



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

İŞ SÖZLEŞMESİNDE İMKÂNSIZLIK

Selen AKDEMİR BAŞER

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022

İŞ SÖZLEŞMESİNDE İMKÂNSIZLIK

Selen AKDEMİR BAŞER

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2022

KABUL VE ONAY

Selen Akdemir Başer tarafından hazırlanan “İş Sözleşmesinde İmkansızlık” başlıklı bu çalışma, 29.04.2022 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Doç. Dr. İştar URHANOĞLU

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

Prof.Dr. Uğur ÖMÜRGÖNÜLŞEN

Enstitü Müdürü

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

09/ 05/ 2022

Selen AKDEMİR BAŞER

¹ “*Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge*”

(1) *Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.*

(2) *Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.*

(3) *Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.*

Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

** Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.*

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Doç. Dr. İştar URHANOĞLU** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Selen AKDEMİR BAŞER

En büyük teşekkür, aileme ve eşime...

ÖZET

AKDEMİR BAŞER, Selen. *İş Sözleşmesinde İmkânsızlık*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022.

Bir iş sözleşmesinden bahsedebilmek için aranan unsurları; bir işin görülmesi, görülen işin ücret karşılığı olması ve işçinin işverene bağımlı olarak çalışması şeklinde sıralanabilir. İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru gereğince işçi, işverenin otoritesi altında almış olduğu emir ve talimatlara uygun olarak iş görme edimini yerine getirmektedir. Dolayısıyla bu ilişkide, olağan özel hukuk ilişkilerinden farklı bir durumun varlığı ortaya çıkar. Gerçekten de iş sözleşmesinde işçi, bağımlılık unsurunun bir sonucu olarak işverenin otoritesini hissetmektedir. Bir tarafta emeği ile iş gören işçi bulunurken diğer tarafta özellikle maddi anlamda güçlü bir kişi olan işveren bulunmaktadır. Bu durum karşısında sözleşme ilişkisinde nispeten daha zayıf konumda olan işçiyi koruma esası benimsenmiştir. Bu esasın bir sonucu olarak da, Borçlar Hukuku kavramı olarak nitelendirebileceğimiz “imkânsızlık” kavramının iş sözleşmesindeki görünümünün ayrıca değerlendirilmesi ve incelenmesi gerekliliği doğmuştur. Özellikle son dönemde COVID-19 salgını ile değişen iş koşulları ile beraber tele çalışma, evden çalışma vb. çalışma türlerinde iş hukuku anlamında klasik bağlamda bağımlılık unsurunun bulunmadığı durumlarda imkânsızlık ifa engelinin ayrıca incelenmesi gerekliliği de ortaya çıkmaktadır.

Anahtar kelimeler

İş Sözleşmesinde İmkânsızlık, İfa Engeli, Covid-19'un İş Sözleşmelerine Etkisi.

ABSTRACT

AKDEMİR BAŞER, Selen. *Impossibility In Employment Contract*, Master's Thesis, Ankara, 2022.

The elements sought to be able to talk about an employment contract; it can be listed as performing a job, being paid for the job, and working dependent on the employer. In accordance with the dependency element of the employment contract, the worker performs the act of working in accordance with the orders and instructions received under the authority of the employer. Therefore, in this relationship, the existence of a situation different from ordinary, private law relationships emerges. Indeed, in the employment contract, the worker feels the employer's authority as a result of the dependency element. On the one hand, there is the worker who works with his labor, on the other hand, there is the employer, who is a financially strong person. In the face of this situation, the principle of protecting the worker, who is in a relatively weak position in the contractual relationship, has been adopted. As a result of this principle, the necessity of evaluating and examining the appearance of the concept of "impossibility", which we can describe as the concept of Law of Obligations, in the employment contract has arisen. Especially recently, with the changing business conditions with the COVID-19 epidemic, teleworking, working from home, etc. In cases where there is no element of dependency in the classical context in terms of labor law in types of work, the necessity of examining the impossibility of performance also arises.

Keywords

Impossibility In Employment Contract, Impossibility of Performance, Effect of Covid-19 on Employment Contracts.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	İ
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI.....	İİ
ETİK BEYAN.....	İİİ
ÖZET.....	V
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1
1. BÖLÜM BORÇLAR HUKUKU SİSTEMİNDE İMKÂNSIZLIK VE BENZER İFA ENGELLERİ.....	3
1.1. İMKÂNSIZLIK	3
1.1.1. Kavram	3
1.1.2. İmkânsızlık Türleri	4
1.1.2.1. Fıli-Hukuki İmkânsızlık	4
1.1.2.2. Objektif-Subjektif İmkânsızlık	4
1.1.2.3. Başlangıçtaki-Sonraki İmkânsızlık	6
1.1.2.4. Tam-Kısmi İmkânsızlık	6
1.1.2.5. Sürekli-Geçici İmkânsızlık	6
1.1.3. Kusurlu İmkânsızlık	7
1.1.3.1. Kavram	7
1.1.3.2. Sonuçları	7
1.1.4. Kusursuz İmkânsızlık	8
1.1.4.1. Kavram	8
1.1.4.2. Sonuçları	8
1.2. İFA GÜÇLÜĞÜ	9
1.2.1. Kavram	9
1.2.2. Sözleşmelerin Uyarlanması ve Ahde Vefa İlkesi	9

1.2.3. Koşulları	10
1.2.4. Hüküm ve Sonuçları	10
1.3. TEMERRÜT	11
1.3.1. Kavram	11
1.3.1.1. Alacaklının Temerrüdü	11
1.3.2. Borçlu Temerrüdünün Koşulları	12
1.3.2.1. Edimin İfası Mümkün Olmalı	12
1.3.2.2. Borç Muaccel Olmalı	12
1.3.2.3. Borçluya İhtar Yapılmalı	13
1.3.2.4. Kusurun Gerekli Olmaması	13
1.3.2.5. Borçlu İfayı Kabule Hazır Olmalı	14
1.3.2.6. Borçlunun İfadan Kaçınmak İçin Haklı Bir Sebebi Olmamalı	14
1.3.3. Sonuçları	14
1.3.3.1. Genel Sonuçları	14
1.3.3.2. Özel Sonuçları	15
1.4. İMKÂNSIZLIĞIN DİĞER İFA ENGELLERİ KARŞISINDAKİ KONUMU	15
1.4.1. Alacaklı Temerrüdü İle İmkânsızlık İlişkisi	15
1.4.2. Borçlu Temerrüdü İle İmkânsızlık İlişkisi	17
1.4.3. Sözleşmenin Müspet İhlali İle İmkânsızlık İlişkisi	18
1.4.4. İşlem Temelinin Çökmesi İle İmkânsızlık İlişkisi	18
2. BÖLÜM İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİNDE GÖRÜNÜMÜ	20
2.1. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ	20
2.1.1. Tanımı	20
2.1.2. Hukuki Niteliği	20
2.1.3. Unsurları	21
2.1.4. Tarafları	21
2.1.4.1. İşçi	22
2.1.4.2. İşveren	22
2.1.5. İşyeri Kavramı	22
2.2. BORÇLAR KANUNUNUN İŞ KANUNUNA TABİ İŞ İLİŞKİLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	23
2.2.1. İş Kanununda Boşluk Bulunduğu Hallerde	23
2.2.2. İş Kanunu İle Borçlar Kanununun Çelişmesi Halinde	24
2.3. İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	25
2.3.3. Genel Olarak İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar	25
2.3.3.1. İşçinin Borçları	25
2.3.3.2. İşverenin Borçları	27
2.4. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	28
2.4.3. İşverenin Ücret Ödeme Borcu Bakımından	28

2.4.4. İşverenin İş Verme Borcu Bakımından	28
2.4.5. İşverenin Diğer Borçları Bakımından	30
2.5. İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI	
ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	30
2.5.1. İşçinin İş Görme Borcu Bakımından	30
2.5.1.1. İşverenin İş Görme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi	31
2.5.1.2. İş Görme Borcunun Telafi Edilmesi	35
2.5.2. İşverenin Risk Alanından Doğan Nedenler Bakımından	36
2.5.3. İşçinin Risk Alanından Doğan Nedenler Bakımından	38
2.5.4. İşçinin Diğer Borçları Bakımından	40
3. BÖLÜM İŞ MEVZUATINDA YER ALAN İMKÂNSIZLIK HÜKÜMLERİ	42
3.1. GENEL OLARAK	42
3.2. BORÇLAR KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ	
İLİŞKİLERİNDE İMKÂNSIZLIK	42
3.2.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık Durumu	42
3.2.2. Sonraki İmkânsızlık Durumu	46
3.2.3. İşverenin Risk Alanından Doğan Nedenler	46
3.2.4. İşçinin Risk Alanından Doğan Nedenler	48
3.2.5. İşletme Rizikosu Teorisi	50
3.3. İŞ KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ İLİŞKİLERİNDE	
İMKÂNSIZLIK	53
3.3.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık Durumu	53
3.3.2. Sonraki İmkânsızlık Durumu	54
3.3.2.1. İşverenin Risk Alanından Doğan Nedenler	54
3.3.2.2. İşçinin Risk Alanından Doğan Nedenler	56
3.3.2.2.1. Zorlayıcı Nedenler	56
3.3.2.2.2. Sağlık Nedenleri	57
3.3.2.2.3. Gebelik ve Analık	59
3.3.2.2.4. Muvazzaf Askerlik	60
3.3.2.2.5. Silah Altına Alınma	61
3.3.2.2.6. Ailevi Nedenler	61
3.3.2.2.7. İşçinin Tutuklanması veya Gözaltına Alınması	61
3.3.2.2.8. İşçi Kuruluşu Yöneticiliği	62
3.3.2.2.9. İşçinin Greve Katılması	62
3.4. DENİZ İŞ KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ	
SÖZLEŞMELERİNDE İMKÂNSIZLIK	62
3.5. BASIN İŞ KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ	
SÖZLEŞMELERİNDE İMKÂNSIZLIK	63
SONUÇ	65

KAYNAKÇA	67
EK 1. ORİJİNALLİK RAPORU.....	68
EK 2. ETİK KURUL / KOMİSYON İZİNİ YA DA MUAFİYET FORMU.....	69

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
Art.	: Artikel
ArbG	: Arbeitsgesetz
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
BİK	: 5953 sayılı Basın İş Kanunu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DİK	:854 sayılı Deniz İş Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İK	: 4857 sayılı İş Kanunu
Legal İHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İSGK	: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırmamız
m.	: madde
OR	: Obligationenrecht

RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
STİSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
TİHEKK	: 6701 sayılı Türkiye İnsan hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzerleri
Y.	: Yıl
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında akdedilen, bağımlılık unsuru içeren ve işçinin iş görmeyi, işverenin ise ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda tanımı yapılmış olan iş sözleşmesinde, bir Borçlar Hukuku kavramı olan imkânsızlık ifa engelinin meydana çıkması ve bu durumun ortaya çıkaracağı sonuçlar çalışmamızın ana unsurunu oluşturmaktadır.

İmkânsızlık ifa engeli, borcun aynen ifa edilmesinin mümkün olmadığı, sürekli bir ifa engeli olarak tanımlanmıştır. Roma Hukukundan günümüze *Impossibulum nulla est obligatio* ilkesiyle hukukumuza aktarılmış olan imkânsızlık kavramının, iş sözleşmelerinde de pek çok görünüm hali bulunmaktadır.

İnsanlık tarihine genel olarak bakıldığında, büyük önemli olayların yaşanması ve bu olaylara çözüm üretme çabaları sonucunda hukuk kuralları ortaya çıkmış, zamanla bu kurallara geliştirilmiş ve hala geliştirilmeye devam etmektedir. Her yeni olay, hukuk kurallarında yeni bir kavram üretme, varolan kavramı değiştirme veya uygulama alanını genişletme ile sonuçlanmıştır. Sanayi Devrimi ile işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin düzenlenmeye başlaması, iş hukukunun temel kavramlarının ve ilkelerinin benimsenmesi açısından önemli bir gelişme olarak kabul edilmiştir. Özellikle bu dönemde işçinin emeğinin sömürülebileceği gerçeği, sanayi devriminin ilk yıllarında işçilerin maruz kaldıkları zorluklar, işçinin korunması ilkesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Sürekli borç doğuran ilişkilere ilişkin genel hükümlerin kişisel ilişki kuran ve işçinin varlığını koruyan iş sözleşmelerinde uygulanması adil sonuçlar doğurmayacaktır. Bu sebeple iş sözleşmelerinde imkânsızlık, analık hali, grev gibi bazı hallerde sözleşmeyi sona erdirmeyip ayakta tutulmasını sağlamak amacıyla işçinin korunması amacını koruyan ilkelere yer verilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, Borçlar Hukuku sisteminde imkânsızlık ifa engelinin tanımı ve görünüm şekilleri incelenmiştir. Akabinde ifa gücü ile temerrüt gibi diğer ifa engelleri incelenerek imkansızlığın bu diğer ifa engelleri karşısındaki konumu karşılaştırılmalı olarak ele alınmıştır.

İkinci bölümde, öncelikle iş sözleşmesinin tanımı yapılarak unsurları ve özellikleri anlatılmıştır. İmkânsızlık ifa engelinin iş sözleşmelerindeki görünüm şekilleri ele alınmıştır. Burada Borçlar Kanununun tabi iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engellerinin görünüm şekilleri anlatılmış ve özellikle imkânsızlık ifa engelinin iş sözleşmesinden doğan borçlar üzerindeki etkileri detaylandırılarak incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, iş mevzuatında yer alan imkânsızlık hükümleri incelenmiştir. Öncelikle Borçlar Kanununa tabi iş ilişkilerinde imkânsızlık halleri incelenmiş, akabinde İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde imkânsızlık halleri ele alınmıştır. İki ana başlıkta da

imkansızlığı ortaya çıkış zamanına göre başlangıçtaki imkânsızlık ve sonraki imkânsızlık halleri ayrı ayrı incelenmiştir. Son olarak Deniz İş Kanununa tabi olarak çalışanlar ile Basın İş Kanununa tabi olarak çalışanların iş sözleşmelerindeki imkansızlık ifa engeli ele alınmıştır.

Nihai olarak, el edilen tüm sonuçlar ve incelenen bütün konular, çalışmanın sonuç bölümünde ortaya konularak çalışma tamamlanmıştır.

1. BÖLÜM BORÇLAR HUKUKU SİSTEMİNDE İMKÂNSIZLIK VE BENZER İFA ENGELLERİ

1.1. İMKÂNSIZLIK

1.1.1. Kavram

Alacaklı ile borçlu arasında kurulmuş olan hukuki bağa borç ilişkisi denilmektedir. Alacaklı, bu ilişkiden elde ettiği hakkı borçluya karşı ileri sürerek ondan belli bir şekilde hareket etmesini isteyebilir. Romalılar borç ilişkisini “*obligatio*” kavramı ile ifade etmişlerdir. *Obligatio* kavramı, Romalılar tarafından iki kişiyi birbirine bağlayan bir zincire benzetilmiştir. Roma’da sadece tarafları için sonuç doğuran bu borç ilişkisi anlayışı, doğrudan temsilin olmayışının, kural olarak sözleşmelerin üçüncü kişileri etkilememesinin en önemli sebebidir. Bu kural Roma Hukuku’nda “*Alteri stipulari non potest*” ile tanımlanmıştır ve başkası için borçlanmak mümkün değildir anlamına gelmektedir.¹

Borç ilişkisinin taraf, konu ve yaptırım olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. *Obligatio* biri alacaklı (*creditor*), diğer borçlu (*debitor*) olmak üzere iki tarafı öngörmektedir. Borcun konusuna “edim” denmektedir ve Romalılar, edim tiplerini “*dare*”, “*facere*”, “*praestare*” olmak üzere üçe ayırmışlardır. *Dare*, bir malın mülkiyetini devretmeyi, bir aynî hak tesis etmeyi; *facere*, yapmak veya yapmaktan kaçınmayı; *praestare* ise belli bir neticenin doğmasına ilişkin borçları iade etmektedir. Borç ilişkisinin yaptırımı da borcunu ifa etmeyen borçluya karşı alacaklının dava açarak onu ifa etmeye ya da tazminat ödemeye zorlamasıdır.²

Edimin, geçerli bir şekilde borçlanılmış sayılabilmesi için hukuki muamelenin yapıldığı sırada ifasının objektif olarak mümkün olması gerekmektedir. Buna, “*impossibilium nulla obligatio est*” denilmiş ve imkansız olandan borç doğmayacağı bu şekilde ifade edilmiştir.³

İmkânsızlık, edimin ifa edilmesinin hiçbir şekilde mümkün olmayacağı ihtimalinde söz konusu olabilmektedir. Bu noktada edimin ifa edilmesinin imkansızlaşması ile edimin ifa edilmesinin güçleşmesini birbirinden ayırmak gerekir. Edimin ifasının güçleşmesinde ifa mümkündür fakat borçlu için ifa oldukça güçlkle yerine getirilebilecek durumdadır. İmkânsızlıkta ise edimin ifasının mümkün değildir.⁴

1 Erdoğmuş, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, s. 1-2.

2 Erdoğmuş, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, s. 3-8.

3 Dig. 50, 17, 185.

4 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 672.

Borçlunun üstlenmiş olduğu borcu yerine getirmesinin mümkün olmaması durumu ya başlangıçtan beri vardır, ki bu durumda önceki ya da başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilir. Başlangıçtaki imkânsızlık, TBK m. 27 uyarınca sözleşmenin kesin hükümsüz hale gelmesi sonucunu doğurmaktadır.

Borçlunun üstlenmiş olduğu borcu yerine getirmesinin mümkün olmaması hali sonradan da ortaya çıkmış olabilir. Burada da, borcun ifasının sonradan imkansızlaşmasından dolayı borçlunun sorumlu tutulup tutulması konusunda ikili bir ayrıma gidilerek borçlunun kusuru olup olmadığına bakılacaktır. Aşağıda, bu ikili ayırım ve imkânsızlık kavramının diğer türlerini detaylıca incelenecektir.

1.1.2. İmkânsızlık Türleri

1.1.2.1.Fiili-Hukuki İmkânsızlık

Fiili imkânsızlık, edim konusunun fiili ve pratik nedenlerle ortadan kalktığı imkânsızlık türüdür.⁵ Bu duruma çoğunlukla örnek olarak gösterilen daha önceden satılmış yüzüğün teslimden önce denize düşürülmesidir.⁶ Örneğimizde ifanın yerine getirilmesi imkanı ortadan kalkmamış ise de edimin ifasının olağanüstü bir çaba gerektirmesi bu durumun da imkânsızlık olarak addedilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁷

Hukuki imkânsızlık hallerinde ise borçlanılan edim hukuki engeller nedeniyle yerine getirilememektedir. Sözleşme kurulduktan sonra sözleşme konusu malın alınıp satılmasının, ithalatının ya da ihracatının yasaklanması hukuki imkansızlığa örnek gösterilebilecektir.⁸

Her iki imkânsızlık türünde de edimin yerine getirilmesi teorik olarak mümkündür. Fiili ve hukuki imkânsızlık yalnızca bir nitelendirme olup hukuki sonuçları imkansızlığın sözleşmenin kurulma anından önce mevcut olup olmadığına ve imkansızlığa yol açan tarafın sorumluluğunun bulunup bulunmadığına göre belirlenmektedir.⁹

1.1.2.2.Objektif-Subjektif İmkânsızlık

Objektif- subjektif imkânsızlık ayırımına Kanun'da açıkça yer verilmemiştir ancak öğretide ve yargı kararlarında bu kavramlar oldukça sık kullanılmaktadır. Bir görüşe göre, yalnızca objektif imkânsızlıklar gerçek anlamda imkânsızlık hali kapsamında değerlendirilmektedir. Subjektif imkânsızlık hallerinde ise aslında gerçek bir imkânsızlık hali bulunmamaktadır.¹⁰

5 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 9; Eren, Borçlar Genel, s. 1063.

6 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 9; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 14.

7 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 14.

8 Eren, Borçlar Genel, s. 1329.

9 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 9.

10 Dural, İmkânsızlık, s. 114.

İmkansızlığı objektif veya subjektif nitelik taşıdığıının belirlenmesi, sözleşmenin kurulmasından önce yahut sözleşme kurulduğu sırada mevcut olan imkânsızlıklar bakımından büyük önem taşımaktadır. Öğretide kabul gören görüşe göre kesin hükümsüzlük gibi ağır bir sonucun doğabilmesi için başlangıçtaki imkansızlığı objektif olması gerekmektedir.¹¹

Edimin objektif olarak imkansız olduğunun bilerek sözleşmenin yapıldığı durumlarda, bu defa kesin hükümsüz sözleşme nedeniyle *culpa in contrahendosorumluluk* gündeme gelmektedir.¹²Tarafların sözleşme yapıldığı sırada mevcut imkânsızlıktan haberdar olmamaları ise sonucu değiştirmeyecektir. Bu durumda sözleşme yine kesin olarak hükümsüzdür.¹³

Sözleşme kurulurken mevcut olan ve edimin konusunun subjektif bir nedenle borçlusu tarafından değil de bir başkası tarafından yerine getirilebilmesinin mümkün olduğu durumlar ise, sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması için yeterli görülmemektedir. Subjektif imkânsızlık, borçlunun şahsıyla ilgili nedenlerden dolayı edimini aynen yerine getiremediği hallerde söz konusu olmaktadır. Edimin yerine getirilmesi teorik olarak mümkün olsa bile fiilen yerine getirilmesinin beklenmesi borçlu tarafından aşırı güçleşmiştir.¹⁴

Objektif-subjektif imkânsızlık ayrımı bakımından öğretide bir görüş birliği olmamakla birlikte, ağırlıklı görüşe göre bu ayrımın ölçüsü olarak edimin yalnızca borçlu için mi (subjektif imkânsızlık) yoksa herkes için mi (objektif imkânsızlık) imkansız hale geldiği belirlenmelidir.¹⁵

Subjektif ve objektif imkânsızlık arasındaki ayrımın, özellikle şahsi iş görme edimlerinde zorlaştığına dikkat çekilmektedir.¹⁶ Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı edimlerde, borçlunun edimi sonradan imkansız hale geldiği halde objektif imkânsızlık olgusu kabul edilmektedir.¹⁷ Başlangıçtaki objektif imkansızlığın sonuçları sonraki imkansızlığa bağlanan sonuçlar ile aynıdır. Borçlunun sözleşme kurulurken kendisinden kaynaklanan subjektif imkansızlığı kural olarak bilmesi gerektiğinden, sorumluluktan kurtulması güç olacak ve TBK. m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır. Borçlu, sözleşme kurulduğu sırada borcunu yerine getirip getirmeyeceğini ya biliyor olmalı ya da bilebilecek durumda olmalıdır.¹⁸

11 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 294; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 14.

12 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 89; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 903; Eren, Borçlar Genel, s. 1163; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 176-177.

13 Başoğlu, Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık, s. 496.

14 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 168.

15 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 89; Topuz/Canbolat, Borçlar Hukukunda İmkânsızlığı Düzenleniş, s. 677.

16 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 173.

17 Eren, Borçlar Genel, s. 1330; Dural, İmkânsızlık, s. 114.

18 Schwenzer, Obligationenrecht AT, s. 64.

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen imkânsızlıklar bakımından ise imkânsızlığın objektif veya subjektif oluşu borçlunun sorumluluğu üzerinde rol oynamamaktadır.¹⁹

1.1.2.3.Başlangıçtaki-Sonraki İmkânsızlık

Başlangıçtaki imkânsızlık, taraflar arasında borç ilişkisinin kurulması aşamasında, yani edimin başlangıçta ifasının mümkün olmamasını karşılar. Borç ilişkisinin kurulması esnasında ifa imkansız ise borç ilişkisi geçersizdir. TBK. m. 27 f. I hükmüne göre “*konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”.²⁰

1.1.2.4.Tam-Kısmi İmkânsızlık

Tam imkânsızlık borçlanılan edimin tamamının ifa edilemediği durumları ifade etmektedir. Bölünemeyen bir şeyin bir kısmının imkansız hale gelmesi durumunda da tam imkânsızlık söz konusu olmaktadır.²¹ Kısmi imkânsızlıktan söz edebilmek için ise öncelikle borçlanılan edimin bölünebilir bir nitelik taşıması gerekmektedir. Edim bölünebilir ise, alacaklının kalan kısmın yerine getirilmesinde menfaati olduğu durumlarda imkânsızlık sonucunun yalnızca imkansız olan bölüm ile sınırlı olarak uygulanması gerekmektedir.²²²³

Edimin yalnızca bir bölümünün imkansızlaşması halinde borçlu bu imkansızlaşan bölümden kurtulmuş sayılacaktır. Bununla birlikte 6098 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki karşılıklı sözleşmeler bakımından ilk defa yer verilen m. 137/II uyarınca; bir tarafın borcunun kısmen imkansızlaşması durumunda karşı edimin de o oranda ifa edilebilmesi, alacaklının kısmi ifaya razı olması şartına bağlanmıştır.²⁴

TBK. 137’de ayrıca, TBK. 27/II’de öngörülen kısmi hükümsüzlük hükmüne paralel bir şekilde kısmi ifa imkansızlığının taraflarca önceden öngörülebilseydi sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılıyor ise borcun tamamının sona ereceği öngörülmektedir.

1.1.2.5.Sürekli-Geçici İmkânsızlık

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

19 Telinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel, s. 907; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 168.

20 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 673.

21 Telinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Genel, s. 910; Eren, Borçlar Genel, s. 368.

22 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 16.

23 Bölünebilir edim, edimin özünden ve değişim değerinde herhangi bir şey kaybetmeksizin bölünebilmesini ifade etmektedir. Bkz. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 215.

