



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Bülent Ferat İŞÇİ

ÜCRETE BAĞLI ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2022

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bülent Ferat İŞÇİ'nin bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Üye (Danışmanı) : Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY

Üye : Prof. Dr. Enver Murat ENGİN

Üye : Prof. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY

Üye : Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Tez Başlığı: Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Tez Savunma Tarihi : 07/02/2022

Mezuniyet Tarihi : 10/03/2022

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Bülent Ferat İŞÇİ





AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Bülent Ferat İŞÇİ
Öğrenci Numarası	20155226004
Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY
Doktora Tez Başlığı	Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkı
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	1774612298
Rapor Tarihi	02/03/2022
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: % 11 Alıntılar dahil: % 16
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 375 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: (*) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.	
Danışman Öğretim Üyesi Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY İmza	

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	Xii
ÖZET	Xiv
SUMMARY	Xv
TEŞEKKÜR.....	Xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ GENEL ESASLARI

1.1 Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Genel Hususlar	5
1.1.1. Genel Olarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkı.....	5
1.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Amacı	9
1.1.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Terminoloji.....	10
1.1.4. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Angarya veya Zorla Çalıştırma Yasağı Kapsamında Değerlendirilmesi Sorunu ve Anılan Hakkın Hukuki Dayanakları.....	11
1.1.4.1. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Angarya veya Zorla Çalıştırma Yasağı Kapsamında Değerlendirilmesi Sorunu	11
1.1.4.2. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Dayanakları.....	16
1.1.5. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Türk Hukukunda Gelişimi	18
1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Yalnızca 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenmesinin Değerlendirilmesi	21
1.2.1. Genel Olarak.....	21
1.2.2. Boşluk Kavramı.....	22
1.2.3. Türk Medeni Kanunu Madde 5’in ve Boşluk Kavramının Bireysel İş Kanunları ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi	24
1.2.4. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda Doğrudan Düzenlenmemesinin Boşluk Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Madde 5 Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	32

1.3. Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği	36
1.3.1. Hakkın Hukuki Niteliğinin Tespitinin Önemi	36
1.3.2. Ödemezlilik Def'ine Dayanan Görüş	38
1.3.2.1. Ödemezlilik Def'i Kavramı ve Şartları.....	38
1.3.2.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Ödemezlilik Def'i Çerçevesinde Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu ve Öğretideki Görüşler (6098 Sayılı TBK m. 97; 818 Sayılı BK m. 81)	42
1.3.3. İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlilik Def'ine Dayanan Görüş	45
1.3.3.1. İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlilik Def'i Kavramı ve Şartları.....	45
1.3.3.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlilik Def'i Çerçevesinde Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu ve Öğretideki Görüşler	46
1.3.4. Alacaklının Temerrüdüne (İşverenin Temerrüdü) Dayanan Görüş.....	47
1.3.4.1. Alacaklının Temerrüdü Kavramı ve Şartları	47
1.3.4.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Alacaklının Temerrüdü Çerçevesinde Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu ve Öğretideki Görüşler	50
1.3.5. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Sui Generis Niteliğe Sahip Bir Hak Olduğu Görüşü	52
1.3.6. Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kabul Ettiğimiz Görüş.....	52
1.3.6.1. Ücretin Ödenmeyeceği Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği	52
1.3.6.1.1. İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlilik Def'i	52
1.3.6.1.2. Öncelenmiş Borca Aykırılık Durumunda Ödemezlilik Def'inin Değerlendirilmesi	56
1.3.6.1.2.1. Genel Olarak.....	56
1.3.6.1.2.2. Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Ödemezlilik Def'i	56
1.3.6.1.2.3. Öncelenmiş Borca Aykırılığın İş Sözleşmesindeki Görünümü ve İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı	58
1.3.6.1.3. Ücretin Ödenmeyeceği Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Değerlendirme	60
1.3.6.2. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği	61
1.3.6.2.1. Ödemezlilik Def'i Görüşünün Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	61
1.3.6.2.2. Alacaklının Temerrüdü ve Sui Generis Görüşünün Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	70

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ KANUNLARI VE TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA ÜCRETİN ÖDENMEMESİ VE ÜCRETİN ÖDENMEYECEĞİ NEDENİYLE İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

2.1. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanabilmesinin Şartları	75
2.1.1. Şartların Belirlenmesi	75
2.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanabilecek İşçinin Varlığı ve İşçi Benzeri Kişilerin Bu Hakkı Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu	76
2.1.3. Sürekli İş Sözleşmesinin Varlığı ve Süreksiz İşte Çalışan İşçilerin Bu Haktan Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu	79
2.1.4. Ödenmesi Gereken Ücret Borcunun Varlığı	81
2.1.4.1. Genel Olarak	81
2.1.4.2. Ücretin Tanımı	81
2.1.4.3. Ücretin Unsurları	82
2.1.4.3.1. Görülen İş Karşılığında Ödenmesi	82
2.1.4.3.2. Para veya Para ile Ölçülebilir Menfaat ile Ödenmesi	83
2.1.4.3.3. İşveren veya Üçüncü Kişiler Tarafından Ödenmesi	84
2.1.4.4. Ücret Tespit Sistemleri	85
2.1.4.5. Ücretin Kapsamı	87
2.1.4.5.1. Genel Olarak	87
2.1.4.5.2. Dar Anlamda Ücret	88
2.1.4.5.3. Geniş Anlamda Ücret	89
2.1.4.6. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Olabilecek ve Olamayacak Ücretlerin Değerlendirilmesi	91
2.1.4.6.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Ücret ve Bazı Özel Durumlar Çerçevesinde Değerlendirilmesi	91
2.1.4.6.1.1. Asıl Ücret ve Ücret Ekleri	91
2.1.4.6.1.1.1. İşçi Lehine Yorum İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme	91
2.1.4.6.1.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Edilmek İstenen Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Ücret ile İş Görme Borcu Arasındaki Sinallagmatik İlişkinin Değerlendirilmesi	92
2.1.4.6.1.2. Aynı Ödemeler ve Bunların Nakdi Karşılığı	95

2.1.4.6.2. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretinin Ödenmemesi ve Serbest Zaman Hakkının Kullandırılmaması Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	97
2.1.4.6.2.1. Genel Olarak.....	97
2.1.4.6.2.2. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma	97
2.1.4.6.2.3. İş Kanunu Açısından Serbest Zaman.....	100
2.1.4.6.2.4. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu Açısından Serbest Zaman	102
2.1.4.6.3. Avansın Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	103
2.1.4.6.3.1. Avansın Tanımı ve Ödenme Zorunluluğu.....	103
2.1.4.6.3.2. Avansın Hukuki Niteliği ve Ödenmemesinin Yaptırımı	106
2.1.4.6.3.3. Avansın Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Varlığına ve Kullanılabilirliğine İlişkin Görüşümüz.....	107
2.1.4.6.4. Ücret Faizinin Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	108
2.1.4.6.5. İş Hukukunda Düzenlenen Dinlenme Sürelerine ve İzinlere Ait Ücretlerin Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	110
2.1.4.6.6. Ücretin Belirli Bir Kısımının Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	111
2.1.4.6.6.1. İş Kanunu Madde 34'ten Çıkan Sonuç.....	111
2.1.4.6.6.2. Ödenmeyen Kısımın Miktarının Önemli Olup Olmadığı Sorunu	112
2.1.4.6.6.3. Ödenmeyen Kısımın İşçi Açısından Öneminin Tespitinde Dikkate Alınması Gereken Kriterler	114
2.1.4.6.6.4. Yargı Kararlarındaki Yaklaşım ve Görüşümüz.....	115
2.1.4.6.7. İşe İade Süreci Sonunda Hak Kazanılan Boşta Geçen Süre Ücretinin ve Diğer Haklarının Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	117
2.1.4.6.8. Zamanaşımına Uğramış Ücret Borcunun Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	120
2.1.4.6.9. İş Görme Borcunun Geçici İfa İmkansızlığı Halinde Ödenmesi Gereken Ücretin Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	123

2.1.4.6.10. İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranması Durumunda İşçinin Yoksun Kaldığı Ücretin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Edilmesinin Değerlendirilmesi	126
2.1.4.6.11. İşverenin Ücretin Korunmasına İlişkin Hükümlere Aykırı Davranması Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	127
2.1.4.6.11.1. Genel Olarak.....	127
2.1.4.6.11.2. Ücret Kesme Cezası.....	127
2.1.4.6.11.2.1. Ücret Kesme Cezasına İlişkin Düzenlemelerin Bireysel İş Kanunları ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	127
2.1.4.6.11.2.2. Ücret Kesme Cezasının Uygulanmasının Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi	129
2.1.4.6.11.3. Ücretten İndirim Yapılması.....	130
2.1.4.6.11.4. Ücretin Takasa Konu Edilmesi.....	132
2.1.4.6.11.4.1. Bireysel İş Kanunlarına ve Türk Borçlar Kanunu'na Tabi İşçilerin Ücretinin Takasa Konu Edilmesi.....	132
2.1.4.6.11.4.2. Hukuka Aykırı Takasın Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Edilmesinin Değerlendirilmesi.....	135
2.1.4.6.12. Asgari Geçim İndiriminin Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	136
2.1.4.6.12.1. Asgari Geçim İndirimi'nin Hukuki Niteliğinin Önemi ve Yargıtay Kararlarındaki Yaklaşım.....	136
2.1.4.6.12.2. Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	139
2.1.4.6.13. Sosyal Sigorta Primlerinin Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	140
2.1.4.6.13.1. Sosyal Sigorta Primlerinin Ödenmemesinin “Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” Çerçevesinde Değerlendirilmesi	140
2.1.4.6.13.2. Sosyal Sigorta Primlerinin Ödenmemesinin Geniş Anlamda “Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” Çerçevesinde Değerlendirilmesi	144
2.1.4.6.14. İş Sözleşmesi Devam Ederken Ortaya Çıkabilecek Tazminat Niteliğindeki Alacakların (Sendikal Tazminat, Ayrımcılık Tazminatı) Ödenmemesi Sebebiyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	146
2.1.4.7. Ücretin Ödenmesine ve Ücretin Dayanağına İlişkin Diğer Hususların Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	149
2.1.4.7.1. Asıl Ücretin Ödenme Şeklinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi	149

2.1.4.7.2. Ücret Tespit Sisteminin ve Üçüncü Kişilerce Ödenmesi Gereken Ücretin Ödenmemesinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi	151
2.1.4.7.3. Dar Anlamda veya Geniş Anlamda Ücretin Dayandığı Sözleşmenin Önemi	152
2.1.4.7.4. Geçersiz Sözleşme Hükmüne Dayanan Alacağın Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi	153
2.1.5. Ödenmesi Gereken Ücretin Belirli Bir Süre Ödenmemiş/Gecikmiş Olması (Bekleme Süresi).....	154
2.1.5.1. Bekleme Süresinin Başlangıcı	154
2.1.5.1.1. Genel Olarak.....	154
2.1.5.1.2. İş Sözleşmelerinde Önce İfa Yükümlülüğünün Hangi Tarafa Ait Olduğu	154
2.1.5.1.3. Dar Anlamda Ücretin Ödenme Zamanı ve Ücret Ödeme Aralıkları	156
2.1.5.1.3.1. Ücretin Ödenme Zamanı	156
2.1.5.1.3.2. Ücret Ödeme Aralıkları	157
2.1.5.1.3.3. Ücret Ödeme Aralıklarının Alt ve Üst Sınırları	158
2.1.5.1.4. Geniş Anlamda Ücrete Dahil Ücretlerin Ödenme Zamanı.....	160
2.1.5.2. Bekleme Süresinin Hesaplanması ve Uzunluğu.....	163
2.1.5.2.1. Bekleme Süresinin Hesabında Dikkate Alınacak Günler.....	163
2.1.5.2.2. 4857 sayılı İş Kanunu'na Tabi Çalışan İşçiler İçin Bekleme Süresinin Değerlendirilmesi	163
2.1.5.2.2.1. Bekleme Süresine İlişkin Öğretideki Görüşler.....	163
2.1.5.2.2.2. Bekleme Süresinin Son Gününün Tatile Denk Gelmesi veya Gerekli İşlemler Yapılmasına Rağmen Ödemenin Bekleme Süresinin Son Günü Tamamlanmaması.....	164
2.1.5.2.2.3. Ücret Ödeme Aralıklarının Değişmesinin Bekleme Süresine Etkisinin Değerlendirilmesi	165
2.1.5.2.2.4. İşverenin İyi Niyetinin Bekleme Süresine Etkisi ve Anılan Süre Dolmadan İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi	167
2.1.5.2.2.5. İşverenin Önce İfa ile Yükümlü Olduğu İş İlişkilerinde Bekleme Süresi	169
2.1.5.2.3. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu Tabi İşçiler İçin Bekleme Süresinin Değerlendirilmesi	169
2.1.5.2.3.1. Bekleme Süresine İlişkin Öğretideki Görüşler ve Görüşümüz	169
2.1.5.2.3.2. Bekleme Süresinin Tespiti.....	171
2.1.5.3. Bekleme Süresinin Sözleşme ile Değiştirilmesi veya Belirlenmesi	172

