bunun Sosyal Sigorta Üyelik İlişkisine Etkisi”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss. 239-262.

Bauer, Jobst-Hubertus, Göpfert, Burkard ve Krieger, Steffen. **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar**, 3. Auflage, München, 2011.

Bauer, Jobst-Hubertus ve Hahn, Frank. “Zum Annahmeverzug des Arbeitgebers bei unwirksamer Kündigung”, **NZA**, Cilt: 6, 1991, ss. 216-232.

Baycık, Gaye. **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Baycık, Gaye. “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, **AÜHFD**, Cilt: 60, Sayı: 2, 2011, ss. 227-253.

Baycık, Gaye. “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2013, ss. 105-170.

Bayram, Fuat. **Türk İş Hukukunda İşverenin, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

Bayram, Fuat. “Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin, İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, 2006, ss. 11-48.

Bayram, Fuat. “Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Hakim Olan İlkeler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 7, 2005, ss. 1103-1128.

Bayram, Fuat. “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 14, 2007, ss. 551-574.

Bayram, Fuat. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 19, Eylül 2010, ss. 48-62.

Baysal, Ulaş. “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 25, 2010, ss. 60-99.

Beck, Roger. **Gewissenskonflikt und Arbeitsverhältnis**, Darmstadt, 1995.

Benecke, Martina. **Mobbing**, München, 2005.

Benecke, Martina. “Mobbing: Persönlichkeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers”, **Recht der Arbeit**, Heft 6, 2008, ss. 357-364.

Benli, Abdurrahman ve Yiğit, Yusuf. “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VIII, Sayı: 4, 2006, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>, (E.T. 06.11.2018).

Beuthien, Volker. “Das Nachleisten versäumter Arbeit”, **RdA**, Heft 1-2, 1972, ss. 20-23.

Bezani, Thomas ve Richter, Marcus. **Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht**, Köln, 2006.

Bilgili, Abbas. **İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz**, Adana, 2010.

Bilgili, Abbas. “İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 22, Haziran 2011, ss. 63-90.

Bilgili, Abbas. “İş Hukukunda Yeni Bir Kavram Mobbing (Psikolojik Taciz)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 85, Sayı: 2011/4, Temmuz-Ağustos 2011, ss. 86-95.

Bilgili, Abbas. **İş Hukukunda Mobbing**, 3. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2015.

Birk, Rolf. **Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht**, Carl Heymanns Verlag, 1973.

Blomeyer, Arwed. “Gewissensprivilegien im Vertragsrecht”, **JZ**, Nr. 10, 1954, ss. 309-312.

Boemke, Burkhard. “Aktuelle Fragen des Annahmeverzugs”, **RdA**, Heft 3, 2017, ss. 192-199.

Boemke, Burkhard ve Danko, Franz-Ludwig. **AGG im Arbeitsrecht**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007.

Bosch Friedrich Wilhelm ve Habscheid, Walther J. “Vertragspflicht und Gewissenskonflikt”, **JZ**, Nr. 7/8, 1954, ss. 213-217.

Bozkurt, Yeliz. **Ücretin Gününde Ödenmemesi Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2007.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 30, 2012, ss. 23-38.

Böker, Alexander. **Das Weisungsrecht des Arbeitgebers**, Frankfurt am Main, 1971.

Brox, Hans, Rüthers, Bernd, Schlüter, Wilfried ve Jülicher, Friedrich. **Arbeitskampfrecht**, 2. Auflage, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1982.

Brox, Hans, Rüthers, Bernd ve Henssler, Martin. **Arbeitsrecht**, 19.,   berarbeitete Auflage, Stuttgart, 2016.

Bulla, Gustav Adolf. **Lohn trotz Nichtleistung von Arbeit**, Düsseldorf, 1965.

Bultena, Charles D ve Whatcott, Richard B. “Bushwhacked At Work: A Comparative Analysis Of Mobbing & Bullying At Work”, **Proceedings of ASBBS**, Cilt: 15, Sayı: 1, Şubat 2008, ss. 652-666.

Büyükkılıç, G  l. “  ş Hukuku   r  evesinde   şyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, **Legal   ş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: IX, Sayı: 33, 2012, ss. 71-160.

Bydlinski, Franz. “Die Einrede des nicht Erf  llten Vertrages in Dauerschuldverh  ltnissen”, **Festschrift für Artur Steinwenter, Zum 70. Geburtstag**, Verlag Hermann B  hlaus Nachf., Graz Köln, 1958, ss. 140-151.

Canbolat, Talat. “  ş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda “Alt   şveren” Kavramı”, **  HD**, Temmuz-Eylül 1992, ss. 211-229.

Caniklioğlu, Nurşen. “  ş  inin Yıllık   cretli   zin Talep Hakkı ve   zinin Kullandırılmamasının Sonuçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Nuri   elik’e Armağan**, Cilt II,   stanbul, 2001, ss. 1144-1174.

Caniklioğlu, Nurşen. “  ş  inin   alışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi   şverenin Feshetmiş Sayılacağı”, **Sicil   ş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, ss. 104-113.