24 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 564-565; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 195.

hallerde ise geçici imkânsızlık söz konusu olacaktır.²⁵ Başka bir ifadeyle bu iki imkânsızlık türü arasında ifa engelinin süresi bakımından fark bulunmamaktadır.²⁶

Belirli bir süre sonra ifa engelinin ortadan kalkacağı kesin olan durumların geçici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.²⁷ Bu anlamda ulaşım yollarının bir süre kapanması, gümrük kapılarının kapanması veya işyerinde grev yapılması geçici imkânsızlık hallerine örnek olarak gösterilebilir.²⁸

Alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde edemeyeceği ve alacaklıdan beklemeye devam etmesinin beklenemeyeceği durumlarda geçici imkânsızlık, sürekli imkansızlığı eşdeğer tutulmaktadır.²⁹ Geçici imkansızlığı sürekli imkansızlığa eşdeğer tutulduğu durumlarda ise kısmi imkânsızlık değil, tam imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.³⁰ Öte yandan geçici imkansızlığın sürekli imkânsızlık sayıldığı hallerde artık bir temerrüt sonucu doğduğundan da söz edilmemekte, imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.³¹

Öğretide kısmi imkânsızlık ile geçici ifa imkansızlığı arasında kesin bir ayırım yapılması gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır.³² Ancak bu durum, geçici ve kısmi imkânsızlık hallerinin bir arada gerçekleşmeyeceği anlamına da gelmemelidir. Sürekli borç ilişkilerinde ortaya çıkan geçici ifa engelleri kural olarak ettiği sürece bir kısmi imkânsızlık yaratmaktadır.³³

1.1.3. Kusurlu İmkânsızlık

1.1.3.1.Kavram

Edimin ifasının imkansızlaşmasının borç ilişkisinin kurulmasından önceki ve sonraki aşamada olmasının ayrı sonuçlara yol açacağı, yukarıda Başlangıçtaki-Sonraki imkânsızlık başlığı altında incelenmiştir. Sonraki imkânsızlık sebebiyle edimin ifa edilmesinin mümkün olmaması dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağı ise, imkânsızlık halinin ortaya çıkmasında kusurlu olup olmamasına bağlıdır. Bu başlıkta inceleme konumuz borçlunun sonraki kusurlu imkansızlığı olacaktır.

1.1.3.2.Sonuçları

Sonraki kusurlu imkânsızlık, borca aykırılık hallerindedir. Borçlu TBK. m. 112 uyarınca alacaklının bu yüzden doğan zararlarından sorumlu olacaktır. Mülga Borçlar Kanunu m.

25 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 563.

26 Gündoğdu, Kusurlu İfa İmkansızlığı, s. 102.

27 Gündoğdu, Kusurlu İfa İmkansızlığı, s. 100.

28 Eren, Borçlar Genel, s. 1330.

29 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 164.

30 Dural, İmkânsızlık, s. 99.

31 Dural, İmkânsızlık, s. 107; Tekinay, Borçların İfası, s. 92.

32 Dural, İmkânsızlık, s. 99.

33 Dural, İmkânsızlık, s. 105.

98 “Mes’uliyetin vus’ati” (sorumluluğun genel kapsamı) kenar başlığı altında borca aykırılık nedeniyle sorumluluğun genel olarak kapsamını tayin etmiştir. Yeni Borçlar Kanunu’nda, bu maddeyi karşılayan 114. maddede “Sorumluluğun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı” kavramı kullanılmıştır.³⁴

Maddeye göre, “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır*”.

1.1.4. Kusursuz İmkânsızlık

1.1.4.1.Kavram

İmkânsızlık kavramı ve çeşitleriyle ilgili olarak yukarıda açıklamalarda bulunmuştuk.³⁵ Buna göre imkânsızlık borçlunun, borcunu yerine getirmesinin mümkün olmaması halini ifade etmektedir. Borçlunun borcunun yerine getirmesinin mümkün olmaması hali, ya başlangıçtan beri vardır, ki bu durumda başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilir. Başlangıçtaki imkânsızlık hali, TBK 27. maddesi uyarınca sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğuracaktır.³⁶

Borçlunun borcunu yerine getirmemesi hali sonradan da ortaya çıkabilir. Bu durumda sonraki imkânsızlıktan söz edilecektir. Borcun ifasının sonradan imkansızlaşmasından dolayı borçlunun sorumlu tutulup tutulması, borcun imkansızlaşmasında kusurunun bulunup bulunmamasına bağlı olacaktır.

Sonraki imkânsızlık, borçlunun kusurlu davranışı sonucu oluşmuşsa, TBK. m. 112 anlamında bir borca aykırılık hali söz konusu olacaktır. Bu durumda da borçlu, alacaklının bu sebeple uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Buna karşılık sonraki imkânsızlık durumu, borçlunun kusurlu davranışına dayanmıyor ise TBK. m. 136 uyarınca borcun sona ermesi gündeme gelecektir.

Koşullarını listeleyecek olursak; borcun ifası imkansız hale gelmiş olmalı, imkansızlık sonradan ortaya çıkmış olmalı, imkansızlıkta borçlunun kusurunun bulunmaması gerekmektedir.

1.1.4.2.Sonuçları

Sonraki kusursuz imkânsızlık hali, borcun sadece aslını değil , TBK. m. 131 uyarınca bağlı hakları (ferilerini) de sona erdirecektir. Bunun sonucu olarak faiz, ceza koşulu, kefalet, rehin gibi bağlı haklar da son bulur.

TBK m. 136/f. II’de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde iade yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin bulunduğu

³⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 652-65.

³⁵ Bkz. Yukarıda s. 2 vd..

³⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 854.

durumlarda borcu ifa etmekte kurtulan borçlu, alacaklıdan almış olduklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etme yükümlüğü altındadır, henüz ifa edilmemiş edimleri ise talep etme hakkından mahrum olacaktır. Fakat aynı fıkranın ikinci cümlesinde kanundan veya sözleşmeden doğan istisnai haller istisna tutulmuştur.³⁷

Yeni Borçlar Kanunumuz, 136. maddenin 3. fıkrasında eski 117. maddede olmayan yeni bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre: *“Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür”*.

Maddede kullanılan “ve” bağlacı, borçlunun sorumluluğu için iki koşulun birlikte bulunması gerektiği kanısını uyandırmaktadır. Halbuki maddeye göre borçlu ister imkansızlığı gecikmeksizin bildirmemesi, isterse zararın artmaması için gerekli önlemleri almaması durumunda alacaklıya karşı doğan zarar sebebiyle sorumlu tutulmaktadır. Bu sebeple maddedeki “ve” bağlacını “veya” şeklinde anlamak gerekmektedir.³⁸

1.2. İFA GÜÇLÜĞÜ

1.2.1. Kavram

Yeni Borçlar Kanunumuz 138. madde ile *“Aşırı İfa Güçlüğü”* kenar başlığı altında yeni bir düzenleme getirmiştir. Madde şu şekilde düzenlenmiştir.

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır” (TBK m. 138).

1.2.2. Sözleşmelerin Uyarlanması ve Ahde Vefa İlkesi

Sözleşmenin uyarlanması, sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin aynen uygulanmasını fiilen yahut hukuken olanaksız hale getiren sebeplerle sözleşmenin yeni kurallara uygun hale getirilmesini ifade eder.

Sözleşmeler Hukukunda ana kural, bir sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların yükümlülüklerini aynen yerine getirmek zorunda olmalarıdır. Bu konuda geçerli olan kural, ahde vefa ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir sözleşme geçerli bir şekilde kurulduktan sonra koşullar değişse dahi taraflar sözleşmenin gereğini yerine getirmek zorundadır.³⁹

37 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 857.

38 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 859.

39 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 260.

Sözleşmenin uyarlanması müessesesinin Kanunda özel olarak düzenlendiği haller *bağışlama sözü vermenin geri alınması (TBK. m. 296), ürün kirasında kiradan indirim hakkı (TBK. m. 363) ve eser sözleşmesinde götürü bedel (TBK. m. 480)*'dir.

Sözleşmelerde ahde vefa ilkesine istisna olarak Kanunda öngörülen özel haller dışında sonradan ortaya çıkan ve öngörülmesi mümkün olmayan olayların sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması sonucunu doğurup doğurmayacağı önemli bir sorundur.

Ana ilke ahde vefa olduğuna göre, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan yeni koşullar borçlunun borcunun ifasını ne kadar güçleştirirse güçleştirsin, borçlu kural olarak borcunu aynen yerine getirmek zorundadır. Ancak bu kuralın mutlak olarak uygulanması da adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir.

Yeni Borçlar Kanunumuz bu konuyu borçların hüküm ve sonuçları arasında "ifa" ile ilgili olduğunu kabul ederek 138. maddede düzenlemiştir.

1.2.3. Koşulları

TBK m. 138 hükmüne göre edimin ifasının güçleşmesi nedeniyle uyarlama ya da sözleşmenin dönmenin koşulları listelenecek olursa; sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların önceden tahmin etmesi, öngörmesi ve gözönünde tutması mümkün olmayan olağanüstü olayların meydana gelmesi, ortaya çıkan yeni koşulların edimin ifasını güçleştirmiş olması ve borçlunun bunda kusurunun bulunmaması ve borçlunun edimin yerine getirmemiş veya haklarını saklı tutarak yerine getirmiş olması olarak sayılabilecektir.

1.2.4. Hüküm ve Sonuçları

Sözleşmenin ifasının aşırı ölçüde güçleşmesi halinde borçluya sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ya da sözleşmeden dönme müessesesine başvurmayı talep etme hakkı tanınmıştır.

Borçluya tanınan bu hak seçimlik bir hak değildir. Zira TBK m. 138'de açıkça "*bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir*" ifadesi kullanılmıştır. Buna göre, borçlunun talebi "*sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması*" olacaktır. Hükümde geçen "*bu mümkün olmadığı takdirde*" ifadesi "*aşırı ifa güçlüğü*nün koşullarının bulunmaması" olarak değerlendirilmemelidir. Aksi halde borçluya "*aşırı ifa güçlüğü*" bulunmadığı halde sözleşmeden dönme yolu açılmış olur. Bu ise ahde vefa ve sözleşmeye güven ilkesi ile bağdaştırılamayacaktır.⁴⁰

TBK m. 138'de uyarlama ve bu mümkün olmadığında da sözleşmeden dönmeyi borçlunun talebine bağlamıştır. Bunun sonucu olarak borçlu sadece uyarlama talep ettiği halde bunun koşulları yoksa hakim, sözleşmeden dönmeye karar veremeyecektir. Zira borçlunun böyle bir talebi yoktur.

40 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 266.

Ülkemizde ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi nedeniyle uyarılma talepleri özellikle borçlunun borcunun para borcu olduğu hallerde para değerindeki düşmeler meydana geldiğinde gündemde olmuştur.

1.3. TEMERRÜT

1.3.1. Kavram

Temerrüt, kelime anlamı olarak dik kafalılık, kafa tutma, direnme anlamlarına gelmektedir.⁴¹ Hukuki anlamda ise temerrüt, direnme; borcun ifasında gecikme; borçlunun borcunu ödemedi ya da alacaklının alacağını almamakta direnmesi olarak ifade edilmektedir.⁴²

Temerrüt kavramı, borcun borçlu tarafından zamanında ifa edilmemesi ya da borçlunun yerine getirdiği ifanın kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkan bir kavramdır. Temerrüt, borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu için ayrı ayrı söz konusu olabilir.

1.3.1.1. Alacaklının Temerrüdü

TBK m. 106 vd. hükümleri (Mülga TBK m. 90 vd.) alacaklının temerrüdü ile ilgili genel hükümler öngörmektedir. Buna göre; 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 olacaktır.

TBK m. 408 işveren temerrüdünü düzenlemektedir. Buna göre “işveren, iş görme edimini 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”.⁴³ (TBK m. 408).

Kanun koyucu, TBK. m. 408 hükmü ile işverenin, işçinin iş görme edimini ifaya hazır olmasına rağmen kusuru ile engellemesi durumunda veya edimin ifasını kabule yanaşmaması halinde temerrüde düşeceğini ifade etmiştir. Bu temerrüde, iş ilişkilerinin niteliğini göz önüne alınarak özel sonuçlar bağlamıştır.

İşverenin de iş sözleşmesi kapsamında borçlu temerrüdüne düşmesi mümkündür. İş sözleşmesi ile işverenin üstlenmiş olduğu ücret ödeme borcunu işveren, sözleşmede

41 Akalın, Türkçe Sözlük, s. 2317.

42 Yelebaşı, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, s. 639; Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 1363.

43 Ayrıca Bkz. Senyen(Kaplan), İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan I, s. 568-578; Turan, İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, s. 31-59.

kararlaştırılan şekilde ödemediğinde temerrüt söz konusu olur. Bu halde ise borçlu temerrüdü söz konusu olacaktır.⁴⁴

1.3.1.2.Borçlunun Temerrüdü

Borçlu temerrüdü, genel anlamıyla TBK m. 117-126 arasında düzenlenmiştir. Kanunda borçlunun temerrüdü kavramının ne ifade ettiği açıklanmamıştır. Öğretide borçlu temerrüdü, vadesi gelmiş olan bir borcun sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanında ifa edilmemesi olarak tanımlanmıştır.⁴⁵

TBK uyarınca hem iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, hem de tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü söz konusu olabilir. Ayrıca iş sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede işçi iş görme, işveren ise ücret ödeme borcunda borçlu sıfatı taşımaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesine göre borcunu zamanında ifa etmeyen işçi veya işveren açısından borçlu temerrüdü kavramı ortaya çıkabilecektir.

1.3.2. Borçlu Temerrüdünün Koşulları

1.3.2.1.Edimin İfası Mümkün Olmalı

Borçlunun temerrüdünden bahsedebilmek için öncelikle borçlanılan edimin ifa edilebilmesinin mümkün olması gerekmektedir. İfanın mümkün olması ile kastedilen, borç zamanında ifa edilmemiş olsa bile ifaya konu olan edimin halihazırda ifa edilebilir olmasıdır.⁴⁶

Borç ifaya uygun değilse, başka bir ifadeyle ifaya konu edimin ifa edilebilmesi mümkün değilse, burada temerrütten söz edebilmek mümkün değildir. İfaya konu edimin ifası mümkün değilse hukuken edimin imkansızlığı söz konusudur.

Örneğin A ile B bir sanat eserinin satımı konusunda anlaşmışlardır. A, eseri 14.07.2017 tarihinde teslim edeceğini beyan etmiş ancak bu tarihte eserin teslimi gerçekteşmemişse A'nın borçlu sıfatı ile temerrüde düştüğünü söyleyebiliriz. Ancak bertmek gerekir ki, A, eseri vade tarihi geçmesine rağmen teslim edebilecek durumda olmasına rağmen teslim etmemiş olmalıdır. şayet eser, çeşitli sebeplerle yok olmuş ve bu sebeple A ifayı yerine getiremiyorsa burada artık imkânsızlıktan söz edilecektir.

1.3.2.2.Borç Muaccel Olmalı

Borçlu temerrüdünden söz edebilmek için aranan diğer bir şart, borcun muaccel olmasıdır. Zira TBK m. 117/I "*muaccel bir borçlusu*" demek suretiyle muacceliyetin borçlu temerrüdü için aranması gerektiğini ortaya koymuştur.

44 Yener, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme borçlarında Temerrüt, s. 51.

45 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 458; Eren, Borçlar Genel, s. 1117; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 709.

46 Eren, Borçlar Genel, s. 1120.

Muacceliyet, borçlu temerrüdünün en önemli şartlarından biridir. Zira müeccel (vadesi gelmemiş) bir borç⁴⁷ alacaklı tarafından dava ve talep edilemez. Bu nedenle alacaklının borçlu temerrüdünden kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için borcun muaccel olmasına dikkat edilmelidir.

Borcun ne zaman muaccel olacağını taraflar kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile belirleyebilirler. Kimi durumlarda muacceliyet için ihbarın varlığı da aranmaktadır. Ancak kanun koyucu TBK m. 90 ile muacceliyet konusunda genel kuralı düzenlemiştir. Buna göre ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olacaktır.

1.3.2.3.Borçluya İhtar Yapılmalı

TBK m. 117/I, “*alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer*” demekle alacaklının borçluyu temerrüde düşürmesi için ihtarda bulunması gerektiğini düzenlemiştir. İhtar, alacaklı tarafından borçluya borcunu ifa etmesini ifade eden bir bildirimdir.⁴⁸

Borçlunun temerrüde düşürülmesi için kural olarak ihtar aranmakla birlikte TBK m. 117/I, bazı durumlarda ihtara gerek duymadan borçlunun temerrüdünün söz konusu olabileceğini düzenlemiştir. Bunlardan ilki, belirli vadeli borcun mevcut olması halidir. Borçlu, tarafların arasındaki sözleşmeye göre borcunu belirli bir günde ödemekle yükümlü ise bu belirli günde borcunu ifa etmediğinde alacaklının ihtar etmesine gerek olmadan borçlu temerrüdü söz konusu olacaktır.

Haksız fiilde, haksız fiil teşkil eden davranışın gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Sebepsiz zenginleşmede de aynı şekilde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüdü gerçekleşmiştir. Ancak sebepsiz zenginleşmede, zenginleşen taraf iyi niyetli ise bu halde borçlunun temerrüdü için ihtar şartı aranacaktır.

Bununla birlikte borç muaccel olmadan önce borçlu, alacaklıya borcu ödeyemeyeceğini bildirdiği takdirde, ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olacaktır.

1.3.2.4.Kusurun Gerekli Olmaması

Kusur kavramının tanımı, Kanunumuzda yapılmamıştır. Öğretide kusur, iradenin hukuk düzeninin koruduğu değerleri ihlal edecek bir sonuca yönelerek meydana gelecek sonucun önlenmemesine yahut gerekli davranışın sarf edilmemesine sebebiyet verecek irade eksikliği olarak tanımlanmıştır.⁴⁹

Borçlunun temerrüde düşmesinde kusurlu olup olmaması, bir önem taşımamaktadır. Dolayısıyla borçlunun kusuru olsun veya olmasın ifa zamanında borcunu ifa etmediği

47 Müeccel, kelime anlamı ile ileriye bırakılmış bir borç anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle yerine getirilme zamanı gelmeyen, vadesi dolmayan edim anlamındadır. Bkz. Akalın, Türkçe Sözlük, s. 1722.

48 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 460; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 913.

49 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 64.

veya geciktirdiği takdirde temerrüde düşer. Temerrüde düşme için kusurun önemi olmasa da borçlu temerrüdünün bazı sonuçları bakımından kusur önem teşkil edecektir.⁵⁰

1.3.2.5. Borçlu İfayı Kabule Hazır Olmalı

TBK m. 117/I'de belirtilen şartlar dışında işin doğasından kaynaklanan bazı şartlar da mevcuttur. Öncelikle alacaklının, borçlunun ifasını kabul etmeye hazır olması gerekecektir. Zira alacaklı, edimi kabule hazır değilse yani alacaklı temerrüdüne düşmüşse borçlu, süresi geçtiği halde edimi ifa etmese bile alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdünü engelleyeceğinden borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olmaz.⁵¹

1.3.2.6. Borçlunun İfadan Kaçınmak İçin Haklı Bir Sebebi Olmamalı

Borçlunun borcunu ifa etmemesine haklı bir sebep neden olabilir. Haklı sebebin varlığı halinde borçlunun borcunu ifa etmemesi sonucunda temerrüde düşmesi söz konusu olamaz.

Def'i borçluya, borçlanmış olduğu edimin ifasını, özel bir sebeple yerine getirmeme hakkı veren bir hukuki kavramdır. Borçlu bir def'i hakkını ileri sürerek borcunu ödemekten kaçınabilir. Borçlunun haklı olarak def'i ileri sürmesi durumunda borçlu temerrüdü söz konu olmaz.⁵²

1.3.3. Sonuçları

1.3.3.1. Genel Sonuçları

Borçlu temerrüdünün sonuçları, üç başlık altında değerlendirilebilir. Bunlar aynen ifa, gecikme tazminatı ve beklenmeyen halden sorumluluk olarak sıralanabilir.

Borçlu, temerrüde düşmekle ifa etme yükümlüsü olduğu borçtan kurtulmaz. Borçlu tarafından borçlanılan edimin niteliği aynen ifaya uygunsa, diğer bir deyişle edimin ifasında herhangi bir imkânsızlık söz konusu değilse alacaklı, aynen ifada bulunmayı talep edebilir.

Bunun yanında borçlu TBK m. 118 hükmü uyarınca, temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ispat edemezse borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hükümlerle gecikme tazminatı düzenlenmiştir. Gecikme tazminatı, borçlunun edimini zamanında ifa etmemesinden dolayı alacaklının uğramış olduğu zararları tazmin etme amacı gütmektedir.

Son olarak TBK m. 119'da temerrüdün genel sonuçlarından olan beklenmeyen halden sorumluluk kavramı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, "*temerrüde düşen borçlu,*

50 Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 716; Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 292.

51 Eren, Borçlar Genel, s. 1125; Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 470.

52 Yener, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt, s. 58.

beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan sorumludur” demek suretiyle temerrüde düşmüş borçlunun sorumlu olacağını açıkça ifade etmiştir.

1.3.3.2.Özel Sonuçları

Borçlu temerrüdünün özel sonuçlarından ilki para borçlarında karşımıza çıkmaktadır. Bunları da temerrüt faizi ve munzam zarar olarak sıralayabiliriz. Temerrüt faizi, para borçlarında borçlunun zamanında borcunu ifa etmemesi sebebiyle alacaklının kanunen varlığı kabul edilen zararının tazmini için ödemesi gereken ve asıl borca ek ilave bir paradır.⁵³

Borçlunun para borcunu zamanında ifa etmemesi sebebiyle ödemekle karşılaşacağı temerrüt faizinin sözleşmede kararlaştırılmasına gerek yoktur. Bunun yanında borçlunun, temerrüt faizi sorumluluğunun başlangıcı, temerrüde düşme anıdır. Taraflar, sözleşme ile temerrüt faizi oranına kararlaştırabildiği gibi, kararlaştırmadıkları durumda da TBK m. 120 atfıyla Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerine göre temerrüt faizinin oranı belirlenecektir.

TBK m. 122 ile *“alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe bu zararı gidermekle yükümlüdür”* demek suretiyle munzam zarar kavramını düzenlemiştir.

Temerrüt faizi ve munzam zarar dışında borçlunun temerrüdünde sürekli edimli sözleşmeler ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımında Kanunumuzda ayrı sonuçlar da düzenlenmiştir.

1.4. İMKÂNSIZLIĞIN DİĞER İFA ENGELLERİ KARŞISINDAKİ KONUMU

1.4.1. Alacaklı Temerrüdü İle İmkânsızlık İlişkisi

Alacaklı temerrüdü, genel olarak borcun yerine getirilmesine alacaklı tarafından engel olunması nedeniyle borcun ifasında gecikilen dönemdeki alacaklının hukuki durumunu tarif etmek için kullanılmaktadır. Alacaklı temerrüdü, koşulların gerçekleşmesiyle yani kural olarak borçlunun sunduğu teklifin kabul edilememesiyle kendiliğinden ortaya çıkmakta ve koşulları mevcut olduğu sürece devam etmektedir.⁵⁴

TBK m. 106’da alacaklı temerrüdünün tanıma yer verilmemekle birlikte yalnızca hangi şartların varlığı halinde alacaklının temerrüde düştüğünün kabul edileceği belirtilmektedir. Buna göre alacaklı, borçlunun ifa edeceği edimi haklı bir sebep olmaksızın kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiililerini yapmaktan kaçınırsa temerrüde düşer. Alacaklının kaçınma halini, temerrüde düşmesi için şart koşan bu kural, edimin ifası bakımından nihai

⁵³ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 727.

⁵⁴ Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 355; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 837; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 142.

değil geçici bir engelin varlığını gerektirmektedir. Zira imkânsızlık hali söz konusu olursa ifa teklifinde bulunmak zaten söz konusu olmayacaktır.⁵⁵ Bununla birlikte alacaklı temerrüdü ile alacaklının sorumlu olduğu sonraki imkansızlığın, her ikisinin de alacaklıdan kaynaklanması bakımından birbirine çok benzer ifa engelleri olduklarının ortadadır.⁵⁶

Alacaklı temerrüdünün oluşması için öngörülmüş olan şartlardan ilki, borcun ifasının alacaklıya gereği gibi önerilmiş olmasıdır. Gereği gibi önerilmiş olan edim, eksiksiz, ayıpsız, ifa yerinde ve dürüstlük kuralına uygun bir biçimde önerilen edimdir.⁵⁷ Yine kural olarak borçlunun edimini fiili anlamda da arz etmesi gerekmektedir.⁵⁸

TBK m. 106'da ikinci şart olarak alacaklının edimi kabulden veya kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini, yapmaktan kaçınması halinden söz edilmektedir. Bunun yanında belirtilmelidir ki, alacaklının ifayı kabulden veya ifanın gerçekleşmesi için gerekli şeyleri yapmaktan haklı bir sebeple kaçınması, alacaklıyı temerrüde düşürmez. Burada belirleyici olan unsur yalnızca haklı sebebin mevcut olup olmadığıdır, alacaklının ifayı kabulden kaçınmasında kusurlu olup olmaması bir önem taşımazdır.⁵⁹

Kusurun aranmamasının temelinde, alacaklının temerrüdünde borçlunun temerrüde düşmesinden farklı olarak alacaklı üzerinde esasında bir edim yükümlülüğü bulunmaması yatmaktadır. Bu nokta aynı zamanda borçlu ve alacaklı temerrüdü arasındaki farkın da temerrüdünü oluşturur. Borçlu temerrüdünde borçlunun borcunu ifa etmemesi bir yüküm aykırılığı iken alacaklı temerrüdünde alacaklı tarafından alacak hakkının kullanılmaması bir yüküm aykırılığı niteliği taşımaz, ancak bir ödeve aykırılık olarak görülebilir.⁶⁰

Nitekim alacaklının temerrüdü, borçlunun bu temerrüt halinden doğan zararın karşılanması gibi bir borç doğurmaz. Çünkü her ne kadar burada bir hakkın (alacak hakkının) kullanılmaması söz konusuysa da ödeve aykırı bir durum yine de mevcuttur. Alacaklının tazminat ödeme hakkı doğmasa bile bu duruma hukuken tam korunma sağlanmaz ve borçlu lehine bir takım sonuçlar doğar.⁶¹

Borçlar Hukuku sistemimizde alacaklının temerrüde düşmüş olması, borçlunun borcunu ifa etmesi gereğini ortadan kaldırmamakta, yalnızca onun sorumluluğu üzerinde etkili

55 Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 840; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 144.

56 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 155; Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 19.

57 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 143.

58 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 355; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 838; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 143.

59 Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 841; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 145; Ercoşkun, Şenol, Kısmi İmkânsızlık, s. 243.

60 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 145.

