

## YENİ İŞ KANUNU TASARISI VE İŞÇİNİN İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI

*Yrd.Doç.Dr. Murat ENGİN\**

### GİRİŞ

Türk iş hukuku, 4773 sayılı Yasa ile getirilen iş güvencesi ile modern iş hukuku sistemleri arasında yerini almaya hazırlanıyor. Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan yeni İş Kanunu Tasarısı da yasalaştığı takdirde, Türk iş hukuku çok önemli bir yeniden yapılanmayı gerçekleştirmiş olacak. Tasarımın, iş güvencesi ve esnek çalışma biçimleri gibi başta gelen kurumlar yanında daha az dikkat çekici ancak önemli yeni kurumları düzenlediği görülmektedir. Çalışmamızda iş hukuku kamuoyunun dikkatini bu düzenlemelerden ikisine, işverenin ücret ve işçiyi gözetme borcuna ilişkin yeni hükümlere çekmek istiyoruz.

İşverenin ücret ödeme borcunda temerrüdü halinde işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceğini hükme bağlayan Tasarı m. 35 ile, işçinin ödemezlik def'i ileri sürme hakkı düzenlenmektedir. Hukuki temelini işverenin temerrüdünde bulan Tasarı m. 85 ise, İşçi sağlığı ve iş güvenliği açısından yaşamsal veya acil bir tehlikeyle karşı karşıya kalan işçiye işten kaçınma hakkı tanımaktadır.

Aslında, işverenin ücret borcunu ifa etmemesi veya işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini almaması halinde, işçinin BK. m. 81 e göre ödemezlik def'ine ve BK. m. 325 e göre işverenin temerrüdüne dayanarak işten kaçınması hukuken mümkündür. Ancak, nedensiz fesih olanağının bulunduğu bir sistem içinde ve Yargıtayın da olumsuz tutumu karşısında söz konusu hukuki olanaklar bugüne kadar işlerlik kazanmamıştır. Halbuki, sözleşme ilişkisini sona erdirmeden karşı tarafı edimini ifaya zorlama olanağı veren ödemezlik

---

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

defi ile işveren temerrüdü iş hukukunda, özellikle, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında önemli bir yere ve işleve sahip olabilir.

Söz konusu iki hükümle Tasarı, işten kaçınma hakkını ayrıca ve açıkça düzenlemektedir. Hukuki temelleri birbirinden farklı olmakla birlikte, her iki hükmü tanımlamak üzere iş görmekten kaçınma hakkı terimini kullanıyoruz. Nitekim, Tasarı m. 35 de işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınması, m. 85 te de işçinin çalışmaktan kaçınması ifadelerine yer verilmektedir.

## **I. ÜCRET BORCUNUN İFASINDA TEMERRÜT VE İŞTEN KAÇINMA HAKKI**

### **1. İşverenin Ücret Borcunu İfada Temerrüdü ve Ödemezlik Defi**

İş Hukuku uygulamasının, özellikle ekonomik güçlük dönemlerinde yoğunlaşan olağan sorunlarından biri işverenin ücret borcunu ifada temerrüde düşmesidir. Temerrüdün ortaya çıkması için, Borçlar hukukunun genel kuralı gereği işverenin kusuru şart olmadığı gibi, ücretin tamamının ya da bir kısmının ödenmemesi sonucu değiştirmez. Bunun gibi, para borçlarında ifa imkansızlığı söz konusu olmadığı ve mali güçlük, ekonomik kriz gibi olgular işverenin risk alanı içinde bulunduğu için, BK. m. 117 ye göre ücret borcu sona ermez. Dolayısıyla işveren, kusursuz olarak ödeme güçlüğü içinde bulursa bile temerrüde düşer<sup>1</sup>.

İşverenin ücretin tamamını veya bir kısmını ödememesi halinde işçinin alacağına kavuşmak için başvurabileceği ilk hukuki yol, zamanaşımı süresi içinde eda davası açarak ücretini yasal faiziyle birlikte talep etmektir. Toplu iş sözleşmelerine dayanan eda davalarında faize ilişkin olarak TSGLK. m.61/I uygulanır.

Eda davası yanında işçinin başvurabileceği bir diğer yol, İş Kanunu m.16/II.d ile düzenlenen ücretin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshidir. Yargıtayın bizim de katıldığımız içtihadına göre, ücretin ödenmemesi durumunda sürekli bir borca aykırılık durumu var

<sup>1</sup> **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2002; 313 vd; Ayrıca bkz. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. 2, b. 5, İstanbul 1999, 1081,1087

olduğundan, temerrüt devam ettiği sürece İK. m. 18 de hükme bağlanan altı işgünlük hak düşümü süresi işlemeye başlamaz<sup>2</sup>.

İşçi, eda davasını açmak için sözleşmeyi haklı nedenle feshetmek zorunda değildir. Ancak, iş güvencesinin bulunmadığı bugüne kadarki uygulama, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshettikten sonra eda davası açması biçiminde gelişmiştir.

İşçinin, sözleşmeyi feshetmeden ve dava açmak zorunda kalmadan işvereni ücret borcunu ifaya zorlayabileceği bir yol, Borçlar Kanunu m. 81 de yer alan ödemezlik defini kullanarak iş görme edimini ifadan kaçınmaktır. Karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde kişiye, önce ifası gereken edim ifa edilinceye kadar kendi edimini ifadan kaçınma ve karşı tarafa baskı uygulama olanağı sağlayan ödemezlik definin iş sözleşmesinde kullanılabilmesi öğreti tarafından kabul edilmektedir.