Caniklioğlu, Nurşen. “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2013, ss. 289-316.

Capodistrias, Joannis. “Die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung”, **RdA**, Heft 2, 1954, ss. 53-56.

Capodistrias, Joannis. “Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung”, **Festschrift für Hans Carl Nipperdey Zum 70. Geburtstag**, Cilt: II, 1965, ss. 105-127.

Centel, Tankut. **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul, 1998.

Centel, Tankut. **İş Güvencesi**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013.

Centel, Tankut. **Türkiye’nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri**, Mess Yayınları, İstanbul, 2004.

Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 22, Haziran 2011, ss. 5-11.

Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2011, ss. 5-14.

Centel, Tankut. “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 5-11.

Centel, Tankut. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, Mart 2013, ss. 13-23.

Civan, Orhan Ersun. **Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Civan, Orhan Ersun. “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, **AÜHFD**, Cilt: 66, Sayı: 2, 2017, ss. 311-397.

Civan, Orhan Ersun. “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi ile İlgili Güncel Gelişmeler”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Beta Yayınevi, 2017, ss. 103-123.

Çağlar, Sadret. “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **Yaklaşım Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 148, Nisan 2005, ss. 188-191.

Çankaya, Osman Güven ve Çil, Şahin. “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 3, Eylül 2006, ss. 54-80.

Çelik, Nuri, Caniklioglu, Nurşen ve Canbolat, Talat. **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 30. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Çelik, Nuri. “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları”, **Prof. Dr. Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara, 1993, ss. 163-178.

Çil, Şahin. **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, Ankara, 2016.

Çil, Şahin. **İş Hukukunda İşçinin Ücreti**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Çil, Şahin. “İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt: II, İstanbul, 2011, ss. 1271-1300.

Çopuroğlu, Çağlar. **Ücret ve Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Çöğenli, Taner. **Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin**, İstanbul, 1983.

Çukur, Cengiz. “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası**, Mart 2012, ss. 34-48, <http://www.ceis.org.tr/dergi/2012mart/makale3.pdf>, (E.T. 30.04.2018).

Däubler, Wolfgang, Bertzbach, Martin ve Ambrosius, Barbara. **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar**, 2. Auflage, Baden-Baden, 2008.

Dehmel, Florian. **Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung**, Duncker&Humblot, Berlin, 2009.

Değer, Senem. **İşçinin Ücretinin Usulünce Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2006.

Demir, Fevzi. **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, İzmir, 2009.

Demir, Fevzi. **İş Hukukunda Çalışma Hakkı İlkesi**, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İzmir, 1981.

Demir, Fevzi. **En Son Yargıtay kararları ışığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 6715 ve 7036 Sayılı Kanun Hükümleri İşlenerek Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İzmir, 2018.

Demir, Fevzi, “İş Hukukunda Ödenmeyen Ücret Faizinin Başlangıcı ve Faiz Oranları”, **Legal Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, Sayı: 1, 2006, ss. 75-87.

Demir, Fevzi. “Çalışma Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2014, ss. 131-156, <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/demir.pdf>, (E.T. 04.12.2018).

Demir, Fevzi. “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 41, 2014, ss. 15-25.

Demircioğlu, A. Murat. “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul, 2011, ss. 121-140.

Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, ss. 113-146.

Doğan, Kübra. **İş Görülmediği Halde Ücret Ödenmesi**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1994.

Doğan, Sevil. “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 9, Nisan 2012, ss. 177-207.

Doğan Yenisey, Kübra. “İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Cilt II, İstanbul, 2001, ss. 1175-1198.

Doğan Yenisey, Kübra. “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 4, 2002, ss. 31-71.

Doğan Yenisey, Kübra. “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, **III. Yılında Yeni İş Yasası, (Seminer Notları)**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum, 2005, ss. 104-131.

Doğan Yenisey, Kübra. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, ss. 63-82.

Doğan Yenisey, Kübra. “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 3, 2010, ss. 93-115.

Doğan Yenisey, Kübra. “Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi”, **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, 2016, ss. 133-171.

Dulay, Dilek. **İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Yaptırımı**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.

Dulay, Dilek. “Karar İncelemesi – İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 48, 2016, ss. 263-274.

Dulay Yangın, Dilek. “Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, **TAAD**, Cilt: III, Sayı: 10, Temmuz 2012, ss. 205-236.

Ekin, Ali. **İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Ekin, Ali. **Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Ekmekçi, Ömer. **4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

Ekmekçi, Ömer. “4857 Sayılı İş Kanunu’nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler”, **Yeni İş Yasası Seminer Notları**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme, 2003, ss. 177-212.

Ekmekçi, Ömer. “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, ss. 367-382.

Ekmekçi, Ömer. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 5, Mart 2007, ss. 19-31.

Ekmekçi, Ömer. “Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı”, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-Haziran 2008, ss. 4-17.

Ekonomi, Münir. **Ferdi İş Hukuku**, Cilt: I, İstanbul, 1984.

Ekonomi, Münir. “Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, 1997, ss. 157-179.