61 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 358; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 147.

olmaktadır. Alacaklı temerrüdüne yönelik genel hükümlerde (TBK m. 106 vd.) borçluya borcundan kurtulma imkanı tanıyan “tevdî” hakkının işçi-işveren ilişkilerinde uygulanmaya elverişli olmadığı ortadadır. Hizmet sözleşmesinde işveren (alacaklı) temerrüde düştüğünde, işçi (borçlu) için herhangi bir seçimlik imkan öngörülmez. İşgörme edimine işverenin engel olması durumunda işçinin işgörme borcu ortadan kalkmakta ve TBK m. 408 gereğince işçi yine de ücrete kavuşmaktadır.⁶²

Alacaklı temerrüdü ile imkânsızlık arasındaki ilişki oldukça tartışmalıdır. Alacaklının kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmasının imkânsızlık mı yoksa alacaklı temerrüdü sonucuna mı yol açtığı belirlenebilmesi açısından öğretide çeşitli formüller geliştirilmiştir. Uygulamada özellikle iş hukuku alanında çokça konuluşmuş olan etki alanı teorisi de bu sorunun çözümü için geliştirilmiş teorilerden biridir. Bu teori uyarınca ifa engelini alacaklının etki alanından kaynaklanması durumunda alacaklı temerrüdü; ifa engelini borçlunun etki alanından kaynaklanması durumunda ise imkânsızlık ifa engelini varlığı kabul edilmektedir.⁶³

1.4.2. Borçlu Temerrüdü İle İmkânsızlık İlişkisi

Borçlu temerrüdü kavramından, yukarıda ayrı bir başlık altında incelenmişti.⁶⁴ Genel olarak borçlu temerrüdü, vadesi gelmiş bir borcun borçlu tarafından yerine getirilmemesidir. Ancak borçlu temerrüdünü, borçlunun ifada herhangi bir gecikmesi olarak tanımlamak doğru olmayacaktır. Zira her gecikme hali borçlu temerrüdünü oluşturmaz. Bu sebeple öğretide borçlu temerrüdü nitelikli bir gecikme olarak tarif edilmektedir.⁶⁵

Temerrüt ile imkânsızlık arasındaki ayrım, edimi sonradan yerine getirme olanağının var olup olmamasına göre yapılacaktır. Edimin sonradan yerine getirilme imkanının bulunmaması halinde imkânsızlık söz konusu olacaktır. Edimin sonradan yerine getirilmesi mümkün olmasına rağmen ifada gecikilmesi ise, temerrüt sonucunu doğuracaktır.⁶⁶

Gecikme ile imkânsızlık arasında Roma Hukukundan beri ayrım yapıldığı bilinmekteyse de, pratikte her iki ifa engelini çakışması nedeniyle ayrım yapılması güçleşmektedir.⁶⁷ Borcun henüz muaccel olmadan imkansızlaşmasında temerrüt hükümlerinin değil, imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. İmkânsızlığın borçlu temerrüdünden sonra meydana gelmesi halinde ise her iki dönem bakımından bir ayrım yapılmalıdır. imkânsızlık ortaya çıkıncaya kadar olan dönem için

62 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 23.

63 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 23.

64 BKz. s. 16-19.

65 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 358; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 147; Ercoşkun, Şenol, Kısmi İmkânsızlık, s. 247.

66 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 468; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 216; Ercoşkun, Şenol, Kısmi İmkânsızlık, s. 249; Gündoğdu, Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s. 49.

67 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 216.

borçlu temerrüdü hükümleri, imkansızlığı ortaya çıkmasından sonraki dönem için ise imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır.⁶⁸ Diğer bir ifadeyle borcun imkansızlaşması temerrüt halini sona erdirmektedir. Beklenmeyen halden sorumluluğun düzenlendiği TBK m. 119 uyarınca, imkânsızlık borçlunun temerrüde düştüğü sırada ortaya çıkmış ise, borçlu bundan kural olarak sorumlu tutulmaktadır. Şayet borçlu temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını yahut borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederse bu sorumluluktan kurtulacaktır.

1.4.3. Sözleşmenin Müspet İhlali İle İmkânsızlık İlişkisi

Sözleşmenin müspet ihlali, edimin yerine getirilmesinde imkânsızlık veya gecikme söz konusu olmadığı ancak edimin kötü veya ayıplı bir şekilde ifa edilerek alacaklının zarara uğratıldığı ifa engelini ifade etmektedir.⁶⁹ İş Hukuku bakımından, işverenin iş sağlığı ve güvenliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranması sonucunda işçinin zarar görmesi de sözleşmenin müspet ihlal edilmesine örnek olarak gösterilebilir.⁷⁰

Sözleşmenin müspet ihlali, uygulama bakımından büyük önem taşımakla birlikte imkansızlığın ve temerrüdün şartlarını taşımayan tüm ifa engellerini kapsamaktadır.⁷¹ Sözleşmenin müspet ihlalinde alacaklının yine TBK m. 112 çerçevesinde tazmin edilmesi gerekmektedir. Söz konusu madde uyarınca borcun gerektiği şekilde ifa edilmemesi halinde borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

Sonraki imkansızlık ve sözleşmenin müspet ihlali arasındaki ayrım, yine edimin yerine getirilmesinin mümkün olup olmamasına göre yapılmaktadır. İmkânsızlıkta edim yerine getirilmezken, sözleşmenin müspet ihlalinde edimin ifa edilmesi mümkündür. Sözleşmenin müspet ihlalinde edim imkansız olmadığından, bir ifa veya ifa teşebbüsünde bulunulması söz konusu olmaktadır.⁷²

1.4.4. İşlem Temelinin Çökmesi İle İmkânsızlık İlişkisi

İşlem temelinin çökmesi, sözleşme taraflarının sözleşme kurulduğu sırada öngöremedikleri gelişmelere bağlı olarak sözleşme temelinin esaslı olarak değişmesi ve edimlerin sözleşmeye göre yerine getirilmesinin taraflardan beklenemeyecek bir hal alması nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına ya da sözleşmeden dönülmesin veya sözleşmenin niteliğine göre feshine imkan veren bir teoridir.⁷³ Alman Hukuku menşeilili bir teori olan işlem temelinin çökmesi teorisi, Almanya'da ilk defa 2001 yılında Borçlar Hukuku reformu ile yasal zemine kavuşturulmuştur. İşlem temelinin çökmesi, imkansızlık ifa engelini hatalı gelişimini bir parça olsun geri itebilmiş ve edimin yerine

68 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 469;Ercoşkun, Şenol, Kısmi İmkânsızlık, s. 250.

69 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 474.

70 Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 973.

71 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 246.

72 Altunkaya, Başlangıçtaki İmkânsızlık, s. 149.

73 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 265.

getirilmesinin ekonomik olarak beklenemeyeceği durumlar için esnek bir hukuki enstrüman işlevi görmüştür.⁷⁴

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ilk defa işlem temelinin çökmesi teorisi ile ilgili bir hükme (TBK m. 138) yer verilmiştir. İlgili hükümde, yalnızca işlem temelinin çökmesi hallerinden biri olarak kabul edilen “aşırı ifa güçlüğü” ile ilgili bir düzenleme getirilmiştir.

Aşırı ifa güçlüğü kavramının nitelik itibariyle imkânsızlığa çok yakın olması nedeniyle bu iki ifa engeli arasındaki sınırın belirlenmesi, imkânsızlık ile diğer ifa engelleri arasında ayırım yapılmasından daha güçtür.⁷⁵

74 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 27.

75 Baysal, Aşırı İfa Güçlüğü, s. 332.

2. BÖLÜM İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİNDE GÖRÜNÜMÜ

2.1. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ

2.1.1. Tanımı

İş Sözleşmesi, İş Kanununda tanımlanmıştır. İKm. 8/1 iş sözleşmesini, “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme*” şeklinde tanımlamıştır. Kanun hükmünün devamında, kural olarak iş sözleşmesinin şekil serbestisi ilkesi uyarınca istenilen şekilde yapılabileceği de belirtilmektedir.

İş sözleşmesinin tanımı, Borçlar Kanununda da yapılmıştır. Ancak Borçlar Kanununda, kendi sistematığı gereği iş sözleşmesi, hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmıştır. Aslında hem İş Kanunu hem de Borçlar Kanunu bakımından tanımı yapılan sözleşme türü aynıdır. TBK m. 393’te 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.

Mülga Borçlar Kanunda da 313. maddede hizmet akdi “*bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona ücret vermeği taahhüt eder*” şeklinde tanımlanmıştır.

2.1.2. Hukuki Niteliği

Sözleşmenin taraflarından işçi, hukuki anlamda gerçek kişi ve işveren de, gerçek ya da tüzel kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. İş sözleşmesi, taraflar arasında kişisel bir ilişki kurmaktadır.⁷⁶ Bu ilişki çerçevesinde kural olarak işçi, bizzat kendisi iş görmeyi, işveren de karşılığında da işçinin hak ettiği ücreti ödemeyi kabul etmektedir.

Her iki tarafın birbirleriyle örtüşen serbest iradeleriyle birlikte sözleşme kurulur. Bu durum sonucunda iş sözleşmesi, esas itibariyle bir özel hukuk sözleşmesidir.⁷⁷

İş sözleşmesinin tanımından yola çıkarak işçi, işverene bağımlı şekilde iş görme; işveren de bunun karşılığı olan ücreti ödeme yükümlülüğü altındadır. Buradan hareketle iş sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu söylenebilecektir.⁷⁸

TBK m. 393 hükmü karşısında iş sözleşmesinde işçi, belirli ya da belirli olmayan bir süre ile iş görme edimi yerine getirirken işveren de bu süre içerisinde ücret ödeme edimini

⁷⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 240; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, İş Hukuku, s. 401; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 173; Korkmaz/Akyıldız, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 24.

⁷⁷ Sümer, İş Hukuku, s. 39; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 65; Senyen(Kaplan), Bireysel İş Hukuku, s. 83.

⁷⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 240; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 173.

yerine getirmektedir. Bu çerçevede iş sözleşmesinin niteliği itibariyle süreklilik arz ettiğini de söylemek mümkündür.⁷⁹

2.1.3. Unsurları

Bir iş sözleşmesinden bahsedebilmek için aranan unsurları; bir işin görülmesi, görülen işin ücret karşılığı olması ve işçinin işverene bağımlı olarak çalışması şeklinde sıralanabilir.

Bağımlılık unsuru gereğince işçi, işverenin otoritesi altında almış olduğu emir ve talimatlara uygun olarak iş görme edimini yerine getirmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla bu ilişkide, olağan özel hukuk ilişkilerinden farklı bir durumun varlığı ortaya çıkar. Gerçekten de iş sözleşmesinde işçi, bağımlılık unsurunun bir sonucu olarak işverenin otoritesini hissetmektedir. Bir tarafta emeği ile iş gören işçi bulunurken diğer tarafta özellikle maddi anlamda güçlü bir kişi olan işveren bulunmaktadır. Bu durum karşısında sözleşme ilişkisinde nispeten daha zayıf konumda olan işçiyi koruma esası benimsenmiştir.⁸¹

Özellikle son dönemde COVID-19 salgını ile değişen iş koşulları ile beraber tele çalışma, evden çalışma vb. çalışma türlerinde iş hukuku anlamında klasik bağlamda bağımlılık unsuru bulunmasa bile aynı iş organizasyonu içerisinde işçinin bulunması sonucu bağımlılık ilişkisinin bulunduğu kabul edilir.⁸²

2.1.4. Tarafları

Bir sözleşme ilişkisinin var olabilmesi için en az iki tarafa ihtiyaç vardır. Bu taraflar, iş sözleşmesinde işçi ile işveren olarak adlandırılmaktadır. Bir işyeri veya işletme ortamına girildiğinde en üst düzeyde yönetim hakkını kullananlardan en alt düzeyde görev alanlara kadar çok değişik unvan ve isimler altında faaliyette bulunan kişilerin varlığı gözlenir. Öncelikle yapılması gereken, işyerlerinde değişik görevler üstlenmiş bu kişilerin hukuki adlarının konulmasıdır. Ancak iş hukukunun aktörlerini oluşturan bu kişilerin tanımını yaptıktan ve birbirinden ayırdıktan sonra bunların hak, borç ve sorumluluklarını hukuki açıdan birbirleriyle ilişkilerini incelemek mümkün olabilir.⁸³

79 Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda işçinin iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığına karar verirken iş sözleşmesinin süreklilik unsurunu da dikkate almaktadır. TBKz. Yargıtay 22. HD. 9.11.2017 tarih 2017/43453 E. 2017/24516 K.; Yargıtay 22. HD. 20.12.2017 tarih 2017/42680 E. 2017/30204 K..

80 “Davacının, sürekli olarak davalının doktorluk muayene iş yerinde işveren durumunda bulunana doktorun verdiği para karşılığında onun emir ve talimatı altında bulunduğu ve çalıştığı açıkça ortaya çıktığından arada hizmet akdi ilişkisinin bulunduğu kabul edilmelidir”HGK. 25.05.1995 tarih 1999/9-307 E. 1999/467 K. (Günay, İş Kanunu Şerhi, s. 175); “Bir işin görülmesi sürecinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu sözleşmede var olan otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Bu nedenle hizmet akdinde bağımlılık hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır”Yargıtay 22. HD. 21.05.2018 tarih 2017/5998 E. 2018/5184 K..

81 Süzek, İş Hukuku , s. 14.

82 Günay, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, s. 28.

83 Süzek, İş Hukuku , s. 143.

2.1.4.1.İşçi

Hukukumuzda kural olarak iş (hizmet) akdi ile çalışanlar işçi sayılırlar. İK m. 8/1 uyarınca “iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. Görüleceği üzere iş akdi, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmaktadır.

İş hukuku açısından önem taşıyan kavramlar, kanun koyucu tarafından İK m. 2’de düzenlenmiştir. İK m. 2/1’de “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi” denir şeklinde bir tanım yapılmıştır. Böylece bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan gerçek kişi, işçi olarak tanımlanmıştır. Madde metninden anlaşıldığı gibi hukuki manada işçi kavramından söz etmek için her şeyden önce taraflar arasında imzaya bağlanmış bir iş sözleşmesinin varlığına ihtiyaç vardır. Bu sebeple örneğin cezaevlerinde yahut çocuk ıslah evlerinde yapılan çalışmalar tarafların serbest iradeleri yerine kamu hukukuna ilişkin bir yükümlülüğe dayandığından, ne bir iş akdinin varlığından ne de içi niteliğinin kazanılmasından söz edilebilir. Bunun gibi aile yardımlaşması çerçevesinde eş ve çocuklar tarafından yapılan çalışmalar iş akdine dayanmadığından işçi sıfatını kazandırmaz. Ancak eşler, ana baba ve çocuklar arasında iş akdi de yapılabilecektir. Bu takdirde sözleşmenin tarafları işçi ve işveren sayılır.⁸⁴

2.1.4.2.İşveren

İş kanunlarında işveren kavramı belirlenirken işçi kavramı esas alınmıştır. (İK 2/1, STİSK 2/3, BİK 1/1, DİK 1/1) İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre “İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren.. denir”. İş akdi, bir kişinin işçi niteliğini belirlediği gibi sözleşmenin diğer tarafı olan işvereni de belirler.

İşverenin belirli bir sayıda işçi çalıştırıp çalıştırmamasının, hukuki anlamda işveren olarak nitelendirme yaparken herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesine bağlı olarak işçi çalıştıran işverenin bir işçisinin olması ile bin işçisinin olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

2.1.5. İşyeri Kavramı

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde işyeri kavramı tanımlanmış ve açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin 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, yıkama, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür”.

84 Süzek, İş Hukuku , s. 144.

STİSK m.2'ye göre de “*Bu Kanunun uygulanması bakımından ... işyeri kavramları... 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir*”.

İş hukuku açısından işyerinin tespit edilmesi oldukça önemlidir. Zira işyeri, İş Kanunu hükümlerinin yer bakımından nerede uygulanacağını sınırını ortaya koyar. Ayrıca İş Kanununda yer alan iş güvencesi, engelli ve hükümlü işçi çalıştırma zorunluluğunda işyerinde kaç kişinin çalıştığı, toplu iş sözleşmesi yapılma sürecinde işyerinde çalışan işçi sayısı özellikle sendika yetkisinin tespiti gibi konularda işyeri kavramı ortaya konmalıdır. Aynı şekilde İş Mahkemeleri Kanunu m. 6 uyarınca yetkili mahkemenin tespitinde de işyeri, önemli bir rol oynamaktadır.

2.2. BORÇLAR KANUNUNUN İŞ KANUNUNA TABİ İŞ İLİŞKİLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

2.2.1. İş Kanununda Boşluk Bulunduğu Hallerde

İş Kanuna tabi olmayan işçiler bakımından kural olarak doğrudan doğruya Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. Ancak Borçlar Kanununun iş ilişkilerinde uygulama alanı, İş Kanunlarının kapsamı dışında bırakılanlarla sınırlı değildir. İş Kanunlarında iş sözleşmesine uygulanacak hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.⁸⁵

İş Kanununda boşluk bulunup bulunmadığının tespiti meselesi sorunsuz bir uğraş değildir. Sorun arz edebilecek bir durum özellikle, bir hukuki kurumun İş Kanununda düzenlenmiş olduğu, Borçlar Kanununda da aynı konudaki düzenleme bakımından bir çatışma olmayıp da ilave bir sonucun öngörüldüğü hallerde kendini göstermektedir. Öte yandan Kanun koyucunun bir düzenleme yapmamış olması, Kanun'da zorunlu bir boşluk olduğu anlamına gelmeyip aksine olumsuz bir çözümün de benimsendiğini göstermektedir.⁸⁶

Her şeyden önce belirtilmelidir ki, Borçlar Kanunu iş hukukunun kaynakları arasında özel önem taşıyan bir Kanundur. Henüz ayrı bir iş kanununun yürürlükte olmadığı dönemde mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun bireysel iş ilişkilerini düzenleyen esas hukuk kaynağını teşkil etmiş, İş Kanunu çıkarıldıktan sonra da genel nitelikli kanun olma niteliğini korumuştur.⁸⁷

İş Kanunlarında bir boşluk olması halinde öncelikle Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmeleri bölümünde yer alan hükümlere başvurulmalı, burada uygulanacak bir hüküm bulunmuyor ise Borçlar Kanununun Genel Hükümlerinden yararlanılmalıdır. Yani Borçlar Kanunu hükmünün uygulanabilmesi için İş Kanununda açık bir hüküm

85 Süzek, İş Hukuku , s. 242; Ekmekçi, TBK Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri, s. 19.

86 Alpagut, TBK'nın Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, s. 916-917.

87 Yılmaz, Genel Kanun- Özel Kanun İlişkisi, s. 27-28.

bulunmaması şarttır.⁸⁸ Öğretide bir görüşe göre İş Kanununda zaten düzenlenmiş bir konuda Borçlar Kanununun aynı konudaki bir düzenlemesinin ek bir imkan getirdiği hallerde, bu ek imkanın İş Kanununa tabi işçiler için uygulanabileceğini savunmak isabetli bir yaklaşım değildir. Esasında Borçlar Kanununun gerekçesinde Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmeleri Bölümünün 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışındaki işçilere uygulanacağına ifade edilmesi de bu durumu destekler niteliktedir.⁸⁹

Söz konusu Borçlar Kanunu hükmünün iş hukukunun amacına uygun düşmediği hallerde ise, bu boşluğun hakim tarafından MK m. 1/II uyarınca hükmün iş hukukuna uyarlanması suretiyle doldurulması gerekmektedir.⁹⁰

2.2.2. İş Kanunu İle Borçlar Kanununun Çelişmesi Halinde

6098 sayılı Borçlar Kanunu bakımından dikkat çeken bir husus iş hukukuna ilişkin pek çok düzenlemede, özellikle İsviçre Borçlar Kanununun etki göstermesidir.⁹¹ Hatta Kanunun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin maddelerinin tercümesi olduğu bilinmektedir.⁹²

İş kanununa nazaran genel ve sonraki (yeni) kanun niteliği taşıyan Borçlar Kanunu bakımından özellik arz eden bir diğer durum ise, Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmeleri Bölümünde yer alan hükümlerin bir kısmının İş Kanunundan daha koruyucu nitelik taşımasıdır.⁹³ Bu durum, sonraki genel nitelikli Kanun hükümlerinin önceki özel Kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme getirdiği veya onlara ek bir imkan tanıdığı hallerde İş Kanununa tabi işçilerin bu durumdan etkilenip etkilenmeyeceklerinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Belirtmek gerekir ki Borçlar Kanununun iktibas edildiği İsviçre’de böyle bir sorun ile karşılaşılmamıştır. Zira İsviçre Hukukunda “iş sözleşmesi” kısmı yalnızca Borçlar Kanununda düzenlenmekteyken mevzuatımızda iş sözleşmelerine uygulanacak hükümler dört ayrı kanunda düzenlenmektedir.⁹⁴

Aynı anda yürürlükte bulunaniki kanunda somut uyuşmazlığa ilişkin farklı çözümler öngörülmesi halinde, önceki kanun yerine sonraki kanunun uygulanacağı (*lex posterior derogat legi generali*) kabul edilmektedir. Bir konunun hem genel hem özel kanunda

88 Süzek, İş Hukuku , s. 242.

89 Alpagut, TBK’nın Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, s. 918; Yılmaz, Genel Kanun- Özel Kanun İlişkisi, s. 28.

90 Süzek, İş Hukuku , s. 242; Karaçöp/Yakamoğlu, 6098 sayılı Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, s. 87.

91 Karaçöp/Yakamoğlu, 6098 sayılı Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, s. 91.

92 Alpagut, TBK’nın Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, s. 918.

93 Karaçöp/Yamakoğlu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, s. 91; Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 39.

94 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 39.

düzenlenmesi halinde ise genel esas (*lex specialis derogat legigenerali*), o konuya ilişkin özel kanunun uygulanmasıdır.⁹⁵

Bununla birlikte çelişen kanunlardan birinin genel, diğerinin özel olduğu hallerde sorunun çözümü her zaman çok basit değildir. Bir kanun hükmünün diğer kanun hükmüne göre özel mi yoksa genel mi olduğunun tespit etmek güç olabilir. Yukarıda ifade edildiği üzere 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşımaktadır. Bütünü ele alındığında genel nitelik taşıyan bir kanunun bütün hükümlerinin genel nitelik taşıması ise gerekmez. Genel nitelikteki kanun içinde bir hüküm özel nitelik taşıyabileceği gibi bunun tersi de söz konusu olabilir.⁹⁶

Borçlar Kanununun İş Kanunu (aynı zamanda Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu) karşısındaki konumu, genel kanun olmasının yanı sıra sonraki (yeni) kanun olmasıdır. Böyle bir durumda, diğer bir ifadeyle her iki kanunun aynı konuyu düzenlemiş olması halinde, sonraki tarihli genel kanunun önceki tarihli özel kanunu yürürlükten kaldırdığı yönünde bir genelleme yapılması uygun değildir. Kanun koyucunun her iki kanunda düzenlediği konuda farklı amaçlar güttüğü ve bu amaçların geçerliliklerini sürdürdüğü hallerde genel kanundaki hükmün özel kanundaki ilgili hükmü yürürlükten kaldırdığı sonucuna varılmamalıdır.⁹⁷

2.3. İMKÂNSIZLIK İFA ENGELİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

2.3.3. Genel Olarak İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar

İşçi ile işveren, iş sözleşmesi akdetmesi sonucunda karşılıklı borç doğuran bir ilişkinin içerisine girmiş olurlar. Bu ilişki çerçevesinde işçinin de işverenin de ifa etmekle yükümlü olduğu çeşitli edimler mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu hem işverenin hem de işçinin borçlarını düzenlemiştir.

2.3.3.1. İşçinin Borçları

Bunlar kısaca iş görme borcu, sadakat borcu rekabet etmeme borcu ve işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu ve teslim ve hesap verme borcu olarak sıralanabilecektir.

İş görme borcu, iş sözleşmesinde belirlenen ve işçinin görmekle yükümlü olduğu işi ifade etmektedir. İşçinin iş sözleşmesi ile yüklendiği borç, kanuna aykırılık teşkil etmez. Zira borçlar hukukunun temel prensiplerine göre sözleşme ile kanuna aykırı bir edim kararlaştırıldığında, TBK m. 27 uygulama alanı bulur ve ortada hükümsüz bir sözleşme söz konusu olur.

İşçinin iş sözleşmesi üstlenmiş olduğu borçlardan biri de sadakat borcudur. Sadakat borcu, İş Kanununda düzenlenmemiştir. Kanuni dayanağı TBK m. 396/1'de yer

95 Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s. 83-84.

96 Yılmaz, Genel Kanun- Özel Kanun İlişkisi, s. 26.

97 Yılmaz, Genel Kanun- Özel Kanun İlişkisi, s. 27; Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s. 85.

almaktadır. Buna göre “İşçi, yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır”.

Rekabet etmeme borcu, TBKm. 444 ile 447 arasında “*Rekabet Yasağı*” başlığı altında düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan bir borç olan rekabet etmeme borcu ile işçi, sadakat borcu gereği iş sözleşmesi devam ederken zaten işvereni ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına girer.⁹⁸

Sadakat borcu işçinin, iş saatleri dışında başka bir iş yapmasını ya da başka bir işyerinde çalışmasını engelleyici bir niteliği haiz değildir. Dolayısıyla işçi, rekabet oluşturmayan başka bir işte çalışabilir. Ancak işçinin başka bir işte çalışması, işçinin asıl işini yaparken performans düşüklüğüne de yol açmayacak şekilde olmalıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde işçinin iş görme borcuna aykırı davranması söz konusu olabilir.⁹⁹

Rekabet etmeme borcu, TBK m. 444/I’de belirtildiği gibi iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkan bir borçtur. Buna göre “*herhangi bir biçimde işveren ile rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı isteyebilir.*” Ayrıca rekabet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği de hükmün devamında düzenlenmiştir.¹⁰⁰

İşçinin iş sözleşmesinden doğan bir diğer borcu ise yeni Borçlar Kanunumuz ile yasal zemine kavuşan işverenin emir ve talimatlarına uyma borcudur. Öğretide bazı yazarlar, işverenin emir ve talimatlarına uyma borcunu itaat borcu olarak da adlandırmaktadırlar.¹⁰¹

İşçinin borçlarından bir diğeri ise TBK m. 397’de düzenlenen *teslim ve hesap verme borcudur*. Mülga Borçlar Kanununda ya da İş Kanununda düzenlemesi bulunmayan teslim ve hesap verme borcu, yeni Borçlar Kanunumuz ile düzenlenmiştir.

TBK m. 397’ye göre “*işçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür*”.

98 Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 101.

99 Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, s. 122 vd.

100 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Tuncay, Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, İKÜHKD., C. 28, S. 118, s. 313-314.

101 Süzek, İş Hukuku, s. 347; /Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 102; *İtaat etmek, kelime anlamı ile söz dinleme, boyun eğme, buyruğuna uyma anlamına gelmektedir. Ancak işçi, işveren tarafından kendisine yöneltilen her türlü talimata uyma borcu altında değildir. Zira bu borcun kanundan ya da ahlaki değerlerden kaynaklanan çeşitli sınırları vardır. Dolayısıyla itaat ifadesinin kullanımı, kelimenin anlamı ve toplum nezdinde kullanım tarzı sebebiyle kimi zaman yanlış anlaşılmalara yol açabilir. Bu sebepten kanunun sistematiği açısından da terimin, işverenin talimatlarına uyma borcu olarak kullanılması yerinde olacaktır.* Bkz. Yener, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme borçlarında Temerrüt, s. 39.