Öğretiye göre, her ne kadar, iş sözleşmesinde ücret iş görme borcunun ifasından sonra ödenirse de, işçinin önce ifa borcu altında olduğu söylenerek ödemezlik defini kullanamayacağı ileri sürülemez. İşçinin önce ifa borcu altında olması nedeniyle ödemezlik defini ileri süremeyeceğinin kabulü onu belirsiz bir süre karşılıksız çalışmaya zorlama anlamına gelecektir. Ani edimli borç ilişkileri esas alınarak düzenlenmiş olan BK. m. 81, iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği göz önünde tutularak uygulanmak zorundadır. Buradan hareketle öğretide, işverenin ödeme döneminin sonunda muaccel hale gelen ücret borcunu makul bir süre içinde yerine getirmemesi halinde, işçinin BK. m. 81 hükmüne dayanarak ücret ödeninceye kadar iş görme edimini ifa etmekten kaçınabileceği kabul edilmektedir<sup>3</sup>.

Yine öğretide, işçinin ödemezlik defini ileri sürdüğü dönem içinde iş görme yükümlülüğü altında olmadığı, bu nedenle işverenin ödemezlik defini kullanan işçinin sözleşmesini devamsızlık nedeniyle feshedemeyeceği ifade

<sup>2</sup> Y.9.HD. 3.10.1995, 9523/30512, **Kılıçoğlu**, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2001, 536; Aynı yönde Y.9 HD. 8.21989, 12433/856, **Kılıçoğlu**, 537-538

<sup>3</sup> **Kaniti**, Salamon, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, 1962, 74-75; **Soyer**, Polat, İşçinin İş Görme Borcu, İzmir, 1979 (Yayınlanmamış Doktora Tezi) 216 vd; Aynı yazar, İHU İşK. 26 (No. 1); **Tuncay**, Can İHU TSGLK. 19 (No. 2); **Sur**, Melda, Grev Kavramı, İzmir 1987, 80 vd; **Centel**, Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, 370; **Süzek**, İş Hukuku, 314 vd.

edilmektedir<sup>4</sup>. Yargıtaya göre de, bir süredir ücretini alamayan işçinin işverene bunun nedenini sorması ve cevap beklediği süre içinde işine devam etmesinin istenmesi hakkaniyet kuralları ile bağdaşmaz ve bu durumda işçinin işe devam etmemesi işveren için haklı fesih nedeni oluşturmaz<sup>5</sup>.

Yine aynı dönem için işçinin ücrete hak kazanacağı da kabul edilmektedir. Buna göre, borcun ifası mümkün olmakla birlikte işverenin işbirliği olmaksızın işçiden ifanın beklenemeyeceği hallerde, alacaklının hazırlık fiillerini yerine getirmemesinde olduğu gibi, işveren alacaklı temerrüdüne düşer ve işçi çalışmadığı halde ücret talep edebilir<sup>6</sup>.

## 2. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İşçilerin Topluca İşten Kaçınmaları

Bireysel ilişkide ücreti ödenmeyen işçinin BK. m. 81 e dayanarak işten kaçınması bir hak olarak kabul edilmekle birlikte, aynı nedene dayanan işçilerin işi topluca bırakmaları uygulamada genellikle yasa dışı grev olarak nitelenmiş ve hukuka aykırı sayılmıştır. Üstelik, ücretlerin ödenmemesi çoğu kez işverenin ödeme güçlüğü içinde bulunduğu dönemlerde ortaya çıktığı ve işletmede çalışan tüm işçileri ilgilendirdiği için, işi bırakma genellikle bireysel olmaktan çok topluluk fiili görünümü kazanmaktadır. Gerçekten, yasal grevi menfaat uyumsuzlukları ile sınırlandıran TSGLK.nun sistematığı içinde, hak uyumsuzluklarına ilişkin her türlü işi bırakma veya yavaşlatma fiili yasa dışı grev tanımına girmektedir. Yasa dışı grevin hukuki yaptırımını olarak iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi (m. 45) yanında, ceza yaptırımını (m. 70) öngörülmektedir.

Yargıtay, süreklilik kazanan içtihadıyla ücretlerin veya sosyal hakların ödenmemesi karşısında işçilerin dava açma ve iş sözleşmesini bildirimsiz feshetme haklarının bulunduğu, bu haklarını kullanmayarak topluca işi

<sup>4</sup> Geniş açıklama için bkz. **Soyer**, İş Görme, 336 vd.; Aynı yazar, İHU İşK. 26 (No. 1), 4; aynı yönde, **Süzek**, İş Hukuku, 315; **Centel**, 373

<sup>5</sup> Y.9.HD: 2492/3578, İHU İşK. 17, No. 20

<sup>6</sup> **Soyer**, İHU İşK. 26 (No. 1), 5; **Süzek**, İş Hukuku, 315; **Sur**, 85; Sonuca katılmakla birlikte gerekçeler bakımından aksi görüş, **Centel**, 371

bırakmalarının yasa dışı grev olduğuna hükmetmektedir<sup>7</sup>. Konuyla ilgili kararların toplu direniş, toplu viziteye çıkma, işyerini topluca terk etme gibi eylemlerin sıkça görüldüğü 90 lı yıllarda yoğunlaştığı ve bu tür fiillerinin tespit edildiği olaylar için Yargıtayın yasa dışı grev tanımlaması yaptığı görülmektedir<sup>8</sup>.