Ekonomi, Münir. “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, ss. 231-266.

Ekonomi, Münir. “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı**, Mart 2008, ss. 21-52.

Engel, Hubert. “Zur praktischen Unterscheidung von Kampf- und einzelvertraglicher Maßnahme”, **BB**, Heft 8, 1966, ss. 330-334.

Engin, E. Murat. **İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

Engin, Murat. “İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi”, **İHD**, Cilt I, Temmuz-Eylül 1991, ss. 335-354.

Engin, Murat. “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 2003, ss. 77-94.

Engin, Murat. “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı” **İÜHF**, Cilt: LXI, Sayı: 1-2, 2003, ss. 313-326.

Erbaş, Gökhan. “Alman Hukukunda İşveren Açısından Alacaklının Temerrüdü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2012, ss. 149-159.

Erdem, Mustafa Ruhan ve Parlak, Benay. “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, **TBB Dergisi**, Sayı: 88, 2010, ss. 261-286.

Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat. “İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu (TCK m. 117)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 20, Aralık 2010, ss. 253-263.

Erdemir, M. Aymelek. **İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Erdoğan, Canan. “Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, **YBHD**, Cilt: 2, Sayı: 2017/2, 2017, ss. 127-158.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Ankara, 2016.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1974.

Ergin, Berin. “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar – Taciz ve Çalışma Hayatı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 7, Eylül 2007, ss. 145-165.

Ergin, Hediye. “Almanya’da “Genel Eşit Davranma Yasası”nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 14, 2007, ss. 635-644.

Ergin, Hediye. “Hastalık Riskinden Dolayı İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan**, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, ss. 177-200.

Erkanlı, Betül. **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Ermumcu, Senem. **İşyerinde Psikolojik Taciz**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Ertürk, Şükran. **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, Ankara, 2008.

Ertürk, Şükran ve Gürsel, İlke. “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan-I**, İstanbul, 2011, ss. 425-456.

Ertürk, Şükran. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 27, Eylül 2012, ss. 13-24.

Ertürk, Şükran ve Erkanlı, Betül. “İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: IX, Sayı: 91, Mart 2014, ss. 45-58.

Esener, Turhan. **İş Hukuku**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Evren, Öcal Kemal. **İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Eyrenci, Öner. “4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler”, **Yeni İş Yasası Seminer Notları**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme, 2003, ss. 152-177.

Eyrenci, Öner. “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Ocak-Şubat-Mart 2004, ss. 15-56.

Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş ve Ulucan, Devrim. **Bireysel İş Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul, 2019.

Ezer, Burcu. **Grev Hakkına İlişkin Sınırlama ve Yasaklar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Flohr, Eckhard ve Ring, Gerhard. **Das neue Gleichbehandlungsgesetz**, Münster, 2006.

Frey, Erich. “Gleichbehandlungsfragen bei Ausübung des Direktionsrechts”, **Der Betrieb**, Nr. 9, 1964, ss. 298-304.

Gomes, Glenn M., Owens, James M. ve Morgan, James, F. “Prohibiting sexual harassment in the European Union”, **An unfinished public policy agenda, Employee Relations**, Cilt: 26, Sayı: 3, 2004.

Göktaş, Seracettin. **Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Göktaş, Seracettin. “İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 28, Aralık 2012, ss. 42-56.

Gözübüyük, Abdullah Polat. **Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1977.

Greiner, Stefan. **Ideelle Unzumutbarkeit**, Berlin, 2004.

Groß, Nadja. “Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz”, **Der Betrieb**, Nr. 47, 20.11.2015, ss. 2755-2760.

Grunsky, Wolfgang. “Streik und Zurückbehaltungsrecht – BAGE 15, 174”, **JuS**, Heft 2, 1967, ss. 60-64.

Güler, Şerafettin. “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapmak”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 5, Eylül 2007, ss. 34-39.

Gülmez, Mesut. “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 2, 2010, ss. 217-266.

Gülmez, Mesut. “Çalışma Özgürlüğü ve Hakkı Açısından Emeğin Evrimi: Ulusal ve Ulusalüstü Hukuksal Boyutlar Üzerine Düşünceler”, **VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu**, Petrol-İş Yayını, İstanbul, 2014, ss. 63-128, <https://www.petrol-is.org.tr/sites/default/files/tum-dokuman-baski.pdf>, (E.T. 04.12.2018).

Günay, Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015.

Günay, Cevdet İlhan. “Ücretin Gününde Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss. 459-490.

Günay, Cevdet İlhan. “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Mart 2006, ss. 36-52.

Günay, Cevdet İlhan. “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 20, Aralık 2010, ss. 28-50.

Gürsel, İlke. “Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararıyla tespiti ve Bunun Hukuki Sonuçları”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7**, (Ed. Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul, 2018, ss. 175-219.

Güzel, Ali. “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, Ankara, 1997, ss. 83-126.

Güzel, Ali. “Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, **Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul, 1996, ss. 167-195.

Güzel, Ali. “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2004, ss. 31-65.

Güzel, Ali. “Karar İncelemesi-İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Göme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 2, 2005, ss. 123-146.