2.3.3.2.İşverenin Borçları

Bunları kısaca ücret ödeme borcu, işçiyi gözetme borcu, eşit davranma borcu olarak sıralanabilecektir.

İş sözleşmesinde işverenin üstlenmiş olduğu en önemli borç, ücret ödeme borcudur. Zira ücret ödeme borcu, iş sözleşmesinin asli unsurlarından biri olarak karşımıza çıkar. İK m. 32 uyarınca “*genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*”.

İK m. 32 hükmünde her şeyden önce ücretin işçi tarafından yapılan bir işin karşılığı olduğu belirtilmiştir. Ancak günümüzde sosyal düşüncelerin etkisiyle bu kurala istisnalar getirilmiş ve bazı hallerde işçinin bir çalışma karşılığı olmaksızın ücret talep edebileceği yasayla belirlenmiştir. İşçilere, zorlayıcı nedenlerle çalışmadığı günlerde (İK 24/III, 25/III), hafta tatilinde (İK 46), ulusal bayram ve tatil günlerinde (İK 47), yıllık ücretli izinlerde (İK 57), askerlik görevini yapan gazetecilere (BİK 16/1-3) bir iş karşılığı olmaksızın ödenen bu tür ücrete sosyal ücret adı verilmektedir.¹⁰²

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin sadakat borcunun karşılığı oluşturmaktadır. İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin işyerinde ya da işyeri sayılan diğer yerlerde işverene ait işi görürken işçinin çıkarlarını koruması, işçinin gördüğü iş sebebiyle, karşılaşılabileceği zararlara yönelik gerekli tedbirleri alması ve işçiyi zarara uğratacak her türlü davranıştan kaçınması olarak tanımlanabilir.¹⁰³

Eşit davranma borcu, her şeyden önce anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. AY m. 10 gereği dil, din, ırk, ten rengi, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi farklılıklar göz önüne alınmadan herkes kanun önünde eşittir. Özü itibariyle özel hukukta mutlak bir eşitlikten söz etmek mümkün olmayacaktır. Elbette AY m. 10 gereği sözleşme yapmada ya da bir sözleşmenin uygulanmasında taraflar sayıldığı gibi din, dil, cinsiyet, gibi farklılıklardan dolayı farklı bir uygulamaya tabi tutulamaz. Ancak bunun dışından özel hukukta Anayasa’da yer alan kriterlere uymak şartıyla bireyler, istedikleri kişilerle kural olarak istedikleri tür ve içerikte sözleşme yapabilirler ki bu durum da irade özerkliği olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla burada kamu hukukundaki gibi bir eşitlikten söz edilemez.¹⁰⁴

İşverenin, iş sözleşmesi ve mevzuat hükümleri gereği hizmet belgesi verme, işçi buluşlarında bedel ödeme ve patent hakkı sağlama, işçi eserlerinde mali hakların kullanılmasında işçi ile sözleşme yapması ya da iş sözleşmesinde hüküm varsa bu hükme

¹⁰² Süzek, İş Hukuku , s. 395.

¹⁰³ Süzek, İş Hukuku , s. 399; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, İş Hukuku, s. 705; “İş sözleşmesinin işverene yüklediği gözetme borcu, işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda davranma, işçiye zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, tehlikelerini önlemek borçlarını yükler. İşverenin işyerinde çalışanlarını gözetme ve koruma borcunun kapsamında, işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref ve haysiyet ile özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması da bulunmaktadır”: Yargıtay 9. HD. 13.02.2012 tarih 2009/42452 E. 2012/3132 K.; Yargıtay 21. HD. 21.02.2017 tarih 2016/9150 E. 2017/1203 K.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Borçlar Hukuku, s. 16 vd.; Aydos, Borçlar Hukuku, s. 25 vd.

uyuması, özlük dosyası düzenleme, işin görülmesini sağlayacak araç ve malzeme sağlama, işçinin işin görülmesi sırasında yaptığı giderleri ödeme, işçinin işyerine getirdiği eşyasını koruma gibi borçları vardır.

2.4. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

2.4.3. İşverenin Ücret Ödeme Borcu Bakımından

İş sözleşmesinde işverenin bu sözleşmeden doğan asli edimi olan ücret ödeme borcunun bir para borcu olması nedeniyle imkansız hale gelmesi düşünülmemektedir. İşverenin aczi veya iflası dahi ücret ödeme borcu bakımından imkânsızlık oluşturmamaktadır. İşverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi, onu borçlu temerrüdüne düşürmektedir.¹⁰⁵ Benzer durum, TBK m. 314’te düzenlenen “işçinin yapmış olduğu giderleri ödeme borcu” bakımından da söz konusudur. Burada da bir para borcu söz konusu olduğundan, yine bu borcun imkansızlığı gündeme gelmeyecektir.

Hukuk düzenimizde ücret borcunun imkansız hale geldiği düşünülmemekte ise de, iş sözleşmesinin diğer asli edimi olan işgörme borcunun imkansız hale gelmesinin, işverenin ücret borcu üzerinde çeşitli etkileri olmaktadır.¹⁰⁶

2.4.4. İşverenin İş Verme Borcu Bakımından

Öncelikle ifade etmek gerekir ki “iş verme”nin işveren bakımından bir borç teşkil edip etmediği hususu öğretide tartışmalı niteliğini sürdürmektedir. Tarafların iş sözleşmesinden doğan borçları mevzuatımızda yalnızca Borçlar Kanununun “Hizmet Sözleşmeleri” bölümünde düzenlenmişse de işverenin iş verme borcuna bu Kanun’da açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte iş vermenin, mevzuatımızda bir borç olarak açıkça düzenlenmemesine karşın Kanun’da tamamen yabancı olduğunu söylemek de yerinde olmayacaktır. Örneğin TBK m. 411/I’de işçinin sözleşme gereğince yalnızca bir işverene ve sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlendiği hallerde işverenin ona yeterli iş vermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. İşverenin kusuru olmaksızın parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesinin kararlaştırılıp işverence işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiğinde işçinin eksik aldığı ücretin kapanmaması işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanıyan haller arasında sayılmıştır.¹⁰⁷

Dikkat edileceği üzere her iki halde de ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden kararlaştırıldığı hallerde işverenden iş vermesi beklenmekte ve buna uyulmamasının sonuçları işçi lehine olarak düzenlenmektedir. O halde iş hukukunda işverenin belirli hallerde iş verme borcu bulunduğu kanun koyucu tarafından dolaylı olarak

¹⁰⁵ Oğuzman, İş Akdinin Feshi, s. 85.

¹⁰⁶ Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 45.

¹⁰⁷ Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 45.

gözetildiğini söylemek için işveren bakımından genel bir iş verme borcu bulunup bulunmadığını araştırılması gerekmektedir.¹⁰⁸

Belirtmek gerekir ki öğretide iş vermenin işveren için bir borç olarak görülüp görülmemesi, ayrıca işin imkansız hal gelmesinin sonuçları bakımında da inceleme konusu yapılmıştır. Öğretide Oğuzman, bu durumu iş vermenin işveren bakımından bir borç sayılıp sayılmamasına göre iki şekilde değerlendirilmektedir. İş vermenin bir borç olmadığı kabul edilirse, işin verilmesi işverenin kusuru bulunmaksızın imkansız olsa bile işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilecektir. Bunun sonucunda ise işveren işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacaktır.¹⁰⁹

İş vermenin bir borç olarak kabul edildiği hallerde ise işin verilmesinin işveren kusuru olmaksızın imkansız hale gelmesinde mülga Borçlar Kanunu m. 117 uyarınca (bkz. aynı yönde 6098 sayılı TBK m. 136) borç sona erer ve iş verilmediği için iş göremeyen işçi ücretini de talep edemez.¹¹⁰ İşverenin ücret ödeme borcundan kurtulması nedeniyle kanun koyucu işçiye bir haklı nedenle fesih hakkı tanımıştır.

Bu tartışmada iş vermenin işveren bakımından bir borç teşkil ettiğini kabul eden *Oğuzman*, genel hükümlere göre iş verme geçici bir dönem için imkansızlaşması halinde iş verme ve ücret borçlarının sona ereceği sonucuna varmakta ancak, iş hukukuna hakim olan sosyal düşüncelerin işçiye bir süre daha ücret (sosyal yardım) yapılmasını gerektirdiğine işaret etmektedir.¹¹¹ Nitekim bu doğrultuda (bkz. mülga 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/III), işçinin çalıştığı işyerinde işin bir haftadan fazla süre ile tatil edilmesi halinde işçinin haklı sebeple fesih hakkının doğumu için bir haftalık bekleme süresi öngörülmüş ve bu bir hafta müddetince iş göremeyen işçinin yarım ücrete hak kazanacağı kabul edilmiştir.¹¹² Burada belirtmek gerekir ki mevzuatımızda da, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektiren bir sebep ortaya çıktığında işçi bir haftaya kadar geçen her gün için yarım ücrete hak kazanmaktadır (İK m. 40).

Bilindiği gibi Borçlar Kanunu'nda iş görme ediminin engellenmesinin karşı edim alacağı olan ücret üzerindeki sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. (bkz. TBK m. 408 ve 409). Oğuzman, mevzuat hükümleri çerçevesinde iş vermenin işveren bakımından bir borç teşkil ettiği sonucuna varmasına müteakip mülga 818 sayılı BK m. 325 hükmünün (karş. 6098 sayılı TBK m. 408) borçlu temerrüdünü, daha doğru bir ifadeyle kusurlu imkansızlığı düzenlediğini ileri sürmektedir.¹¹³

Gerçekten de hükme yeni eklenen işveren “işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse” ifadesi, kanun koyucunun burada sadece alacaklı temerrüdünü öngörmediğini işaret etmektedir. O halde bu hükmü, işverenin iş verme borcu ile

108 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 46.

109 Oğuzman, İş Akdinin Feshi, s. 78.

110 Oğuzman, İş Akdinin Feshi, s. 78.

111 Oğuzman, İş Akdinin Feshi, s. 85.

112 Oğuzman, İş Akdinin Feshi, s. 85; Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 49.

113 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 358.

irtibatlandırarak, hem kusurlu imkansızlığı hem de alacaklının temerrüdünü düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirmek daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Nitekim İsviçre öğretisinde söz konusu hükümde hem imkansızlığın hem de kabulde temerrüdün düzenlendiğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır.¹¹⁴

Sonuç olarak, iş verme borcu, işçiyi gözetme borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu noktada taraflar arasında götürü iş hususunda bir karşılaştırma olup olmamasına yahut işçinin belirli bir meslek grubuna mensup olup olmamasına göre bir ayırım yapılması isabetli olacaktır. Zira iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin menfaati yalnızca kendisine aylık ücret ödenmesi olmayıp aynı zamanda iş görme edimini sunabilmesidir. Dolayısıyla işçiye iş verilmesi, yalnızca belirli meslek gruplarında faaliyet gösteren işçiler için değil her işçi için bir ihtiyaç olup işçinin işten uzun süreli muaf tutulması işçi için incitici olabilir.¹¹⁵

2.4.5. İşverenin Diğer Borçları Bakımından

İşverenin iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcu ve eşit davranma borcu bakımından imkânsızlık söz konusu olmamakta, sözleşmenin devamı süresince bu borçların sona ermesi düşünülmemektedir. İfa engelleri sisteminde bu borçlara aykırılıklar sözleşmenin müspet ihlali (kötü ifa) olarak değerlendirilir.¹¹⁶

İşverenin araç ve malzeme sağlama borcuna aykırı davranması ise, araç ve malzemenin verilmesi, işin yapılması için hazırlık fiillerini oluşturduğundan, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açmaktadır.¹¹⁷

2.5. İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

2.5.1. İşçinin İş Görme Borcu Bakımından

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

İş mevzuatında iş görme borcunun yerine getirilmemesinin iş hukukuna özgü çeşitli yaptırımları mevcut olmakla birlikte, iş görme borcunun yerine getirilmemesinin borçlunun yol açtığı imkânsızlık çerçevesinde mi ele alınması gerektiği sorusu akla gelebilecektir. Belirtmek gerekir ki sürekli borç ilişkilerinde edimin ifa süresi içinde

114 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 50.

115 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 52.

116 Ayıplı ifanın, ayıplı ifa sayılamayacak yan edim yükümlülüklerine aykırılıkların ve davranış yükümüne aykırılıkların sözleşmenin müspet ihlali (kötü ifa) kapsamında olduğuna ilişkin bkz. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 249.

117 Süzek, İş Hukuku, s. 475-476.

yerine getirilmemesi halinde hangi hükümlerin uygulanması gerektiği öğretide tartışmalıdır.¹¹⁸

Borçlar hukuku sisteminde kural olarak bir borcun ifa edilmesinde gecikmenin söz konusu olduğu hallerde borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanacağı düşünülmektedir. Ancak bilindiği üzere borçlu temerrüdünden söz edebilmek için her şeyden önce gecikmiş ifanın mümkün olması gerekmektedir. Şüphesiz, edimin imkansız hale gelmiş olması, doğrudan borç ilişkisinin sona ermesi gibi bir sonuç doğurmaz. İfa imkansızlığının borç ilişkisini etkileyebilmesi için esas olarak edimin bütünü için devamlılık gösteren imkansızlığın dikkate alınmalıdır.¹¹⁹

Yine iş görme borcunun alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle yerine getirilemediği hallerde, burada bir alacaklı temerrüdünden mi yoksa bir imkânsızlık halinden mi söz edilmesi gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. İfa imkansızlığı ile işverenin temerrüde düşmesi aynı anda söz konusu olamamaktadır.¹²⁰

2.5.1.1. İşverenin İş Görme Edimini Kabulde Temerrüde Düşmesi

Öğretide, edimi kabulde temerrüt ve imkânsızlık arasındaki ilişki ve bununla bağlantılı olarak BGB 615 (karş. Art. 324 OR, TBK m. 408) hükmünün taşıdığı anlamın belirlenmesinin güç olduğu belirtilmekte, hatta hükmün bireysel iş hukukunun çeşitli dogmatik tartışmalarından birini oluşturduğu dahi ifade edilmektedir. Bu tartışmaların nedeni, iş sözleşmelerinde zamana bağlılığın önem taşınması ve iş görme ediminin büyük çoğunlukla kesin vadeye bağlanmış olmasıdır.¹²¹

Dikkat edilirse Borçlar Kanununun 408. Maddesi “işverenin temerrüdü halinde” yan başlığını taşımakta ve başlıkta yöneltilen soruya açık bir şekilde olumlu yanıt verilmektedir. Mevzuat Kanun’un 324. maddesinin (Art. 324 OR) yan başlığında da yalnızca “işverenin temerrüdü” ifadesine yer verilmiştir. Ancak anılan maddelerin taşıdığı açık yan başlık, bu hususa ilişkin tartışmayı ortadan kaldırmış değildir. İş hukukunun ayrı bir alan olarak gelişimine neden olan mülahazalar işçinin işverene karşı korunması gereken taraf olduğundan hareket ettiğinden, teorik tartışmada ister kısmi imkânsızlık ister temerrüt sonucu benimsensin, pratikte işçinin alacağını korumaya yöneliktir.¹²²

İsviçre öğretisinden Rehbinder, Kanun’daki ifadenin (işverenin temerrüdünden söz edilmesinin) hatalı olduğunu ileri sürmüş ve işverenin, işçinin dimini kabul etmemesinin kural olarak imkansızlığa yol açacağını savunmuştur. Bilindiği üzere iş ilişkisi, zaman içerisinde belirli borçların yerine getirildiği sürekli borç doğuran bir nitelik taşımaktadır.

118 Altunkaya, Başlangıçtaki İmkânsızlık, s. 125.

119 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 455-458.

120 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 144.

121 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 54.

122 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 54.

Her iş görmenin belirli bir zaman içerisinde işçi tarafından yalnızca bir kere sunulabilmesi, onun kesin vadeli olduğunu göstermektedir. Nitekim işçi, edimini kendisine önerilen başka bir zamanda sunmak zorunda olmadığı gibi işverenin de farklı bir zamanda sunulan edimi kabul etme zorunluluğu yoktur.¹²³

İşçinin, işin görülmemesinin sonuçlarını telafi edebilmesi için ya başkaca kazanç sağlayabileceği bir zamandan ya da boş zamanından fedakarlık etmesi gerekir. Kaldı ki işçinin işverenden kaynaklanan bir nedenle borcunu yerine getiremediği hallerde her iki durum da ondan beklenemez. Bu görüşe göre, iş sözleşmelerinin kesin vadeli olması¹²⁴, diğer bir ifadeyle belirli bir zaman diliminde yerine getirilmeyen edimin sonradan telafi edilmesinin olanaksız olması nedeniyle burada temerrütten değil iş görme ediminin kesin imkansızlaşmasından söz edilmesi gerekir.¹²⁵

Hizmet sözleşmesi gibi sürekli edimli ve çoğu durumda vadenin belirli olduğu sözleşmelerde edim süresinde yerine getirilmediğinde temerrütten ziyade zamansal imkânsızlık ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık öğretide bu tartışmaya girmeksizin TBK m. 408'in işverenin temerrüdünden söz eden yan başlığı, bu yaklaşımı desteklemektedir.¹²⁶

Esasında bu soruya verilecek cevap, edim kavramından ne anlaşılması gerektiği ile alakalıdır. Edimin maddi konusu, ifa yer ve ifa zamanı olmak üzere üç unsuru olduğu kabul edilecek olursa, edimin zamanında ifa edilmemesini bir temerrüt değil kısmi imkânsızlık olarak değerlendirmek gerekirken edim kavramından yalnızca edimin maddi konusunun anlaşılması halinde ise edimin zamanında yerine getirilmemesi bir temerrüt haline yol açacaktır.¹²⁷

123 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 55.

124 Öğretide, her iki ifa engeli arasındaki ayrımın özellikle mutlak kesin vadeli işlemlerde önem taşıdığı görüşünde bkz. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 216. Mutlak kesin vadeli bir işlem, ifa zamanının geçmesiyle birlikte ifanın objektif olarak imkansızlaştığı hallerde hallerde söz konusu olmaktadır, bkz. Gündoğdu, Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s. 188. Gündoğdu'ya göre; bu anlamda mutlak kesin vadeli işlemler ile belirli vadeli işlemler ve nisbi kesin vadeli işlemler arasında da doğru bir ayrım yapılması gerekmektedir, Kusurlu İfa İmkânsızlığı, s. 187. Ekleyelim ki mutlak kesin vadeli işlemlerde dahi borcun süresinde yerine getirilmemesi halinde İmkânsızlık hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini savunan görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre mülga 818 sayılı BK m. 107/III'te (6098 sayılı TBK m. 124/III), mutlak kesin vadeli işlemlerde dahi ifada gecikmeye temerrüt hükümlerinin uygulanması öngörüldüğüne göre kesin vadeli işlemlerde mutlak ve nisbi kesin vadeli işlem ayrımına gerek yoktur, bkz. Altunkaya, Başlangıçtaki İmkânsızlık, s. 124-125. Bununla birlikte Altunkaya da sürekli borç ilişkileri bakımından bir ayrım gözeterek bu ilişkilerde edimin sözleşme kurulduktan sonra kesin ve objektif olarak imkansızlaşması halinde bir ifa imkansızlığının kabul edilmesi görüşüne katılmaktadır, Altunkaya, Başlangıçtaki İmkânsızlık, s. 126.

125 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 56.

126 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 56.

127 Bu ayrım için bkz. Dural, İmkânsızlık, s. 95-96 ve dn. 75'te yer verilen yazarlar. Bir görüşe göre edimin konusu değişmese bile zamanında ifa edilmemesi nedeniyle artık bir kısmi İmkânsızlık sonucu doğmaktayken aksi yöndeki görüşe göre İmkânsızlık ancak edim konusu imkansız hale gelmişse söz konusu olabileceğinden (zaman edimin esaslı unsuru olmadığından) kural olarak zamanında ifa etmeme İmkânsızlık sonucunu doğurmaz (bkz. Dural, İmkânsızlık, s. 97).

Genel olarak sözleşmeden doğan edimlerin çoğunda zamanın geçmesinin alacaklının çıkarlarına yine de uygun düşeceği için onu iktisaden veya hukuken kararlaştırıldan başka bir şey (aliud) hale getirmedeği kabul edilir.¹²⁸ Ancak sözleşmeden doğan edimlerin niteliği gereği veya taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirli bir zamanda yerine getirilmesi de gerekebilir. Böyle bir durumda ifa zamanının geçmesi edimin konusu bakımından değişmesine neden olmaktadır. O halde artık temerrütten söz edilmeyecektir.¹²⁹

Öte yandan sürekli borç ilişkileri bakımından durumun daha farklı bir nitelik arz ettiği belirtilmelidir. Hukuk sisteminde zamanında ifa etmemenin temerrüt sonucunu doğurduğu kabul edilmekteyse de sürekli borç ilişkilerinde sürenin bir kısmında ifa edilmemenin kural olarak bir kısmi imkânsızlık sonucunu doğurduğu öğretiden dolayı da gözetilmektedir.¹³⁰ Sürekli borç ilişkilerinde ifanın imkansızlaşması için ifanın taraf iradelerine göre kesin olarak belirlenen vadede gerçekleşmemiş olması gerekir. Bununla birlikte öğretilerde imkânsızlık sonucunun kabulü için taraf iradelerinin yeterli olmayacağını, somut olaydaki sözleşmenin yapılma amacının ve taraf iradelerinin bu sonuca varmayı haklı kılması gerektiğini ileri süren görüş de bulunmaktadır.¹³¹

Bu bağlamda soruna iş sözleşmeleri bakımından yaklaşıldığında, tarafların sözleşmeden beklentilerinin, diğer bir ifadeyle sözleşme konusu olan edime yükledikleri anlamın dikkate alınması yerinde olacaktır. Bazı iş sözleşmelerinde, süreksiz işlerde, geçici iş ilişkilerinde ve asgari veya azami süreli iş sözleşmelerinde zamanın taşıdığı önem belirgindir. Kayan iş saatleri modelinde bir çalışma olduğunda ise ifa zamanına kural olarak önem atfedilmemektedir. Bu anlamda kesin vadenin söz konusu olmadığı hallerde edimde her türlü gecikmenin mutlak biçimde borçlu temerrüdü gibi bir sonuç doğurmayacağı öncelikle belirtilmelidir. Örneğin kayan iş saatlerinin uygulandığı bir iş sözleşmesinde belirlenen esnek iş saatleri içerisinde üstlenilmiş olan edimin yerine getirilmesi halinde ifa imkansızlığı ortaya çıkmayacaktır. Bu anlamda öncelikle o ilişkide kararlaştırılan işin, diğer bir deyişle iş görme borcunun kapsamının iyi bilinmesi büyük önem taşır. İşverenin ya da işçinin temerrüde düşüp düşmediği, edimin imkansızlaşmış imkansızlaşmadığı değerlendirilirken hep somut olaydaki iş görme borcu merkez ölçüt olma özelliğini taşıyacaktır.¹³²

Klasik iş sözleşmesi olan belirsiz süreli iş sözleşmesinde ise zaman unsuru ne çok belirgin ne de önemsiz bir özellik arz eder. O halde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi örneğin pazartesi günü herhangi bir nedenle iş görme edimini ifa edemeyip ertesi gün normal çalışma saatlerine ek olarak sunduğunda bu edimin pazartesi günü sunulmayan edimden farklı bir edim olup olmadığını belirlenmesi gerekir. Esasında bu sorunun cevabı

128 Dural, İmkânsızlık, s. 96.

129 Seliçi, Kesin Vadeli İşlemler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Araştırmaları Dergisi Yeni Seri Y. 1 No:3'ten Ayrı Bası, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968.

130 Dural, İmkânsızlık, s. 96.

131 Seliçi, Kesin Vadeli İşlemler, s. 4.

132 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 58.

söz konusu ifa engelinin ne şekilde nitelendirildiği ile ilgilidir. Pazartesi günü sunulmamış edimin artık sunulamayacağı, Salı günü sunulan edimin artık farklı bir edim olduğu şeklindeki düşünce tarzı, bir (sonraki) ifa imkansızlığının kabulünü gerektirir. Gerçekten temerrüdün esas şartı, ifanın sonradan mümkün olması iken; imkânsızlıktan söz edebilmek için edimin kısmen de olsa hiç ifa edilmemesi gerekir.¹³³

Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde İsviçre Borçlar Kanununun 324. maddesinin hem imkansızlığı hem de kabulde temerrüdü kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak konu tartışmalı olup burada bir imkânsızlıktan değil, işverenin temerrüdünden söz edilmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Söz konusu tartışmada savunulan her iki görüş bakımından vurgulanması gereken husus, hükümde işverenin temerrüde düştüğünün ya da ifa imkansızlığına yol açtığı kabul edilmesinin işçinin ücret alacağı üzerinde bir etkisi olmadığıdır. İşveren, işçinin edimini geri çevirdiğinde ortaya çıkan imkânsızlıkta alacaklı temerrüdüne ilişkin gözüken kural haydi haydi uygulanır ve işçi çalıştırılmadığı bu süre içinde ücrete hak kazanır.¹³⁴

TBK m. 408 hükmü gereğince edimin işverenin kusuruyla yerine getirilmediği hallerde işverenin ücret borcu ayakta tutulmakta ve işçinin kazandıklarının mahsup edilmesine ilişkin esaslar uygulanmaktadır. Bu özel hüküm, öğretide de makul ve adil bir hüküm olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte sırf işverenin ücret ödeme borcu bakımından fark yaratmaması bu sorunun incelemeye değer olmadığı gibi bir sonuç doğurmayacaktır. Esasında İsviçre Federal Resmi Gazetesi'nde yayımlanan Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin taslak metni işverenin ücret ödeme borcunun varlığı bakımında temerrüt ve imkânsızlık arasında ayrımını ortaya koymaktadır. Ancak her iki duruma aynı hukuki sonuçlar öngörüldüğünden esasında söz konusu tartışmanın pratik açıdan çok küçük bir önemi vardır. Bu noktada ifa engelinin temerrüt yerine imkânsızlık olarak nitelendirildiğinde, işçinin edimini işverene teklif etmesinin gerekmemesi bakımından fark bulunduğu da dikkat edilmelidir.¹³⁵

Ekleme gerekir ki Türk-İsviçre hukuku bakımından tartışmalı niteliğini sürdüren bu dogmatik tartışma, Alman hukuku bakımından önemini yitirmiştir. Alman hukukunda işverenin yol açtığı ifa engellerinin onu temerrüde düşürdüğü (BGB 615) kabul edilmektedir. Bu kabulün gerekçesi, iş görme edimindeki her gecikmeye imkânsızlık sonucunu bağlandığı kabul edildiğinde işverenin temerrüdünü düzenleyen hükmün uygulanma imkanının kalmayacak olmasıdır.¹³⁶

Alman hukukunda alacaklı temerrüdün her bir özel borç ilişkisi üzerinde farklı etkileri olabileceği ifade edilmekteyse de uygulama bakımından en önemli sonuçlarının iş sözleşmeleri üzerinde doğduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla sorunun çözümü işverenin temerrüdünü düzenleyen hükümde görüldüğünde, ücret alacağının akıbetinin

133 Dural, İmkânsızlık, s. 97; Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 58.

134 Serozan, İfa Engelleri, s. 156; Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 58.

135 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 58.