Ancak Yargıtay, işi bırakmanın topluca olsa bile grev görünümü taşımadığı bir durumda yasa dışı grev iddiasını reddetmiştir. İlgili kararında Yargıtay, tahakkuk etmiş yirmi günlük ücretlerini ödenmemesi üzerine toplu halde işi bırakan, ancak işyerini terk etmeyen işçilerin davranışını yasa dışı grev olarak nitelendirmenin mümkün bulunmadığına hükmetmiştir<sup>9</sup>.

Eldeki kararlar incelendiğinde, Yargıtayın, işçilerin somut olaydaki davranış biçimine bakarak sonuca vardığı, toplu direniş, eylem biçimi alan durumları yasa dışı grev olarak nitelediği görülmektedir. Bu bakımdan kanımızca Yargıtay, işçilerin davranış biçiminden hareketle hakkın doğruluk ve güven kurallarına uygun kullanılıp kullanılmadığının denetimini yapmaktadır.

Öğretide Oğuzman, işçilerin ücretlerini elde etme amacıyla aralarında anlaşarak topluca iş görmekten kaçınmalarının her durumda yasa dışı hak grevi teşkil edeceğini ifade etmektedir<sup>10</sup>. Buna karşılık, öğreti çoğunluğu işverenin ücret borcunu makul bir süre içinde ifa etmemesi halinde işçilerin, ücretleri ödeninceye kadar işi toplu da olsa bırakmalarının yasa dışı grev oluşturmayacağı görüşündedir. Öğretiye göre, (yasa dışı) grevin maddi unsuru olan işin bırakılmasından söz etmek için işçilerin çalışma yükümlülüğü altında olmaları gerekir. İş bırakan işçinin herhangi bir nedenle iş görme borcu altında olmadıkları bir durumda grevden söz edilemez. İşçiler ancak iş görme borcunu ifa yükümlülüğü altında olmalarına rağmen işi bırakmaları halinde grev ortaya çıkar. Ödemezlik definin kullanıldığı sırada işçiler iş görme borcunu ifa yükümlülüğü altında olmadıklarına göre, topluca

<sup>7</sup> Y.9.HD. 7.10.1993, 3638/14256, **Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları**, Kamu-İş 1995, 530; Y.9.HD. 21.6.1994, 1728/9862, Kamu-İş 1995, 531; Y.9.HD. 15.9.1999, 10492/13722, Değerlendirme 1999, 28

<sup>8</sup> Bkz. dn. 6 da yer alan kararlar

<sup>9</sup> Y.9.HD. 8.6.1990, 6424/7006, Değerlendirme 1990, 126

<sup>10</sup> **Oğuzman**, Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, 4. Bası, 254. dn. 153; Aynı yönde, **Centel**, 372-373

çalışmama yasa dışı hak grevi değil, yasadan doğan bir hakkın kullanılmasıdır<sup>11</sup>.

Gerçekten, ödemezlik defî nispi sözleşme ilişkisine dayanan bireysel bir haktır. Grev ise, ister yasal isterse yasa dışı olsun, niteliği gereği topluluğun ortak iradesini gerektiren, topluluğun ortak amacını temsil ettiği için bireysel iş ilişkisine ait olmayan bir fiildir<sup>12</sup>. Bu nedenle, işi bırakma hakkı ile hak grevi hukuki nitelikleri itibarıyla farklı kurumlardır.

Bu görüşler, Tasarı m. 35 hükmü ile normatif düzenlemeye kavuşmaktadır.

### 3. Tasarı m. 35 Hükümüne Göre İşten Kaçınma Hakkı

Tasarı m. 35 e göre, “Ücretini ödeme gününden itibaren on gün içinde alamayan işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak işçilerin iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez ve işçiler çalışmadıkları süre için ücrete hak kazanırlar”.

#### a. Hakkın Doğum Anı

Ödeme gününün belirlenmesinde İK: m. 26 (Tasarı m. 34) esas alınacaktır. Bu hükme göre, ücret en geç ayda bir ödenir. Sözleşmeyle bu süre bir haftaya kadar indirilebilir. Tasarı m. 35 e göre, ücretini ödeme gününden itibaren on gün içinde alamayan işçi iş görmekten kaçınabilir. Buna göre, iş görmekten kaçınma hakkı ödeme gününden itibaren on gün sonra doğacağından, ödeme gününü takip eden on günlük süre içinde işçinin iş görme edimini ifa yükümlülüğü devam edecektir.

Esasen öğretilde, işverenin ödeme döneminin sonunda muaccel hale gelmiş ücret borcunu “makul bir süre” içinde yerine getirmemesi halinde

<sup>11</sup> Soyer, İş Görme, 223 vd.; Aynı yazar, İHU İşK. 26 (No. 1) 2 vd; Tuncay, İHU TSGLK 19 (No. 2 ), 5 vd; Aynı yazar, Değerlendirme 1994, 39; Süzek, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 62-63; Aynı yazar, İş Hukuku, 316-317; Tuncay, Değerlendirme 1994, 39; Sur, 88

<sup>12</sup> Topluluğun ortak menfaati ve bireysel hak ve menfaatten farkı için bkz. Engin, Murat, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul, 1999, 86 vd.

işçinin iş görmekten kaçınabileceği ifade edilmektedir<sup>13</sup>. İşte Tasarı ile buradaki makul süre on gün olarak kesinleştirilmektedir.