Güzel, Ali. “İş Hukukunda “Yetki” ve “Sözleşme””, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Özel Sayı, 2016, ss. 151-202.

Güzel, Ali ve Ertan, Emre. “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 14, 2007, ss. 509-549.

Güzel, Ali ve Ugan Çataalkaya, 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, Cilt: XX, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, ss. 17-66.

Güzel, Ali ve Heper, Hande. “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2017, ss. 11-58.

Haase, Wilhelm. **Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis**, Diss. Köln, 1967.

Haase, Wilhelm. “Abgrenzung der gemeinsamen Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an der Arbeitsleistung vom Streik”, **DB**, Nr. 16, 1968, ss. 708-716.

Häusele, Harald. **Weisung und Gewissen im Arbeitsrecht**, Konstanz, 1989.

Helvacı, Serap. **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

Henssler, Martin. “Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers bei Pflichten- und Rechtsgüterkollisionen”, **AcP**, 190. Band, 1990, ss. 538-571.

Heper, Hande. “Uluslararası Düzenlemeler Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizle Mücadele: Avrupa Ülke Örnekleri ve Türkiye İçin Öneriler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Özel Sayı, 2016, ss. 427-469.

Herzog, Ulrich. **Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz**, Heidelberg, 1997.

Hoffmann, Michael. “Annahmeverzug des Arbeitgebers”, **DB**, Nr. 47, 1953, ss. 994-996.

Hollstein, Jürgen. **Der Wilde Streik und die Kollektive Ausübung eines Arbeitsverweigerungsrechts**, Göttingen, 1969.

Holzbecher, Monika, Braszeit, Anne, Müller, Ursula ve Plogstedt, Sibylle. **Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz**, Stuttgart, 1997.

Hueck, Alfred ve Nipperdey, Hans Carl. **Lehrbuch des Arbeitsrechts**, 7. neubearbeitete Auflage, Berlin-Frankfurt am Main, 1963.

İnceoğlu, Sibel. “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, ss. 45-61.

İnciroğlu, Lütfi. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı, 2014, ss. 809-824.

İnciroğlu, Lütfi. “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1, 2013, ss. 103-113.

İren, Ertan. “Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”, **AÜHFD**, Cilt: 60, Sayı: 2, 2011, ss. 281-307.

İzveren, Adil. “İşçinin İhtimam Mükellefiyeti”, **Adalet Dergisi**, Cilt: 44, Sayı: 11, Kasım 1953, ss. 1308-1321.

Joch, Axel. **Die Leistungsverweigerung im Arbeitsrecht**, Berlin, 1974.

Kabakçı, Mahmut. **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

Kabakçı, Mahmut. **Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu**, İstanbul, 2009.

Kabakçı, Mahmut. **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na Göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt**, İstanbul, 2004.

Kabakçı, Mahmut. “6331 Sayılı Kanun’un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m. 5) İşlevi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 29, Mart 2013, ss. 61-76.

Kaboğlu, İbrahim Ö. “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, ss. 15-34.

Kandemir, Murat. “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları”, **AÜHFD**, Cilt: 54, Sayı: 4, 2005, ss. 183-211.

Kaniti, Salamon. **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962.

Kantarcı, Nihan Gizem. **Türk İş Hukukunda Mobbing**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Kaplan, Emine Tuncay. **İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Kadıköy Matbaası, Ankara, 1987.

Kaplan, Emine Tuncay. **İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından)**, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1992.

Kaplan, Emine Tuncay. “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 2, 2003, ss. 2-16, <http://kamu-is.org.tr/pdf/7211.pdf>, (E.T. 25.05.2019).

Kaplan-Senyen, E. Tuncay. “İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, ss. 567-594.

Kaplan, Emine Tuncay. “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 24, Aralık 2011, ss. 40-53.

Kar, Bektaş. “Yargıtay Uygulamasında Atipik İstihdam Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi”, **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, 2016, ss. 173-188.

Gökçek Karaca, Nuray. “AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve Bu Mücadelede Sendikaların Rolü”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 5, Eylül 2009, ss. 26-45, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale239.pdf>, (E.T. 30.04.2018).

Karacan, Hatice. “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, http://www.academia.edu/33074635/4857_SAYILI_%C4%B0%C5%9E_KANUNU_NA_G%C3%96RE_%C4%B0%C5%9E%C3%87%C4%B0N%C4%B0N_%C3%87_ALI%C5%9EMAKTAN_KA%C3%87INMA_HAKKI, (E.T. 02.12.2018).

Karahasan, Mustafa Reşit. **Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler**, Cilt 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

Kaya, Pir Ali. “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, **Mess Mercek Dergisi**, Nisan 2005, ss. 144-152.

Kaya, Pir Ali. **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, 2. Basım, Dora Yayın, Bursa, 2009.

Kaya, Pir Ali ve Ertuğrul Yılmaz, Işın Ulaş. “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Çalışma Hakkı”, **Sosyal Siyaset Konferansları/Journal of Social Policy Conferences**, 2016/1, Sayı: 70, ss. 55-80, <http://dergipark.gov.tr/iusskd>, (E.T. 04.12.2018).