2.1.5.3.1. Genel Olarak.....	172
2.1.5.3.2. İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından.....	173
2.1.5.3.3. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından.....	174
2.1.5.4. 20 Günlük Bekleme Süresinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı İçin Bir Ön Koşul mu Olduğu yoksa İşverene Ücret Ödemesi İçin Ek Bir Süre mi Tanındığı Tartışması	175
2.1.6. Ödememenin Mücbir Sebep Dışında Bir Sebebe Dayanması	177
2.1.6.1. Genel Olarak.....	177
2.1.6.2. Mücbir Sebep ve Umulmayan Hal Kavramları	178
2.1.6.2.1. Mücbir Sebep.....	178
2.1.6.2.2. Umulmayan Hal.....	182
2.1.6.3. Mücbir Sebebin ve Umulmayan Halin İş Hukuku ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	183
2.1.6.3.1. İş Hukukunda Mücbir Neden, Zorunlu Neden ve Zorlayıcı Neden Kavramları	183
2.1.6.3.2. Mücbir Neden ve Umulmayan Hal Kavramlarının Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	186
2.1.6.3.2.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Mücbir Neden Çerçevesinde Değerlendirilmesi	186
2.1.6.3.2.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Umulmayan Hal Çerçevesinde Değerlendirilmesi	189
2.1.6.4. Ödememenin Mücbir Sebep Dışında Bir Sebebe Dayanması Şartının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi	190
2.1.6.4.1. İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından.....	190
2.1.6.42. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından.....	194
2.1.6.5. Mücbir Sebebin Sözleşmeyle Belirlenmesi ve İşverenin Mücbir Sebepten Sorumlu Olup Olmayacağının Sözleşme ile Tespiti	195
2.1.6.6. Mücbir Sebebin İspatı.....	197
2.1.6.7. Ücretin Ödenmemesinin Mücbir Sebebe Dayanması Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Olup Olmadığının Değerlendirilmesi.....	198
2.1.6.8. Bekleme Süresi Geçtikten Sonra Ortaya Çıkan Mücbir Sebebin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi.....	200

2.1.6.9. Mücbir Sebebin Sonradan Ortadan Kalkmasının Bekleme Süresine ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Ektisi	201
2.1.7. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanıldığına Yönelik Bir Bildirimin (İrade Beyanının) Varlığı ve İşverene Makul Süre Verilmesi	203
2.1.7.1. İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından	203
2.1.7.1.1. Bildirim Yapma ve Makul Süreye İlişkin Öğretideki Görüşler ve Görüşümüz	203
2.1.7.12. Olması Gereken Hukuk Açısından Bildirim Şartı	206
2.1.7.2. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından	207
2.2. Ücretin Ödenmeyeceği Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılabilmesinin Şartları	209
2.2.1. Şartların Belirlenmesi	209
2.2.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanabilecek İşçinin Varlığı	210
2.2.3. İşçinin Önce İfa ile Yükümlü Olduğu Sözleşmenin Varlığı	210
2.2.4. İfa Güçsüzlüğüne Düşmüş İşverenin Varlığı	211
2.2.5. İşverenin İfa Güçsüzlüğü İçinde Olması Nedeniyle Tehlikeye Düşmüş Ücret Alacağının Varlığı	214
2.2.6. Ücretin Öden(e)meyeceğinin İşveren Tarafından Açıkça Belirtilmesi veya Bu Durumun İşverenin İçinde Bulunduğu Durumdan Açıkça Anlaşıyor Olması	215
2.2.7. İşverenin Tehlikeye Düşen Ücret Alacağı İçin Teminat Göstermemiş Olması ve Bekleme Süresi	215
2.2.7.1. Teminata İlişkin Esaslar ve Bekleme Süresi	215
2.2.7.1.1. Teminat	215
2.2.7.1.2. Bekleme Süresi	217
2.2.7.2. Teminat Gösterilmemesinin Doğuracağı Diğer Sonuç	219
2.2.7.3. Ücret Garanti Fonu'ndan Yararlanmanın, Teminat Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu	220
2.2.7.4. Ücretin Öden(e)meyeceğinin Açıkça Belirtildiği veya Bunun İşverenin İçinde Bulunduğu Koşullardan Açıkça Anlaşıldığı Durumlarda Makul Sürenin/Bekleme Süresinin ve Teminat Gösterilmesinin Gerekliliğinin Değerlendirilmesi	223
2.2.8. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanacağına İlişkin İrade Beyanı	223

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜCRETE BAĞLI ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KULLANMASI VE HAKKIN KULLANILMASININ SONUÇLARI

3.1. Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması ve Hakkın Kullanılmasının Sınırları	225
3.1.1. Genel Olarak.....	225
3.1.2. Çalışmaktan Kaçınmanın Hakkını Kullanacak Kişinin Tespit Edilmesi	225
3.1.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının İşçinin Kişisel Kararına Dayanması Sorunu	227
3.1.3.1. Genel Olarak.....	227
3.1.3.2. Kişisel Kararın Bireysel Olarak Kullanılan Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi	228
3.1.3.2. Toplu Olarak Kullanılan Çalışmaktan Kaçınma Hakkı.....	229
3.1.4. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılmasının Sınırları	232
3.1.4.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Dürüstlük Kuralı ve Sadakat Borcu Çerçevesinde Sınırlandırılması	232
3.1.4.2. Son Çare İlkesinin (Ultima Ratio) Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi	235
3.1.4.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanan İşçinin İşe Dönmesinin Değerlendirilmesi	237
3.1.5. Grev Hakkına Getirilen Sınırlamaların Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu.....	241
3.1.5.1. Sürekli ve Geçici Grev Yasakları	241
3.1.5.2. Kanuni Grev ve Lokavta Katılamayacak İşçiler	244
3.1.5.3. Kanuni Grev ve Lokavtın Ertelenmesi ile Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılmasının Değerlendirilmesi	245
3.1.6. Çalışmaktan Kaçınma Şekli	245
3.1.6.1. Genel Olarak.....	245
3.1.6.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kısmen Kullanılıp Kullanılamayacağının Değerlendirilmesi	246
3.1.6.2.1. Öğretideki Görüşler	246
3.1.6.2.2. Ödemezlik Def'inin Kısmi Olarak İleri Sürülüp Sürülemeyeceği	247
3.1.6.2.3. İş Görme Ediminin Bölünebilir Olup Olmadığının Değerlendirilmesi	249
3.1.6.2.4. Görüşümüz	251

3.1.6.3. Çalışmaktan Kaçınan İşçilerin İşyerinde Bulunma Zorunluluğunun Değerlendirilmesi	252
3.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Sözleşme Türü Sebebiyle Ortaya Çıkan Özel Durumların Değerlendirilmesi.....	255
3.2.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Deneme Süresi İçinde Kullanılması	255
3.2.2. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması	258
3.2.3. Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması.....	261
3.2.4. Uzaktan Çalışma Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması ...	262
3.2.5. Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması.....	263
3.2.5.1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması	263
3.2.5.2. Çağrı Üzerine Çalışma Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması	264
3.2.5.3. İş Paylaşımı Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması.....	265
3.2.6. Geçici İş İlişkisinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması	266
3.2.6.1. Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması	266
3.2.6.2. Mesleki Amaçlı Olmayan Geçici İş İlişkisi.....	269
3.2.7. Pazarlamacılık Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması.....	270
3.3. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI.....	272
3.3.1. Genel Olarak.....	272
3.3.2. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede İş Sözleşmesinin Durumu	273
3.3.2.1. İş Sözleşmesinin Askıda Olup Olmadığı Sorunu	273
3.3.2.1.1. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Kavramı	273
3.3.2.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Askı Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi	275
3.3.2.2. Kaçınılan Sürenin Kıdeme ve Kıdeme Bağlı Haklara Etkisi	279
3.3.2.3. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede Sözleşmenin Taraflarca Feshedilip Feshedilemeyeceği Sorunu	281
3.3.2.3.1. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshedilmesi	281
3.3.2.3.2. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshedilmesi	283
3.3.2.3.3. Kaçınılan Sürede Sözleşmenin Feshine Getirilen Sınırlamanın Yaptırımı	284
3.3.2.4. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede İşyerinin Devredilmesi.....	286
3.3.2.5. İş Sözleşmesinin Devri ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkı	287

3.3.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması Durumunda İşçinin ve İşverenin Borçları	288
3.3.3.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması Durumunda İşçinin Borçları	288
3.3.3.1.1. İşçinin Sadakat Borcu	288
3.3.3.1.2. İşçinin İtaat Borcu	290
3.3.3.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması Durumunda İşverenin Borçları	292
3.3.3.2.1. Ücret Ödeme Borcu	292
3.3.3.2.1.1. Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Öğretideki Görüşler	292
3.3.3.2.1.2. Görüşümüz	297
3.3.3.2.1.3. Kaçınılan Sürede İşverenin Ödemesi Gereken Ücretler ve Ücretten İndirilecek Tutarlar	299
3.3.3.2.1.4. İşçinin Gelen İş Tekliflerini Kabul Etme Zorunluluğunun Olup Olmadığının ve Hak Kazanılan Ücretlerin İndirilmesinin Değerlendirilmesi	302
3.3.3.2.1.4.1. Gelen İş Tekliflerinin Kabul Zorunluluğunun Değerlendirilmesi	302
3.3.3.2.1.4.2. Yeni İş İlişkisinden Kazanılan Ücretlerin İndirilmesi ve Yapılan İşin Niteliğinin İndirime Etkisinin Değerlendirilmesi.....	305
3.3.3.2.1.4.3. Yeni İş İlişkisinin Sona Ermesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Tazminat ve Alacaklardan Kimin Sorumlu Olacağı Sorunu	306
3.3.3.2.2. İşverenin İşçiyi Gözetme, Eşit Davranma Borcu ve Diğer Borçları	308
3.3.3.2.3. Çalışmaktan Kaçınan İşçilerin Yerine İşçi Alınamaması ve İşlerin Başkalarına Yaptırılabilmesi	310
3.3.3.2.3.1. Yasağın Doğduğu Zaman	310
3.3.3.2.3.2. 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından.....	310
3.3.3.2.3.3. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından	313
3.3.3.2.3.4. İşverenin Anılan Yasağa Uymamasının Yaptırımını.....	314
3.3.4. Çalışmaktan Kaçınmanın Sosyal Güvenlik Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar	316
3.3.5. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlarının Gerçekleştiğine Dair İşçi Tarafından Yapılan Yanlış Değerlendirmenin Doğuracağı Sonuçlar.....	319
SONUÇ	322
KAYNAKÇA.....	329
ÖZGEÇMİŞ	354

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAG	Bundesarbeitsgericht (Federal İş Mahkemesi)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkeme Kararları)
BİK	5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun
BK	818 Sayılı Borçlar Kanunu – Berner Kommentar (Atıf Kısımında)
Bkz.	Bakınız
BSK	Basler Kommentar
C.	Cilt
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Co.	Convention
DD	Danıştay Dergisi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİDDK	Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DİK	854 Sayılı Deniz İş Kanunu
DM	Deutsche Mark
dn.	Dipnot
ErfK	Erfurter Kommentar
GsÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ILO	International Labour Organization
İHSGHD	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İHU	İş Hukuku Uygulaması
İSGK	6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İşK	4857 Sayılı İş Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.T.	Karar Tarihi
Kuko	KurzKommentar
LAG	Landesarbeitsgericht (Eyalet İş Mahkemesi)
m.	Madde
MLÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
N.	Kenar Numarası
OFK	Orell-Füssli Kommentar
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
P.	Paragraf
RdA	Recht der Arbeit
RG	Resmi GAZete
S.	Sayı
s.	sayfa
SSA	Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht
STİSK	6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	versus
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
Y.*.HD.	Yargıtay (*sayılı) Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZK	Zürcher Kommentar

ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu'na göre, iş sözleşmesi işçinin bağımlı olarak iş görmeyi ve işverenin ise ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşmedir. İşçinin ücreti, iş hukukunun en önemli konularından biridir. Nitekim bu doğrultuda ücreti koruyucu birçok düzenleme getirilmiştir. Bu koruyucu düzenlemelerden biri ise, muaccel ücretin ödenmemesi durumunda, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkını veren İşK m. 34'tür. Söz konusu hakkın sadece İşK düzenlenmiş olması, diğer kanunlara tabi çalışan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı anlamına gelmemektedir. Ancak anılan işçilerin hangi kanun ve hangi madde kapsamında kaçınma hakkını kullanacağı ayrıca incelenmelidir. Şüphesiz sadece muaccel ücretin ödenmemesi değil, muaccel olmamış ancak tehlikeye düşmüş ücret alacağı sebebiyle de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı vardır.

Çalışma üç ana başlık altında hem geçmiş hem de gelecek dönem ücrete bağlı ortaya çıkan hakkın detaylıca incelenmesini içermektedir. Bu kapsamda birinci bölümde, söz konusu hakkın tanımı amacı ve hukuki niteliği, Alman ve İsviçre hukuku da göz önünde tutularak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise hem geçmiş dönem ücretin ödenmemesi hem de gelecek dönem ücretin tehlikeye düştüğü durumlarda ortaya çıkan çalışmaktan kaçınma hakkının şartları incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, sınırları ve sonuçları detaylıca çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Görme Borcu, Ücret Ödeme Borcu, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ödemezlik Def'i, Alacaklı Temerrüdü.

SUMMARY

RIGHT TO AVOID WORKING RELATED TO WAGES

According to the Labor Law No. 4857, an employment contract is a contract where the employee undertakes to work dependently, and the employer undertakes to pay wages. The wage of the employee is one of the most important issues of labor law. Thus, many regulations have been introduced to protect wages in this direction. One of these protective regulations is regulated in Labor Law No. 4857 Art. 34. The fact that the aforementioned right is regulated only in Labor Law No. 4857 does not mean that employees subject to other laws do not have the right to avoid working. However, it should be examined separately under which law and under which article the aforementioned employees will exercise their right to avoid working.

It must also be said that employees have the right to avoid working, not only due to non-payment of due wages but also due to non-due wages which might not be paid in the future. However, the legal nature of this right is different from the right regulated in Article 34 of the Labor Law. For this reason, the defense of non-payment due to ineffectualness of performance regulated in the Turkish Code of Obligations has been examined in detail.