Tasarı m. 35 in uygulanmasında, İK. m .16/II. d ye ilişkin uygulama yol gösterici olabilir, Bugüne kadarki uygulamada, para havalesinin gelmemesi, ekonomik ve mali sorunlar nedeniyle ücretin makul sayılabilecek kısa bir süre için geç ödenmesi halinde işçinin İK. m 16/II d ye göre haklı nedenle fesih hakkının doğmayacağı kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Buna karşılık, işverenin kusuru olmadan ödeme güçlüğü içine düşmüş bulursa bile, ücret ödemelerinin sürekli olarak gecikmesi halinde işçinin derhal fesih hakkının doğacağı ifade edilmektedir. Ancak işçinin bu hakkını doğruluk ve güven kurallarına göre kullanmak zorunda olduğu, sözleşmede belirlenenden geç olmakla birlikte, ödemenin sürekli belirli bir tarihte yapılması ve işçinin de buna itiraz etmemesi halinde, ödeme gününün zımnen değişmiş olacağı ve derhal fesih hakkının doğmayacağı kabul edilmektedir<sup>15</sup>.

Bu tür bir zımni anlaşmanın tespit edilemediği ve fesih hakkının doğduğu hallerde ise işçi derhal fesih için İK. m. 18 deki altı iş günlük hak düşümü süresi ile bağlı değildir. Gerçekten Yargıtaya göre, ücretlerin geç ödenmesinde sürekli bir borca aykırılık hali var olup bu durumda altı iş günlük süre uygulanmaz<sup>16</sup>.

Aynı esaslar işten kaçınma hakkının kullanılmasında da dikkate alınacak niteliktedir. İşverenin kusursuz da olsa ödeme gününden itibaren on gün içinde ücreti ödememesi halinde işçi iş görmekten kaçınma hakkı doğacaktır. İşçinin ilk gecikmede hakkını kullanmasa bile, ödemede gecikmenin devam etmesi halinde sürekli borç ilişkisinin özelliği nedeniyle işçi işten kaçınma hakkını sonraki aylarda kullanabilecektir.

#### ***b. Hakkın Topluca Kullanımı***

Tasarı m. 35 hükmünün en dikkat çekici yönü, hakkın toplu kullanımına ilişkin olarak getirdiği düzenlemedir. İşçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemelerinin toplu nitelik kazansa da grev olarak

<sup>13</sup> Süzek, İş Hukuku, 315

<sup>14</sup> Çelik, 188; Günay, İlhan Cevdet, Şerhli İş Kanunu, I, Ankara 1998, 971

<sup>15</sup> Çelik, 187-188; Günay, I, 971

<sup>16</sup> Y.9 HD. 24.4.1995, 47/13930, Kılıçoğlu, 536

nitelenemeyeceği hükmü, işten kaçınma hakkını yasa dışı hak grevinden ayırt etme amacı ile öngörülmüşse de yeteri kadar açık değildir.

Hükmün yorumunda, yargı içtihadı ve öğretisi görüşü birlikte değerlendirilerek sonuca varılabilir. Ödemezlik defii bireysel sözleşme ilişkisine dayanan nispi bir haktır. Hükümdeki “kişisel karara dayanma” ifadesiyle de herhalde işten kaçınma hakkının bireysel niteliğine işaret edilmektedir. Grev ise, niteliği gereği topluluğun ortak iradesini gerektiren, topluluğun ortak amacını temsil ettiği için bireysel iş ilişkisine ait olmayan bir fiildir<sup>17</sup>. Daha da önemlisi, ödemezlik defini kullanan işçi iş görme yükümlülüğü altında değil iken, yasa dışı grevin işçilerin iş görme edimlerini ifa yükümlülüğü altında olmalarına rağmen işi bırakmaları halinde ortaya çıkmasıdır<sup>18</sup>.

Bu bakımdan, işten kaçınma hakkını birden çok işçi aynı anda kullansa ve zamanlaması bakımından toplu görünse bile, her bir işçi kendi bireysel ilişkisinden kaynaklanan hakkını kullanmış olacaktır.

O halde, uygulamada önce her bir işçi bakımından işten kaçınma hakkının doğup doğmadığı araştırılmalı, hakkın doğduğu tespit edildiği takdirde, fiil görünüşte toplu olsa da yasa dışı grev olarak vasıflandırılmamalıdır.

Tasarı m. 35 e göre, işten kaçınma hakkını kullanan işçiler çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanırlar. İşten kaçınma hakkının ne kadar süre devam edeceği ise işverenin bildirimli fesihle bulunma yetkisinin doğup doğmadığına göre değişir. İşverenin ücret ödememesi, İK. m. 13/A da (Tasarı m. 19) ifade edilen işin ya da işletmenin gereklerinden kaynaklanıyor olabilir. Bu durumda, işten kaçınma hakkı, işverenin geçerli nedene dayanan yetkisini kullanıp bildirimli fesihle bulunduğu ana kadar devam edecektir. Bu dönem içinde doğan ücret alacakları için işçiler, ücrete ilişkin yasal güvencelerden ve bu arada, Tasarı m. 36 ile yeni bir kurum olarak düzenlenen ücret garanti fonundan yararlanacaklardır.

<sup>17</sup> Bkz. **Soyer**, İHU İşK. 26 (No. 1), 4 vd.; **Tuncay**, İHU TSGLK 19 (No. 2), 6 vd.; **Süzek**, Askı, 64-65; Aynı yazar, İş Hukuku, 317; **Engin**, Sistem, 86 vd.