136 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 58.

imkânsızlık hükümlerinin belirsiz yorumlarına tabi olması da engellenmiş olmaktadır. Bu nedenle somut olayda işçiyi kural olarak ücret alacağına hak kazandırmayacak imkânsızlık hükümlerine başvurulmasını gerektiren başkaca gerekçeler olmadıkça temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. İş sözleşmelerinde edimin belirli bir zamanda yerine getirilmesi o kadar önemlidir ki, temerrüt, imkânsızlık ile eşdeğerde tutulabilir. İşverenin temerrüdüne ilişkin özel hüküm sayesinde işçi telafi borcu doğmaksızın ücrete hak kazanabilecektir.¹³⁷

Sonuç olarak işçinin edimini işverenden kaynaklanan bir nedenle sunamadığı hallerde ücret alacağının farklı çözüm yöntemleri benimsenerek de olsa karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde de korunduğu görülmektedir. Bu özel korumanın nedeni, işçinin edimini o anda sunamadıktan sonra tekrar başka türlü paraya çevirmesinin mümkün olmaması, diğer bir ifadeyle işçinin vaktinin onun nakti olmasıdır. Ücret alacağının işçi bakımından en önemli gelir kaynağı olması da özel bir korumayı haklı kılmaktadır. Bu durumda ise işçinin ifa yerinde iş görmeye hazır bir şekilde beklemesinin gerekli olup olmadığı sorusu önem kazanmaktadır.

Alman hukukunda alacaklı temerrüdünün düzenlendiği genel hükümlerde alacaklının edimi kabul etmeyeceğini açıkça belirttiği hallerde sözlü arz teklifinin yapıldığı hallerde işverenin işçinin iş görme borcunu kabul etmeyeceğini açık bir şekilde bildirmesinden sonra işçinin ücret alacağına kavuşabilmek için işyerinde beklemesinin gerekmesini düşünülemediği ifade edilmektedir.¹³⁸

2.5.1.2. İş Görme Borcunun Telafi Edilmesi

İşçinin iş görme edimini işverenden kaynaklanan nedenlerle yerine getirmemesinin hangi hukuki kurum kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalı ise de, işçinin bu halde ücret alacağına (belirli indirimler yapılmak kaydıyla) hak kazanacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte öğreti ve yargı tarafından iş görmenin gerçekleşmediği dönemde işçinin karşı edime hak kazanıp kazanmayacağı sorunu ile ilgilenilmesine rağmen işçinin edimini sonradan telafi etmesinin gerekip gerekmediği sorunu arka planda kalmıştır. Oysa (iş görmediği dönemde ücrete hak kazanan) işçi bakımından bir telafi borcundan söz edilip edilmeyeceği bu alanda önem taşıyan sorunlar arasındadır ve işverenin işin görülmesinden sağlayacağı menfaat göz ardı edilerek sorunun yalnızca ücret alacağı ile sınırlı olarak tartışılmaması gerekir.¹³⁹

İş sözleşmesinde sonraki imkânsızlıklar bakımından Kanunun yaklaşımı, bu imkansızlığın sözleşmenin hangi tarafında ortaya çıktığına göre sonuçlar öngörmektedir. O halde işçinin telafi borcu doğup doğmadığı değerlendirilirken de bu engele sözleşmenin hangi tarafının sebep olduğunun belirlenmesinden yararlanılabilir. İş Kanununun 64. maddesinde düzenlenen telafi çalışması hükmü de bu esnada göz önünde bulundurulabilir. Hukukumuz açısından göz önünde bulundurulması gereken bir diğer

137 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 59-60.

138 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 61.

139 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 62.

husus ise İK m. 64'te düzenlene hükmün Borçlar Kanununda bir karşılığının bulunmamasıdır. Bu durumda hukukumuz bakımından, işçinin kendi etki alanından kaynaklanan engel nedeniyle iş görme edimini sunamamasının telafi çalışmasını gerektirip gerektirmediğinin Borçlar Kanununa ve İş Kanununa tabi ola işçiler açısından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.¹⁴⁰

2.5.2. İşverenin Risk Alanından Doğan Nedenler Bakımından

İşverenin risk alanından kabul edilen nedenlerden dolayı işçi iş görme borcunu yerine getirmede işçinin telafi etmekle yükümlü tutulacağı düşünülmesi yerinde olmayacaktır. Bu duruma uygun olarak “İşverenin temerrüdü halinde” yan başlığını taşıyan Borçlar Kanununun 408. Maddesinde, işverenin işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğunun belirtilmesi ile yetinilmemiş, aynı zamanda işverenin işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceği de öngörülmüştür.

İş Kanununa tabi çalışan işçiler bakımından ise belirli şartların varlığı halinde Borçlar Kanununda belirtilen esastan farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. İş Kanunu m. 64/I uyarınca işveren, “Zorunlu nedenlerle işin durması... veya benzer nedenlerle iş yerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması halinde.. işveren iki ay içerisinde çalışılmayan süreler için” telafi çalışması yaptırabilir.

İsviçre İş Kanununda yer alan ve bizdeki telafi çalışmasının karşılığı olan hüküm (Ar. 11 ArbG) arasında benzerlikler bulunmaktadır. Ancak İsviçre’de telafi çalışmasına ilişkin hükmün, işin görülmesinin işletmesel engel, işletme tatili ya da çalışılmayan günler arasında kalan günler ya da benzer sebeplerle görece kısa süreli etkilenmesi halinde uygulanabileceği öngörülmüştür. İş Kanununda ise, telafi çalışmasının iş yerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi hallerinde yaptırılacağından söz edilmektedir. İş hukuku öğretisinde Kanundaki önemli ölçüde altında ifadesinin belirlenmesinde işse İş Kanunu m. 13’ün gerekçesinden yararlanılabileceği (normal çalışma süresinin en az üçte biri kadar kısalması) genel olarak kabul edilmektedir.¹⁴¹

İK m. 13’te açıkça işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi şartı aranmaktadır. Ancak İK m. 64’te çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması ya da kısmen tatil edilmesi bakımından bu şekilde bir haftalık çalışma süresinin baz alındığından bahsetmek mümkün değildir. Gerçekten de ilgili maddede yer alan ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi örneği verilmiştir ki, normal haftalık çalışma süresinin en az üçte biri kadar kısaltılmış olma ölçütü bu köprü günlerin tatil edilmesi hali ile de uyuşmamaktadır.

140 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 63.

141 Süzek, İş Hukuku, s. 791; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s.987-688; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 311.

Öğretide, işyerinde işin zorlayıcı bir sebeple aylarca durması durumunda bu süre için telafi çalışması yapılabileceğinin kabul edilmeyeceği, zira bu durumun telafi çalışmasının niteliğiyle ve iki ay içerisinde günde en fazla üç saat yapılmasına ilişkin kurallarla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.¹⁴² Gerçekten aksinin kabulü halinde işverenin kendi çevresinden kaynaklanan iş görme ediminin yerine getirilmemesinin sonucu, adil olmaktan uzak bir biçimde işçiye yüklemiş olacaktır. O halde burada “normal çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi” şartını, çalışmanın herhangi bir kısa kesintisi değil; nitelikli, işin belirli bir ağırlık oluşturacak biçimde durması olarak yorumlamak isabetli olacaktır. Yoksa İş Kanununun 64. maddesi ile kural olarak işverenin taşınması gereken rizikoların işçiye yüklenmesinin amaçlanmış olmadığı noktasında tereddüt duymamak gerekir.¹⁴³

Yine bu noktada maddede yer verilen “zorunlu nedenlerle işin durması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürüldüğünü de eklemek gerekir. Bir görüşe göre, “zorunlu nedenlerle işin durması” ifadesinin, zorlayıcı sebeplerle yahut İK m. 42’de belirtilen zorunlu nedenlerle sınırlı olduğunun kabul edilmemesi gerekir.¹⁴⁴ Bununla birlikte ekonomik veya mevsimsel nedenlerle işyerinin tatili veya çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması halinde yahut ham madde temininde güçlük, stok fazlalığı gibi nedenlerle telafi çalışması yaptırılmaz.¹⁴⁵ Buna karşılık, zorunlu neden kavramının zorlayıcı nedenlerle sınırlı olmadığı tespitine katılmak mümkün olmamakla birlikte bu kavramın içeriğinin belirlenmesinde İK m. 42 hükmünün dikkate alınması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır.¹⁴⁶

Covid-19 salgını ile birlikte sosyal hayatımızda olduğu gibi çalışma hayatında da birçok değişiklik yaşanmıştır. Bunların başında, özellikle sokağa çıkma yasaklarının olduğu dönemlerde çalışma hayatının bazı sektörlerde yavaşlaması hatta bazı sektörlerde durma noktasına gelmesi söz konusu olmuştur. Çalışmanın kesintiye uğradığı bu sektör çalışanları için de, normal çalışma dönemi başladığında işverenlerin aklına ilk gelen çözüm olarak İK m. 64 uyarınca telafi çalışması uygulaması olmuştur.

Bu anlamda telafi çalışması kavramının ve uygulama şeklinin yeniden incelenmesi ve Kanunun lafzının yeniden değerlendirilmesi de gerekmiştir. Yukarıda bahsi geçen tartışmalar, salgın sebebiyle yaşanan değişimler sonucunda somut bir şekilde telafi

142 Eyrenci, İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesi, s. 170.

143 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 67.

144 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesi, s. 171; Baycık, Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, C. 20, s. 1, y. 2014, S. 223-262.

145 Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 310; Baycık da, benzer şekilde telafi çalışması düzenlemesinin işverenin üzerinde bulunan ekonomik veya uzun süreli çalışılmamasına ilişkin rizikonun işçinin üzerinde bırakılacak şekilde yorumlanmaması görüşündedir, bkz. Baycık, Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, C. 20, s. 1, y. 2014, S. 223-262

146 Astarlı, Telafi Çalışması, s. 18-20; Ekonomi, Telafi Çalışması, Legal İHSGHD, S. 4, Y. 2004, s. 1247-1260.

çalışmasının hayatımıza girmesiyle bazı yönleriyle anlamsız kalsa da bazı yönleriyle de tartışmanın odağını yakalamamıza fırsat yaratmıştır.

Belirtmek gerekir ki, İK m. 64'te "normal çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışması veya tamamen tatil edilmesi" şartında yer alan iki hal de Covid-19 salgını döneminde yaşanan tam kapanmalar ve sokağa çıkma yasakları sonucu iş saatlerinin değişmesi sebebiyle gerçekleşmiştir. İlk olarak "normal çalışma süresini önemli ölçüde altında çalışma" şartı, sokağa çıkma yasakları nedeniyle çalışma saatlerinin yeniden düzenlenmesi sonucu gerçekleşmiştir. Örneğin sokağa çıkma yasağının 19:00-09:00 olduğu dönemde kamu çalışanlarının çalışma saatleri 10:00-16:00 olarak düzenlenmiş ve özel sektörde bazı işyerlerinde de bu saatler arasında çalışılmıştır. Bu dönemde yapılan eksik çalışmalar, normal çalışma saatleri uygulanmaya başlandığında Kanunda tanımlandığı şekilde takip eden 3 ay içerisinde işverenler tarafından yaptırılmaya başlanmıştır. İkinci şart olan "tamamen tatil edilme" şartı da, tam kapanma dönemlerinde gerçekleşmiştir. Bu bakımdan Covid-19 salgının, çalışma hayatında daha önce çok nadir kullanılmış bir kavramı canlandırmış olmakla özellikle iş hukukuna getirmiş olduğu olumlu etkiyi göz ardı etmemek gerekir.

2.5.3. İşçinin Risk Alından Doğan Nedenler Bakımından

Borçlar Kanununda, iş görme ediminin işçiden kaynaklanan nedenlerle yerine getirilemediği haller bakımından işçinin bu çalışılmayan süreyi telafi etmekle yükümlü olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. TBK m. 408'de yalnızca belirli şartların gerçekleşmesi halinde işçinin hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazanacağına yer verilmesiyle yetinilmiştir. Benzer durum İsviçre Medeni Kanunu (Art. 324a OR) ve Alman Medeni Kanunu (616 BGB) bakımından da söz konusudur. Her iki Kanunda da işçinin ücrete hak kazanacağı öngörülmüş, ancak işçinin edimini sonradan telafi ile yükümlü olup olmadığı konusunda Kanun metni açık bırakılmıştır.

Bu anlamda Alman öğretisinde bu sorun bakımından işçinin etki alanında ortaya çıkan engelin niteliğine göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre hastalık ve kaza gibi bir sebeple ifa edilmeyen edimi sonradan telafi etmesini işçiden talep etmek onun sağlığı bakımından uygun görülmez ise de, işçinin bir yakınının düğün ya da cenaze törenine katılmasından sonra sunamadığı edimi telafi etmesi beklenebilir.¹⁴⁷

İş Kanunu m. 64'te, işçinin talebi ile işverence kendisine izin verilmesi halinde işverenin çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırılacağı düzenlenmiştir. Her şeyden önce, İş Kanuna tabi işçinin, her kısa süreli iş görememe halinde işverenin talebi üzerine telafi çalışması yapmakla yükümlü olmadığı ifade edilmelidir. Gerçekten de hastalık, kaza gibi durumlarda işçiden sağlığını olumsuz etkileyeceği için edimini sonradan telafi etmesi beklenemez.¹⁴⁸ Esasen bu hallerde işçinin iş görememesinin İK m. 64'te öngörüldüğü gibi işverenin iznine tabi olacağı da düşünülemeyecektir. Yine askerlik veya kanundan doğan çalışma zorunluluğu gibi hallerde işçinin işverenden izin alması

¹⁴⁷ Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 70.

¹⁴⁸ Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 70.

düşünülmeyeceğinden, bu hallerin de telafi çalışmasını gerektirmeyeceği sonucuna varmak mümkündür.¹⁴⁹

Sonuç olarak kanunen veya sözleşmelerle işçiye verilmesi zorunlu olan izinler telafi çalışmasına konu olmamaktadır. Telafi çalışmasına konu olabilecek çalışmalara örnek olarak, işçinin bir kursa veya bir sempozyuma katılmak amacıyla işverenden iş görme edimini sunmamak için izin talep ettiği haller gösterilebilir.¹⁵⁰ İşveren, bu telafi çalışmasını dört ay içerisinde yaptırabilecek olup, bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacaktır. Budört aylık süre, Cumhurbaşkanı kararıyla 2 katına çıkarılabilecektir.

İş Kanununa tabi işçinin, iş görme edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle sunamayacağı gerekçesi ile işverenden izin aldığı hallerde TBK m. 409 uyarınca izin aldığı dönem bakımından hakkaniyete uygun bir ücrete ek olarak hak kazanabilmesi mümkün olmayacaktır. TBK m. 409 ile İK m. 64 arasında bir bağlantı kurmak mümkün değildir. İşçinin TBK m. 409 uyarınca hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazandıran hallerde iş görme edimini sunabilmesi adeta elinde değildir. Bu husus, madde metninde de “kusuru olmaksızın” ifadesi ile vurgulanmaktadır. Buna karşılık İş Kanunu 64. maddesinde işçinin talebiyle işçiye izin verilen hallerden söz edilmektedir. Burada işçinin talebi ile işverenin izninden söz edilmesi, işçinin edimini yerine getirmesinin elinde olmadığı hallerin İK m. 64’ün kapsamında olmadığını göstermektedir.

O halde, işçinin iş görme edimini yerine getirmemek için haklı bir mazeretinin olmadığı ve edimini sunmamak için işverenin iznine ihtiyaç duyduğu hallerde TBK m. 409 uyarınca ücrete hak kazanacağı düşünülmemelidir. İK m. 64 hükmünün getirilmesiyle iş sözleşmesinin her iki tarafının da menfaatleri gözetilerek çalışma ilişkisinde esneklik sağlanmak istendiği ifade edilmektedir.¹⁵¹ Oysa TBK m 409’un amacı, uzun süreli hizmet ilişkisi içinde bulunan işçinin kısa süreli olarak edimini sunmadığı hallerde korumasıdır.

Belirtmek gerekir ki, iş hukuku öğretisinde TBK m. 409 hükmünün İş Kanununa tabi işçiler bakımından hiç uygulanmayacağını savunan görüş bakımından böyle bir tartışma hiç gündeme gelmeyecektir. TBK m. 409’un İş Kanununa tabi işçiler için de uygulanabilir niteliktedir. İş Kanununda iş görme ediminin işçiden kaynaklandığı hallerde ücret alacağının akıbetini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. İş Kanununda yalnızca, işçinin iş görme edimi kendisinden kaynaklanan nedenlerle yerine getirememesine ilişkin özel hükümler bulunmaktadır ve bu hükümlerin önemli bir çoğunluğunda bu engelin karşı edim alacağı üzerindeki etkileri düzenlenmiştir.

Ekleme gerekir ki, yukarıda bahsi geçen tartışma, Borçlar Kanununa tabi çalışanlar bakımından söz konusu olmamaktadır. Zira Borçlar Kanununda, İş Kanunu m. 64 içeriğinde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Borçlar Kanununda fazla çalışma borcuna

149 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 70.

150 Süzek, İş Hukuku, s. 791; Çelik//Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 688; Ekemekçi, Telafi Çalışması, s. 34.

151 Eyrenci, Telafi Çalışmaları, s. 31.

ilişkin hüküm nedeniyle (TBK m. 398) işçinin çalışma yükümlülüğünün doğabilmesi mümkündür.¹⁵²

2.5.4. İşçinin Diğer Borçları Bakımından

İşin özenle yapılması borcu, işçinin iş sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü olan iş görme borcuna bağımlı bir yan borç niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle iş görmeye ilişkin asli yükümlülüğün yanında tali bir yükümlülüktür.¹⁵³Bu borca aykırı davranma, asli edim yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Belirtelim ki, tıpkı işverenin birtakım yan borçlarına aykırı davranmasında olduğu gibi işin özenle yapılmaması da akdin müspet ihlali (kötü ifa) kategorisinde değerlendirilmelidir. Bu anlamda işin özenle yapılmaması bir imkânsızlık sonucu doğurmamaktadır.¹⁵⁴

İşçinin itaat (düzenlemelere ve talimatlara uyma) borcunun düzenlendiği TBK m. 399'da ise işçinin hem işin görülmesine hem de işyerindeki davranışlara ilişkin talimatlara uyma borcu düzenlenmektedir. İşin görülmesine ilişkin talimatlara uyma borcunun iş görme borcunun içinde yer alması nedeniyle, bu borcun ihlali aynı zamanda iş görme borcunun ihlali anlamına gelmektedir.¹⁵⁵ İşin görülmesine ilişkin talimata uyma borcuna aykırılık, bir kötü ifa hali arz edebileceği gibi duruma göre temerrüt ya da imkânsızlık sonucu da doğabilmektedir.¹⁵⁶ İşçilerin işyerinde davranışlarına ilişkin talimatlara uyma borcu ise bağımsız bir yan borçtur. Bu bakımdan borcun ihlali imkânsızlık sonucunu yaratmaz, akdin müspet ihlali (kötü ifa) kategorisinde değerlendirilir. İtaat borcunu ihlal eden işçiden TBK m. 112 uyarınca tazminat talep edebileceği gibi, işçi iş hukukuna özgü disiplin cezası, işten çıkama gibi yaptırımlarla da karşılaşabilir.¹⁵⁷

Yine işçinin sadakat borcu da, asli borçlardan bağımsız bir yan borç niteliğindedir. Bu borca aykırı davranılması da imkânsızlık değil akdin müspet ihlali kapsamında değerlendirilir. Sadakat borcuna aykırı davranılması halinde de, işveren TBK m. 112 vd. hükümlerince zararını tazmin edebileceği gibi, iş hukukuna özgü yaptırımlara da başvurabilir.¹⁵⁸

152 Söz konusu hükümde, normal çalışma süresinden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu olduğu hallerde ve işçinin edimini sumaktan kaçınmasının dürüstlük kurallarına aykırı olması halinde, işçinin fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. İşçinin TBK m. 409'da sayılan nedenlerle iş görememesine rağmen ücret alacağını koruyan haller, şüphesiz TBK m. 398 anlamında fazla çalışma yapmaktan kaçınmasına da yol açacaktır. Ancak bu engelin ortadan kalkması halinde, kural olarak telafi borcu bulunmayan işçiden, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğarsa fazla çalışma yapmasının istenmesi de ihtimal dahilindedir (Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, dn. 169).

153 /Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s. 586.

154 Süzek, İş Hukuku, s. 343.

155 Süzek, İş Hukuku, s. 347;Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 291.

156 Nitekim Oğuzman/Öz'e göre, borcun kötü ifa edilmiş olduğu hallerin bir kısmında temerrüt hükümlerinin uygulanması mümkünse de, bazı kötü ifa halleri temerrüt ya da İmkânsızlık olarak nitelendirilmeye elverişli değildir, bkz. Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 473.

157 Süzek, İş Hukuku, s. 347.

158 Süzek, İş Hukuku, s. 350.

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

3. BÖLÜM İŞ MEVZUATINDA YER ALAN İMKÂNSIZLIK HÜKÜMLERİ

3.1. GENEL OLARAK

İmkânsızlık, hukukumuzda Borçlar Kanununda düzenlenmektedir ve genel olarak bir borçlar hukuku kavramıdır. Ancak bu kavram pek tabii iş hukukunda da uygulama alanı bulmuş ve bu uygulamada kullanılmıştır. Özellikle son iki yılda yaşanan ve hala devam etmekte olan Covid-19 salgını sonrasında iş hayatında meydana gelen değişimler sonucu önemi artan bir kavram olmuştur. Kaldı ki, iş hukukunda çok geniş bir yer kaplamamasına rağmen salgın döneminde iş hayatında meydana gelen değişimlerle daha çok kullanılmaya başlanan bu kavram, son dönemde özellikle sözleşmeler hukuku alanında oldukça sık kullanılmıştır.

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

3.2. BORÇLAR KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ İLİŞKİLERİNDE İMKÂNSIZLIK

3.2.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık Durumu

İmkânsızlığa uygulanacak hükümlerin doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, somut olay bakımından bir başlangıçtaki imkânsızlık halinin bulunup bulunmadığının tespiti büyük önem taşımaktadır.¹⁵⁹ Bu bakımdan her şeyden önce bir iş ilişkisinin ne zaman başladığı sorusunun da doğru bir biçimde yanıtlanması gerekmektedir. İş ilişkisinin ne zaman kurulmuş olduğunu açıklamak üzere üretilmiş iki temel teori bulunmaktadır. Sözleşme teorisine göre, iş ilişkisi iş sözleşmesinin yapılması ile doğmaktayken; katılma teorisine göre iş ilişkisinin başlangıcı işçinin iş yerinde işe fiilen başlaması olarak kabul edilmelidir.¹⁶⁰ Katılma teorisi, işçiyle işveren arasındaki sözleşmenin geçersizliği durumunda sözleşme teorisinin iki taraf arasındaki ilişkiyi açıklamakta yetersiz kaldığı eleştirisinden hareket etmektedir.¹⁶¹

İş Kanununda örneğin kıdem tazminatının hesaplanması bakımından işçinin işe başlama tarihinin esas alınacağı hususu açıkça düzenlenmiştir (bkz. 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/I). BU doğrultuda yargı kararları incelendiğinde işçinin işe fiilen başlama tarihinin,

¹⁵⁹ Altunkaya, Başlangıçtaki İmkânsızlık, s. 101.

¹⁶⁰ Anılan teorilere ilişkin bkz. Esener, İş Hukuku, s. 142-143; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 163; Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 57.

¹⁶¹ Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 57.

kıdemın esas alındığı haklar bakımından başvuru bir ölçüt olarak uygulamaya geçtiği görülmektedir.¹⁶²Bu konuda Esener, hukukumuzda istisnai olarak kıdem tazminatına ilişkin 14. maddenin işe başlama tarihini esas aldığı kabul etmekle beraber iş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramlarının birbirinden ayrılmasının doğru olmadığı kanaatinde olup hukukumuzda iş ilişkisinin meydana gelmesi için iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesinin gerekli ve yeterli olduğunu ifade etmektedir.¹⁶³ Bu bakımdan yazarın, sözleşme teorisi görüşüne katıldığı söylenebilir.

Borçlar Hukuku öğretisinde hakim olan görüşe göre, başlangıçtaki veya sonraki imkânsızlık halinin söz konusu olup olmadığının belirlenmesi bakımından ayırım, sözleşmenin kurulduğu anın esas alınarak yapılmalıdır.¹⁶⁴ İş ilişkileri bakımından da bu imkânsızlığın türü bakımından fiilen çalışma anının değil de sözleşmenin kurulduğu anın esas alınması isabetli olacaktır. Kıdemın esas alındığı haklarda fiili çalışma süresinin tespiti bir anlam taşımakta iken imkânsızlığın türünün (başlangıçtaki/sonraki imkânsızlık söz konusu olup olmadığının) tespiti bakımından çalışma süresinin başlangıcının esas alınması ihtiyacı bulunmamaktadır.

Başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayırımında sözleşmenin kurulması anının esas alınması sonucunda, sözleşmenin kurulması ile fiilen çalışmaya başlama arasında geçen dönemde sonraki imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulama bulacak, önceki imkânsızlık hükümleri ise münhasıran sözleşmenin kurulmasından önceki zaman dilimi (taraf iradelerinin uyuşmasından önceki dönem) bakımından önem taşıyacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, iş sözleşmeleri kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça özel bir şekle bağlı olmadığından (TBK m. 394/I) sözleşmenin kurulma anının belirlenmesi her zaman pek de kolay olmayabiliyor.

Borçlar hukukunda başlangıçtaki imkânsızlığın söz konusu olup olmadığının, sözleşme konusunun sözleşme kurulduğu anda imkânsız olup olmamasına göre belirlenmesinden sonra tespiti önem taşıyan bir diğer husus da bu imkânsızlığı objektif veya subjektif nitelik taşıyıp taşımadığıdır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 818 sayılı mülga Borçlar Kanununda olduğu gibi, sözleşmenin konusunun imkânsız olması halinde kesin hükümsüzlük yaptırımını öngörmektedir(TBK m. 27/I). Ancak kesin hükümsüzlük yaptırımı, yalnızca başlangıçtaki objektif imkânsızlık hallerine özgü olup başlangıçtaki subjektif imkânsızlığın sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açacağı kabul edilmemektedir.¹⁶⁵

162 “... Kanunda kıdemın esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil işçinin eylemlerle işe başladığı tarih göz önünde tutulduğu için iş güvencesine dair kıdemın başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır.” Bkz. Yargıtay 9. HD. 21.02.2011 tarih 2010/28656 Esas 2010/4014 Karar sayılı kararı.