The study includes a detailed examination of the right that arises due to both past and future wages under three main chapters. In this context, in the first chapter, the definition, purpose, and legal nature of the right in question are examined by also considering German and Swiss law.

In the second chapter of the study, the conditions of the right to avoid working, which arise in cases where both the past period's wages are not paid and the future period's wages are in danger, are examined. In the third chapter, the use of the right to avoid from working, its limits, and consequences are studied in detail.

Keywords: Obligation to work, Obligation to pay wages, Right to avoid working, Defense of non-performance, Default of creditor.

TEŞEKKÜR

Bu çalışma, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) “2214/A Doktora Sırası Araştırma Burs Programı” kapsamında desteklenmiştir. Bu sayede araştırmanın büyük bir bölümü Trier’de bulunan Avrupa Birliği İş Hukuku ve Endüstri İlişkileri Enstitüsü’nde (Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union) gerçekleştirilmiştir. Enstitü’de araştırma imkânı sağlayan Enstitü Direktörü Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter’e ve çalışmayı desteğe layık gören TÜBİTAK’a çok teşekkür ederim.

Bülent Ferat İŞÇİ

Antalya, 2022



GİRİŞ

A. KONUNUN ÖNEMİ, SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI

1. Konunun Önemi

İş ilişkisi, işçinin işverene bağımlı olarak iş gördüğü, işverenin ise buna karşılık olarak işçiye ücret ödediği ilişkiyi ifade eder. İş sözleşmesinin üç unsuru vardır. Bunlar iş görme, bağımlılık ve ücrettir. İşçinin emeği karşılığı kazandığı ücretin korunması büyük önem taşır. Bu nedenle kanun koyucu, ücreti koruyucu birçok düzenleme getirmiştir. Söz konusu düzenlemelerden biri ise, İşK m. 34 ile sağlanan çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Anılan hak, iş sözleşmesinin en temel iki unsuru olan işverenin ücret ödeme borcu, işçinin ise iş görme borcu ve bunlar arasındaki ilişkiyi içerdiği için hem işçi hem de işveren açısından büyük öneme sahiptir.

Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı, hukukumuzda doğrudan, sadece 4857 sayılı İşK'nun "Ücretin gününde ödenmemesi" başlıklı 34'üncü maddesinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanun öncesinde ise, anılan hakkı doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak işçilerin, 818 sayılı BK m. 81 çerçevesinde, ödemezlik def'i ileri sürerek çalışmaktan kaçınabileceği kabul edilmekteydi. Ancak Yargıtay ve öğretideki bir görüş, ücretlerin ödenmemesi durumunda, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkı olmadığını ve yapılan eylemin yasadışı grev olduğunu ifade etmekteydi.

Çalışmaktan kaçınma hakkının, İşK'nda doğrudan düzenlenmesi, "yasadışı grev" görüşünü ortadan kaldırmış olsa da öğretide konuya ilişkin birçok tartışma devam etmektedir. Tartışmaların esas toplandığı nokta ise, özellikle hakkın hukuki niteliği ve hakkın kullanılmasının sonuçlarıdır. Şüphesiz belirtilen konular dışında, çalışmaktan kaçınma hakkının şartlarına, kullanılmasına ve sonuçlarına yönelik birçok hukuki sorun daha vardır.

Örneğin, çalışmaktan kaçınma hakkı, genel olarak sadece İşK'na tabi işçiler ve işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmeler göz önüne alınarak incelendiğinden, kaçınma hakkının şartlarının TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler açısından ne şekilde belirlenebileceği çalışılmamıştır. Bu nedenle çalışmamızda, çalışmaktan kaçınma hakkı, sadece İşK'na tabi işçiler çerçevesinde değil, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler ve genel olarak işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmeler de göz önüne alınarak incelenmiştir.

Ayrıca ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkı, sadece geçmiş dönem ücretlerin ödenmemesi sonucunda ortaya çıkmaz, aynı zamanda daha muaccel olmamış ücretlerin işverenin ifa güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmesinde veya işverenin anılan ücretleri

ödemeyeceği/ödeyemeyeceği işveren tarafından açıkça belirtildiği veya bu durumun işverenin içinde bulunduğu koşullardan anlaşıldığı durumlarda da ortaya çıkar. Bu hakkın dayanağı ise, TBK m. 98’de düzenlenen ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def’idir. Ancak TBK m. 98’de düzenlenen hükmün, doğrudan iş hukukuna uygulanması işçi ve işveren arasındaki hassas dengenin bozulmasına neden olabilir. Bu bakımdan, ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının şartlarının ve hakkın nasıl kullanılacağına belirlenmesi oldukça önemlidir. Ancak TBK m. 98’in sağladığı ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı incelenirken, işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu, örneğin BİK’na tabi iş ilişkileri incelenmemiştir. Zira anılan durumda, TBK m. 98’in temel şartı sağlanmamış olacağı için, işçinin çalışmaktan hakkı da gündeme gelmeyecektir.

Çalışmamızda, konuya ilişkin öğretide yer alan tartışmaların tamamı ele alınmış ve hakkın şartlarına, kullanılmasına ve sonuçlarına yönelik diğer hukuki sorunların açıklığa kavuşturulmasında Yargıtay ve öğreti görüşlerinden faydalanılmıştır. Ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkı incelenirken, sadece Türk hukuku öğretisi ve uygulamasından değil, Alman ve İsviçre hukukunda yer alan görüşlerden ve yargı kararlarından da faydalanılmıştır.

2. Konunun Sunulması

Çalışmamız kapsamında terminolojik olarak, “ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkı” bir üst kavram olarak ele alınmıştır. Anılan kavram kendi içerisinde ikiye ayrılmıştır, bunlar tabi olduğu kanuna göre değişmekle birlikte, İşK m. 34 veya TBK m. 97’nin sağlamış olduğu “ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı”; diğer ise, işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmeler hariç olmak üzere, işçinin tabi olduğu kanuna bakılmaksızın TBK m. 98’in sağladığı “ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı”dır.

Çalışma, yukarıda belirtilen kavramlar çerçevesinde toplam üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, ilk olarak çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin genel bilgiler verilmiş, anılan bölümün devamında ise, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının sadece İşK m. 34’te düzenlenmesinin, TBK, DİK ve BİK’na tabi işçiler açısından nasıl sonuçları olduğu ve anılan kanunlara tabi işçilerin, çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olup olmadığı incelenmiştir. Daha sonra ise, sadece Türk hukuku öğretisinde değil, Alman ve İsviçre öğretisinde de tartışmalı olan, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğine ilişkin incelemeler yapılmış ve ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğine yönelik tespit gerçekleştirilmiştir. Bu

kapsamda, anılan hakkın hukuki niteliğine yönelik, TBK m. 97’de düzenlenen ödemezlik def’i ve m. 106’da düzenlenen alacaklının temerrüdü kavramları çalışma konusunun sınırları genişletilmeden incelenmiştir.

Konu sadece muaccel olmuş ücret alacağı bakımından değil muaccel olmamış ücret alacakları bakımından da incelenmiştir. Birinci bölümde ele alınan diğer bir husus ise, işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle henüz muaccel olmamış ücret alacağının tehlikeye düşmesi durumunda veya işverenin daha muaccel olmamış ücreti ödemeyeceğinin veya ödeyemeyeceğinin işveren tarafından açıkça belirtildiği veya bunun işverenin içinde bulunduğu koşullardan anlaşılabildiği durumlarda, işçinin TBK m. 98 çerçevesinde “ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def’i” hükümlerine dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağıdır.

İkinci bölümde, ilk olarak geçmiş döneme ilişkin ücretin ödenmemesi nedeniyle, diğer bir ifadeyle İşK m. 34 veya TBK m. 97 kapsamında ortaya çıkan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için gereken şartlar, çeşitli ihtimaller de göz önünde tutularak incelenmiştir. Bu kapsamda, işverenin ücret ödeme borcu, hangi ücretlerin ödenmemesi durumunda işçinin kaçınma hakkını kullanabileceği, bekleme süresi, mücbir sebep şartı ve bunun gerekliliği ile hakkın kullanılması için bir irade beyanının zorunlu olup olmadığı detaylıca açıklanmıştır. İkinci bölümün devamında ise, TBK m. 98 kapsamında kullanılabilecek “ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı”nın şartları açıklanmaya çalışılmıştır. Hem ücretin ödenmemesi hem de ücretin ödenmeyeceği sebebiyle kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkının şartları incelenirken, Alman ve İsviçre öğretisinden ve yargı kararlarından da faydalanılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, ilk olarak hakkın kullanılması ve kullanılmasının sınırları ile sözleşmenin tipine göre hakkın kullanılmasını etkileyebilecek durumlar incelenmiştir. Daha sonra ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması durumunda, iş sözleşmesinin durumu, işçinin ve işverenin sözleşmeden ve kanundan doğan borçlarını ne şekilde etkilediği ve hakkın kullanılmasının sosyal güvenlik hukukunda doğurduğu sonuçlar detaylıca ele alınmıştır.

3. Konunun Sınırlandırılması

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, bazı durumların gerçekleşmesi şartına bağlı olarak, işçinin iş görme borcunu bilerek ve isteyerek yerine getirmemesidir. Anılan hak, hukukumuzda açıkça iki farklı Kanun’da ayrı şekillerde düzenlenmiştir. Bunlardan biri, 4857 sayılı İşK’nun 34’üncü maddesinde düzenlenen “ücretin ödenmemesi sebebiyle işçinin

çalışmaktan kaçınma hakkı”, diğeri ise 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13’üncü maddesinde düzenlenen “ciddi ve yakın tehlike sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı”dır. Ancak 6331 sayılı Kanun kapsamında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı, çalışmamızın sınırlarına dahil edilmemiştir.

Çalışmaktan kaçınma hakkı incelenirken, hakkın niteliği ile bağlantılı olarak ödemezlik def’i ve alacaklı temerrüdü kavramları da ele alınmıştır. Ancak anılan kavramlar çalışma konusunu ilgilendirdiği ölçüde incelenmiştir.

Son olarak, işverenin diğer borçlarının yerine getirilmediği durumlarda, örneğin işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması, işçinin işyerinde cinsel tacize uğraması durumunda ortaya çıktığı kabul edilen çalışmaktan kaçınmanın diğer halleri çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞÇİNİN ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKININ GENEL ESASLARI

1.1 Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Genel Hususlar

1.1.1. Genel Olarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

4857 sayılı İşK¹ m. 8/1'e göre; *"İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir."* 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² m. 393'e göre ise; *"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 sözleşmedir."* İş sözleşmesi, 854 sayılı DİK'nda³ ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da⁴ ise düzenlenmemiştir.⁵

İş sözleşmesinin düzenlendiği kanun hükümlerinden anlaşıldığı üzere; iş ilişkisi, işçinin işverene bağımlı olarak iş gördüğü, işverenin ise buna karşılık işçiye ücret ödediği ilişkiyi ifade eder. Anılan ilişki, iş sözleşmesi ile kurulur.⁶ İş sözleşmesinin ise üç temel unsuru vardır; iş görme, bağımlılık ve ücret.⁷

¹ RG, T. 10.06.2003, S. 25134.

² RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

³ RG, T. 29.04.1967, S. 12586.

⁴ RG, T. 20.06.1952, S. 8141.

⁵ TBK'nda kullanılan "hizmet sözleşmesi" ifadesi ile İşK'nda kullanılan "iş sözleşmesi" ifadesi aynı şeyleri ifade etmektedir. Bu bakımdan çalışmanın devamında "hizmet sözleşmesi/akdi/ilişkisi" ifadeleri yerine "iş sözleşmesi/akdi/ilişkisi" ifadelerini kullanmayı tercih ettik.

⁶ İş ilişkisinin kurulduğu zamana ilişkin iki teori bulunmaktadır. Bunlardan sözleşme teorisine göre, iş ilişkisi, sözleşmenin kurulması ile kurulur ve buna göre sözleşmenin hüküm ve sonuçları doğar. Katılma teorisine göre ise, iş ilişkisinin kurulabilmesi için, iş sözleşmesinin yapılması yeterli değildir. İş sözleşmesinin varlığı, iş ilişkisini kurmaz, taraflar arasında sadece karşılıklı borç doğurur. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesinin akdedilmesiyle, işveren işçiye işe alma, işçi de işverene karşı iş görme borcu altına girer. Bu borçların yerine getirilmemesi durumunda ise, tazminat borcu doğar. Bu teoriye göre, iş ilişkisinin kurulması için, işçinin fiilen işverenin iş çevresine katılması ile gerçekleşir. Detaylı bilgi için bkz NIKISCH, Arthur, Arbeitsrecht - I. Band Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, Tübingen, 1961, s. 163-169; ESENER, Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 142-144.

⁷ İş sözleşmesinin unsurlarına ilişkin bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul, 1988; s. 73-74; TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukuku Cilt I, 4. Bası, İstanbul, 1986, s. 127-129; İZVEREN, Adil, İş Hukuku I, II, III, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974, s. 93-94; ESENER, s. 126-127; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, İ.T.Ü. Makina Fakültesi Ofset Atölyesi, İstanbul, 1987, s. 73-74; REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi Mahiyeti – Unsurları – Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 237, Ankara, 1968, s. 39-53; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 180-189; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 223-231; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 69-71; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha, 3. Baskı, İstanbul, 2021, s. 23-34 ; AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 105-110; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin, 13. Baskı, 2021, s.