<sup>18</sup> Bkz. dn. 11



## II. İŞÇİ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİNİN ALINMAMASI NEDENİYLE İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI

### 1. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğu

İşyerinde işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğü işverenin işçiyi gözetme borcundan kaynaklanan başlıca yükümlülüklerinden biridir. İşçiyi gözetme borcu, iş sözleşmesinin taraflar arasında kurduğu kişisel ilişkiden, diğer deyimle bağımlılık ilişkisinden kaynaklanır. İş sözleşmesinde işçi işverenin yönetim hakkına tabi olur ve diğer sözleşmelerde bulunmayan biçimde taraflar arasında sıkı bir kişisel ilişki kurulur. Diğer sözleşmelerde tarafların borçlarını doğruluk ve güven kurallarına uygun biçimde yerine getirmeleri yeterli görülürken, iş sözleşmesinde ücret ve iş görme borçları yanında sadakat, işçiyi gözetme, eşit işlem yapma gibi bu sözleşmeye özgü borçlar ortaya çıkar<sup>19</sup>. İş sözleşmesine özgü kişisel ilişki nedeniyle işveren, iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlar karşısında işçinin kişilik haklarını korumak ve gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İşçiyi gözetme borcu, iş sözleşmesinin ayırdedici unsuru olan bağımlılık ilişkisi ile doğrudan ilgilidir<sup>20</sup>.

Ancak, işverenin işçiyi gözetme borcu ve iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü salt iş sözleşmesine özgü değildir. Aslında, her sözleşme ilişkisinde tarafların birbirinin hukuki varlıklarını koruma yönünde yan yükümleri bulunmaktadır. Alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinde ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunması amacını taşıyan yan yükümler ifaya yardımcı ve koruyucu yan yükümler olarak ikiye ayrılır. Koruyucu yan yükümler, diğer ifadeyle koruma yükümleri, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet ederler. Temelini MK. m. 2 de bulan koruma yükümleri, sözleşmenin bağitlanmasından önce, sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan sorumluluğa (culpa in contrahendo) vücut verdikleri gibi, tarafların anlaşması veya yasal düzenleme ile sözleşme ilişkisinin içine girerek yan edim yükümlülüğü niteliğini de

<sup>19</sup> **Süzek**, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 176-177; **Uluslan**, İlhan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul, 1990, 8 vd., **Ekonomi**, Münir, İş Hukuku, İstanbul, 1984, 154 vd.; **Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000, 137 vd.

<sup>20</sup> **Süzek**, İş Güvenliği, 181 vd.; Aynı yazar, İş Hukuku, 327 vd.; **Uluslan**, 16-17, 19

kazanabilirler<sup>21</sup>. Bunun yanında yan yükümler, asli edimin kabulü için alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken hazırlık fiillerini de teşkil edebilirler<sup>22</sup>.

İşverenin iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünü düzenleyen BK. m. 332, işveren “hakkaniyet dairesinde” çalışmak dolayısıyla işçinin maruz kaldığı tehlikelere karşı gerekli önlemleri almak zorunda olduğunu hükme bağlamaktadır. İş Kanunu m. 73 de, işvereni işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmakla yükümlü kılmaktadır. “Hakkaniyet dairesinde” tedbir alma yükümlülüğü getiren BK: m. 332 ile “gerekli olanı” yapma yükümlülüğü getiren İK. m. 73 arasında sorumluluğun kapsamı yönünden büyük ölçüde farklıdır<sup>23</sup>. Ancak, her iki hüküm de işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmasının iş görme borcunun ifası için ön koşul niteliğini vurgulamaktadırlar.

İş güvenliği önlemlerinin alınmaması karşısında işçi, iş sözleşmesini derhal fesih yoluna gidebilir. Tartışmalı olmakla birlikte öğretide, işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle fesih hakkının, iş koşullarının esaslı tarzda değişmesi, başkalaşması veya uygulanmamasına ilişkin İK. m. 16/II.e ye dayandığı savunulmaktadır<sup>24</sup>. Bu tartışmayı ortadan kaldırmak için Tasarı m. 85/I hükmü, işçinin m. 16/II.e (Tasarı m. 26/II.e) hükmüne göre derhal fesih hakkının bulunduğunu açıkça düzenlemektedir.

Ancak, fesih hakkının kullanılması işçinin işini kaybetmesine yol açacağından öncelikle tercih edilecek bir yol değildir. İş hukukunun amacı bakımından uygun olan yol, bir yandan sözleşmeyi ayakta tutarken, diğer yandan işvereni iş güvenliği önlemlerini almaya zorlamaktır. BK. m. 325, her iki amacı gerçekleştirmeye uygun bir hukuki olanak sunmaktadır. Öğretide kabul edildiği üzere, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınması işverenin iş görme alacağını kabul için yerine getirmesi gereken hazırlık

<sup>21</sup> **Serozan**, Rona, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜ. Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl. 1 No. 3 ten ayrı bası, İstanbul 1968; 12 vd; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, cilt I, 6. bası, İstanbul 1998, 34-35

<sup>22</sup> Bkz. **Süzek**, İş hukuku, 339

<sup>23</sup> Sorumluluğun kapsamı ve her iki hüküm arasındaki farklar için bkz. **Süzek**, 176 vd.; **Uluslan**, 36 vd.

<sup>24</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Süzek**, İş Güvenliği, 189

fiilleri niteliğindedir (BK. m. 90). İşveren sağlık ve güvenlik önlemlerini almaması halinde işçi iş görme edimini ifa zorunda değildir. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen ve iş görme edimini gereği gibi kabul etmeyen işveren, alacaklı temerrüdüne düşer ve işçi çalışmadığı halde ücretini talep edebilir (BK. 325)<sup>25</sup>. Yine öğretide, iş güvenliği kurallarına aykırı bir hal olup olmadığı sadece işçinin kişisel değerlendirmesine bırakılmayacağı, uyuşmazlık halinde mahkemece durumun objektif kurallar çerçevesinde araştırılması ve varılacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

Genel hükümler çerçevesinde ulaşılan bu sonuç, İş Kanunu Tasarısı m. 85 ile pozitif düzenlemeye kavuşturulmaktadır. Ancak, Tasarıda sadece bu düzenleme ile yetinilmemekte, işverenin iş güvenliğini sağlama yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün kapsamı yeniden düzenlenmektedir.