163 Esener, İş Hukuku, s. 144.

164 Tunçomağ, Borçlar Genel, s. 789; Dural, İmkânsızlık, s. 79; Altunkaya, Başlangıçtaki İmkânsızlık, s. 104.

165 Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 903; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 164.

İş hukuku öğretisinde de, iş sözleşmesinin konusunun sözleşmenin kurulması aşamasında imkansız olmasında, TBK m. 17 uyarınca iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünden söz etmek gerektiği ifade edilmiş, ancak iş sözleşmesinin imkânsızlık nedeniyle geçersiz olabilmesi için sözleşme kurulduğu sırada objektif bir imkânsızlıktan söz edilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.¹⁶⁶ Örneğin sözleşmenin kurulmasından hemen önce ilgili iş yerinin tamamen yanması durumunda objektif imkânsızlık söz konusudur ve iş sözleşmesi de kesin olarak hükümsüzdür. Objektif imkânsızlık bu şekilde fiili sebeplere dayanabildiği gibi hukuki sebeplere de dayanabilir.

Borçlar hukuku öğretisinde, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edimini imkansızlaşması durumunda edimin yalnız borçlunun şahsi yetenek ve becerileri ile yerine getirilebilmesi nedeniyle subjektif değil, objektif imkânsızlıktan söz edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla ifa engelinin işçi ile ilgili olması halinde ise objektif ya da subjektif imkânsızlık ayırımının önemini yitirdiği görülmektedir. Zira işçinin bizzat çalışma borcu bulunması nedeniyle (bkz. TBK m. 395) borcun ifasının imkansız hale gelmesi durumunda, işçi için imkansız hale gelen edimin herkes için imkansız hale geldiği kabul edilir. İş sözleşmesi ile birlikte artık iş görme ediminin yerine getirilmeyeceği üzerine anlaşıldığından, iş görme ediminin başlangıçtaki objektif imkansızlığı gibi bir durumun meydana gelmesi olası değildir.

Borçlar Kanununun 394. maddesinin son fıkrasında, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bürün hüküm ve sonuçlarını doğuracağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Maddede söz edilen geçersizlik sebebi, şüphesiz iş sözleşmesi devam ederken ortaya çıkabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından önceki bir dönemde de mevcut olabilir. Buna göre, sözleşme konusunun sözleşmenin kurulması aşamasında imkansız olması durumunda geçersizliği sonradan anlaşılması halinde bunun ileri dönük etkisi olacağı kabul edilmiştir. Gerçekten iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması, halihazırda sunulmuş karşılıklı edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilmesi, diğer bir ifadeyle bu ilişkinin sonuçlarının geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılması çok güç, hatta olanaksızdır.¹⁶⁷

Sonuç olarak, açıklanan bu durum, kanun koyucu tarafından da göz önüne alınmış ve Borçlar Kanununda özel bir hükme (TBK m. 394/III) yer verilmiştir. Öğretide, sürekli borç doğuran sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü ya da iptali halinde halihazırda doğmuş sonuçların geriye etkili olarak ortadan kaldırılmasının adaletsiz bir duruma yol açabileceğine dikkat çekilmekte, bu hüküm sayesinde iş ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir iş sözleşmesinin tüm hüküm ve sonuçlarının korunması sağlandığı ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Bu anlamda söz konusu hüküm, kesin hükümsüzlük yaptırımını düzenleyen genel hükme göre (TBK m. 27/I) özel hüküm (*lex specialis*) niteliği

¹⁶⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 355.

¹⁶⁷ Tunçomağ, Hizmet Sözleşmelerinin Hükümsüzlüğü, s. 128-129; Süzek, İş Hukuku, s. 331.

¹⁶⁸ Tunçomağ, Hizmet Sözleşmelerinin Hükümsüzlüğü, s. 129.

taşımaktadır. Böylelikle sözleşme başlangıcından itibaren geçersiz sayılmamakta ve geçmişi etkilemeksizin ileriye doğru ortadan kaldırılmaktadır.¹⁶⁹

Bu hükmün uygulanması bakımından önem arz eden bir husus, iş sözleşmelerinin kurulmasında pek çok sınırlama öngörülmüş olmasıdır. Sıklıkla gündeme gelen uyuşmazlıklardan biri de, çalışma izni olmayan yabancılarla kurulan iş sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkindir. İsviçre öğretisinde, çalışma izni olmayan işçiyle kurulan iş sözleşmelerinin geçerli sayılıp sayılmaması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanununda geçersizliğin ileri etkili olarak sonuç doğurabilmesi, işçinin iyi niyetli olması sonucuna bağlanmıştır. Buna göre işçi, İsviçre Medeni Kanununun 3. maddesinde (Art. 3 ZGB) öngörülen iyi niyet karinesine dayanabilmek için hukuki sakatlığı ya bilmemelidir ya da bilmesi gerekmemelidir. Ancak öğretilerde bu şartın hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabileceğine ilişkin kaygılar ifade edildiği de belirtilmelidir.¹⁷⁰

Belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ilk defa yer verilen 394. maddenin üçüncü fıkrasında¹⁷¹ mehaz Kanunun yukarıda yer verilen 320. maddesi göz önünde tutulmuş ise de, her iki düzenleme arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. 6098 sayılı Kanunda kabul edilen esasa göre, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarının doğabilmesi için sözleşmenin geçersizliğinin sonradan anlaşılması gerekmektedir. Madde gerekçesinde işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek mehaz İsviçre Borçlar Kanununun 320. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan iyi niyetle iş görme koşuluna yer verilmediği ifade edilmişse de Kanun metninde yer verilen ifade bu sorunu aşmaya yeterli olmayacak şekilde kaleme alınmıştır. Kanun lafzına göre, işçi iş sözleşmesinin geçersizliğini bildiği durumlarda geçersizliğin geçmişi etkilememesine ilişkin korumadan yararlanmayacaktır.¹⁷²

Bu noktada eklenmesi gereken bir diğer husus da, sözleşmenin geçersizliği işçinin işverene iş görme edimini sunmaya başlamadan önce ortaya çıkması halinde, genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı ve geçersizliğin geçmişe etkili (ex tunc) etkili kabul edileceğidir. İşçi henüz iş görme edimini sunmamış olduğundan, burada geriye dönük bir tasfiye işlemini yapılmasına tereddütle yaklaşmamak gerekir. Borçlar Kanununun kesin

169 Öğretilerde, iş hukuku alanında çoğunlukla geçersizlik kavramının kullanılmakta olduğu belirtilmekte, fakat bu kavramın bazen hükümsüzlük kavramı ile aynı anlamda kullanıldığına ve borçlar hukukuna ait alt ayrımların genellikle dikkate alınmadığına dikkat çekilmektedir. Bu yönde bkz. Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 272.

170 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 80.

171 Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununda bu konuda özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde verilen yargı kararlarında geçersizliği sonradan ortaya çıkmış sözleşme kapsamında işveren için iş gören işçi, “geçersizliğin sonradan anlaşılması” gibi bir şart aranmaksızın geçersizliğin ex nunc etki doğurduğunun kabulü ile korunmuştur. Bu yönde verilmiş olan bir içtihadı birleştirme kararında yaşı veya kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağı ve bundan dolayı İşçi Kanunlarının işçilere tanıdığı haklardan istifade edeceği kabul edilmiştir. (Bkz. Yargıtay İBK.’nun Sigortalı 8.06.1958 tarih ve 20/9 sayılı kararı, RG.: 30.09.1958; S. 10020).

172 Süzek, İş Hukuku, s. 338.

hükümsüzlük ya da iptale ilişkin hükümlerinin uygulanmasının bu durumda bir sakıncası yoktur.¹⁷³ İş görme ediminin sunulmaya başlanmasından sonra ise geçersizlik her iki tarafça da hemen etkili olacak şekilde ileri sürülebilir ancak edimin iyi niyetle sunulmuş olması halinde, hak ve yükümlülükler tıpkı geçerli bir sözleşme varmış gibi doğacaktır.¹⁷⁴

Son olarak eklemek gerekir ki, borçlar hukukunun genel hükümlerine uygun şekilde, iş sözleşmesi taraflarından birinin ifa engelini bilmesine karşılık sözleşme görüşmelerine sürdürmesi halinde, sonuçta bir iş sözleşmesi kurulmamış olsa dahi, sözleşme görüşmelerinde kusur nedeniyle sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanır. Doğal olarak böyle bir durumda, önceki imkânsızlık halinden söz edilemeyeceği gibi buna bağlanmış hukuki sonuçlar da gündeme gelmez. Yine bu durumda taraflar arasında sözleşmenin kurulmamış olması nedeniyle görevli mahkemeler iş mahkemeleri değil genel mahkemelerdir. Eklemek gerekir ki, sözleşmenin kurulacağına dair bir güven yarattıktan sonra sözleşme kurulmamış ise, olumsuz zararın tazmininin talep edilmesi mümkündür..¹⁷⁵

3.2.2. Sonraki İmkânsızlık Durumu

Borçlar hukukunun genel hükümleri gereğince, sözleşmenin kurulmasında sonra ortaya çıkan imkânsızlıklar bakımından imkansızlığın objektif veya subjektif nitelikte olmasının bir önemi yoktur. Zira işçinin kural olarak bizzat iş görme borcu olduğundan, iş görme ediminin imkansızlaşması halinde edimin yalnızca o işçi için mi (subjektif) yoksa herkes için mi (objektif) imkansız olduğu bir fark yaratmamaktadır. Bu bakımdan örneğin işçi, iş görme borcunu hastalık gibi bir nedenle yerine getiremeyecek durumda olduğunda, artık iş görme edimi bakımından objektif nitelikte imkânsızlık sonucunun doğduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁶

İş görme ediminin sözleşmenin kurulmasından sonra kesin olarak imkansızlaşması halinde önem taşıyan tek nokta, bu imkansızlığın ortaya çıkışında hangi tarafa bir kusur isnat edileceğidir.

3.2.3. İşverenin Risk Alanından Doğan Nedenler

İşverenin ifa imkansızlığına yol açması, her şeyden önce iş verme borcuna aykırı davranması halinde söz konusu olur. Yine işverenin sunulan edimi kabul etmeyerek de iş görme ediminin yerine getirilmesini engellemesi söz konusu olabilir.

Borçlar Kanununun genel hükümlerinde ifa imkansızlığına alacaklının yol açmasına ilişkin bir hüküm öngörülmemektedir. Genel hükümlerde yalnızca, borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması halinde borcun sona

173 Tunçomağ, Hizmet Sözleşmelerinin Hükümsüzlüğü, s. 129; Akyiğit, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, s. 53.

174 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 82.

175 Süzek, İş Hukuku, s. 306-309.

176 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 83.

ereceğinin öngörülmesi ile yetinilmiştir.¹⁷⁷ (TBK m. 136/I) Elbette burada sona erecek olan sözleşme değil, sözleşmeden doğan asli edim yükümüdür. Hükme göre ayrıca, eğer borçlu karşı edimi elde etmişse geri vermekle yükümlü tutulmakta, henüz elde etmediği hallerde ise karşı edimi talep hakkını TBK m. 136/II uyarınca kaybetmektedir.

Eklenmelidir ki, İsviçre öğretisinde ve gerekse öğretimizde, TBK m. 136 (Art. 119 OR) hükmünün lafzına bağlı kalınması halinde ortaya çıkacak sonucun (herhangi bir ayırım yapılmaksızın, borcun ifasının borçlunun borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması halinde borcun sona ermesinin, dolayısıyla alacaklının kendi kusuruyla imkansızlığa yol açmasına rağmen borcundan kurtulacak olmasının) hakkaniyete uygun olmadığı ifade olunmaktadır.¹⁷⁸

Öğretide bir kısım yazara göre, ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaşması bakımından Kanunda bir boşluk bulunmaktadır.¹⁷⁹ Bu boşluk doldurulurken Alman hukukunda ifanın alacaklı yüzünden imkansız hale gelmesinin hukuki sonuçlarının düzenlendiği hükümden (326 II BGB) yararlanılması düşünülebilecektir.¹⁸⁰ Alman hukukundaki bu çözümün bizim hukukumuz bakımından da benimsenmesi gerektiği görüşündeki yazarların gerekçelerinden biri de Borçlar Kanununun özel hükümlerinde bu esasa uygun hükümlerin öngörülmüş olmasıdır.¹⁸¹

Öğretide ileri sürülen aksi görüşe göre ise, Kanunda bir borcun borçlunun kusuru bulunmaksızın imkansızlaşması halinde artık Kanunda bir boşluk bulunduğundan söz edilmemelidir. Açık kanun hükmü karşısında karşılıklı sözleşmelerde her iki tarafın borcunun da sona erdiğinin kabul edilmesi zorunlu olduğundan, edimini imkansızlaşmasına yol açan alacaklının sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle borçlunun zararını TBK m. 112 (Mülga 818 sayılı BK m. 96) uyarınca tazmin etmesi gerektiğinin kabulü amaca en uygun çözümdür.¹⁸²

Alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığına ilişkin genel olarak uygulanacak hükümler bakımından borçlar hukuku öğretisinde çeşitli tereddütler ifade edilmekte ve çözümler önerilmektedir. İş hukuku öğretisinde ise borçlar hukuku öğretisindekilere benzer bir tartışmanın ortaya çıkmadığı görülecektir. Bunun nedeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nde (Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi) bu konuda özel bir hüküm geliştirilmiş olmasıdır. Borçlar Kanununun 408. maddesinde işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi halinde işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu alanda işçiye ücretinin ödenmesinin devam etmesi gerekliliği, TBK m. 175'te (Art. 156

177 Nomer, Borçlar Genel, s. 335.

178 Akdeniz, İş Sözleşmelerinin İmkansızlığı, s. 84.

179 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 367-368; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 154.

180 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 368.

181 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 368; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 155-156.

182 İnceoğlu, Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşma, s. 243-2460.

OR) yer alan, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olunması halinde koşulun gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin hukuki tasavvurdan kaynaklanmaktadır.¹⁸³

TBK m. 408'de yer alan düzenleme, karşılıklı borçları sona erdirmeyip işçiye ücret alacağını talep hakkı vermekle birlikte, işçinin ücretinden bazı kalemlerin mahsup edileceğini de öngörmektedir. TBK m. 408'de öngörülen mahsuba ilişkin düzenleme ile amaçlanan, işçinin bu durumdan maddi çıkar elde etmemesi ve aynı zamanda dezavantajlı duruma düşmemesini sağlamaktadır. Buna ilişkin olarak işçinin herhangi bir iş teklifini reddetmesinin ücretinden mahsup sebebi sayılmaması gerektiği fakat önceki işine benzer bir işin reddinin mahsuba sebebiyet vereceği ifade edilmiştir. Federal İş Mahkemesine göre işçinin sebepsiz bir şekilde kendisinden beklenebilecek bir işi reddetmesi veya bu işin teklifini kasten engellemesi durumunda kötü niyetli bir şekilde kazanmaktan bilerek kaçınıldığı söylenebilir de buradan işçinin İş Arama Kurumu'na başvurması gibi bir zorunluluk olduğu da anlaşılmamalıdır.¹⁸⁴

Sonuç olarak, Borçlar Kanununun 136. Maddesi, iş sözleşmelerinde uygulanabilir bir hüküm değildir.¹⁸⁵ İşverenin yol açtığı ifa imkânsızlıklarında çözümün özel hüküm niteliği taşıyan TBK m. 408 çerçevesinde aranması gerekir. TBK m. 408 uyarınca; ifanın alacaklı (işveren) yüzünden imkansız hale geldiği durumlarda borçlu borcundan kurtulacak, (TBK m. 136/I ile paralel sonuç) buna karşılık borçlu, (işçi) sanki borcunu ifa etmiş gibi karşı edime hak kazanacaktır. (TBK m. 136/I'e ayırksı sonuç) Alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığında işçinin ücrete hak kazanmasının hukuki temelini bu özel hükmün oluşturduğu (Art. 324 OR) İsviçre öğretisince de kabul edilmektedir.¹⁸⁶

3.2.4. İşçinin Risk Alanından Doğan Nedenler

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

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

183 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 86.

184 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 86.

185 Alpagut, İfa İmkânsızlığı, s.664.

186 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 87.

dolayı alacaklının zararını gidermekle yükümlü olmasıdır.¹⁸⁷ Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmeleri Bölümü'nde de bu esasa uygun şekilde işçinin işverene kusuru ile verdiği her türlü zarardan sorumlu olduğu öngörülmüştür. (TBK m. 400) İşverenin, iş görme edimini yerine getirmeyen işçiye karşı ödemezlik defini (TBK m. 97) ileri sürerek ücret ödemekten kaçınması da mümkündür.¹⁸⁸ Aynı şekilde işveren, işçiye iş sözleşmesinde, iç yönetmelikte veya toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret kesme gibi çeşitli disiplin cezalarını uygulayabilir, işçinin sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.¹⁸⁹

Ekleme gerekir ki işçinin yol açtığı sonraki ifa imkansızlığının sonuçlarına yönelik olarak 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda yeni bir hükme de yer verilmiştir. TBK m. 439'da, işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakmasının sonuçları düzenlenmektedir. Buna göre, işçi haklı sebep olmaksızın işe başlamaz veya aniden işi bırakırsa işverenin aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteyebileceği öngörülmüştür. Taraflarca ücretin açıkça belirlenmediği ve işçinin sözleşmede kararlaştırılan fiili işe başlama tarihinde işyerine gelmediği hallerde TBK m. 401 hükmüne başvurulması düşünülebilir. Söz konusu hüküm gereğince asgari ücretten az olmayan emsal ücretin dörtte biri işçiden talep edilebilecek miktarın kapsamını oluşturacaktır.¹⁹⁰ Maddede, işverenin ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da saklı tutulmuştur.

İşçinin kusurlu davranışının sözleşme öncesi dönemde gerçekleşmesi ve buna rağmen sözleşmenin kurulmuş olması durumunda sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranış (*culpa in contrahendo*) olayın özelliklerine göre ya tazminat ya da haklı nedenle sözleşmenin feshi gibi durumlar ortaya çıkabilecektir.¹⁹¹

İş ilişkilerinde çok sık karşılan bir diğer durum da, işçinin etki altında ortaya çıkan ancak kendisine bir kusurun isnat edilemeyeceği hallerdir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinde iş görme borcunun yerine getirilmediğinde ücrete hak kazanılmayacağına ilişkin genel kurala önemli bir istisna getirilmiştir. Buna göre 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 edemediğinde işveren o süre için hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü tutulmuştur. Ancak işçinin bu ücrete hak kazanabilmesi için kaybının başka bir yolla karşılanmaması şartı bulunmaktadır.

Söz konusu maddede işçinin hak kazanacağı ücret tam değil, hakkaniyete uygun bir ücret olarak öngörülmüştür. Ekleme gerekir ki, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda işçinin iş görme edimini kendisinden kaynaklanan nedenlerle yerine getirmemesi haline ilişkin

187 Bu zararın sözleşmeye aykırılığın yanı sıra bir haksız fiil sonucunda doğmasında da mümkündür. İsviçre öğretisinde işçinin sorumluluğunun İsviçre Borçlar Kanunu'nun OR 41 I, OR 97 I ve OR 99 III (TBK m. 49/I, m. 112/I, m. 114/II) maddelerinde doğduğu kabul edilmektedir. İşçinin sorumluluğunun hesaplanmasında ise TBK m. 114/II uyarınca TBK m. 51 ve 52 dikkate alınmalıdır. Bkz. Baycık, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, s. 25.

188 Süzek, İş Hukuku, s. 344.

189 Süzek, İş Hukuku, s. 344; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, İş Hukuku, s. 596.

190 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 88.

191 Süzek, İş Hukuku, s. 308; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 102.

6098 sayılı Borçlar Kanun’unda bulunmayan bir hüküm daha mevcuttur ve bu hükümde işçinin iş görme edimin kendisinden kaynaklanan nedenlerle yerine getiremediği hallerde ücrete hak kazanabilmesinin koşulları ve miktarı detaylı olarak düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, (Art. 324b OR) işveren, işçi kendi kişiliğinden kaynaklanan nedenlerle iş görme edimini yerine getirmediğinde şayet işçi, bunun ekonomik sonuçlarına karşı zorunlu sigortalanmışsa ve işçiye sınırlı bir süre sağlanan sigorta yardımı ücretinin beşte dördünü karşılıyor ise ücret ödemekle yükümlü değildir. Sigorta yardımlarının daha az olması halinde bu fark, işverence karşılanmalı ve işçiye ücretinin beşte dördü miktarında ödeme yapılmalıdır. Sigorta yardımlarının bir bekleme süresinden itibaren sağlanıyor olması halinde ise işveren bu zaman diliminde ücretin beşte dördünü ödemekle yükümlüdür.¹⁹²

Borçlar Kanunu’nun 409. maddesi, işçinin kusuru olmaksızın iş görme edimini kısa süreli ifa edememesi hallerine yönelik genel bir hüküm niteliğindedir. Kural olarak analık nedeniyle iş görme ediminin yerine getirilememesi de bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Ancak İş Kanunu m. 74’e eklenen son fıkra uyarınca bu madde hükümlerinin iş sözleşmesiyle çalışan ve bu Kanun’un kapsamında olan ve evlat edineneler bakımından bu özel hükmün uygulanması öngörülmektedir. Dolayısıyla, Borçlar Kanunu’na tabi kadın işçiler bakımından annenin doğum izni kullanmadan ölümü halinde kalan süreleri babanın kullanabilmesi bakımından ve evlat edineneler bakımından bu özel hükmün uygulanması gerekmektedir.¹⁹³

3.2.5. İşletme Rizikosu Teorisi

Bir iş ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa engeline sözleşme taraflarınca yol açılmamış olması da mümkündür. Başka bir ifadeyle imkânsızlık sonucu tarafsız etki alanından da doğabilir. Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde ifa imkansızlığının düzenlendiği maddede (TBK m. 136) öngörülen sonuç, ifanın borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşması durumunda borcun sona ermesidir. Ancak bu hükmün, iş sözleşmelerinde uygulanabilmesi mümkün değildir. İş görme ediminin ifasının engellenmesine yönelik TBK m. 408 ve m. 409 hükümleri u anlamda özel hüküm niteliğinde olup iş görme ediminin sunulamadığı hallerde ücret alacağının durumu bu anılan hükümlerde düzenlenmiştir.¹⁹⁴

İsviçre Borçlar Kanunu’nda 324a (karş. TBK m. 409) maddesi iş görme ediminin işçinin şahsından kaynaklanan kusuru olmaksızın engellenmesi halini düzenlemektedir. İşletme rizikosu teorisi de (*die Betriebsrisikotheorie*) esasında iş görme ediminin tarafların kusuru olmaksızın yerine getirilememesine ilişkindir. İsviçre öğretisinde, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 324. Maddesi, (TBK. M. 408’e karşılık gelen hüküm) işletme rizikosu teorisinin yasal dayanağı olarak görülmektedir.¹⁹⁵

192 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 90.

193 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 91.

194 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 91.

195 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 92.

İşletmesel aksaklıklar, pek çok nedene bağlı olarak ortaya çıkabilmektedir. Teknik eksiklikler, doğal felaketler, insandan kaynaklanan hatalar, işverenin veya işçilerin hastalığı ya da idari makamların aldığı önlemler (Covid-19 döneminde alınan önlemler gibi) bu kapsamda sayılabilir. Bu gibi durumlarda olumsuz sonuçlarını kimin üstlenmek zorunda olduğu işletmesel rizikoyu kimin taşıdığını göstermektedir. İşletme rizikosunun kural olarak işveren üzerinde olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁶

Hukukumuzda işletme rizikosu teorisinin hukuki esasları ayrıntılı biçimde ele alınmamıştır. İş hukuku öğretisinde Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, işverenin teklif edilen işin ifasını haklı neden olmaksızın reddetmesi işverenin temerrüde düşmesi bakımından bir şart olarak değerlendirilmekte, ancak iş görme ediminin sunulmasına ilişkin teklifin reddine yol açan nedenin haklı neden olarak görülebilmesi için objektif nedene dayanması gerektiğini ileri sürmektedirler.¹⁹⁷

Borçlar Kanunu'nun işverenin temerrüdü yan başlığını taşıyan 408. maddesi ile aynı Kanun'un genel hükümlerinde alacaklının temerrüdünü düzenleyen 106. Maddesi arasında farklılık bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 106. Maddesi uyarınca alacaklının temerrüde düşmüş sayılabilmesi için edimi kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haklı sebep olmaksızın kaçınması gerekmektedir. Ancak Borçlar Kanunu m. 408'de işverenin edimi kabulden kaçınma sebebinin haklı olup olmamasına herhangi bir önem atfedilmemiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile ilgili maddeye bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, işveren "iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse" de işçiye ücretini ödemekle yükümlü tutulmuştur. Borçlar Hukuku öğretisinde, ifa engeli ile uyumsuzluk konusunda hüküm vermek gerektiğinde öncelikle bir imkânsızlık halinin var olup olmadığının denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁸ Bu durumda Borçlar Kanunu'nun m. 408 lafzına da uygun olarak öncelikle işverenin işverme borcunun imkansız hale gelmesinde kusuru olup olmadığının (iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engelleyip engellemediğinin) araştırılması düşünülebilir. İşveren, mümkün olan en yüksek derecede özen göstermiş olsa dahi onu iş veremeyecek duruma sokan bir engelin söz konusu olması halinde artık iş verme borcu imkansız hale geldiğinden işverenin edimi kabulde temerrüde düşüp düşmediğini ayrıca değerlendirmek gerekmektedir.¹⁹⁹ Böyle bir durum olmaksızın (iş görme borcunun kusursuz imkânsızlığı gibi bir durum) işveren sunulan edimi kabulde temerrüde düşerse de yine TBK m. 408'de öngörülen sonuç doğmaktadır ki, bu ikinci ihtimalde de işverenin bir kusuru olup olmamasına bir önem atfedilmemiştir. Dolayısıyla Kanun'a göre, işveren yalnızca iş görme edimini yerine getirilmesini kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyecek bir şekilde engelleyemediği durumlarda ücret ödeme borcundan muaf tutulabilir. Diğer

196 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 92.

197 Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, İş Hukuku, s. 672.