Görüleceği üzere, iş sözleşmesinin temel üç unsurundan biri olan ücret, kural olarak işçinin iş görme borcu karşılığında ödenir ve çoğunlukla işçinin ve işçinin ailesinin tek geçim kaynağıdır. Bu nedenle işçinin ücretinin ve emeğinin korunması oldukça önemlidir. Bu sebeple, ücretin korunmasına yönelik çeşitli düzenlemeler getirilmiştir.⁸

İş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, işverenin ücret ödeme borcu dışında, diğer borçları da ortaya çıkar. İşveren, iş sözleşmesinin tarafı olarak, asli edim yükümlülüğü olan ücret ödeme borcu dışında, işçinin kişiliğini gözetme, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma, eşit davranma ve ayrımcılık yapmama borçlarını da üstlenir. Bu borçların işverene yüklenmesi, işçinin korunmasını sağlar. Bu koruma işçi için oldukça önemlidir, zira işveren karşısında güçsüz olan işçi, iş sözleşmesi ile sadece işin görülmesini değil, işverenin emir ve talimatı altına girerek “bağımlı”⁹ bir şekilde iş görme borcunu üstlenir.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçları yerine getirmemesinin birçok sonucu vardır ve buna bağlı olarak işverenin idari, hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilir.¹⁰ İşverenin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi durumunda işçinin bazı hakları da ortaya çıkar. Örneğin; işveren, ücret ödeme borcunu yerine getirmediğinde, işçi, ödenmeyen ücretini faiziyle birlikte talep edebilir veya sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir (TBK m. 435¹¹, İŞK, m. 24, DİK m. 14/II-a).

100-105; **CENTEL, Tankut**, İş Hukuku Cilt I – Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1994, s. 79-82; **EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra**, Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020, s. 61-65; **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş**, İş Hukuku (Genel Kavramlar ve Bireysel İş İlişkileri), 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 341-361; **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş**, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, Lykeion, 5. Baskı, Ankara, 2021, s. 80-86; **UŞAN, Fatih/ERDOĞAN, Canan**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, s. 80-81; **SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay**, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2020, s. 81; **BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap**, İş Hukuku, Beta, 16. Baskı, 2021, s. 119-121; **GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk**, Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, 2020, s. 93-98.

⁸ Ücretin korunmasına yönelik düzenlemeler için bkz. Ücretin haczi, devri ve temliğine yönelik düzenleme, İŞK m. 35, TBK m. 410, DİK m. 32; Ücretten takas yasağı, TBK m. 407/2; Ücretin ayrıcalıklı alacak olması, İcra ve İflas Kanunu m. 140, 206, 207; İşverenin ödeme aczine düşmesi durumunda ücret, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 1, Kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerinden ücreti kesme yükümlülüğü, İŞK m. 36; Asıl işverenin ücretin ödendiğinin kontrolü ve ödenmesi, İŞK m. 36/5; Ücret kesme cezası sınırı, İŞK m. 38; Ücrette indirim yapılmaması, İŞK m. 62, DİK m. 48, BİK m. 25; İşverenin temerrüdü halinde ücret, TBK m. 408.

⁹ Anılan bağımlılık, hukuki ve kişisel bir bağımlılık olarak nitelendirilir. Bkz. **REİSOĞLU**, s. 51-52; **SÜZEK**, s. 225-227; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 354-356. Anılan bağımlılığın, ekonomik, hukuki veya teknik bir bağımlılıktan daha çok kişisel bir bağımlılık olduğuna yönelik görüş için bkz. **ESENER**, s. 127; **CENTEL**, İş Hukuku, s. 82.

¹⁰ Örneğin, işverenin ücret ile ilgili hükümlere aykırı davranması durumunda karşılaşacağı idari yaptırım, İŞK m. 102’de düzenlenmiştir.

¹¹ BİK’na tabi işçiler için haklı nedenle fesih sebepleri iki taraf için de BİK m. 11’de düzenlenmiştir. Ancak anılan hükümde ücretin ödenmemesi sebebiyle, yani çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle işçinin derhal fesih hakkı olduğundan bahsedilmemiştir. Anılan işçilerin bu durumda süreli fesih yapmalarını beklemek ise hayatın olağan akışına, dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu nedenle BİK’na tabi işçiler de TBK m. 435 çerçevesinde ücretin ödenmemesi nedeniyle sözleşmelerini feshedebilmelidir. Diğer bir ifadeyle, anılan işçiler için de dürüstlük kuralları çerçevesinde iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılmalıdır. Zira kanımızca BİK, sadece BİK’na özel durumlar bakımından derhal fesih durumlarını

Kural olarak, iş sözleşmesi devam ettiği sürece iş görme borcunu ifadan kaçınmaz. Ancak bazı durumlarda, işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi sözleşmeye aykırılık oluşturmaz. Örneğin; işyerinde uygulanan yasal bir greve katılan işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi hukuka uygundur. İşçinin iş görme borcunu yerine getirmemesini hukuka uygun hale getiren durumlardan bir diğeri de yukarıda ifade edilen, işverenin asli edim yükümlülüğü olan ücret ödeme borcunu yerine getirmemesidir. Diğer şartların da sağlanması ile birlikte, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ortaya çıkar. Anılan hak, öğretide¹² ve Yargıtay¹³ kararlarında genel olarak ücretin ödenmemesi nedeniyle “çalışmaktan/iş görmekten/iş görme ediminden kaçınma hakkı” şeklinde ifade edilmektedir.

Yukarıda bahsedilen çalışmaktan kaçınma hakkı, işçinin geçmiş dönem ücretinin ödenmemesi durumunda ortaya çıkan hakkı ifade etmek üzere kullanılmıştır. Ancak ileride detaylıca anlatıldığı üzere, gelecek dönem ücretinin ödenmeyeceğinin belli olduğu bazı durumlarda da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı söz konusu olabilir. Bu bakımdan “ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı” sadece geçmiş dönem ücretin

düzenlemiştir. BİK’nda düzenlemenin bulunmadığı bulunan hallerde, TBK m. 435 uygulanmalıdır. Bkz. **SÜMER, Haluk Hadi**, Bireysel Basın İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 197-198.

¹² **EYRENCİ, Öner**, “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme”, Legal İHSGHD, S. 1, 2004, s. 38; **SOYER, Polat**, “İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı – Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, s. 657; **TUNCAY, A. Can**, “Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı)”, Legal İHSGHD, Y. 2005, S.6, s. 652; **SÜZEK**, Ücretin Ödenmemesi, s. 217; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 374 vd.; **ENGİN, E. Murat**, “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C. 5, S. 1, s. 78-79; **GÜZEL, Ali**, “İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi”, Çalışma ve Toplum, Y. 2005, S. 2, s. 130-131; **OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 342-343; **NARMANLIOĞLU, Ünal**, “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)”, DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, 2010 (Basım Yılı 2012), s. 612; **SUR, Melda**, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, 2005, s. 399-400; **ALPAGUT, Gülsevil**, “Ücret ve İşin Düzenlenmesi”, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 61; **UŞAN/ERDOĞAN**, s. 137; **DEMİR, Fevzi**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, 11. Baskı, Albi Yayıncılık, İzmir, 2018, s. 192-193; **GÜNAY, Cevdet İlhan**, “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 1, Mart 2006, s. 46; **GÖKTAŞ, Seracettin**, Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Yetkin, Ankara, 2008, s. 45-46; **ÇİL, Şahin**, “İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: II, İstanbul, 2011, s. 1277; **TOPUZ, Murat**, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş K. m.34 ve m.38)”, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, MLÜHFD, S.2, İstanbul 2007, s. 461; **DULAY YANGIN, Dilek**, “Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, TAAD, Y. 3, S. 10, 2012, s. 209-210; **KARACAN, Hatice**, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, s. 9; **AKYİĞİT**, Bireysel İş Hukuku, s. 263; **AKYİĞİT, Ercan**, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt. II, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008, s. 1572; **AKYİĞİT, Ercan**, “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, Legal İHSGHD, S.5, 2005, s. 23-24; **AKYİĞİT**, İş Hukuku, s. 205; **GÜVEN/AYDIN**, s. 204; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, Betül, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Seçkin, İstanbul, 2020, s. 78-79.

¹³ **Y.9.HD**, E. 2019/5132, K. 2019/14999, T. 04.07.2019; **Y.9.HD**, E. 2016/19514, K. 2019/1920, T. 22.01.2019; **Y.22.HD**, E.2014/20017, K. 2015/33808, T. 07.12.2015; **Y.7.HD**, E. 2013/25339, K. 2014/7206, T. 01.04.2014; **Y.22.HD**, E. 2012/2118, K. 2012/16639, T. 12.07.2012; **Y.7.HD**, E. 2014/18997, K. 2015/23744, T. 30.11.2015. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, söz konusu hakkı “çalışmama hakkı” olarak da ifade etmiştir. Bkz. **Y.9.HD**, E.2005/23047, K. 2005/29849, T. 14.09.2005. (www.legalbank.net)

ödenmemesi halini kapsadığı için, gelecek dönem ücretin ödenmeyeceği belli olduğu durumlarda ortaya çıkacak çalışmaktan kaçınma hakkını karşılamak üzere “ücretin ödenmeyeceği sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı” ifadesi kullanılmıştır.

Ücretin ödenmeyeceği sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkına konu olan ücret aslında, işçinin iş görmeye devam ettiği aya ait ücretin ödenmeyeceğinin belli olduğu durumları ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, “gelecek dönem” ifadesinden aslında “iş görülen döneme ait ücret” kastedilmek istenmiştir. Aradaki ayrımı daha belirgin bir şekilde aktarabilmek için, “geçmiş dönem” ve “gelecek dönem” ifadeleri tercih edilmiştir.

Öte yandan çalışmaktan kaçınma hakkı sadece ücretin ödenmemesi durumunda ortaya çıkan bir hak değildir. Diğer bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınma hakkı sadece ücret ile değil, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri ile bağlantılı olarak da ortaya çıkabilecek bir haktır.¹⁴ Bu bakımdan işverenin diğer bir yükümlülüğü¹⁵ olan gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasına bağlı olarak işçinin vücut bütünlüğünün tehlikede olduğu durumlarda da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ortaya çıkar. Nitekim 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun¹⁶ 13’üncü maddesi ile ciddi ve yakın bir tehlikeye maruz kalan işçinin, diğer şartların da sağlanması durumunda çalışmaktan kaçınabileceği düzenlenmiştir.¹⁷

¹⁴ ENGİN, s. 78.

¹⁵ Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin türünü, tipini, özelliklerini belirleyen ve borçlunun asli olarak yerine getirmekle yükümlü olduğu edimleri ifade eder. Diğer bir ifadeyle, asli edim yükümlülüğü “asıl borcu” ifade eder. Bkz. **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 24. Baskı, Ankara, 2019, P. 88. Yan edim yükümlülüğü ise, asli edim yükümlülüğün amacına uygun bir şekilde ifa edilmesine doğrudan olmasa bile dolaylı şekilde hizmet eden yükümlülüklerdir. Yan edim yükümlülükleri asli edim yükümlülüğüne bağlıdır ve asli edim yükümlülüğü varlığı halinde bir anlam ifade ederler. Bkz. **İPEK, Eyüp**, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Seçkin, 2016, s. 56-57; **CİVAN, Orhan Ersun**, İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta, 2021, s. 7. Öğretideki bir görüş, işverenin işçiyi gözetme borcunu, yan edim yükümlülüğü olarak belirtmektedir. Bkz. **KAPLAN, Emine Tuncay**, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1992, s. 29-30. Öğretide Eren ise, işverenin işçiyi gözetme borcunu, asli edim yükümlülüğü olarak kabul etmekte ve “özen borcu” olarak ifade etmektedir. Bkz. **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974, s. 33-36. Aynı yönde bkz. **ULUSAN, İlhan**, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1992, s. 19; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 705. Gerçekten de işçinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma altına alan bu borç, işçinin işveren karşısındaki güçsüz konumu, işverene olan hukuki ve kişisel bağımlılığı göz önüne alındığında, anılan borcu, asli edim yükümlülüğü olarak kabul etmek gerekir. Anılan gözetme borcunun önemi, şüphesiz yapılan işin niteliğine göre, azalacak veya artacaktır. Örneğin yer altında veya su altında çalışan işçiler için, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hayati öneme sahiptir. Bu nedenle, anılan işyerlerinde çalışan işçiler için, işverenin işçiyi gözetme borcunu yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilemez. Masa başı çalışanlar için, aynı tehlikeler bulunmasa dahi, işçinin maddi ve manevi bütünlüğün sağlanması adına, anılan borç yine de asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmelidir.

¹⁶ RG, T. 30.06.2012, S. 28339.

¹⁷ Ciddi ve yakın tehlike sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı İSGK m. 13’te düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre, ciddi ve yakın tehlike sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi iki durumda ortaya çıkar. Bunlardan ilkinde göre, ciddi ve yakın bir tehlikeye karşı karşıya kalan işçi, durumun tespit edilmesini ve ciddi ve yakın tehlikeye sebebiyet veren durumun ortadan kaldırılması talebini işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurul yoksa işverene bildirir. Buna istinaden, kurulun olduğu işyerlerinde acilen toplantı yapılır, kurulun olmadığı işyerlerinde ise işveren derhal karar verir ve durumu tutanakla tespit eder. Başvuru sonucunda iki türlü karar ortaya çıkabilir. Kurul veya işveren, ciddi ve yakın tehlikenin ortadan

Öğretide, yukarıda bahsedilen çalışmaktan kaçınma halleri dışında bazı diğer hallerde de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğu belirtilmiştir. Bu hallerin, öğretide işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması¹⁸, işçinin işyerinde cinsel tacize¹⁹ veya mobbinge²⁰ uğraması olduğu belirtilmektedir. Çalışmamızın konusu, ücrete bağlı olarak ortaya çıkan çalışmaktan kaçınma hakkını kapsadığı için, çalışmaktan kaçınma hakkını doğuran diğer haller üzerinde durulmamıştır.