Her şeyden önce, Tasarı m. 79 ile işverenin iş güvenliği konusunda bilim ve teknolojiye son gelişmeleri izlemek ve uygulamak zorunda olduğunu açıkça hükme bağlamakta, işverenin iş güvenliği konusunda işçileri aydınlatma yükümlülüğünü daha ayrıntılı biçimde düzenlemektedir.

Tasarı ile getirilen önemli bir yenilik işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına ilişkindir. Halen yürürlükte olan İK. m. 76, Çalışma Bakanlığı tarafından lüzum görülen işyerlerinde işçi sağlığı ve güvenliği kurulu kurulacağını hükme bağlamaktadır. Aynı konuya ilişkin Tasarı m. 82 ye göre ise, sanayiden sayılan ve devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde, işveren iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlüdür. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre, işverenler, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca mevzuata uygun verilen kararları uygulamakla yükümlüdürler.

Nihayet, Tasarı m. 85, iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınma hakkını düzenlemektedir.

<sup>25</sup> **Süzek**, İş Güvenliği, 186 vd.; Aynı yazar, İş hukuku, 339; **Ekonomi**, Münir, İHU İşK. 14 (No. 24); **Çelik**, 139; **Ulusan**, 23; **Soyer**, İş Görme, 166; **Mollamahmutoglu**, Hamdi, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, Mart-Haziran 1994, 3 vd.

<sup>26</sup> **Süzek**, İş Güvenliği, 186-187

## 2. Tasarı m. 85/II Hükümüne Göre İşten Kaçınma Hakkı ve Unsurları

İşçilerin işi bırakma hakkını düzenleyen Tasarı m. 85/II ye göre, “İşyerinde, iş sağlığı ve güvenliği açısından yaşamsal veya acil bir tehlikeyle karşı karşıya bulunan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak bu durumun tespit edilmesini isteyebilir. Kurul en geç altı iş günü içinde toplanır ve kararını yazılı olarak işçiye bildirir. Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde iş sağlığı ve güvenliği önlemi alınıncaya kadar işçi çalışmaktan kaçınabilir. İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır”. Aynı hükmün 3. fıkrasına göre, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmaması halinde işçi bu konuda görevli işveren vekiline başvurarak tespit yapılmasını ve durumun yazılı olarak kendisine bildirilmesini isteyebilir. İşvereni iş güvenliği önlemlerini almaya zorlama olanağını tanıyan hükmün, iş güvenliği mevzuatının bütününe hakim temel ilke olan iş kazası ve meslek hastalığını önleme amacıyla öngörüldüğü açıktır.

Hükümden, Kurul veya işveren vekilinin kararının hakkın doğumu bakımından kurucu nitelikte olduğu, Kurul veya işveren vekili kararı olmadan hakkın kullanılamayacağı anlaşılmaktadır. Nitekim hükmün gerekçesinde, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçilerin, konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle kendiliğinden buna karar veremeyecekleri ifade edilmektedir.

O halde, Tasarı m. 85 e göre iş görmekten kaçınma hakkının doğumu için yaşamsal veya acil tehlikenin Kurul veya işveren vekili tarafından tespiti gerekecektir.

### a. Yaşamsal veya Acil Tehlikenin Bulunması

Hükümde açıkça ifade edildiği üzere, iş görmekten kaçınma hakkın doğumu için ilk koşul, işçinin yaşamsal veya acil bir tehlike ile karşılaşmasıdır. Hakkın doğumu için tehlikenin doğumunda işverenin kusurunun olup olmaması önemli değildir. İş güvenliği mevzuatında benzer bir kıstas işin durdurulması ve işyerinin kapatılmasını düzenleyen yürürlükteki İK: m. 75 de yer almaktadır. Bu hükme göre, “işçilerin hayatı için tehlikeli olan bir hususun tespiti” halinde komisyon kararıyla iş tamamen veya kısmen durdurulur. Aynı hüküm, Tasarı m 81.a da yer almaktadır. Öğretide bu hükümle ilgili olarak, işçilerin yaşamı için tehlikeli hususun acil

tehlikeler yanında, pnömokonyoz vb. meslek hastalıkları gibi uzun vadede ölüme yol açabilecek tehlikeleri de kapsadığı ifade edilmektedir<sup>27</sup>.

Tasarı m. 85 ile, tehlikenin yaşamsal veya acil olması arandığına göre, acil tehlikeler yanında, uzun vadeli de olsa ölüme neden olabilecek tehlikelerin varlığı halinde iş görmekten kaçınma hakkı kullanılabilir. Buna karşılık, tehlikenin yaşamsal veya acil olmadığı hallerde m. 85 e göre hak doğmayacaktır.

***b. İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna veya İşveren Vekiline Başvuru ve Tespit***

***aa. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu***

Tasarı m. 85 gereği, tehlikenin yaşamsal veya acil olup olmadığı işçinin başvurusu üzerine iş sağlığı ve güvenliği kurulunca veya kurul bulunmuyorsa işveren vekili tarafından tespit edilecektir.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunu düzenleyen Tasarı m. 82, sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverene, bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma zorunluluğu getirmektedir. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre, işverenler, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca mevzuata uygun verilen kararları uygulamakla yükümlüdürler.