Keller, Rolf. “Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB”, **JuS**, Heft 9, 1982, ss. 665-668.

Keser, Hakan. “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 3, 2004, ss. 1-38, <http://kamu-is.org.tr/pdf/733.pdf>, (E.T. 21.05.2018).

Keser, Hakan. “İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansıması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2006, ss. 65-109.

Keser, Hakan. “İş Sözleşmesinin Mobbing Sebebi İle Feshi Üzerine Bir Değerlendirme” **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Özel Sayı, 2016, ss. 261-276.

Kılıç, Leyla. **İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

Kılıç, Leyla. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 22, Haziran 2011, ss. 91-100.

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Kılıçoğlu, Mustafa. “Çalışma Hakkı Kapsamında İş Güvencesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, ss. 1207-1229.

Kirschner. “Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers”, **DB**, Nr. 25, 1961, ss. 842-848.

Kocabıyık, Selçuk. “İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilebilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 16, Aralık 2009, ss. 238-245.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. **Borçlar Hukuku-Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, 2010 Tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, İstanbul, 2014.

Koç, Nevzat. **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 1992.

Kohte, Wolfhard. “Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz – Zur Aktualität des Rechts der Leistungsstörungen”, **NZA**, Sayı: 5, 1989, ss. 161-169.

Kollmer, Norbert. **Mobbing im Arbeitsverhältnis**, 3., neu bearbeitete Auflage, 2003.

Konzen, Horst ve Rupp, Hans Heinrich. **Gewissenskonflikte im Arbeitsverhältnis**, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990.

Kunze, Otto ve Farthmann, Friedhelm. “Der Urlaubsanspruch und seine Durchsetzung”, **BB**, Heft 29, 1962, ss. 1163-1168.

Küchenhoff, Günther. “Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis”, **AuR**, 1965, ss. 129-139.

Larenz, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**, C.H.Beck, München, 1987.

Leinemann, Wolfgang ve Linck, Rüdiger. **Urlaubsrecht**, 2. Auflage, 2001.

Leymann, Heinz. “Mobbing and Psychological Terror at Workplaces”, **Violence and Victims**, Cilt: 5, Sayı: 2, 1990, ss. 119-126, [http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990\(2\).pdf](http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990(2).pdf), (E.T. 30.04.2018).

Lieb, Manfred ve Jacobs, Matthias. **Arbeitsrecht**, 9. neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

Limoncuoğlu, S. Alp. “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, **TBB Dergisi**, Sayı: 105, 2013, ss. 51-88.

Limoncuoğlu, S. Alp. “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2014, ss. 547-571.

Makas, Recep. “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu’na Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 4, 2012, ss. 149-180.

Manay, A. Eda. “İş Kanunu’nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları”, **TAAD**, Cilt: 3, Sayı: 9, 2012, ss. 209-252.

Manav, A. Eda. “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2014, ss. 731-779.

Manav Özdemir, A. Eda. “Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması”, **TİSK Akademi**, Cilt: XI, Sayı: 21, 2016, ss. 194-228.

Mästle, Tobias. “Sexuelle Belästigungen im Betrieb – angemessene Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers”, **Betriebs-Berater**, Heft 5, 30. Januar 2002, ss. 250-252.

Maus, Wilhelm. **Das neue Urlaubsrecht**, Verlag August Lutzeyer, Baden-Baden, 1963.

Molkentin, Thomas. “Das Recht auf Arbeitsverweigerung bei Gesundheitsgefährdung des Arbeitnehmers”, **NZA**, Heft 16, 1997, ss. 849-856.

Moll, Wilhelm. “Zum Verhältnis von Streik und kollektiv ausgeübten Zurückbehaltungsrechten”, **RdA**, Heft 2, 1976, ss. 100-107.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2014.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku**, Lykeion Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2018.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri-I**, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal. **Grev**, Ankara, 1990.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri**, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, İstanbul, 2013.

Narmanlıoğlu, Ünal. “İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 3, Eylül 2006, ss. 9-19.

Narmanlıoğlu, Ünal. “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisi)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 23, Eylül 2011, ss. 15-21.

Narmanlıoğlu, Ünal. “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Özel Sayı, 2010 (Basım Yılı: 2012), ss. 607-633.

Narter, Sami. **İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Nazlı, Seçkin. **Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Neumann-Duesberg. “Streikbegriff, Streikarten und Zulässigkeitskriterien des wilden Streiks”, **BB**, Doppelheft 35/36, 1963, ss. 1442-1457.

Nierwetberg, von Rüdiger. “§ 615 BGB und der Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht”, **BB**, Heft 16, 1982, ss. 995-1000.

Nikisch, Arthur. **Arbeitsrecht**, I. Band, 3., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1961.

Nollert-Borasio, Christiane ve Perreng, Martina. **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Basis Kommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen**, Frankfurt am Main, 2006.

Odaman, Serkan. **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003.