1.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Amacı

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, belirli veya belirsiz bir süreliğine iş görme borcunu yerine getirmemek olduğu için, işveren üzerinde bir baskı mekanizması olarak

kaldırılması yönünde karar verirse, gerekli tedbirler alınıncaya kadar işçiler iş görme borcundan kurtulur. Kurul veya işveren tarafından verilen karar, tehlikenin ciddi ve yakın olmadığı yönünde ise, işçiler çalışmaktan kaçınmaz. İSGK’nda, verilen karara karşı bir itiraz yolu da öngörülmemiştir. Bu nedenle, talepleri reddedilen işçiler, gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığından bahisle, şikayet haklarını kullanabilir veya İSGK m. 13/4 gereği sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilirler. İSGK m. 13’te düzenlenen ciddi yakın tehlike sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkının diğer hali ise, anılan ciddi ve yakın tehlikenin “önlenemez” olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, işyerindeki mevcut ciddi ve yakın tehlike, önlenemez bir nitelikteyse, işçiler, yukarıda anlatılan (İSGK m. 13/1’de düzenlen usul) usule uymaksızın çalışmaktan kaçınabilirler. Bu noktada ifade edilmelidir ki, eğer İSGK m. 25 gereği işyerindeki iş durdurulmuşsa, işçinin çalışmaktan kaçınması mümkün değildir. İSGK m. 13 ile ilgili ifade etmek istediğimiz son husus ise, anılan haktan İSGK m. 2’de belirtilen istisnalar dışında bütün çalışanların faydalanabileceğidir. Ciddi ve yakın tehlike sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı, çalışmamızın sınırlarını aştığından, daha fazla detaya girilmesi uygun görülmemiştir. Ciddi ve yakın tehlike sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkında detaylı bilgi için bkz. **SÜZEK, Sarper**, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, Legal İHSGHD, S. 6, 2005, s. 609-vd.; **ENGİN**, s. 85 vd.; **AYDINLI, İbrahim**, “İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz, 2005, s. 16 vd.; **GÖKTAŞ**, s. 209 vd.; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 169-212; **CENGİZ, Tuğba**, İşçinin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 52 vd.; **TOKA, Hakan**, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 64 vd.; **BALIK, Derya**, “İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu Madde 83)”, Legal İHSGHD, C. 7, S. 27, 2010, s. 1002 vd.

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. **TUNCAY, A. Can**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 225-229; **YILDIZ, Gaye Burcu**, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, Ankara, 2008, s. 323-325; **ONARAN YÜKSEL, Melek**, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, Beta, İstanbul, 2000, s. 348-351; **MANAV ÖZDEMİR, A. Eda**, “İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, İstanbul, 2017, s. 166; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 224-228.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. **BAKIRCI, Kadriye**, “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, S.3, 2000, s. 456; **BAKIRCI, Kadriye**, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Ankara, 2000, s. 184-186; **KAPLAN, Emine Tuncay**, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 2, Y. 2003, s. 12; **MANAV ÖZDEMİR, A. Eda**, “Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması”, TİSK Akademi, C. 11, S. 21, 2016, s. 208; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 263-266.

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. **SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu**, “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, İÜHF, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Cilt 74, 2016, s. 635-636; **ARSLAN ERTÜRK, Arzu**, “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 308-311; **ÜNAL, Canan**, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD, C. 10, S. 37, 2013, s. 57-58; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 289-290.

kullanılır ve işçi, iş görme borcunu yerine getirmeyerek iş akışının aksamasına sebep olur ve böylelikle işveren üzerinde ekonomik bir baskı gerçekleşir.²¹

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, diğer bir ifadeyle, iş görme borcunu yerine getirmemesi sebebiyle işveren üzerinde oluşan baskının sadece ekonomik bir baskı olduğundan bahsetmek güçtür. Bu durum bazı işverenlerin, işyerlerinin veya işletmelerin itibarını, marka değerini etkilediği için, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının manevi baskı yönünün de bulunduğu söylenebilir.

Ücretin ödenmemesi veya işverenin diğer yükümlülüklerine aykırı davranması sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin iş görmemesi sözleşmeye uygun olduğundan, sözleşme de feshedilemez.²² İşçi, iş görmeyerek işverenin işletmesinde üretilen işin veya sunulan hizmetin, az veya çok aksamasına neden olur. Bu durum ise işvereni maddi ve manevi açıdan zor duruma düşürebileceğinden, işveren, işçinin/işçilerin haklı talebini yerine getirmek durumunda kalır, yani anılan hak kapsamında korunan menfaatin yerine getirilmesi için işveren üzerinde bir baskı oluşur. Ancak her hakta olduğu gibi, bu hakkın kullanılmasının da bazı sınırları vardır. Bu sınırlar, çalışmanın devamında detaylı incelenecektir.

1.1.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Terminoloji

Yukarıda anlatılanlar ışığında, genel olarak “*çalışmaktan/iş görmekten kaçınma hakkı*” kavramı, sebepleri/dayanakları farklı olsa dahi, anılan hakkın bütün hallerini kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle anılan kavram, geçmiş dönem ücretin ödenmemesine dayanan kaçınma hakkını kapsadığı gibi, gelecek dönem ücretin ödenmeyeceğinin belli olması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını, ciddi ve yakın tehlike halinde çalışmaktan kaçınma hakkını ve öğretide kabul edilen diğer çalışmaktan kaçınma hallerini de kapsamaktadır.²³ Bu bakımdan “*çalışmaktan/iş görmekten kaçınma hakkı*” kavramı, kapsamı oldukça geniş bir hakkı ifade eder.

Öğretide sıklıkla kullanılan “*ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan (iş görmekten) kaçınma hakkı*” kavramı ise özellikle İşK m. 34’te düzenlenen hak için kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, anılan kavram geçmiş dönem ücret alacağının ödenmemesi durumunda işçinin sahip olduğu çalışmaktan kaçınma hakkını ifade etmektedir.

²¹ ENGİN, s. 79.

²² Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının sonuçları çalışmanın üçüncü bölümünde detaylıca incelenmiştir. Bkz. §9.

²³ İşverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması halinde, işçinin işyerinde cinsel tacize veya mobbinge uğraması halinde işçinin sahip olduğu çalışmaktan kaçınma hakkı.

Bu kavram gelecek döneme ait ücretin ödenmeyeceğinin belli olması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını içermediğinden, bu noktada, “*ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı*”nı ve “*ücretin ödenmeyeceği sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı*”nı kapsayacak şekilde “*ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkı*” kavramının kullanılabileceği kanaatindeyiz.

Çalışmamızın esas konusu ise, ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Bu nedenle hem geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi hem de gelecek döneme ait ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı çalışmada incelenmiştir. Çalışmanın devamında hem başlıklarda hem de metin içerisinde, kavram karmaşasının önüne geçmek için “*ücretin ödenmemesi nedeniyle işçinin çalışmaktan/iş görmekten kaçınma hakkı*” ifadesi yerine, genel olarak “*çalışmaktan kaçınma hakkı*” veya “*kaçınma hakkı*” ifadesi tercih edilmiştir. Özellikle ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı, diğer bir ifadeyle gelecek dönem ücretin ödenmeyeceğine bağlı çalışmaktan kaçınma hakkı ifade edilmek istendiğinde anılan kavram ayrıca belirtilmiştir.

1.1.4. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Angarya veya Zorla Çalıştırma Yasağı Kapsamında Değerlendirilmesi Sorunu ve Anılan Hakkın Hukuki Dayanakları

1.1.4.1. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Angarya veya Zorla Çalıştırma Yasağı Kapsamında Değerlendirilmesi Sorunu

Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İşK m. 34’ün gerekçesinde, işçilere çalışmaktan kaçınma hakkının tanınmamış olmasının, Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir. Gerekçedeki ifade doğrultusunda, öğretide de ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının dayanağının uluslararası belgelerde ve Anayasa’nın 18’inci maddesinde düzenlenen angarya yasağı/zorla çalıştırma yasağı olduğu ifade edilmiştir.²⁴ Bu noktada çalışmanın sınırlarını fazla genişletmeden, angarya yasağı ve zorla çalıştırma yasağını inceleme ihtiyacı doğmuştur.

ILO’nun 29 sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi’nin 2’inci maddesinde zorla veya zorunlu çalıştırma, (forced or compulsory labour); “*herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında*

²⁴ SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 210-211; GÜZEL, s. 128; UÇUM, Mehmet, Yeni İş Kanunu Semineri Notları, Legal, 2003, s. 61; TUNCAY, Kaçınma Hakkı, s. 653; ULUCAN, Devrim, “Ücreti Zamanında Ödenmeyen Gazeteciye Geciken Her Gün İçin Ödenmesi Gereken Yüzde Beş Faizin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu”, Legal İHSGHD, S. 6, Y. 2005, s. 533; AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENAYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2013, s. 109; GÜNAY, Ücret, s. 42; DULAY YANGIN, s. 210.

ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri ifade eder.” şeklinde düzenlenmiştir.²⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4’üncü maddesinin ikinci fıkrasında ILO’nun 29 sayılı Sözleşmesinde olduğu gibi, zorla ve zorunlu çalışmanın yasak olduğu belirtilmiş ancak bunların tanımı yapılmamıştır.²⁶ Yine aynı şekilde, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 8’inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinde, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiş, ancak anılan kavramların tanımı yapılmamıştır.²⁷

Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çıkarılan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4. Maddesine İlişkin Yönerge”de ise, AİHS’nde tanımı yapılmayan “zorla ve zorunlu çalışma” kavramından ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, Yönergede yer alan kavramların tanımının ILO’nun 29 sayılı Sözleşmesinde olduğu gibi anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.²⁸ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da özellikle ILO’nun anılan sözleşmesinde yer alan zorla veya zorunlu çalışma tanımlarından hareket edildiği görülmektedir.²⁹

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası’nın 18’inci maddesinde ise, zorla veya zorunlu çalıştırma yerine angarya ve zorla çalıştırma kavramları kullanılmıştır. Anılan maddenin gerekçesinde³⁰ ve öğretide³¹ angarya, kişinin **karşılıksız veya bariz bir şekilde düşük**

²⁵ Maddenin orijinal metni için bkz.; ILO Co. 029 Forced Labour Convention Article 2: “For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily.”. (http://www.ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029)

²⁶ Maddenin orijinal metni için bkz.; European Convention on Human Rights Article 4/2; “No one shall be required to perform forced or compulsory labour.” (https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

²⁷ Maddenin orijinal metni için bkz.; International Covenant on Civil and Political Rights, Article 8/3-(a); “No one shall be required to perform forced or compulsory labour.” (<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>)

²⁸ Council of Europe/European Court of Human Rights, Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights-Prohibition of slavery and forced labour, P. 21.

²⁹ AİHM, Case of Van Der Musselle v. Belgium, Başvuru No: 8919/80, K.T.: 23/11/1983, P. 32. Detaylı bilgi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57591%22%5D%7D>; AİHM, Case of Stummer v. Austria, Başvuru No: 37452/02, K.T.: 7/7/2011, P. 117, 118. Detaylı bilgi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22,%22TUR%22%5D,%22kphthesaurus%22:%5B%22349%22,%2254%22,%22139%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-105575%22%5D%7D%7D>. GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara, 2016, s. 231; DOĞRU, Osman/NALBANT, Atila, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, Legal, İstanbul, 2012, s. 319.