Son fıkraya göre de, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşumu, yetki ve yükümlülükleri Çalışma Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir tüzükte gösterilecektir.

Aslında, halen yürürlükte bulunan İK. m. 76 hükmü Çalışma Bakanlığınca görülecek lüzum üzerine işçi sağlığı ve iş güvenliği kurulu kurulmasını öngörmekte, bu kurulların görev ve yetkileri İK. m. 76 gereği çıkarılan İş Güvenliği Kurulları Tüzüğü ile belirlenmektedir. Tüzük m. 4 e göre, Kurul, iş güvenliğine ilişkin tedbirleri tespit ederek işveren ve işveren vekiline tekliflerde bulunmak, iş güvenliği iç yönetmeliği taslağı hazırlayarak işverenin onayına sunmakla yükümlüdür. Tüzüğün diğer hükümlerine göre de, Kurulun görevi işverene bilgi vermek ve öneride bulunmakla sınırlı olup, çalışmalarının bağlayıcı yönü yoktur.

<sup>27</sup> Süzek, İş Güvenliği, 267

Tasarı m. 82 ise, Kurulun oluşturulacağı işyerlerini doğrudan düzenleyerek Kurul kararlarının işveren yönünden bağlayıcı olacağını ifade etmektedir. Buna göre, örneğin, işveren Kurul tarafından hazırlanan ya da uygun görülen iç yönetmeliğin aksine işlemde bulunamayacak, Kurulun görevi çerçevesinde yapacağı tespit ve vereceği kararlar işvereni bağlayacaktır. Dolayısıyla, Kurul iç yönetmelik ve diğer kararları yoluyla sözleşmeye müdahale ve işverenin işçiyi gözetme borcunu düzenleme yetkisine sahip olacaktır.

Hemen belirtelim, Kurul bu konuda işverenin yerini almamaktadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü Kurul kararlarını uygulamakla ortadan kalkmadığı gibi, bu kararlarla sınırlı değildir. Nitekim, İş Kanunu m. 73 ü yeniden düzenleyen Tasarı m. 79, işverenin İK. m. 73 e göre sorumluluğunun bilim ve teknolojiadaki gelişmeleri izlemek ve uygulamak olduğu yolundaki öğreti görüşünü<sup>28</sup> açıkça hükme bağlamaktadır.

Kurul kararlarına uymamanın kamu hukuku yaptırımını Tasarı m. 109 da düzenlenmektedir. Bu hükme göre, m. 82 ye aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bir milyar lira idari para cezası verilecektir.

Kurul kararları işverenin işçiyi gözetme borcunu somutlaştırdığına göre, işveren Kurul kararlarından dolayı işçiye karşı sözleşmesel sorumluluk esaslarına göre sorumlu olacaktır. Buna göre, örneğin Kurul tarafından alınması uygun görülen bir iş güvenliği tedbiri alınmadığı ve bu nedenle bir iş kazası olduğu takdirde işveren ihmal nedeniyle kusurlu sayılarak hem SSK.na, hem de işçiye karşı sorumlu olacaktır<sup>29</sup>.

**bb. Kurul veya İşveren Vekili Kararının Hukuki Niteliği**

Tasarı m. 85 e göre, yaşamsal veya acil bir tehlikenin bulunup bulunmadığına işçinin başvurusu üzerine altı iş günü içinde Kurul veya Kurulun bulunmadığı işyerlerinde işveren vekili tarafından karar verilecek, kararın işçinin talebi yönünde olması halinde, iş güvenliği önlemi alınmaya kadar işçi çalışmaktan kaçınabilecektir. Hükümde belirtilmemekle birlikte, Kurulun bulunmadığı yerlerde işveren vekili bakımından da her halde altı iş günlük süre aranacaktır.

<sup>28</sup> **Ekonomi**, 154-155; **Çelik**, 140-141; **Süzek**, İş Hukuku, 331; **Uluslan**, 42

<sup>29</sup> Bkz. **Süzek**, İş Güvenliği, 192 vd.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Kurul veya işveren vekilinin kararı, hakkın doğumu bakımından kurucu niteliktedir. Kurul veya işveren vekili kararı olmadan işçi kendi değerlendirmesine göre işten kaçınmayacak, aksi halde iş görme borcunu ihlal etmiş sayılacaktır. Nitekim, BK. m .325 e ilişkin olarak öğretide, iş güvenliği önlemlerine aykırılığın işçinin kendi kişisel değerlendirmesine göre değil, objektif esaslara göre tespitinin arandığını belirtmiştik<sup>30</sup>.

Ancak, burada bir ayırma gidilmeli ve objektif iyiniyet kurallarına göre işçiden çalışmasının beklenemeyeceği durumlarda işten kaçınma hakkını kendiliğinden kullanabileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, tehlikenin açıkça acil olduğu durumlarda, tehlikenin ortaya çıkışı ile Kurulun ya da işveren vekilinin kararına kadar geçen süre içinde işçinin çalışmaya zorlanarak yaşama ve beden bütünlüğü hakkının tehlikeye atılması düşünülemez. Kanımıza göre işçi, açıkça yaşam ve beden bütünlüğünü tehdit eden acil bir tehlike ile karşılaştığında işten kaçınma hakkını kendiliğinden kullanabilecek, ancak derhal Kurula veya işveren vekiline başvurarak durumun tespitini isteyecektir. Aksine bir yorumun, hükmün amacına ve işçinin kişilik haklarına aykırı olacağı açıktır.