198 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 134.

199 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 98.

bir durumda (işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse yahut edimi kabulde temerrüde düşerse) TBK. M. 408 hükmü uyarınca işçi ücrete hak kazanmaktadır. Kanun koyucunun “işverenin temerrüdü halinde” başlığı altında her iki durumda aynı sonuca bağladığı görülmektedir. Madde uyarınca işçinin ücret alacağı korunmakta, ancak bu alacaktan belirli kalemler mahsup edilmektedir. Bu durumda işletmede faaliyet, örneğin bir doğal afet sonucunda devam edemiyor ise, Türk Borçlar Kanunu madde 408’de ayrı bir şart olarak yer verilmemesine rağmen işverenin edimi kabulden kaçınmasının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı hususunun değil, Kanun’da yer verildiği üzere iş görme ediminin işverenin kusuru ile engellenip engellenmediğinin belirlenmesi gerekir.²⁰⁰

Bu durumda işverenin işletmesinde bir doğal afet neticesinde iş görülmediği hallerde, işverenin işletme rizikosunu taşıyıp taşımadığı konusunda somut durumun özelliklerinin (doğal afetin boyutu, işverence alınabilecek herhangi bir önlemin olup olmadığı vb.) araştırılması yerinde olacaktır. Eğer işverenin işin görülmesinin devamı için mümkün olan en yüksek derecede özen gösterilmiş olsa dahi sonuçtan kaçınılamıyor ise, artık ona hiçbir kusur isnat edilemeyeceğinin kabul edilmesi gerekir. Nitekim TBK m. 408’de işveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse işçiye ücretini ödemekle yükümlü tutulmuştur. Sonuç olarak mücbir sebep niteliğini taşıyabilecek olaylar, genel bir biçimde sayılmak yerine her bir somut olay kendi özellikleri dikkate alınarak incelenmelidir. Öğretide de ifade edildiği üzere, kimi durumda deprem, genel grev veya ihtilal gibi olayların mücbir sebep olarak nitelendirilmemesi dahi olası olup rizikonun kime yüklenmesinin amaca daha uygun düşeceğine göre bir değerlendirme yapılması gerekir.²⁰¹

Öte yandan, söz konusu teorinin iş görme ediminin taraflara isnat edilemeyecek nedenlerle yerine getirilmediği tüm hallerde uygulama alanı bulamadığı da ifade edilmelidir. Bireysel ilişkiler için kurgulanmış olan ifa engelleri sisteminin toplu mücadele sistemine uygun olmayışı ve toplu iş hukuku düzenindeki mücadelenin silahların eşitliğinin benimsenmesi gibi nedenler, iş mücadelesi rizikosunun işletme rizikosu öğretisi bakımından bir istisna kabul edilmesine yol açmıştır. Bunun sonucunda da toplu iş uyuşmazlıklarında ücret alacağının durumu özel olarak ele alınmaktadır. Greve katılan işçilerin işverene iş görme edimini sunmamaları nedeniyle işveren temerrüdü gibi bir sonucun doğmayacağı ortadadır. Buna karşılık greve katılmayan işverene iş görme edimini sunan işçinin işveren tarafından çalıştırılmaması halinde de ücret alacağının durumunun açıklığa kavuşturulması pek de kolay bir uğraş değildir.²⁰²

Karşılaştırmalı hukukta kabul edilen baskın görüşe göre, eğer grev sırasında işletmede işin görülmesine devam edilmesi işveren için imkansız ya da beklenilmez ağırlıkta bir durum arz ediyorsa, greve katılmayan ve çalışmaya devam etmek isteyen işçilerin ücret

200 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 98.

201 Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, s. 189; Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 99.

202 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 100.

alacağına hak kazanamayacaklarının kabulü gerekir. İşveren bakımından bu durumun söz konusu olabilmesi için mevcut şartlar altında üretime devam etmek teknik olarak mümkün olsa bile başvuru iş mücadelesi yolları nedeniyle kendisinden beklenilmez bir hal almış olması gerekir.²⁰³

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 65. maddesinde işverenin greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğu öngörülmüştür. İşverenin greve katılmayan işçileri çalıştırmayabilmesi ve dolayısıyla onlara ücret ödemekten kurtulabilmesinin, grev nedeniyle iş verme imkanının bulunmadığı haller ile sınırlı tutulmasının amaçlandığı ortaya çıkmaktadır.²⁰⁴ Ancak işverenin işçileri çalıştırmama hakkını kullanabilmesi için iş vermenin onun bakımından imkansız hale gelmesi gibi bir koşul aranmamaktadır.²⁰⁵

Bir görüşe göre çözüm önerisi olarak yasal bir değişikliğe kadar işverenin (Grev hali hariç) kendisine isnat edilebilen bir nedenle greve katılmayan işçilere iş vermediği durumlarda borçlar hukukunun genel hükümleri uyarınca ücret ödemek zorunda olduğunun kabul edilebileceği öne sürülmüştür.²⁰⁶ Kanaatimizce bu görüş isabetli bir görüştür.

Çalışma arzusundaki işçileri işverence çalıştırılmaması iş görme ediminin imkansızlığı sonucunu doğurur ki, bu durum temerrüde eş tutulmaktadır. Bu noktada 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun m. 67/I fıkrasında daha önce yürürlükte bulunan Kanunlardaki düzenlemelerden farklı olarak greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip çalıştırılmayan değil, çalıştırılmayan işçilerin sözleşmelerinin askıya alınacağı öngörülmektedir. Bu fıkradaki değişiklik ile grev nedeniyle çalıştırılmayan değil çalıştırılmayan işçilerden söz edilmiş olmasının işverenin greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin iş görme edimlerini sunmaları bakımından serbest bir tasarrufa sahip olmadığı şeklinde yorumlanabilecektir.²⁰⁷

3.3. İŞ KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ İLİŞKİLERİNDE İMKÂNSIZLIK

3.3.1. Başlangıçtaki İmkânsızlık Durumu

İş Kanununda, başlangıçtaki imkânsızlık halinde uygulanmak üzere özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'na tabi çalışan işçilerin iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelinin ortaya çıkmasına ilişkin yer verilen esasların kural olarak İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

203 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 100; Soyer, İşletme Rizikosu Teorisi, s. 118-119.

204 Soyer, İşletme Rizikosu Teorisi, s. 116-117.

205 Tuncay/ Savaş/ Kutsal, Toplu İş Hukuku, s. 423.

206 Tunçomağ/ Centel, İş Hukuku, s. 482.

207 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 104.

3.3.2. Sonraki İmkânsızlık Durumu

İş Kanunu'nda, iş görme ediminin ifasını engellenmesi ve bu durumun ücret üzerindeki etkileri genel nitelik taşıyan hükümler çerçevesinde (bkz. TBK m. 408 ve 409) düzenlenmemiştir. Bunun yerine İş Kanunu'nda pek çok özel düzenlemeye (işçinin hastalanması, bir yakınının ölümü, iş yerinde ya da işçinin çevresinde ortaya çıkan zorunlu nedenler gibi) yer verilmiştir. İş Kanunu'nda işçi işveren ilişkilerinde sıklıkla ortaya çıkabilecek ifa engellerinin Kanun koyucu tarafından özel olarak ele alınması, açıkça düzenleme getirilmeyen durumlarda karşı edim riskinin işçinin üzerinde bırakılmasının mı amaçlandığı yoksa düzenleme yapılmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine mi başvurulması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Bunun yanında İş Kanunu'nda öngörülen ve iş görme ediminin sunulmasını engelleyen durumların pek çoğunun kural olarak birer geçici ifa imkansızlığı hali teşkil ettiği söylenebilir. İfa süresinde ortaya çıkan engellerin devamlı olmadığı ve engelin ortadan kalkması ile iş görme ediminin ifasının yeniden mümkün olduğu hallerde imkansızlığın geçici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.²⁰⁸ Aksi halde bir sürekli imkânsızlık hali söz konusu olacaktır. Bununla birlikte geçici imkânsızlık hallerinde, ifa engelinin ne zaman ortadan kalkacağına tam olarak bilinmemesi de olasıdır. Böyle durumlarda geçici imkânsızlık halinin sürekli imkansızlığa eş tutulabilmesi söz konusu olabilir.²⁰⁹

Konuya iş ilişkileri bakımından yaklaştığımızda, İş Hukukunda pek çok hükümde geçici ifa imkansızlığının, sürekli ifa imkansızlığı ile bir tutulduğunu görmek mümkündür.

3.3.2.1. İşverenin Risk Alanından Doğan Nedenler

İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına ilişkin olan İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçinin fesih hakkı, iş yerinde meydana gelen zorlayıcı nedenlerle ilişkili olarak ele alınmıştır. Genel olarak zorlayıcı nedenlere örnek olarak; yangın, deprem gibi doğal afetler ya da ham maddenin yasaklanması gibi haller gösterilmektedir.²¹⁰

İş Kanunu m. 24/III'te, işçinin çalıştığı iş yerinde iş görme edimini ifa etmesini engelleyen zorlayıcı sebepler işçi bakımından haklı fesih sebebi olarak tanınmış, ancak bu hakkın doğumu için iş yerinde ortaya çıkan bu engelin bir haftadan uzun sürmesi gerektiği öngörülmüştür. *Oğuzman* tarafından, işaret edildiği üzere iş yerinde işin bir haftadan fazla süreyle tatil edilmesinin gerektiren zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanınmasının nedeni, bu durumda işçinin ücrete hak kazanmayacak olmasıdır.

208 Dural, İmkânsızlık, s. 100; Seliçi, Sürekli Borç, s. 95-96; Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 106.

209 Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 455-456; Gündoğdu, Kusurlu İfa İmkansızlığı, s. 105.

210 Süzek, İş Hukuku, s. 701; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 585; Mollamahmutoglu/ Astarlı/ Baysal, İş Hukuku, s. 833-834.

Öğretide zorlayıcı neden kavramının içine iş yerinde öngörülme, kaçınılmaz ve tarafların kusurundan kaynaklanmayan durumların girdiği ifade edilmektedir.²¹¹ Bu doğrultuda maddede sözü edilen zorlayıcı nedenlerin mücbir sebep niteliği taşıyan haller olduğu anlaşılmaktadır ki, esasında mülga 3008 sayılı İş Kanunu'nun bu maddeye karşılık gelen maddesinde de “esbabı mücbire” teriminin kullanıldığı görülmektedir.²¹² Maddenin kapsamı bu nitelikteki zorlayıcı sebeplerle çizilmiş olduğundan, makinelerin arızalanması, onarımları ve bakımları, ham madde yokluğu, mevsim gereği satışların durması, stok fazlası gibi riskler nedeniyle işin görülmemesi gibi durumların zorlayıcı neden olarak değerlendirilmemesi konusunda şüphe duymamak gerekecektir. Ancak sayılan tüm bu nedenlerin, işletmede işin görülmesini işverenin kusuru olmaksızın engellediğinden, konunun işletme rizikosu teorisiyle bağlantılı olarak incelenmesini gerekli kılacaktır.²¹³

İşletmenin yönetiminin ve işleyişinin işverence organize edilmiş olmasından dolayı işletme rizikosunun kural olarak işveren üzerinde olduğu kabul edilmektedir. Bu kabule göre işverenin, işletme rizikosunu taşıdığı hallerde işçi, işverenin çevresinden kaynaklanan bir engel nedeniyle iş görme edimini yerine getiremediğinde (bu engelin ortaya çıkmasında işverenin kusuru bulunmasa dahi) kural olarak karşı edime hak kazanmaktadır. İş Kanunu bakımından ise zorlayıcı nedenler konusunda iş yerinde bir haftadan fazla süreyle işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebebin ortaya çıkması halinde işçiye sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanı tanınmış, zorlayıcı sebebin ücret alacağı bakımından doğurduğu sonuçlar ise, İş Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre zorlayıcı sebepler nedeniyle çalışmayan işçiye, bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmesi gereklidir. Bir haftalık bekleme süresinin geçmesinden sonra ise, işçi ücrete hak kazanmamaktadır.²¹⁴

Öğretide, İş Kanunu m. 40 hükmü, işletme rizikosunu adil olmayan bir biçimde taraflar arasında bölüştüren bir hüküm olarak değerlendirilebildiği gibi²¹⁵ iş hukukuna hakim olan sosyal düşüncelerle işçiye sosyal yardımda bulunan bir hüküm²¹⁶ olarak da değerlendirilmektedir. İsviçre hukukunda işletme rizikosunun işverenin üzerinde olması genel kural ise de, doğa olayları, savaş gibi durumlarda işverenin işletme rizikosunu taşıyıp taşımadığının tartışmalı olduğu kabul edilmektedir.²¹⁷

Kanaatimizce, somut olayda işverenin işletmesinde en yüksek özeni göstermiş olsa bile engellenemeyecek bir durum nedeniyle işin görülmesi durmuş ise, işletme rizikosunun

211 Ekonomi, İş Hukuku, s. 202; Süzek, İş Hukuku, s. 701.

212 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 107; Bkz. 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/III: “İşçinin çalıştığı iş yerinde işin bir haftadan fazla müddetle tatil edilmesini mücbir esbabı mücbire hadis olursa (bu bir haftalık bekleme devresinde) işçi yarım ücret alır.”

213 Süzek, İş Hukuku, s. 701; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 585; Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 108.

214 Süzek, İş Hukuku, s. 701; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 586.

215 Bkz., Soyer, İşletme Rizikosu, s. 102-115.

216 Bkz., Oğuzman, Fesih, s. 86.

217 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 110.

artık işveren üzerinde olmayacağı kabul edilmelidir. İşletme rizikosunun işverenin üzerinden alabilecek güçteki zorlayıcı nedenlerin (mücbir sebeplerin) varlığı halinde işverence işçiye artık ücret ödenmeyeceğinden, işçiye İş Kanunu m. 24/III kapsamında haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. Bu durumda İş Kanunu'nun 40. Maddesini işletme rizikosunu işverenin üzerinde olmadığı ve dolayısıyla aslında işverenin işin görülmemesine rağmen ücret ödemesine ilişkin esasın ortadan kalktığı zorlayıcı sebep hallerinde işçiye bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmesini öngören bir hüküm olarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

Oğuzman, mülga 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/III (4857 sayılı İş Kanunu m. 24/III) çerçevesinde işçiye bir süre daha ücret verilmesini bir sosyal yardım olarak değerlendirmiştir.²¹⁸ Sonuç itibariyle İş Kanunu m. 40'ın zorlayıcı sebepler dolayısıyla iş yerinde çalıştırılmayan işçiye işverence bir haftaya kadar yarım ücret ödenmesini sağlayan, işletme rizikosunu ile sağlanan korumanın ötesinde işçi lehine bir hüküm olarak değerlendirilebilir.

Sayılan nedenlerle işletmelerde çalışmanın geçici olarak ya da kısmen durdurulması yahut çalışma süresinin indirilmesiyle, aslında işverenin üzerinde olan ekonomik riziko, işçi-işveren ile devlet arasında paylaştırılmış olmaktadır.²¹⁹ Özellikle 2020 yılı Mart ayı ile birlikte ülkemizde görülmeye başlayan Covid-19 salgını sonrasında işverenin karşı karşıya kalmış olduğu ekonomik zorluk göz önüne alınarak kısa çalışma ödeneğinden işverenler faydalandırılmış, işverenin ekonomik rizikosunu işçi-işveren ve devlet arasında paylaştırılmıştır.

Bu şekilde uygulamaya geçirilen yeni kurumlar yolu ile, karşı edim riskinin tamamen işçinin üzerinde bırakılmasını engellemeye yönelik bir iş düzeninin oluşturulmak istendiği anlaşılmaktadır. Kısa çalışma talebinin uygun görülmesi halinde, işçi –belirli koşullar sağlanmak kaydıyla- işsizlik sigortası fonundan ödeneğe²²⁰ hak kazanmaktadır (Ek m. 2/III). Anılan maddede ayrıca, kısa çalışmanın zorlayıcı sebeplerle yapılması halinde kısa çalışma ödeneğinden yapılacak ödemelerin İş Kanunu m. 24/III ve m. 40'ta öngörülen bir haftalık ödeme süresinden sonra başlayacağı belirtilmiştir.

3.3.2.2. İşçinin Risk Alanından Doğan Nedenler

3.3.2.2.1. Zorlayıcı Nedenler

İş Kanunu m. 25/III'te işverene, işçiyi iş yerinde çalışmaktan alıkoyan bir sebebin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme hakkı tanınmıştır. Bu zorlayıcı sebeplerin sel, deprem gibi doğal ya da karantinaya alınma ya da sokağa çıkma yasağı gibi hukuksal nitelik taşıyabileceği belirtilmektedir.²²¹ Söz konusu maddede, tıpkı

218 Oğuzman, Fesih, s. 86, dn. 185.

219 Canikoğlu, Kısa Çalışma, s. 504.

220 Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, sigortalının son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancın %60'ı olarak belirlenmiştir. (bkz. 4447 sayılı Kanun Ek m. 2/IV).

221 Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, İş Hukuku, s. 861.

işçinin iş yerinde ortaya çıkan zorlayıcı sebepler nedeniyle iş görememesinde olduğu gibi işçinin kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı sebeplere bağlı olarak iş görme ediminin yerine getirememesinin sonuçları da fesih hakkının kullanılması ile bağlantılı olarak ele alınmıştır. Ancak bu hakkın doğumu için iş yerinde çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı sebebin bir haftadan fazla sürmüş olması gerekmektedir.

İşçinin kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle çalışmaması halinde de, haklı nedenle fesih hakkının doğumunun bekleme süresi içerisinde bir haftaya kadar yarım ücret ödeneceği öngörülmektedir. (İş Kanunu m. 40). Bir haftalık sürenin geçmesinden sonra fesih hakkının kullanılmaması durumunda sözleşme askı haline geçecek ve işçi askı süresince ücrete hak kazanamayacaktır.²²²

İşçinin kendi çevresinden kaynaklanan nedenlerle iş yerine ulaşamamasına ilişkin karşılaştırmalı hukukta kabul edilen genel esas, karşı edim riskinin işçiye yüklenilmesidir. Başka bir ifadeyle işçi kendi etki alanından kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle iş görme edimini sunmadığında ücret alacağından mahrum bırakılmaktadır. İşveren, iş yeri ile ilgili risklerden sorunlu tutulmakta, iş yerine ulaşma riskinin de işçi üzerinde olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı nedenlerle iş görme edimini sunamayan işçinin, açık Kanun hükmü uyarınca, bir hafta süresince yarım ücrete hak kazanacağına öngörülmüş olmasının karşılaştırmalı hukukta benimsenen genel eğilimden farklı olduğu belirtilmelidir.²²³

3.3.2.2.2. Sağlık Nedenleri

İş Kanunu'nda işçinin sağlık sebeplerine bağlı olarak iş görme edimini kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı sebeplerle sunamamasında olduğu gibi işverene iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkının tanınması ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Ancak bu sefer, işverenin haklı sebeple fesih hakkının doğabilmesi için daha uzun bir bekleme süresi öngörülmüştür. İş Kanunu m. 25/I-b alt bendinin son paragrafına göre, işverenin iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı, somut olayda işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğmaktadır. Bu süre içerisinde işçinin iş sözleşmesi maddi ifa imkansızlığı nedeniyle askıya alınmaktadır.²²⁴

Bekleme süreleri içerisinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği, Kanun'un açık hükmüdür. Kanun'da yalnızca haklı nedenle fesih hakkının kullanımına ilişkin sınırlar öngörüldüğünden, bekleme süreleri içerisinde işverenin geçerli nedenle fesih hakkının doğup doğmayacağı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır.²²⁵

222 Ekonomi, İş Hukuku, s. 214; Süzek, İş Hukuku, s. 692.

223 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 113.

224 Süzek, İş Hukuku, s. 496.

225 İşverenin bekleme süresi içerisinde iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih hakkı bulunmadığı yönünde bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 568. Aksi görüşe göre ise bildirim süresi ve altı haftalık sürenin geçmesi aranmaksızın her somut olayda, işçinin devamsızlığının iş yerinde olumsuzluk yaratacak uzunlukta olup olmasına göre işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih edebileceğinin kabulü gerekir, bkz. Sümer, Sağlık Sebepleri, s. 71.

İş Kanunu sistematüğinde iş görme edimi sağlık sebeplerine dayalı olarak yerine getirilemediğinde öngörölen genel esas, diğere geçici ifa imkânsızlıklarında olduğu gibi iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır. Bu anlamda İş Kanunu'nun 25/I-b bendinin son paragrafı torba bir hüküm gibi işlev görerek aynı maddenin a alt bendinde sayılan sebepler dışında kalan hallerde (hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi) iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkının sınırlarını çizmektedir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işçinin fiil ehliyetini kaybetmesi ile iş sözleşmesinin doğrudan geçersiz hale geldiğini ancak bu geçersizliğin (TBK m. 394/son hükmü gereğince) ileriye etkili olarak sonuç doğuracağını kabul etmiştir.²²⁶ Ancak TBK m. 394/son hükmü, geçersizliğı sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin tüm sonuçlarının korunmasını sağlamaya yönelik getirilmiş bir hükümdür. İş Kanunu uyarınca saplık nedenlerine bağılı olarak iş görme edimi sunulamadığında öncelikle işçinin iş sözleşmesi belirli bir süre askıya alınmalıdır. Örneğın işçinin geçici bir süre akıl hastalığı nedeniyle fiil ehliyetini yitirmesi, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için İş Kanunu'nda öngörölmüş olan sürelerle uyulması gereğini ortadan kaldırmamaktadır.²²⁷

Sigortalıya hastalık haline bağılı olarak ortaya çıkan iş görmezlik sürecinde günlük geçici iş göremezlik ödeneğı verilecekse de, geçici iş göremezlik ödeneğı işçinin ücret alacağıının tamamının karşılamadığı da belirtilmelidir.²²⁸ Eklemek gerekir ki, hastalık sigortasından yararlanabilmek için iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün vadeli sigorta priminin bildirilmiş olması gerekmektedir (SSGSSK m. 18/I-b). Ayrıca hastalık nedeniyle geçici iş göremezlik ödeneğı, geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere ödenmektedir (SSGSSK m. 18/I-b).

İster Borçlar Kanunu'na ister İş Kanunu'na tabi olsun iş sözleşmesi ile çalışanların hastalanmaları halinde, 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen hastalık sigortasından sağlanan geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmeleri için hastalık halinin iki günden fazla sürmesi gerekmektedir. Sosyal güvenlik mevzuatında geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanmanın belirli şartlara bağlanması ve bu ödeneğın ücret kaybını tamamen ikame edecek şekilde takdir edilmemesi, İş Kanun'una tabi işçiler bakımından, iş görme ediminin sağlık nedenlerine bağılı olarak yerine getirilemediğı hallerde karşı edim riskinin kısmen işçi üzerinde bırakıldığını göstermektedir.

Bu durumda yalnızca Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçi hastalık halinde iki günlük kaybının TBK m. 409 hükmüne dayanarak (hükümde öngörölen şartların sağlanması kaydıyla) giderilmesini talep edebilecek; İş Kanunu'na tabi çalışanlar ise iki günlük ücret kayıplarının giderilmesini işverenden talep edemeyecektir.

²²⁶ Yargıtay 22. H. D. 13.07.2012 tarih, 2011-12951/16944 sayılı kararı.

²²⁷ Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 117.

²²⁸ Geçici iş göremezlik ödeneğı miktarı, hastalık nedeniyle iş göremezliğin başladığı tarihten önceki on iki ay içerisinde sigortalının prime esas kazançları toplamının, bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle bulunan günlük kazancın yatarak tedavilerde yarısı, ayakta yapılan tedavilerde ise üçte ikisidir (5510 sayılı Kanun m. 18/III).

3.3.2.2.3. Gebelik ve Analık

İş Kanunu'nun 74. maddesi gereğince kadın işçilerin kural olarak doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz olmak üzere toplamda on altı haftalık süre içerisinde çalıştırılmamaları esastır.²²⁹ Bu dönemde iş görme ediminin yerine getiremeyen gebe işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığı kabul edilir. İş Kanunu'nda iş görme ediminin sağlık nedenlerine dayalı olarak yerine getirilememesi halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için bekleme sürelerin öngörülüdür. Bu bekleme süresi, işçinin bildirim süresine altı hafta eklenmesi ile bulunur. Ancak doğum ve gebelik halinde bu sürenin 74. maddedeki sürenin bitiminde başlayacağı öngörülüdür.

Dolayısıyla kadın işçinin gebelik ve doğumu nedeniyle iş görme edimini geçici olarak sunamaması ile oluşan ifa imkansızlığında, Kanun koyucu öncelikle işverenin haklı sebeple fesih hakkını sınırlamıştır. Ancak esasında, haklı nedenle fesih hakkının doğabilmesi için öngörülen bu bekleme süresinin geçmesinden sonra da işverenin serbestçe haklı nedenle fesih hakkını kullanamayacağını belirtmek gerekir. Nitekim İş Kanunu m. 74/VI'da kadın işçiye isteği halinde on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık sürenin tamamlanmasından sonra (bkz. m. 74/I) altı aya kadar ücretsiz izin hakkı tanınmıştır. Yargı kararları, bu iznin kullanılması için işverenin onayına ihtiyaç bulunmadığı yönündedir.²³⁰ Bu bakımdan, m. 74/VI'da düzenlenen ücretsiz iznin kullanılması halinde, işverenin haklı nedenle fesih hakkının m. 25/I'de öngörülen sürenin geçmesinden hemen sonra doğmayacağını belirtmek gerekir.

İşverenin haklı sebeple fesih hakkının sınırlandırılmasının dışında, iş görme edimini analık nedeniyle yerine getirilememesi halinde karşı edim riskinin kimin üzerinde bırakılacağı konusu da önem taşımaktadır. Sigortalı kadın işçi, analık izninin yanı sıra belirli şartları taşımak kaydıyla geçici iş göremezlik ödeneğine de hak kazanmaktadır. Ancak doğumda ya da doğum sonrasında annenin ölümü halinde, erkek işçiye vefat eden eşinin kullanmadığı süreler kullandırılırken, ona sosyal güvenlik sisteminden geçici iş göremezlik ödeneği verileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öğretide, 5510 sayılı Kanun m. 18'de değişiklik yapılarak bu maddenin İş Kanunu m. 74'te yapılan değişikliklerle uyumlu hale getirildiği ifade edilmelidir. Benzer şekilde İş Kanunu'nun 74. Maddesinin birinci fıkrasında üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğu aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta

229 Gebe işçi isterse, sağlık durumunun uygun olması durumunda, doktorun onayı ile doğumdan önceki üç haftaya kadar iş yerinde çalışabilir. Bu durumda çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenmektedir (İş Kanunu m. 74/I). Bu sürelerin işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilmesi mümkündür. Ancak bu durumun hekim raporu ile belirtilmesi gerekmektedir (İş Kanunu m. 74/III).