³⁰ Anayasa m. 18’in gerekçesi için bkz.; “Çalışma, iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet, diğer bir deyimle serbest iradeyle üstlenilen bir yükür. Bu yükün kişiye zorla kabul ettirilmesi, kendisinin, iradesi dışında bir faaliyette bulunmaya mecbur bırakılması hem kişi hürriyetiyle bağdaşmayan bir husustur; hem de bu duruma sokulan kişi için bir eziyet teşkil eder. Bu nedendir ki maddenin birinci fıkrası zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır. Bu fıkra ile aynı zamanda «Angarya yasağı» da getirilmiştir. «Angarya», kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır. (2) Maddenin ikinci fıkrası «Zorla çalıştırma» sayılmayacak halleri göstermektedir ve bu sayım sınırlayıcıdır. (3) Bilindiği gibi suçla savaşta en etkili araç suç eğilimi gösteren kişilerin ıslah edilerek, eğitilerek bir daha suç işlemeyecek hale getirilmeleridir. ıslah ve eğitimde en etkili araç ise kişiye çalışma zevkinin aşılınması, tembelliğin izalesi, çalışarak dürüst şekilde

karşılıklı şekilde zorla çalıştırılması; zorla çalıştırma ise, kişinin **karşılığını** alarak zorla çalıştırılması şeklinde tanımlanmıştır.³² Anayasa Mahkemesi de kararlarında angarya ve zorla çalıştırma kavramlarına ilişkin benzer tanımlar yapmış ve iki kavram için kişinin ceza tehdidi altında ve iradesi dışında çalıştırılması gerektiği belirtilmiştir.³³

Öğretide **Gözler** ise, angarya ile zorla çalıştırma arasında “**karşılık**” bakımından böyle bir ayrımın yapılamayacağını, temel hak ve özgürlükler çerçevesinde, kişinin kendi iradesi dışında çalışmaya zorlanıp zorlanmadığının önemli olduğunu vurgulamıştır.³⁴

Görülebileceği üzere gerek uluslararası belgelerde gerek Anayasa’da olsun, zorla veya zorunlu çalıştırma veya angarya, kişinin iradesi dışında “karşılıklı veya karşılıksız” ceza tehdidi altında çalıştırılmasını karşılamak üzere kullanılmıştır. Konumuz açısından önemli olan nokta ise, işçinin ücretinin ödenmemesine rağmen çalışmaya devam etmesinin angarya yasağı veya zorla/zorunlu çalıştırma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

İş ilişkisi, işçi ve işverenin özgür iradeleri doğrultusunda kurulan bir ilişkidir. Bu bakımdan, taraflar sözleşme ile üstlendikleri borçları kendi iradeleri doğrultusunda ifa ederler. Angarya, zorla veya zorunlu çalıştırmada ise, kişinin kendi iradesi dışında, kişiden ceza tehdidi altında alınan bir hizmet veya iş vardır. Cezanın sadece ceza hukukunda yer alan dar ve teknik anlamdaki ceza değil her türlü adli, idari ve hukuki yaptırım olduğu AYM kararlarında ifade edilmiştir. Ancak yine aynı kararlarda, hizmet yükümlüsünün rızasının varlığının büyük önem kazandığı ve ilgilinin kendi rızasıyla kabullendiği bir hizmetin yerine getirilmesi hususunda yasal zorunluluk bulunmasının anılan hizmeti zorla çalıştırma veya

geçimini sağlama imkânının verilmesidir. Bu nedenledir ki cezaevlerindeki hükümlülük rejimi çalışma esasına dayandırılmıştır. Bununla beraber hükümlülerin tabi tutulacakları çalışma yahut aşırı güçlük gösteren bir işin yaptırılması hem yukarıda belirtilen amaçları gerçekleştirmekten uzaktır; hem de insanî olmayan bir muamele yahut ek bir cezadır. Bu mülahazalardır ki hükümlülerin, hükümlülük süresince makul bir çalışma rejimine tabi tutulmaları «Zorla çalıştırma» sayılmamıştır. Bu kişilerin ücretsiz çalıştırılmaları ise «Angarya» teşkil edeceğinden, birinci fıkra ile yasaklanmıştır. (4) Vatandaşın vatan savunmasına katılması yükümlülüğü de bir vatandaşlık ödevi olarak, askerî nitelikteki yahut askerlik ödevi yerine geçen hizmetlerin «Zorla çalıştırmak» sayılmamasını gerekli kılmıştır. Bu husus «Vatan hizmetinin» doğal bir sonucudur. (4) Topluluğun hayatını yahut refahını tehlikeye sokan buhran veya doğal afet hallerinde kişilerden istenen hizmet yahut normal vatandaşlık ödevi niteliğinde olup, bilhassa olağanüstü sıkıntılı durumlarda gerekli görülen iş yükümlülükleri de «Zorla çalıştırma» sayılmayacaktır.”

³¹ **TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s.176; **GÖZLÜGÖL, Said Vakkas**, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 197; **SABUNCU, Yavuz**, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2012, s. 159.

³² Anayasa m. 18/1 angaryayı mutlak bir şekilde yasaklamış ancak zorla çalıştırma, Anayasa m. 18/2’deki hallerde mümkün kılınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **AYM**, Yasemin Balcı Başvurusu, B.N.: 2014/8881, K.T.:25/72017, P. 70. Detaylı bilgi için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/8881?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=8881>.

³³ **AYM**, Yasemin Balcı Başvurusu, P. 68-69.; **AYM**, E. 2017/163; K. 2018/90, T. 6/9/2018, P. 13. Detaylı bilgi için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/90?KelimeAra%5B%5D=angarya>; **AYM**, E.: 2018/28 K.: 2018/93 K.T.: 25/9/2018, P. 21. Detaylı bilgi için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/93?KelimeAra%5B%5D=angarya>.

³⁴ **GÖZLER, Kemal**, İnsan Hakları Hukuku, Ekin, 3. Baskı, Bursa, 2020, s. 460-461; **GÖZLER, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin, Bursa, 2019, s. 401-402.

angarya hâline getirmeyeceği belirtilmiştir. Zira bu gibi durumlarda kanunda öngörülen çalışma zorunluluğu, kişinin özgür iradesiyle bir sözleşme akdetmiş olması veya bir statüye girmiş bulunmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.³⁵

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda, ücreti ödenmeyen işçinin geçmiş döneme ait sunmuş olduğu iş görmesinin ve geçmiş dönem ücretinin ödenmemesine rağmen işe devam edip etmemesinin kendi iradesi dışında olup olmadığının tespiti büyük önem taşır. Diğer bir ifadeyle ücretin ödenmediği ancak işçinin çalışmaya devam ettiği durumlarda, işçinin özgür iradesinden bahsedilip bahsedilemeyeceği oldukça önemlidir. Bu bakımdan, ücreti ödenmemesine rağmen çalışmaya devam etme zorunluluğu içinde hisseden işçinin, işini kaybetme korkusu içinde yer aldığını ve bu korkunun işçinin özgür iradesini kısıtladığını ve bir cezai tehdit olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Nitekim Anayasa Mahkemesi de somut olayın koşullarına göre kişinin işini kaybetme korkusunun bir yaptırım tehdidi olarak yorumlanmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir.³⁶ AİHM de yaptırım tehdidinin fiziksel veya psikolojik boyutta olabileceğini belirtmiştir.³⁷ Buna bağlı olarak böyle bir durumda işçinin işe devam etmesinin irade dışı gerçekleştiği ifade edilebilir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, kişinin işini kaybetme korkusunun bir yaptırım tehdidi olarak nitelendirilebileceğini belirtmiş olsa da iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin kendi iradesi ile hizmet sunduğu durumlarda, angarya yasağına aykırı bir durumun veya zorla/zorunlu çalıştırma halinin ortaya çıktığından bahsetmek güç olacaktır. Bu konuda AİHM, İzmir Adnan Menderes Havalimanı duty-free mağazalarında yaz aylarında (4 ay) 24 saat çalışma-24 saat dinlenme şeklinde, geri kalan dönemlerde de 24 saat çalışma-48 saat dinlenme şeklinde çalışan işçilerin fazla çalışma ücret ve diğer işçilik alacaklarının ödenmemesi üzerine, AİHS m. 4 (Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı) ve m. 6 (Adil yargılanma hakkı) ihlali iddiasıyla yaptıkları başvuruda, önemli bir hususa vurgu yapmıştır. Karara göre, fiziksel veya psikolojik bir baskının ispat edilemediği durumlarda, çalışmanın işçiler tarafından reddedilmesi halinde, sözleşmenin işveren tarafından feshedilebilecek olması, tek

³⁵ Detaylı bilgi için bkz. **AYM**, Yasemin Balcı Başvurusu, P. 65; **AYM**, E. 2017/163; K. 2018/90, T. 6/9/2018, P. 14; **AYM**, E. 2018/28, K. 2018/93 T. 25/9/2018, P. 17.

³⁶ **AYM**, Yasemin Balcı Başvurusu, P. 65; **AYM**, E. 2017/163; K. 2018/90, T. 6/9/2018, P. 14; **AYM**, E. 2018/28, K. 2018/93, T. 25/9/2018, P. 17.

³⁷ AİHM vermiş olduğu bir kararda, bir göçmenin, işvereni tarafından yetkililere şikayet edilme tehdidi altında yasadışı çalıştırılmış olmasını, zorla/zorunlu çalıştırma olarak değerlendirmiştir. Bu bakımdan kişi işi yapmaya fiziksel olarak değil, psikolojik olarak zorlanmıştır. **AİHM**, Case of C.N. and V. v. FRANCE, Başvuru No: 67724/09, P. 77, K.T. 11/01/2013. Detaylı bilgi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%2267724/09%22%2C%22kphthesaurus%22%3A%22349%22%2C%2254%22%2C%22139%22%2C%22472%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-114032%22%7D>

başına AİHS m. 4 kapsamında yer alan “ceza yaptırımı altında” kavramını karşılamaz.³⁸ Diğer bir ifadeyle, işçinin sözleşmesinin işveren tarafından haksız da olsa, feshedilerek işini kaybedecek olması, tek başına tehdit veya ceza yaptırımı altında hizmetin sunulmasını doğurmaz.

İfade etmek gerekir ki ücreti ödenmemesine rağmen çalışma zorunluluğu içinde hisseden işçinin çalışmaya devam etmesinin sebebi tek başına “işverenin sözleşmeyi feshetme yaptırımı” olmayabilir. İşçinin çalışmaya devam etmesinin sebebi; hayat şartları, iş güvencesi eksikliği, sosyal devlet ilkesinin tamamıyla hayata geçirilememesi ve asgari yaşam standartlarının sağlanmamış olması şeklinde değerlendirilebilir. Bu bakımdan işçinin özgür iradesinin sakatlandığı ancak bunun tek sorumlusunun işveren olmadığı ifade edilebilir. Ancak her durumda, işçinin ücretini ödemeyerek, işçiyi bu durum sokan ve bu durumdan faydalanan işveren olduğu için, işçinin çalışmaya devam etmesi noktasında özgür iradesiyle hareket ettiği söylenemez. Öte yandan, bu durumun her işçi için geçerli olduğunu ifade etmek de oldukça güçtür. Zira oldukça kolay iş bulabilecek bir konumda olan ve maddi olarak baskı altında olmayan bir işçinin, ücreti ödenmediği durumlarda çalışmaya devam etmesinin, çalışmayı yaptırım tehdidi altında yaptığı söylenemez.

Bu bakımdan ekonomik veya psikolojik baskı altında olmayan bir işçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği iş görme borcunu iradesi ile yerine getirmesi fakat işverenin kendi üstüne düşen asli edim yükümlülüğü olan ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi ve işçinin yine özgür iradesi ile belirli bir süre daha ücretin ödeneceği inancıyla çalışmaya devam etmesi, angarya yasağına veya zorla/zorunlu çalıştırma yasağına aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu ihtimalde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının doğrudan veya dolaylı olarak düzenlenmemiş olması da angarya yasağı bakımından farklı bir sonuç doğurmaz. Zira ekonomik veya psikolojik baskı altında olmayan işçi, haklı nedenle derhal fesih hakkını istediği takdirde kullanabilme özgürlüğüne sahiptir. Örnek üzerinden anlatacak olursak, büyük bir şirkette genel müdür konumunda çalışan işçi, ücretinin ödenmediği varsayımında, işini kaybetme korkusu olmaksızın iş görmeye devam edebilir veya sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlenmemiş olması ise anılan işçinin iş görme ya da görmeme iradesini etkilemeyeceğinden, anılan hakkın düzenlenmemesi angarya yasağı kapsamında değerlendirilemez. Ancak işçinin işini kaybetme korkusu, iş görme iradesini etkileyecek derecedeysen, işçinin bu durumda hukuki olarak sözleşmeyi feshetme hakkı olsa

³⁸AİHM, Case of Tibet Menteş and Others v. Turkey, Başvuru No: 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 ve 57829/10, K.T. 24/01/2018, P. 67-68. Detaylı bilgi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-177938%22%5D%7D>

bile, fiili olarak böyle bir hakkı kullanabilmesi oldukça zordur. Bu doğrultuda, çalışmaktan kaçınma hakkının doğrudan veya dolaylı olarak düzenlenmemesi ise, işçiyi çalışmaya mahkum edeceğinden angarya yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, tek bir sonuca varılamayacağı, diğer bir ifadeyle, işçinin ücretinin ödenmemesi ve işini kaybetme korkusuyla çalışmaya devam etmesinin, angarya kapsamında değerlendirilebileceği veya değerlendirilemeyeceği durumların ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Bu bakımdan AİHM'nin de belirttiği üzere, somut olaya göre, işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş yapmayı reddetmesi, tek başına sözleşmenin işveren tarafından feshedilebilecek olması durumu karşısında angarya yasağı kapsamında değerlendirilmeyebilir. Öte yandan AYM'nin belirttiği üzere, işçinin işini kaybetme korkusunun bir yaptırım tehdidi olarak değerlendirilebileceği göz önüne alındığında, işçinin iş yapma iradesinin özgürce yerine getirilmediği de ifade edilebilecektir.

Sonuç olarak, çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlenmemiş olması, işçinin iş görmeye devam etme iradesinin etkilenmediği durumlarda, angarya yasağına aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Bu bakımdan anılan hakkın düzenlenmemesinin angarya yasağı kapsamında değerlendirilmesi, diğer bir ifadeyle angarya ve zorla çalıştırma yasağının, çalışmaktan kaçınma hakkının bir dayanağı olarak değerlendirilebilmesi, işçinin işini kaybetme korkusunun işe devam etme iradesini önemli ölçüde etkilediği durumlarda kabul edilebilir.

1.1.4.2. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Dayanakları

İşçinin ücretinin ödenmemesi durumunda ortaya çıkan çalışmaktan kaçınma hakkı, İşK m. 34'te doğrudan düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca işçi, ücret ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir neden dışında ödeme yapmayan işverene karşı çalışmaktan kaçınabilir. Görüleceği üzere, anılan düzenleme ile işçinin ödenmeyen geçmiş ücret borcuna dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemesi hukuki düzenlemeye kavuşturulmuş olup, işçinin çalışmaktan kaçınması hukuka uygun hale getirilmiştir.³⁹ Bu bakımdan çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin değinmemiz gereken ilk hukuki dayanak İşK m. 34'tür.