Odaman, Serkan. **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Odaman, Serkan. “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 14, Haziran 2009, ss. 32-40.

Odaman, Serkan. “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslararası Standart”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 11, 2006, ss. 879-897.

Odaman, Serkan. “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 36, 2016, ss. 41-61.

Oğuz, Özgür. **AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011.

Oğuzman, M. Kemal. **İHFM**, Cilt: XXV, Sayı: 1-4, 1960, ss. 425-438.

Oğuzman, M. Kemal. **Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, (Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun Sistemik Tetkiki)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.

Oğuzman, Kemal. “Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi”, **İHU**, İş K. 26, No.1, 1979.

Oğuzman, M. Kemal. **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, Cilt I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984.

Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul, 2018.

Okur, Ali Rıza. “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Argumentum**, Ocak-Şubat-Mart, Cilt: IV, Sayı: 42, ss. 1-6.

Okur, Zeki. “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 4, 2006, ss. 41-88.

Onaran Yüksel, Melek. **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

Öktem Songu, Sezgi. “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Özel Sayı, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, 2013, ss. 609-650.

Öktem Songu, Sezgi. “İşçinin İfade Özgürlüğü”, **İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 2016 Yılı Toplantıları**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2018, ss. 122-162.

Öktem Songu, Sezgi. “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak ‘Sataşma’”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 39, 2018, ss. 113-145.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker. **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Özdemir, Erdem. “İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2004, ss. 31-44.

Özdemir, Erdem. “İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret”, **III. Yılında Yeni İş Yasası (Seminer Notları)**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, ss. 27-56.

Özdemir, Erdem. “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, ss. 83-96.

Özdemir, Erdem. “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, ss. 20-32.

Öztan, Bilge. **Şahsın Hukuku-Hakiki Şahıslar**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

Öztürk, Berna. “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, ss. 207-256.

Öztürk, Mehmet Onat. “Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2012, ss. 73-97.

Özveri, Murat. “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 15, 2007, ss. 922-942.

Palandt, Otto. **Bürgerliches Gesetzbuch**, 76. neubearbeitete Auflage, 2017.

Preis, Ulrich. **Arbeitsrecht**, 5. Auflage, 2017.

Rehbinder, Manfred. **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 8., neu bearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern, 1986.

Rehbinder, Manfred. “İş İlişkisinde (İşi) Kabulde Temerrüt Olur mu?”, (Çev. E. Akyiğit), **İBD**, Sayı: 4-5-6, 1995, ss. 283-287.

Reisoğlu, Seza. **Hizmet Akdi, Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

Reisoğlu, Safa. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 23. Bası, İstanbul, 2012.

Reyhani Yüksel, Sera. “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Genel Hizmet Sözleşmesinde İşçinin Özen Borcu”, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 1, Şubat 2014, ss. 95-116.

Roberts, Barry S. ve Mann, Richard A. “Sexual Harassment in The Workplace: A Primer”, <http://www3.uakron.edu/lawrev/robert1.html>, (E.T. 05.03.2019).

Rubenstein, Michael. “The Law of Sexual Harassment at Work”, **Industrial Law Journal**, 1 January 1983, Cilt: 12, Sayı: 1.

Rubenstein, Michael. **Preventing and Remedying Sexual Harassment at Work**, London, 1989.

Rust, Ursula ve Falke, Josef. **AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften Kommentar**, Berlin, 2007.

Rühl, Wolfgang, Schmid, Hans Peter ve Viethen, Matthias. **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**, C. H. Beck, München, 2007.

Rüthers, Bernd. “Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht”, **AuR**, 1967, ss. 129-138.

Rüthers, Bernd. “Rechtsprobleme des betriebsbezogenen wilden Streiks”, **JZ**, Nr. 20, 1970, ss. 625-632.

Sarıbay Öztürk, Gizem. **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

Savaş, Fatma Burcu. **İşyerinde Manevi Taciz**, İstanbul, 2007.

Savaş, F. Burcu. **İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

Savaş Kutsal, F. Burcu. “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Cilt: I, İstanbul, 2016, ss. 617-643.

Schaub, Günter. **Arbeitsrechts-Handbuch**, 17., neu bearbeitete Auflage, 2017.

Scheschonka, Wolf. **Arbeits- und Leistungsverweigerung aus Glaubens- Oder Gewissensnot**, Hamburg, 1972.

Schiek, Dagmar. **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive**, München, 2007.

Schlachter, Monika. **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 18. Auflage, 2018, § 14.

Schlachter, Monika. “Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Inhalt und Funktion des Arbeitsplatzbezugs”, **NZA**, Heft 3, 2001, ss. 121-126.

Schleusener, Aino, Suckow, Jens ve Voigt, Burkhard. **AGG – Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**, 4. Auflage, Luchterhand Verlag, 2013.

Schmelzer, Oskar. **Urlaubsrecht**, 2. Auflage, Darmstadt, 1963.

Scholl, Bernd. “Die Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB”, **Jura**, 2006, ss. 283-290.

Schüren, Peter ve Hamann, Wolfgang. **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**, 4. Auflage, 2010.