230 "... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74/5 maddesi gereği; isteği halinde kadın işçiye on altı haftalık sürenin tamamlanmasında veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra on altı aya kadar izin verileceği bildirilmektedir. Söz konusu iznin kullanılması talebi, işverene fesih hakkı vermeyeceği gibi kullandırılmaması davacının feshini haklı hale getirecektir. Bu anlamda izin talebinin kabulünün de kanuni bir yükümlülük olduğu görülmektedir...", Yargıtay 22. H.D.'nin 16.01.2017 tarih ve 2015-14643/125 kararı.

analık izni kullandırılacağı öngörülmüş ise de, analık sigortasına ilişkin hükümlerde evlat edinmeye ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Doğum yapan ya da evlat edinen işçiye tanınmış olan bu iki tür izinde, esasında iş görme borcu bakımından bir maddi ifa imkansızlığı söz konusu değildir. Ancak çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla diğer bir ifadeyle sosyal mülahazalarla doğum yapan işçiye veya üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinene kadın veya erkek işçiye tanınmış bir ek imkan söz konusudur. Burada işçinin doğum öncesi veya doğum sonrasında olduğu gibi bir iş göremezlik hali söz konusu değildir. Bir anlamda iş ilişkisinin özelliği dikkate alınmış, iş görme ediminin maddi veya manevi imkânsızlık hali olmaksızın sunulmasına izin verilmiştir.²³¹

İş Kanunu m. 74/II uyarınca işçiye isteği halinde belirli süreler boyunca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar izin verilmiştir. İşçi bu dönemde 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 5 uyarınca yarım çalışma ödeneğinden faydalanabilecektir.²³²²³³ Sonuç olarak anılan düzenlemeyle işveren işçinin iş görme ediminin yerine getirilmemesine haftalık çalışma süresinin yarısı kadar katlanmak ile yükümlü tutulmuş, haftalık çalışma süresinin çalışılmayan yarısında ise, karşı edim riski işçi üzerinde bırakılmayarak sosyal mülahazalarla Kurum tarafından İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanmak üzere üstelenilmiştir. Bunun yanında İş Kanunu m. 74/IV gereğince hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontrolleri için ücretli izin verileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde İş Kanunu m. 74/VII’te, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmek için günde toplam bir buçuk saat süt izni kullanma hakkı tanınmıştır.

3.3.2.2.4. Muvazzaf Askerlik

Askerlik hali de iş ilişkilerinde sıklıkla karşılaşılan bir ifa engelidir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesinin yollamasıyla yürürlükte bulunan 1475 sayılı Kanun’un 14/III bendi uyarınca iş sözleşmesini muvazzaf askerlik sebebiyle sona erdiren işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Yine, fesih hakkının kullanılması durumunda, işinden ayrılan işçiler için işe geri dönme isteklerinde kendilerine öncelik tanınacağı yönünde hükme yer verilmiştir (İş Kanunu m. 37/IV).

Öğretide Süzek, muvazzaf askerlik hizmetini uzun bir dönemi kapsadığını ve dolayısıyla geçici nitelik taşımadığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin askıya alınmasını gerektiren bir

231 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 125.

232 Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır (4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek m. 5).

233 Söz konusu ödenekten faydalanabilmek için 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu Ek m. 5 uyarınca; işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanun’un 63. maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hali izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kurum’a doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunması gerekir.

durum olarak değerlendirmemektedir.²³⁴ Yine Başterzi de, uzun dönem askerlik hizmetinin iş sözleşmesinin aksuya alınması sonucunu doğurmayacağı, işçilerin muvazzaf askerlik hizmetine sözleşmelerini feshederek gittiklerini ifade etmektedir.²³⁵

Buna karşılık muvazzaf askerliğin iş sözleşmesine etkisinin askerlik devam ettiği müddetçe askı durumu olduğu görüşü de savunulmuştur. Bu görüşe göre sözleşmenin askıda olması nedeniyle işçi iş görme edimini yerine getiremeyecek, işveren de ücret ödemekle yükümlü olmayacaktır.²³⁶

Askerlik hizmetini yapacak olan işçiye fesih hakkının tanınması ve işçinin bu hakkını kullanmadığından iş sözleşmesinin askıda kalacağı kabul edilmesi *de lege ferenda* bakımından iş ilişkilerinin özüne daha uygundur. Yasal bir ödev nedeniyle çalışma hayatına zorunlu olarak ara verilmesi sonucunu doğurmaktadır ve bu ifa engelinin ortaya çıkmasına taraflarca yol açılmamıştır. Bu halde en azından işverene fesih hakkı tanınmaksızın sözleşmenin askıya alınacağı kabul edilmelidir.²³⁷

3.3.2.2.5. Silah Altına Alınma

İş Kanunu m. 31'de yer alan düzenlemeye göre manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınana ve o işte en az bir yıl çalışmış işçinin iş sözleşmesi işten ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılmaktadır. Esasında işçinin herhangi bir sebeple silah altına alınması ya da kanundan doğan bir çalışma ödevi nedeniyle iş görme edimini sunamamasının geçici nitelik taşıdığı açık ise de Kanun koyucu tarafından geçici imkânsızlık sürekli imkânsızlığa eşit tutulmuş, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı öngörülmüştür (İş Kanunu m. 31/III).

3.3.2.2.6. Ailevi Nedenler

İş Kanunu ek madde 2'de işçiye evlilik veya evlat edinme ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü halinde beş günlük ücretli izin verileceği öngörülmüştür. İş sözleşmelerinde bağımlılık unsurunun işçinin kişiliği ile ilgili olması, iş görme ediminin yalnızca maddi ifa imkânsızlıkları ile sınırlı olarak kabul edilmemesini gerektirmektedir. İş hukuku alanında sosyal mülahazalar, işçinin iş görme edimini sunamamasının manevi nedenlerden kaynaklandığı bazı hallerde de ücretinin ödenmesini devam edilmesini haklı kılmaktadır.²³⁸

3.3.2.2.7. İşçinin Tutuklanması veya Gözaltına Alınması

4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinin iş sözleşmesi üzerindeki etkisi, işverenin haklı sebeple fesih hakkı kapsamında ayrı bir

234 Süzek, İş Hukuku, s. 509. Şüphesiz, kıdem tazminatı hakkına yönelik düzenleme, askerlik hizmetine gidilecek olması halinde tarafları iş sözleşmesini feshetmeye zorlayan bir durum olarak görülemez, taraflar arzu ederlerse iş sözleşmesini askıya alabilir.

235 Başterzi, Çalışmanın Kesintiye Uğraması, s. 116.

236 Davran, Muvazzaf Askerlik, s. 702.

237 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 128.

238 Akdeniz, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, s. 129.

kategori olarak ele alınmıştır. 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nda söz konusu durumun işveren bakımından iş sözleşmesinin feshinde bir haklı neden oluşturduğu kabul edilmekteydi. Ancak bu durum, anılan Kanun'un 17. Maddesinde öngörülmüş olan "İş yerinde işçiyi bir haftadan fazla süreyle çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı sebebin ortaya çıkması" kategorisine dahil edilmiştir.²³⁹

İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması, işçinin iş görme borcunu yerine getirememesine yol açmakta, dolayısıyla sözleşmenin ifasında bir engel teşkil etmektedir. Ancak bu engelin ortaya çıkması halinde henüz bir mahkumiyet halinden söz edilmediğinden, işveren bakımından bazı bekleme süreleri öngörülmüştür. Bu anlamda İş Kanunu, m. 25/IV'e göre işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığı 17. maddede belirtilen bildirim sürelerini aşması, işverene iş sözleşmesini fesih hakkı tanınmaktadır.

3.3.2.2.8. İşçi Kuruluşu Yöneticiliği

İşçi kuruluşuna profesyonel yönetici olarak seçilmek, iş görme borcunun yerine getirilememesi sonucunu doğuran hallerden biridir. Bu konuda, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda profesyonel yöneticilik için öngörülen esas, çalıştığı iş yerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıya alınmasıdır (STİSK m. 23/1). Öğretide, işçinin sendika organlarına seçilme hakkına sahip olduğu belirtilerek işçinin kendi iradesiyle bu hakkı kullanmasının ifa imkansızlığı sonucunu doğurmayacağı ileri sürülmüştür.²⁴⁰

STİSK sisteminde borçlar hukukunun genel hükümlerine göre sonraki imkânsızlık olarak değerlendirilecek bir husus, iş sözleşmesinin özelliği dikkate alınarak özel olarak düzenlenmiştir. Bu koruma, işçinin iş sözleşmesinin profesyonel yöneticilik dönemi boyunca askıya alınması ve işçinin iş sözleşmesinin profesyonel yöneticilik dönemi boyunca askıya alınması ve işçinin talep etmesi halinde iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanarak sona erdirilmesi yoluyla sağlanmaktadır.²⁴¹

3.3.2.2.9. İşçinin Greve Katılması

Toplu iş hukuku düzeninde işçinin greve katılması, iş görme edimini sunmaması bakımından haklı neden oluşturmaktadır. Greve katılan işçilerin iş sözleşmesinin Kanun gereğince askıya alındığı kabul edilmektedir (STİSK m. 67). Karşı edim durumu da aynı maddede düzenlenmiştir. Bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenmez ve bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz (STİSK m. 64/3).

3.4. DENİZ İŞ KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ SÖZLEŞMELERİNDE İMKÂNSIZLIK

Deniz İş Kanunu'nda başlangıçtaki imkânsızlık halinde uygulanmak üzere özel bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle Borçlar Kanunu'na tabi çalışan işçilerin iş

239 Şahlanan, Tutukluluk Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi, s. 148.

240 Süzek, Askı, s. 59.

241 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 132.

ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelinin ortaya çıkmasına ilişkin yer verilen esasların kural olarak Deniz İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından da geçerli olacağı belirtilmelidir.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinde bu Kanun'a tabi çalışanların iş sözleşmesinin hangi hallerde derhal feshedileceği ve hangi durumlarda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Buna göre iş sözleşmesi, işveren, işveren vekili veya gemiadamı tarafından geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla bir süre seferden kaldırılması halinde derhal feshedilecektir. Bu hüküm esasında iş yerinden kaynaklanan bir zorlayıcı sebeple işin durmasının sonuçlarını düzenlemektedir. Ancak İş Kanunu m. 24/III'ten farklı olarak iş sözleşmesini fesih hakkı yalnızca işçiye değil işveren ve işveren vekiline de tanınmıştır. Ayrıca yine anılan hükümden farklı olarak bekleme süresi bir hafta değil otuz gün olarak düzenlenmiştir.

Deniz İş Kanunu m. 14/III'te düzenlenen ve sözleşmenin her iki tarafına da derhal fesih hakkı tanıyan bir diğer hal ise gemiadamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesidir. Burada iş mevzuatındaki genel yaklaşımdan farklı olarak Deniz İş Kanunu, işçinin hastalığı veya engelliliği halinde, herhangi bir bekleme süresi öngörülmezsizin taraflara sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır. Yalnız bu hakkın kullanımı için söz konusu durumun gemide çalışmaya sürekli bir biçimde engel olacak ağırlıkta olması şartı aranmaktadır.

İş Kanunu'nun 74. Maddesine eklenen son fıkra uyarınca Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar bakımından da gemiadamının iş görme edimini analık, süt izni ve evlat edinme nedenlerine bağlı olarak yerine getirememesinin artık özel olarak düzenlendiğinin kabulü gerekir.

3.5. BASIN İŞ KANUNUNA TABİ ÇALIŞANLARIN İŞ SÖZLEŞMELERİNDE İMKÂNSIZLIK

Basın İş Kanunu'nda başlangıçtaki imkânsızlık halinde uygulanmak üzere öngörülmüş özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Borçlar Kanunu'na tabi çalışan işçilerin iş ilişkilerinde imkânsızlık ifa engelinin ortaya çıkmasına ilişkin yer verilen esasların kural olarak Basın İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler bakımından da geçerli olduğu belirtilmelidir.

Kural olarak iş sözleşmelerinde ücret, yapılan işin karşılığı olarak belirlenir. Basın İş Kanunu'nda ise bu durumun aksi benimsenmiş olup kararlaştırılan ücret, her ay peşin ödenmektedir (m. 14/I). Basın İş Kanunu'nda düzenleme bulunmayan hallerde İş Kanunu hükümlerine mi yoksa Borçlar Kanunu hükümlerine mi başvurulması gerektiği konusunda öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, Basın İş Kanunu'nda iş görme ediminin yerine getirilmemesi ve bunun sonuçlarına ilişkin pek çok özel hüküm bulunduğundan, bu kapsamda çalışan işçilerin iş görme edimlerini sunamamaları halinde Borçlar Kanunu'na ancak nadiren başvurulacaktır. Bu noktada,

Basın İş Kanunu'nda yer verilen özel hükümlerde, diğer İş Kanunlarına nazaran büyük ölçüde işçi lehine esaslar getirilmiş olduğunu da ifade etmek gerekir.²⁴²

Basın İş Kanunu'nda iş görme ediminin ifa imkansızlığının düzenlendiği hükümlerden ilki gazetecinin hastalanmasıdır. Bu madde ile kural olarak geçici imkânsızlık hali arz eden hastalık halinin ne zaman sürekli imkansızlığa eş tutulacağına sınırı Kanun Koyucu tarafından belirlenmiştir. İşveren, ancak gazetecinin hastalığının altı aydan fazla sürmesi halinde iş sözleşmesini feshedebilecektir (m. 12/I).

İş görme ediminin talim veya manevra dolayısıyla yerine getirilememesine ilişkin özel hüküm bulunmakta olup bu hüküm uyarınca silah altına alınan gazeteci, bu sürede ücretine hak kazanmaya devam edecektir (Basın İş K. m. 16/I). Ayrıca kısmi veya umumi seferberlik nedeniyle silah altına alınana gazeteci de üç ay boyunca ücretine hak kazanacaktır (Basın İş K. m. 16/II). Burada İş Kanunu'ndan farklı olarak gazeteciye ek bir koruma sağlanmış, talim, manevra, kısmi ya da umumi seferberlik hallerinde belirli sınırlar kapsamında da olsa işçinin ücrete hak kazanacağı öngörülmüştür.

242 Akdeniz, İş Sözleşmelerinde İmkânsızlık, s. 144.

SONUÇ

İş hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak belirlenmesi sebebiyle işçi ve işveren arasındaki ilişkinin özel bir ilişki olarak değerlendirilmesi ve bu özel ilişkiye genel hükümlerden ayrı hükümlerin düzenlenmesi gerekmiştir. Sürekli borç doğuran ilişkilere özgü hükümlerin, iş sözleşmelerine aynen uygulanması iş hukukunun özüne uygun düşmeyecek olduğundan, iş hukukunda özel birçok hüküm ihdas edilmiştir.

Borçlar hukukuna ait olan bir kavram olan imkânsızlık kavramının, iş hukukunda belli bir inceleme metodu üzerinde ilerleyerek bu kavramın ele alınmasını gerektirmiştir. Bu doğrultuda imkânsızlık ifa engelinin, başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık şeklinde ele alındığı borçlar hukuku temeline ek olarak iş sözleşmelerinde imkânsızlık kavramı incelenirken işçiden kaynaklanan sebeplerle imkansızlık ve işverenden kaynaklanan sebeplerle imkânsızlık şeklinde bir ayırım yapılması sonucu doğmuştur.

Borçlar hukukunda imkânsızlık hukuki sonuçları kural olarak borçlunun bundan sorumlu tutulup tutulamayacağına göre belirlenirken, iş hukukunda işçinin kendisinden kaynaklanan sebeplerle borcunu yerine getiremediği hallerde onun sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hükümlere yer verildiği görülecektir. Aynı şekilde, işin görülmesinde işverenin yol açmadığı bir engel nedeniyle iş yerinde işin yapılması durduğunda, işçinin ücrete hak kazanmasının önünü açan teoriler ortaya çıkarılmıştır.

Mevzuatımızda iş görme ediminin çeşitli sebeplerle yerine getirilememesine bağlanan sonuçlar ücret alacağından mahrum kalmaya ve bazı hallerde bekleme süreleri öngörerek sorunu taraflara fesih hakkı tanıyarak çözmek şeklinde geliştirilmiştir. İş Kanunu m. 25/III hükmü, çeşitli engeller ortaya çıktığında kolay bir biçimde iş sözleşmesini sona erdirmeye yol gösteren ve imkânsızlık ifa engelinin karşılaştırılmalı hukuktaki gelişmelere benzer olmayan uygulamalar içermektedir.

Buna karşılık, zorlayıcı sebeplerle çalıştırılmayan işçiye, bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün yarım ücret ödeneceğine ilişkin İş Kanunu 40. maddesinin işletmede ortaya çıkan rizikoyu taraflar arasında bölüştürerek bu hususa ilişkin yasal bir zemin oluşturmaktadır. imkansızlık ifa engelinin ortaya çıktığı bu gibi hallerde, engelin doğurmuş olduğu olumsuz sonuçların işçi ve işveren arasında eşit bir şekilde paylaşılarak soruna çözüm üretmeye yönelen hüküm ve uygulamalar, günümüzde iş hukukunun toplum düzeninde amaç edindiği bir yol olmalıdır.

Özellikle Covid-19 salgını ile birlikte son iki yılda ülkemizde ve tüm dünyada yaşanan mücbir sebep nedeniyle iş durması halinin çözüm odaklı, rizikoyu sözleşmenin tarafları arasında eşit olarak bölüştürmeyi hedefleyen ve işlerlik kazanmış hale gelen uygulamalarla üstesinden gelinmesi, iş hukuku mevzuatının başarılı bir şekilde kodifiye edildiğini gösterecektir.

Covid-19 salgını ile birlikte sosyal hayatımızda olduğu gibi çalışma hayatında da birçok değişiklik yaşanmıştır. Bunların başında, özellikle sokağa çıkma yasaklarının olduğu

dönemlerde çalışma hayatının bazı sektörlerde yavaşlaması hatta bazı sektörlerde durma noktasına gelmesi söz konusu olmuştur. Çalışmanın kesintiye uğradığı bu sektör çalışanları için de, normal çalışma dönemi başladığında işverenlerin aklına ilk gelen çözüm olarak İK m. 64 uyarınca telafi çalışması uygulaması olmuştur.

Bu anlamda telafi çalışması kavramının ve uygulama şeklinin yeniden incelenmesi ve Kanunun lafzının yeniden değerlendirilmesi de gerekmiştir. Yukarıda bahsi geçen tartışmalar, salgın sebebiyle yaşanan değişimler sonucunda somut bir şekilde telafi çalışmasının hayatımıza girmesiyle bazı yönleriyle anlamsız kalsa da bazı yönleriyle de tartışmanın odağını yakalamamıza fırsat yaratmıştır.

Belirtmek gerekir ki, İK m. 64'te "normal çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi" şartında yer alan iki hal de Covid-19 salgını döneminde yaşanan tam kapanmalar ve sokağa çıkma yasakları sonucu iş saatlerinin değişmesi sebebiyle gerçekleşmiştir. İlk olarak "normal çalışma süresini önemli ölçüde altında çalışma" şartı, sokağa çıkma yasakları nedeniyle çalışma saatlerinin yeniden düzenlenmesi sonucu gerçekleşmiştir. Örneğin sokağa çıkma yasağının 19:00-09:00 olduğu dönemde kamu çalışanlarının çalışma saatleri 10:00-16:00 olarak düzenlenmiş ve özel sektörde bazı işyerlerinde de bu saatler arasında çalışılmıştır. Bu dönemde yapılan eksik çalışmalar, normal çalışma saatleri uygulanmaya başladığında Kanunda tanımlandığı şekilde takip eden 3 ay içerisinde işverenler tarafından yaptırılmaya başlanmıştır. İkinci şart olan "tamamen tatil edilme" şartı da, tam kapanma dönemlerinde gerçekleşmiştir. Bu bakımdan Covid-19 salgının, çalışma hayatında daha önce çok nadir kullanılmış bir kavramı canlandırmış olmakla özellikle iş hukukuna getirmiş olduğu olumlu etkiyi göz ardı etmemek gerekir.

KAYNAKÇA

- AKALIN**, Haluk Şükrü: Türkçe Sözlük, 10. Basım, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2005.
- AKDENİZ**, Ayşe Ledün: İş İlişkilerinde İMKÂNSIZLIK, 1. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AKYİĞİT**, Ercan: İş Kanunu Şerhi, C. 1, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- AKYİĞİT**, Ercan: İş Kanunu Şerhi, C. 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- AKYİĞİT**, Ercan: Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı, İstanbul, 1990.
- ALPAGUT**, Gülsevil: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, C. 8, S. 31, 2011, s. 91-956.
- ALPAGUT**, Gülsevil: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkansızlığı, Legal İHSGHD, S. 6, 2005, s. 656-664.
- ALTUNKAYA**, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İMKÂNSIZLIK, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ASTARLI**, Muhittin: Türk Hukukunda Geçici İşçi Kavramı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002.
- ASTARLI**, Telafi Çalışması, s. 18-20; Ekonomi, Telafi Çalışması, Legal İHSGHD, S. 4, Y. 2004, s. 1247-1260
- AYDOS**, Oğuz Sadık: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BAKIRCI**, Kadriye: Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- BAŞOĞLU**, Başak: “Sözleşmenin Konusunda İMKÂNSIZLIK”, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 489-517.
- BAŞTERZİ**, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara, 2007. (*Çalışmanın Kesintiye Uğraması*)
- BAYCIK**, Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, C. 20, s. 1, y. 2014, S. 223-262.
- BAYSAL**, Başak: “Aşırı İfa Güçlüğü”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, C. 2, s. 332-342, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014.

CANİKOĞLU, Nurşen: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği” A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayınları, s. 499-547, İstanbul, 2005. (*Kısa Çalışma*)

ÇELİK, Nuri/**CANİKOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat: , İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.

DAVRAN, Cahit: “İş Kanunu ve Borçlar Kanununa Göre Muvazzaf Askerliğin Hizmet Akdine Etkisi” İBD, Eylül-Ekim 1970, s. 692-705. (*Muvazzaf Askerlik*)

DİGESTA : Corpus Iuris Civilis, Theodor Mommsen/Paul Krèuger, Berolini, 1965.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, s. 30-31, Y. 2014 S. 4

DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İMKÂNSIZLIK, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1976. (*İMKÂNSIZLIK*)

EKMEKÇİ, Ömer: “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Sorunlar” Sicil İş Hukuk Dergisi, S. 14, 2009, s. 47-59. (Kısa Çalışma)

EKMEKÇİ, Ömer: Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, 2019, s. 19-28.

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. 1, 3. Basım, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı Kitap Yayınları No. 18, İstanbul, 1987.

ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra: Borçlar Hukukunda Kısmi İMKÂNSIZLIK, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

ERDEMİR, Makbule Aymelek: İşverenin Yönetim hakkı ve Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.

ESENER, Turhan: İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 2978.

EYRENCİ, Öner: “4857 sayılı İş Kanununun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 150-185. (*İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesi*)

EYRENCİ, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 8. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

EYRENCİ, Öner: “4857 sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları” Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9 Özel Sayı, 2007, s. 31-42. (*Telafi Çalışmaları*)

EYRENCİ, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 8. Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

GÜNAY, Arki: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

GÜNDOĞDU, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014. (*Kusurlu İfa İmkansızlığı*)

İNCEOĞLU, Murat: “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşması”, AÜHFHD, C. 57, S. 4, 2008, s. 237-254. (*Alacaklı Yüzünden İmkansızlaşma*)

KARAÇÖP, Eda/**YAKAMOĞLU**, Efe: 6098 sayılı Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi, Legal İHSGHD, C. 10, S. 38, 2013, s. 83-148.

KAYA, İşverenin Eşit Davranma Borcunun Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 6, Y. 2016, s. 89

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

KORKMAZ, Hüseyin/**AKYILDIZ**, Adem: İş ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Alter Yayıncılık, 5. Basım.

KOYUNCU, Ahmet: İşçinin Sadakat Borcu ve İşverenle Rekabet Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, 2009, s. 89-95.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL**, Ulaş: İş Hukuku, 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

NOMER, Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal: İş Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.

OĞUZMAN, M. Kemal/**BARLAS**, Nami: Medeni Hukuk, 24. Basım, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, 16. Basım, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 16. Basım, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ÖZDEMİR, İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 11, C. 4, Y. 2006, s. 11.

- REİSOĞLU**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2014.
- SAYMEN**, Ferit Hakkı: Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- SELİÇİ**, Kesin Vadeli İşlemler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Araştırmaları Dergisi Yeni Seri Y. 1 No:3'ten Ayrı Bası, İstanbul, Garanti Matbaası, 1968.
- SELİÇİ**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976. (*Sürekli Borç*)
- SENYEN (KAPLAN)**, Tuncay: İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, s. 567-594, İstanbul, 2011.
- SEROZAN**, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Basım, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2016.
- SOYER**, Polat: "İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku" DEÜHFD, C. 2, S. 2, 1981, s. 101-126. (*İşletme Rizikosu Teorisi*)
- SUR**, İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.37, Y. 2017, s. 39
- SÜMER**, Haluk Hadi: İş Hukuku, Seçkin Yayınları, 21. Basım.
- SÜMER**, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- SÜZEK**, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, (*Askı*)
- SÜZEK**, Sarper: İş Hukuku, 16. Basım, Beta Yayınları, Ankara, 2018.
- ŞAHLANAN**, Fevzi: "Tutukluluk Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi- Karar İncelemesi", Karar İncelemeleri II, Türkiye Tesktil Sanayi İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2016, s. 148-153.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi: Borçların İfası, İhlali, Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967.
- TOPUZ**, Seçkin/**CANBOLAT**, Ferhat: "Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi", AÜHFD, c. 57, s. 3, 2008, s. 673-718.
- TUNCAY**, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- TUNCAY**, Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, İKÜHKD., C. 28, S. 118, s. 313-314.

TUNCAY, A. Can/ SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Toplu İş Hukuku, 6. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

TUNÇOMAĞ, Kenan: “Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü”, İş Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, 1969, s. 113-131.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.

TURAN, Gamze: İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 5-6, Ağustos-Kasım 2008,

UŞAN, Muhammed Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

YELEBAŞI, Cengiz: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 1. Basım, Ankara, 2014.

YENER, M Zahid: İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Monopol Yayınları, Ankara, 2018.

YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

YILMAZ, Ejder: Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Hukuku Bağlamında), Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011, S. 22, s. 22-31.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınevi, 8. Basım, Ankara, 2021.

YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.