³⁹ Görüleceği üzere 4857 sayılı Kanun'da düzenlen hak ile 6331 sayılı Kanun'da düzenlenen hak birbirinden farklıdır. Zira İşK m. 34'te işverenin asli edim yükümlülüğü olan ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi sebebiyle işçiye tanınan çalışmaktan kaçınma hakkını, İSGK m. 13'te ise, işverenin işçiyi gözetme borcunu yerine getirmemesinin sonucunda ortaya çıkan ciddi ve yakın tehlike sebebiyle işçiye tanınan çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle İşK m. 34, işçinin ücretinin/emeğinin korunmasını sağlarken, İSGK m. 13, işçinin yaşam hakkını/vücut bütünlüğünü korumaktadır.

TBK, DİK veya BİK’nda çalışmaktan kaçınma hakkını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemenin olmayışı, anılan kanunlara tabi işçilerin ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma haklarının olup olmadığı hukuki sorununu ortaya çıkarmaktadır. İfade etmemiz gerekir ki İşK m. 34’te düzenlenen kaçınma hakkı, TBK, DİK ve BİK’na tabi çalışan işçilere uygulanamaz. Ancak bu durum anılan kanunlara tabi işçilerin ücretinin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma haklarının olmadığı anlamına gelmez. Bu bakımdan yasal düzenlemelerde doğrudan yer almayan ancak, işçinin çalışmaktan kaçınmasına imkân veren ilk durum, yine İşK m. 34’te olduğu gibi, ücretin ödenmemesine bağlı olarak ortaya çıkan çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Ancak, buradaki farklılık, anılan hakkın dayanağının İşK m.34 değil, TBK hükümlerinin olmasıdır. Zira hukuki dayanağı öğretide tartışmalı olmakla beraber, TBK hükümlerinin, geçmiş dönem ücretin ödenmemesi durumunda işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı verdiği kabul edilmektedir. Buna göre öğretideki bir görüş TBK m. 97’de düzenlenen ödemelik def’inin işçilere çalışmaktan kaçınma hakkı verdiğini kabul etmekteyken⁴⁰, başka bir görüş, TBK m. 106’da düzenlenen alacaklı temerrüdünün aynı hakkı işçilere verdiğini kabul etmektedir.⁴¹ Bu doğrultuda, TBK m. 97 ve/veya m. 106’nın çalışmaktan kaçınma hakkının diğer hukuki dayanakları olarak kabul edilebileceği belirtilmelidir.

Öte yandan TBK m. 98’de düzenlenen “ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemelik def’i”⁴² hükmünün de işçiye çalışmaktan kaçınma imkanı verdiği öğretide savunulmuştur.⁴³ Gerçekten de TBK m. 98 de, çalışmaktan kaçınma hakkının diğer bir hukuki dayanağı olarak kabul edilebilir. İleride detaylı şekilde incelenecek olan söz konusu hüküm⁴⁴ açısından belirtmek gerekir ki TBK m. 98’in dayanak olabileceği çalışmaktan kaçınma hakkı ile yukarıda belirtilen “*ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı*” birbirinden farklıdır. Zira İşK m. 34’te düzenlenen ve kabul edilen görüşe göre değişmekle birlikte TBK m. 97 veya TBK m. 106’nın dayanak olduğu çalışmaktan kaçınma hakkı, kural olarak “geçmiş

⁴⁰ EYRENCİ, Değerlendirme, s. 38; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 657; TUNCAY, Kaçınma Hakkı, s. 652; SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 217; ENGİN, s. 79; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 612; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 399-400; GÜZEL, s. 130-131; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 342-343; DEMİR, İş Hukuku, s. 192-193; GÜNAY, Ücret, s. 46; GÖKTAŞ, s. 45-46; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1277; TOPUZ, s. 461 DULAY YANGIN, s. 209-210; KARACAN, s. 9.

⁴¹ KOÇ, Nevzat, İsviçre ve Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 137; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1572; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 23-24; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 206; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 78-79.

⁴² TBK m. 98: “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.”

⁴³ SUR, Melda, Grev Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1987, s. 81; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN s. 154.

⁴⁴ Bkz. §4 III, VI/B

dönem” ödenmeyen ücret borcuna dayanır. Ancak, TBK m. 98 ise henüz muaccel olmamış ancak tehlikeye düşmüş gelecek döneme ait alacağa dayanan ifadan kaçınma halini düzenlemiştir.

Çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin ileri sürülen bu hukuki dayanaklar, anılan hakkın hukuki niteliğinin tespitinde de büyük öneme sahiptir. Bu sebeple, anılan hakkın hukuki niteliğinin tespitinde, yukarıda belirtilen hükümler detaylıca incelenmiştir.⁴⁵

1.1.5. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Türk Hukukunda Gelişimi

Çalışmaktan kaçınma hakkı, ilk defa 4857 sayılı İşK m. 34 ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Anılan düzenlemeden önce, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda,⁴⁶ 3008 sayılı İş Kanunu’nda,⁴⁷ 931 sayılı İş Kanunu’nda,⁴⁸ 1475 sayılı İş Kanunu’nda,⁴⁹ 854 sayılı DİK veya 5953 sayılı BİK’nda anılan hakka ilişkin doğrudan herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak öğretide muaccel olan ücretin ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğunu kabul etmekteydi. Öğretideki baskın görüş,⁵⁰ işçinin, ücreti ödemeyen işverene karşı, iş görme borcunu yerine getirmemesini, 818 sayılı BK m. 81’de düzenlenen ödemezlik def’i kurumuna dayandırmaktaydı.⁵¹ Öğretideki diğer bir görüş, hakkın hukuki niteliğinin alacaklının temerrüdü olduğunu belirtmekteydi.⁵² Yargıtay ise, 4857 sayılı Kanun öncesi dönemde işçinin, ücretin ödenmemesi sebebiyle sözleşmeyi feshedebileceğini, işvereni gerekli kurum ve kurullara şikayet edebileceğini veya dava açabileceğini kabul etmekle birlikte, iş görme borcundan kaçınamayacağını kabul etmekteydi.⁵³ Bu görüşe bağlı olarak,

⁴⁵ Bkz. §4

⁴⁶ RG, T. 08.05.1926, S. 366.

⁴⁷ RG, T. 15.06.1936, S. 3330.

⁴⁸ RG, T. 12.08.1967, S. 12672.

⁴⁹ RG, T. 01.09.1971, S. 13943.

⁵⁰ **KANİTİ, Salamon**, Akdin İfa Edilmediği Def’i, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962, s. 74-75; **OĞUZMAN, Kemal**, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi – İşletme İktisadi Enstitüsü 30. Yıl Yayınları No. 3, İstanbul, 1984, s. 246-247, dn. 153; **OĞUZMAN, Kemal**, “Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmesi – Karar Hakkında Not (I)”, İHU İşK. 26 No. 1, s. 1; **SOYER, Polat**, “Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi”, İş Hukuku Uygulaması İşK. 26 No. 1, s. 3-4; **TUNCAY, Can**, “Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün İptali – Ücretlerin Zamanında Ödenmemesi Nedeniyle İşbaşı Yapmama”, İş Hukuku Uygulaması TSGLK. 19, No. 2, s. 5-8; **NARMANLIOĞLU, Ünal**, Grev, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No:14, Ankara, 1990, s. 87; **CENTEL, Tankut**, İş Hukukunda Ücret, Türkiye Denizciler Sendikası, İstanbul, 1987, s. 370; **SUR**, Grev, s. 81; **BAKIRCI, Kadriye**, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2004, s. 187-188.

⁵¹ Anılan görüşler çalışmanın devamında detaylıca incelenmiştir. Bkz. §4/II, VI/B

⁵² **KOÇ**, s. 137.

⁵³ **Y.9.HD.**, E. 1999/10941, K. 1999/13721, T. 15.09.1999, “işçinin işveren tarafından hakkının ödenmemesi ona isi bırakma ya da başka türlü eylemlerde bulunma hakkını vermez. Böyle bir durumda işçinin yasal yollara

4857 sayılı İşK öncesi dönemde, çalışmaktan kaçınma eyleminin toplu bir hal alması durumunda, Yargıtay⁵⁴ ve öğretideki bir görüş,⁵⁵ bunun yasadışı grev olduğunu ve buna bağlı olarak işveren tarafından yapılan feshin haklı olduğunu kabul etmekteydi.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İşK öncesi dönemde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği ister ödemelik def'i ister alacaklının temerrüdü olarak kabul edilsin, anılan hakka uygulanacak hükümler 818 sayılı BK düzenlemeleri olduğu için ve bireysel iş kanunlarında bu konuya ilişkin bir hüküm olmadığı için, tüm işçilerin bu haktan yararlanabilmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, Yargıtay, işçinin böyle bir hakkının olmadığını karara bağlamaktaydı.

Çalışmaktan kaçınılan sürede, işçinin ücrete hak kazanıp kazanamayacağı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylıca incelenmiştir.⁵⁶ Ancak kısaca bahsetmek gerekirse, anılan konu 4857 sayılı İşK öncesi dönemde öğretide tartışmaların toplandığı en önemli noktalardan biriydi ve günümüzde de halen tartışmalı noktalardan birisidir. Öğretide işçinin, çalışmaktan kaçınılan sürede ücrete hak kazanabileceği⁵⁷ ve hak kazanamayacağı⁵⁸ yönünde görüşler vardı. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere, bu tartışmalar, 4857 sayılı İşK öncesi dönemde sadece teoride kalmaktaydı. Zira Yargıtay, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığını yönünde karar vermektedir.

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İşK ile işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ilk defa doğrudan düzenlemeye kavuşturuldu. İşK m. 34'te, ücreti ödenmeyen işçilerin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecekleri şüpheyne yer bırakılmayacak şekilde düzenlendi.

Anılan hak, bilim komisyonunca hazırlanan Tasarı'nın 35'inci maddesinde şu şekilde düzenlenmişti; “*Ücretini ödeme gününden itibaren **on gün** içinde alamayan işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak işçilerin iş*

başvurma ve bu meyanda Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikâyetle bulunma, dava açma ya da fesih bildiriminde bulunma gibi hakları kullanma yolu açıktır. Böyle olunca hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshinin haklı nedene dayandığının kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekir.” Y.9.HD., E. 2001/20349, K. 2002/593, T. 22.01.2002.

⁵⁴ Y.9.HD., E. 1994/5570, K. 1994/5318, T. 11.04.1994; Y.9.HD., E. 1994/1728, K. 1994/9862, T. 21.06.1994; Y.9.HD., E. 1999/10492, K. 1999/13722, T. 15.09.1999; Y.9.HD., E. 1992/2607, K. 1992/2667, T. 06.03.1992.

⁵⁵ Centel, Ücret, s. 372-373; OĞUZMAN, İşçi-İşveren İlişkileri, s. 246-247, dn. 153; Karşı görüş için bkz. SOYER, İHU, s. 4-6; TUNCAY, A. Can, “Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün İptali – Ücretlerin Zamanında Ödenmemesi Nedeniyle İşbaşı Yapmama”, İş Hukuku Uygulaması TSGLK. 19, No. 2, s. 5-7; ULUCAN, Devrim, “Ücretlerin Ödenmemesi Nedeni ile Greve Gitmenin Yasa Dışı Grev Sayılması”, İş Hukuku Uygulaması, TSGLK. 19, No. 4, s. 2-3; AKYOL, Şener, “Ücretlerin Ödenmesinin Gecikmesi Dolayısıyla Greve Başvurma”, İş Hukuku Uygulaması TSGLK 19, No. 1, 1976, s. 2. Akyol, ücreti ödenmeyen işçilerin hak grevinde bulunabileceklerini, ancak bu hakkın kullanılabilmesi için işverenin ücreti ödememesinin/ödeyememesinin altında yatan nedene bakılması gerektiğini vurgulamaktadır.

⁵⁶ Bkz. §9/III/B

⁵⁷ SOYER, İHU, s. 6; TUNCAY, İHU, s. 6-7; NARMANLIOĞLU, Grev, s. 87.

⁵⁸ OĞUZMAN, İHU, s. 1.

görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez ve işçiler çalışmadıkları süre için ücrete hak kazanırlar.”⁵⁹

Görüleceği üzere yürürlükteki İşK m. 34 ile Tasarı m. 35 birbirinden bazı konularda ayrılmaktadır. İşK m. 34’te kaçınma hakkının kullanılması için bekleme süresi yirmi gün olarak düzenlenmiştir. Ancak Tasarı’nın 35’inci maddesinde göre, anılan süre yirmi gün olarak değil on gün olarak belirlenmişti. Diğer bir farklılık ise, Tasarı metninde, çalışmaktan kaçınan işçilerin ücrete hak kazanabileceğinin açıkça belirtilmesiydi.⁶⁰ Ancak TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu’nca, İşK m. 34 farklı şekilde düzenlenmiş olup, işçilerin anılan sürede ücrete hak kazanacağına ilişkin hüküm madde metninden çıkarılmıştır. İki hüküm arasındaki son farklılık ise, Tasarı metninde işçinin çalışmaktan kaçınması için ücretin ödenmemesinin nedeni bir önem taşımazken, İşK m. 34’te işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için ücretin ödenmemesinin mücbir neden dışında bir nedene dayanması gerektiği düzenlenmiştir.

Genel bir değerlendirme yapılacak olursa; Tasarı metninin, yürürlükteki metne kıyasen daha fazla işçi lehine olduğu ifade edilmelidir. Zira yürürlükteki düzenlemeye göre işçinin çalışmaktan kaçınması için Tasarı metnindeki süreden 10 gün daha fazla beklemesi gerekecektir. Ayrıca yürürlükteki düzenlemelerde işçinin çalışmadığı süre için ücrete hak kazanacağı hususu açıkça düzenlenmemişken, Tasarı metninde işçinin ücrete hak kazanacağı öngörülmüştü. Son olarak ise Tasarı metnine göre işçinin ücretinin ödenmemesinin nedeni ne olursa olsun (mücbir neden olsa bile), diğer şartların varlığı halinde işçi çalışmaktan kaçınabilecekti. Ancak yürürlükteki düzenleme gereği, ücretin ödenmemesi mücbir sebebe dayanıyorsa işçi anılan hakkı kullanamayacaktır.