Seliçi, Özer. **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay. **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.

Senyen Kaplan, E. Tuncay. “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, **TBB Dergisi**, Özel Sayı, 2017, ss. 225-268.

Seratlı, Gaye Burcu. “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, **AÜHFD**, Cilt: 53, Sayı: 2, 2004, ss. 197-245.

Seratlı, Gaye Burcu. “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: II, Sayı: 7, 2005, ss. 1129-1171.

Sevimli, Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Sevimli, Ahmet. “Yıllık Ücretli İznin Kullandırılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 18, Haziran 2010, ss. 40-47.

Sevimli, Ahmet. “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 1, 2013, ss. 107-148.

Soyer, Polat. **İşçinin İş Görme Borcu**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1979.

Soyer, Polat. “Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi”, **İHU**, İşK. 26, No. 1, 1979, ss. 1-6.

Soyer, Polat. “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, Cilt: II, Sayı: 2, 1981, ss. 101-126.

Soyer, Polat. “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, 1999, ss. 11-55.

Soyer, M. Polat. “İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002/1, İstanbul, 2002, ss. 291-299.

Soyer, Polat. “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 1, Mart 2006, ss. 16-28.

Soyer, M. Polat. “İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı-Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, İstanbul, 2011, ss. 657-689.

Söllner, Alfred. “Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis”, **Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse**, Wiesbaden, 1966.

Söllner, Alfred. “Ohne Arbeit kein Lohn”, **AcP**, Sayı: 167, 1967, ss. 132-147.

Söllner, Alfred. “Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers”, **ZfA**, Sayı: 1, 1973, ss. 1-28.

Söllner, Alfred. “Zum Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers”, **Arbeit und Recht**, Heft 10, 1985, ss. 323-326.

Sözer, Ali Nazım. **Hasta İşçinin İş İlişkisi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ege Üniversitesi İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, İzmir, 1981.

Sözer, Ali Nazım. “Almanya’da Çalışan Türk İşçilerinin Dini İnançlarından Kaynaklanan Sorunlar”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss. 49-63.

Stahlhacke, Bachmann, Bleistein ve Berscheid. **Gemeinschaftskommentar zum Bundesurlaubsgesetz**, 5., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand Verlag, Berlin, 1992.

Stahlhacke, Eugen. “Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis”, **AuR**, Heft 1, 1992, ss. 8-16.

Sur, Melda. **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Sur, Melda. **Grev Kavramı, Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme**, İzmir, 1987.

Sur, Melda. “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan**, 2005, ss. 395-414.

Sur, Melda. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda Grev Hakkı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 28, Aralık 2012, ss. 163-173.

Sümer, Haluk Hadi. **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Güncellenmiş İkinci Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Süral, Nurhan. “Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, Cilt: II, Beta Yayınevi, 2001, ss. 1289-1324.

Süzek, Sarper. **İş Güvenliği Hukuku**, Ankara, 1985.

Süzek, Sarper. **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Savaş Yayınları, Ankara, 1989.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

Süzek, Sarper. “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, **Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan**, Ankara, 1998, ss. 225-232.

Süzek, Sarper. “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, ss. 305-324.

Süzek, Sarper. “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 6, 2005, ss. 609-622.

Süzek, Sarper. “İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss. 507-537.

Süzek, Sarper. “Değişiklik Feshi”, **TİSK Akademi**, Cilt: I, Sayı: 1, 2006, ss. 6-31.

Süzek, Sarper. “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, **AÜHFD**, Cilt: 56, Sayı: 4, 2007, ss. 207-221.

Süzek, Sarper. “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IX, Özel Sayı, 2007, ss. 115-133.

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık Cilt: III, Sayı: 12, 2008, ss. 24-38.

Süzek, Sarper. “Alt İşveren İlişkisinin Kurulması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 25, 2010, ss. 11-29.

Şahlanan, Fevzi. “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, **İHD**, Temmuz-Eylül 1992, ss. 325-335.

Şahlanan, Fevzi. Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Genel Görüşme, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**, İstanbul, 1999, ss. 62-63.

Şahlanan, Fevzi. “Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İşgörme Borcunu Yerine Getirmeme”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 342, Eylül 2008, ss. 2-4.

Şahlanan, Fevzi. “Cinsel Taciz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi – Karar İncelemesi”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı: 384, Nisan 2012, ss. 2-6.

Şahin Emir, Asiye. **İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

Şen, Sabahattin. “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, **Çimento İşveren Dergisi**, Eylül 2009, ss. 46-68.

Şenel, Alaeddin. “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi”, **Prof. Dr. Yavuz Abadan’a Armağan**, Ankara, 1969, ss. 241-268.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

Taşkent, Savaş. **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981.

Taşkent, Savaş. “Alt İşveren”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik hukuku Dergisi**, Sayı: 2, 2004, ss. 363-367.

Taşkent, Savaş. “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 3, Eylül 2006, ss. 20-28.

Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ekim 2018.

Thüsing, Gregor. **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar**, 3. Auflage, C.H.Beck, 2012.