Bunun gibi, iş güvenliği bakımından sakıncalı olan, ancak Kurul veya işveren vekilinin altı iş günü içinde karar vermediği durumlarda da işçinin işten kaçınma hakkının, daha doğru bir ifadeyle genel hükümlere göre ödemezlik defini kullanma hakkının doğduğu kabul edilmelidir. Özellikle küçük işletmelerde işveren vekilinin acil ve yaşamsal tehlike bulursa bile işçinin talebi doğrultusunda karar almayabileceği gözönünde tutulmalıdır.

Kurulun veya işveren vekilinin vereceği karar aynı zamanda işverenin m. 82/II ye göre uygulamakla yükümlü olduğu iş güvenliği önlemini tespit edeceği gibi, kararda belirtilen hususlar işçi yönünden delil teşkil edecek ve ileride çıkabilecek bir uyuşmazlıkta işçi ispat külfetinden kurtulmuş olacaktır.

Tasarı m. 85/II de açıkça hükme bağlandığı üzere, kurulun veya işveren vekilinin işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde, iş güvenliği önlemi alınmaya kadar işçi çalışmaktan kaçınabilecektir. İşveren bu dönem içinde işçinin ücretinden ve diğer haklarından sorumlu olmaya devam edecektir. İşverenin iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü kaçınılamayacak mutlak bir yükümlülük olduğu ve işçinin iş görme edimini ifa etmemesi yasanın tanıdığı bir hakka dayandığı için, işveren yönünden geçerli bir fesih nedeni de

<sup>30</sup> Sützek, İş Güvenliği, 186-187

doğmamaktadır. Dolayısıyla, m. 85/II ye göre işten kaçınma hakkının, m. 35 te olduğu gibi fesihle sona erdirilmesi mümkün değildir. Giderek, yaşama ve beden bütünlüğüne, yani kişilik haklarına ilişkin bir hakkın kullanımı söz konusu olduğundan, hak kullanılmaya başlandıktan sonra işçinin hakkın kullanımından feragat etmesi ve tehlike devam ettiği halde işe dönmesi de kanımızca mümkün değildir.

Tasarı m. 85/I hükmü işçiye haklı nedenle derhal fesih olanağını da tanımaktadır. Ancak, işçinin sözleşmeyi sona erdirmeden işten kaçınması ve ücretine de hak kazanması mümkün iken, derhal feshin sadece istisnai hallerde uygulama alanı bulacağı düşünülebilir.

Bu bakımdan, iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle işten kaçınma hakkını kullanan işçi karşısında işveren, iş güvenliği önlemlerini almak dışında bir hukuki olanağa sahip değildir.



## SONUÇ

Borçlar Kanunu, ödemezlik define ilişkin BK. m. 81 ve işverenin temerrüdüne ilişkin BK. 325 hükümleri ile işçiye, sözleşme ilişkisini sona erdirmek zorunda kalmaksızın işvereni yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlama konusunda önemli olanaklar sağlamaktadır. Ancak, söz konusu hükümlerin iş hukukunda geniş bir uygulama alanı bulması beklenebilecek iken bugüne kadar işlerliği sağlanamamıştır. Bunda, yasa dışı greve ilişkin düzenleme etkili olduğu gibi, genel olarak, sözleşmeden doğan haklarını elde edemeyen işçinin iş görmekten kaçınmasının genellikle işçi tarafından yapılan derhal fesih olarak yorumlanmasının etkili olduğu kanısındayız. Bu durumda işçi en iyi ihtimalle kıdem tazminatını alarak işini kaybetmektedir. İşveren ise, örneğin iş güvenliği tedbirlerini almaması için adeta teşvik edilmiş olmaktadır.

Ancak, Tasarının incelediğimiz hükümleri yasalastığı takdirde, ücret veya iş güvenliği nedeniyle iş görmekten kaçınma hali işçi tarafından yapılmış derhal fesih olarak yorumlanması yolu kapanacaktır. Böylece, iş hukukunun amaçlarına ve sözleşmelerin mümkün olduğunca ayakta tutulması ilkesine uygun bir uygulamaya kapı açılmaktadır.

İş güvencesi kapsamına giren işçiler yanında güvence kapsamı dışında kalan küçük işyerlerinde çalışanların da bu hakka sahip oldukları dikkate alındığında, özellikle iş güvenliğinin sağlanması konusunda işten kaçınma hakkının çok etkin bir rol oynayacağı kanısındayız.

**KAYNAKLAR**

- Centel**, Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986.
- Çalışma Hayatıyla İlgili Yargıtay Kararları**, Kamu-İş 1995.
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2000.
- Ekonomi**, Münir, İş Hukuku, İstanbul, 1984, vd.
- Ekonomi**, Münir, İHU İşK. 14 (No. 24).
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, cilt I, 6. bası, İstanbul 1998.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler c. 2,b. 5, İstanbul, 1999.
- Engin**, Murat, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul, 1999.
- Günay**, İlhan Cevdet, Şerhli İş Kanunu, I, Ankara, 1998, 971.
- Kaniti**, Salamon, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, 1962.
- Kılıçoğlu**, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2001.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, Mart-Haziran.
- Oğuzman**, Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, 4. Bası.
- Serozan**, Rona, Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜ. Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl. 1 No. 3 ten ayrı bası, İstanbul, 1968.
- Sur**, Melda, Grev Kavramı, İzmir 1987.
- Süzek**, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2002.
- Süzek**, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985.
- Soyer**, Polat, İşçinin İş Görme Borcu, İzmir, 1979 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Soyer**, Polat, İHU İşK. 26 (No. 1).
- Tuncay**, Can İHU TSGLK. 19 (No. 2).
- Tuncay**, Can, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996.
- Uluslan**, İlhan, İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul, 1990.