Thüsing, Gregor. **Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz**, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, München, 2013.

Tınaz, Pınar, Bayram, Fuat ve Ergin, Hediye. **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Topuz, Murat. “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş K. m. 34 ve m. 83), **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2007, ss. 457-495.

Tulukçu, Binnur. **İş Hukukunda Dinlenme Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Tulukçu, Binnur. “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, ss. 1099-1141.

Tuna, Orhan ve Kutal, Metin. **Grev Hakkı**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1962.

Tunca, Merda Elvan. **İşçinin Dinlenme Hakkı**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Tuncay, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Tuncay, Can. **İHU**, TSGLK m. 19, No. 2.

Tuncay, A. Can. “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt. II, İstanbul, 2001, ss. 1043-1085.

Tuncay, Can. “Yeni İş Kanununda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, **İşveren Dergisi**, Cilt: 41, Sayı: 10, Temmuz 2003, ss. 9-11.

Tuncay, A. Can. “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı: 6, 2005, ss. 649-654.

Tuncay, Can. “ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, ss. 47-67.

Tuncay, A. Can ve Savaş Kutsal, F. Burcu. **Toplu İş Hukuku**, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul, 2017.

Tunçomağ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.

Tunçomağ, Kenan. “Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşi Kabulden Kaçınma”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 1968, <http://istanbul-universitesi.dergipark.gov.tr/iusskd/issue/910/10246>, (E.T. 12.01.2018).

Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. **İş Hukukunun Esasları**, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2018.

Turan, Gamze. “İşverenin Alacaklı Sıfatı İle Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 21, Sayı: 5-6, Ağustos-Kasım 2008, ss. 31-59.

Uçum, Mehmet. **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2003.

Ulber, Jürgen ve Ulber, Daniel. **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**, 2., aktualisierte und überarbeitete, 2014.

Ulucan, Devrim. “Ücretlerin Ödenmemesi Nedeni İle Greve Gitmenin Yasa Dışı Grev Sayılması”, **İHU**, TSGLK 19, No. 4, 1980.

Ulucan, Devrim. “Ücretlerin Ödenmemesi Nedeni İle Yapılan Grevin Yasal Olması”, **İHU**, TSGLK 19, No. 5.

Ulucan, Devrim. “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: V, Sayı: 3, 2000, ss. 191-202.

Ulucan, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan**, Cilt: 15, Özel Sayı, 2014, ss. 369-383.

Uluslan, İlhan. **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 72, İstanbul, 1990.

Urban-Crell, Sandra ve Germakowski, Gudrun. **AÜG – Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz**, 1. Auflage, Luchterhand, 2010.

Urhanoglu, İhtar Cengiz ve Manav, A. Eda. “Türk Hukuku’nda Grev Yasakları”, **TAAD**, Cilt: 1, Sayı: 5, 2011, ss. 211-256.

Uşan, Fatih. “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, ss. 211-271.

Uzun, Bekir. **Yeni İş Yasası Semineri**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2004.

Uzun, Bekir. “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, Haziran 2006, ss. 48-59.

Üçer, Mehmet. **(Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta) Alacaklının Temerrüdü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Ünal, Canan. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt: XX, Sayı: 37, 2013, ss. 15-73.

Ünlütürk Ulutaş, Çağla ve Ulutaş, Tefik Barbaros. “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 40, Ekim 2015, ss. 327-339, http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt8/sayi40_pdf/2tarih_siyaset_uluslararasıiliskiler/unluturkulutas_cagla.pdf, (E.T. 04.12.2018)

von Tuhr, Andreas. **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cilt. 1-2, (Çev. Cevat Edege), Ankara, 1983.

Wege, Donat. **Religion im Arbeitsverhältnis**, Berlin, 2007.

Wendeling-Schröder, Ulrike ve Stein, Axel. **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**, München, 2008.

Wieacker, Franz. “Vertragsbruch aus Gewissensnot”, **JZ**, 1954, ss. 466-468.

Wolmerath, Martin. **Mobbing**, 4. Auflage, Baden-Baden, 2013.

Yavaşı, Mahmut. “Çalışma Yaşamında İnsan Hakları: Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasası”, **TÜHİS**, Şubat 2005, ss. 23-33.

Yenidünya, A. Caner. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2006, ss. 97-115.

Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, 2008.

Yıldız, Gaye Burcu. **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Yıldız, Gaye Burcu. “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 10, Haziran 2008, ss. 80-88.

Yuvalı, Ertuğrul. **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Ankara, 2012.

Yuvalı, Ertuğrul. “Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: II, Özel Sayı, 2015, ss. 723-738.

Yücetürk, E. Elif. “İşyerlerindeki Yıldırma Eylemlerini Önlemede Sendikaların Rolü: Nitel Bir Araştırma”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 4, 2012, ss. 41-71.

Zeybekoğlu, Pınar. **İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı**, Legal Yayınevi, 2018.

Zöllner, Wolfgang, Loritz, Karl-Georg ve Hergenröder, Curt Wolfgang. **Arbeitsrecht**, 7. Yenilenmiş Bası, C.H.Beck, 2015.