İşK m. 34’ün gerekçesi, maddenin Bilim Komisyonunca düzenlenen hali dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Anılan gerekçe; *“Karşılıklı bir borç ilişkisi kuran iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ödeme borcunu, işverenin zamanında ödemediği veya ödeyemediği durumlarda, ücretini alamayan işçi ödeme tarihinden itibaren on gün geçtikten sonra işi bırakma hakkına sahip olması gerekir. On günlük süre, iyi niyetli işverenin, sürekli bir ilişkisi içinde geçici olarak ödeme zorluğu içinde olabileceği düşünülerek getirilmiş ve işçilerin en kısa bir gecikmede hemen işi bırakmaları olasılığı ve bu yoldan ortaya çıkabilecek olumsuzluklar önlenmeye çalışılmıştır. Bu süre geçtikten sonra işçinin çalışmaya zorlanmasının ise Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına aykırılık oluşturacağı düşünülmüştür. Ayrıca toplu halde hak ettikleri ücreti alamayan işçilerin*

⁵⁹ ENGİN, s. 82.

⁶⁰ ENGİN, s. 82.

kişisel kararlarına dayanarak işi bırakmaları halinde bu girişimleri toplu bir nitelik kazansa dahi grev sayılmayacağı hükme bağlanarak, hukuken geçerli bir girişimin yasa dışı grev olarak nitelendirilmesi engellenmiş ve işçileri çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanmaları sağlanmıştır. Böylece ilkesel açıdan Borçlar Kanunu'nun 81 inci maddesindeki düzenleme ile uyum sağlanmıştır” şeklindedir.

Gerekçe metninde ifade edilen hususlardan biri, çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlenmesi ile ilkesel açıdan 818 sayılı BK m. 81 maddesindeki ödemezlik def'i ile uyum sağlandığıdır. Bu sebeple öğretide her ne kadar farklı yönde görüşler mevcut olsa da kanun koyucunun, çalışmaktan kaçınma hakkının ödemezlik def'i temeline dayandığını kabul ettiği söylenmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile 4857 sayılı İşK öncesinde, öğreti tarafından kabul edilen ve çalışmaktan kaçınma hakkının dayanağı olan 818 sayılı BK yürürlükten kalkmıştır. TBK ile çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin ödemezlik def'inin ve alacaklı temerrüdünün düzenlendiği maddelerde temel anlamda bir değişiklik yapılmadığı için, 818 sayılı BK'nun yürürlükte olduğu zamanda gerçekleşen tartışmalar, bu dönemde de geçerliliğini korumaktadır.

1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Yalnızca 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenmesinin Değerlendirilmesi

1.2.1. Genel Olarak

4857 sayılı Kanun öncesi dönemde, konuya ilişkin yasal bir düzenleme olmamasına rağmen, öğretide, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğu kabul edilmekteydi.⁶¹ Ancak Yargıtay, ücreti ödenmeyen işçilerin çalışmaktan kaçınamayacaklarını karara bağlamaktaydı.⁶² Bu nedenle, anılan hakkın 4857 sayılı İşK ile yasal bir düzenlemeye kavuşması, şüphesiz olumlu bir gelişmedir. Ancak hakkın, TBK, DİK ve BİK'nda düzenlenmemesi, diğer bir ifadeyle sadece İşK'nda düzenlenmesi kanımızca uygun değildir. Bu durumun doğurduğu sorunlardan biri, TBK, DİK ve BİK'na tabi çalışan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkının olup olmadığıdır. Bu soruya bağlı olarak, İşK m. 34'ün diğer kanunlara tabi iş ilişkilerine uygulanıp uygulanamayacağı da ayrı bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁶¹ KANİTİ, s. 74; SOYER, İHU, s. 4; TUNCAY, İHU, s. 6; KOÇ, s. 137; BAKIRCI, Milli Komite, s. 187-188.

⁶² Y.9.HD., E. 1999/10941, K. 1999/13721, T. 15.09.1999; Y.9.HD., E. 2001/20349, K. 2002/593, T. 22.01.2002.

Bu noktada incelenmesi gereken husus, TBK, DİK ve BİK’nda çalışmaktan kaçınma hakkının varlığına ilişkin bir boşluk olup olmadığıdır. Zira anılan kanunlarda bir kanun boşluğu olduğu kabul edilirse, hâkim TMK m. 1/2 gereği önce örf ve âdet hukukuna bakacak, burada da bir hüküm yoksa kendisi hukuk yaratacaktır.

Bu nedenle aşağıda ilk önce boşluk kavramı kısaca incelenmiş, daha sonra TBK’nda, DİK’nda veya BİK’nda somut olaya uygulanacak bir hükmün olmamasının boşluk olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve bu çerçevede TBK’nda, DİK’nda ve BİK’nda anılan hakkın doğrudan düzenlenmemesinin, boşluk olup olmadığı incelenmiştir.

1.2.2. Boşluk Kavramı

Boşluk kavramı, kanun boşluğu ve hukuk boşluğu şeklinde ikiye ayrılır. Kanun boşluğu, düzenlenmesi gereken bir hususun, kanunda düzenlenmemiş olmasını ifade ederken, hukuk boşluğu, somut bir olaya uygulanacak kuralın, kanunlarda ve örf adette düzenlenmemiş olmasını ifade eder.⁶³

Kanun boşluğu da kendi içerisinde, çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu ayrımlar; kural içi boşluk-kanun boşlukları (kural dışı boşluk), bilinçli-bilinçsiz boşluk, açık-örtülü boşluk, gerçek-gerçek olmayan boşluktur.⁶⁴

Kural içi boşluk, kanun koyucunun bilerek düzenlemediği boşluklardır. Bu boşluk türünde kanun koyucu, bilinçli bıraktığı boşluğun, hâkim tarafından doldurulmasını amaçlamaktadır.⁶⁵ Kural dışı boşluk ise, kanun koyucunun, düzenlemesi gereken bir hususu öngöremeyerek, düzenlememesi durumunda ortaya çıkar.⁶⁶ İfade etmemiz gerekir ki **Edis**, “*kanun boşluğu*” kavramını bir üst kavram olarak kullanmışken “*kanun boşlukları*” kavramını, “*kanun boşluğu*”nın bir alt türü olan “*kural dışı boşluk*” kavramını karşılamak üzere kullanmıştır.⁶⁷ Durum böyle olmakla birlikte, “kanun boşlukları” çoğul bir niteleme taşıdığı için ve çalışmada sadece çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin tek bir “kanun boşlukları” veya “kural dışı boşluk” olup olmadığı inceleneyeceği için, kural dışı boşluk kavramını karşılamak üzere, “kanun boşlukları” değil, “kanun boşluğu” terimi kullanılmıştır.

⁶³ Boşluk olarak nitelendirilmeyen durumlar da mevcuttur. Hukuk dışı alan, kasıtlı susma ve kanun eksikliği (olması gereken hukukta boşluk) bunlara örnek gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. **EDİS**, **Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987, s. 121-131; **KIRCA**, **Çiğdem**, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 92.

⁶⁴ **EDİS**, s. 132-135; **KIRCA**, s. 93-97; **ANTALYA**, **O. Gökhan/TOPUZ**, **Murat**, Medeni Hukuk, Legal, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 250-255, **OĞUZMAN**, **Kemal/BARLAS**, **Nami**, Medeni Hukuk, 27. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021. s. P. 332-344.

⁶⁵ **EDİS**, s. 132; **KIRCA**, s. 93; **ANTALYA /TOPUZ**, s. 250.

⁶⁶ **EDİS**, s. 133; **OĞUZMAN/BARLAS**, P. 321; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 250.

⁶⁷ **EDİS**, s. 132-133.

Bilinçli boşluk, kanun koyucunun, boşluğu bilerek ve isteyerek bırakmasıdır. Diğer bir ifadeyle, burada, kanun koyucunun hukuk politikası tercihinin sonucu olarak bir boşluk bırakılmıştır. Bilinçsiz boşluk ise, kanun koyucunun özensiz davranmasının veya ihtimali öngörmemiş olmasının sonucu olarak ortaya çıkar. Açık boşluk, olaya uygulanabilecek bir hükmün açıkça düzenlenmemiş olmasını, örtülü boşluk ise, mevcut bir hükmün, kanunun amacı ve ruhu göz önüne alındığında, somut olaya uygulanmasının adalete aykırı sonuçlar doğurması halini ifade eder. Gerçek boşluk da açık boşluk gibi, kanunun hukuki olaya uygulanabilecek hiçbir hüküm öngörmemiş olmasını, gerçek olmayan boşluk ise, olaya uygulanabilecek hükmün var olmasını, ancak anılan hükmün uygulanmasının tatmin edici sonuçlar doğurmasına elverişli olmamasını ifade eder.

İşK’nda düzenlenmiş ancak, TBK’nda bilerek ve isteyerek düzenlenmemiş hükümler bulunmaktadır. Örneğin, kıdem tazminatı (1475 s.K. m. 14) veya iş güvencesi, (İşK m. 18-21) TBK’nda, kanun koyucu tarafından bilerek düzenlenmeyen hükümlerdir. Bu durum bir hukuk politikası tercihi olup, burada gerçek bir boşluktan bahsetmek güçtür.

TBK’nda, kanun koyucunun kasıtlı olarak bırakmadığı boşluk da bulunmaktadır. Örneğin, İşK m. 63/1’de haftalık çalışma süresinin en fazla 45 saat olabileceği düzenlenmişken, TBK’nda, işçilerin haftalık çalışma süresine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶⁸ TBK’nda haftalık çalışma süresinin, kanun koyucu tarafından bilerek boş bırakıldığından bahsetmek ise güçtür. Bu nedenle burada bir gerçek/açık/bilinçsiz boşluktan bahsedilir.

Hâkim, somut olayın değerlendirilmesinde, yazılı hukukta veya örf ve âdet kurallarında boşluk olup olmadığı hususunda yorum yöntemlerini kullanarak bir sonuca varacaktır.⁶⁹ Eğer hâkimin vardığı sonuç, kural içi bir boşluk olduğuna yönelikse, hâkim takdir yetkisini kullanarak bu boşluğu dolduracaktır.⁷⁰ Ancak gerçek bir boşluk varsa (kanun boşluğu) ve örf adet kurallarında da olaya uygulanacak bir hüküm bulunamazsa, hâkim, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse öyle bir kural yaratacaktır.⁷¹

Hâkim, karşılıklı çıkarları gözeterik, toplum çıkarları ile ferdi çıkarlar arasında bir denge bularak, kanun koyucu tarafından da benimsenebilecek, soyutluk ve genellik ilkeleri

⁶⁸ TBK m. 398 hükmünde, “Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen **normal çalışma süresinin** üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır.” şeklinde bir ifade bulunmaktadır. Ancak Kanun’da, normal çalışma süresinin ne kadar olduğuna yönelik herhangi bir düzenleme yoktur.

⁶⁹ EDİS, s. 136

⁷⁰ EDİS, Seyfullah, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, AÜHFD, C. 30, S. 1, 1973, s. 172.

⁷¹ EDİS, s. 61, 132; EDİS, Takdir Yetkisi, s. 173-174.

çerçevesinde bir hukuk kuralı yaratacaktır.⁷² Hâkimin anılan ilkeler çerçevesinde hukuk yaratırken başvurabileceği çeşitli yöntemler vardır.⁷³ Bu noktada hâkimin başvuracağı önemli yöntemlerden biri de kıyastır.⁷⁴ Kıyas, belirli bir olay için getirilmiş bir kuralın, korunan menfaatler bakımından benzer ancak hakkında düzenleme olmayan başka bir olayda uygulanmasıdır.⁷⁵ Bu yöntem çerçevesinde hâkim, iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlardaki benzer olaya uygulanabilecek bir hükmün olup olmadığını inceleyecektir. Hâkim iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlarda hüküm bulduğu takdirde bunun uygulanabilirliğini de denetlemek durumunda kalacaktır. Diğer bir ifadeyle hâkim, kanun koyucunun amacını göz önünde bulundurarak, kıyasa tabi tutulacak hükmün özel olarak sadece o kanun için düzenlenip düzenlemediğini de incelemelidir.

Yapılan bu açıklamalardan sonra, bireysel iş kanunlarında veya TBK’nda somut olaya uygulanacak bir hüküm bulunmamasının “kanun boşluğu” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve varılan sonuca göre nasıl bir yol izlenilmesi gerektiği aşağıda, öğretideki görüşler de değerlendirilerek incelenecektir.

1.2.3. Türk Medeni Kanunu Madde 5’in ve Boşluk Kavramının Bireysel İş Kanunları ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Yukarıda kısaca boşluk kavramı ve kanun boşluğunun nasıl doldurulacağı incelenmiştir. Ayrıca hukukumuzda boşluk kavramı ile yakından ilgili olan TMK m. 5 hükmü de mevcuttur. Bu başlık altında TMK m. 5 ile kanun boşluğu arasındaki ilişki ve bu doğrultuda, bireysel iş kanunlarında veya TBK’nda boşluk olduğunda veya bireysel iş kanunlarında somut olaya uygulanacak hüküm olmadığı takdirde nasıl bir yol izlenilmesi gerektiği incelenmiştir.

Bilindiği üzere TMK m. 5 hükmü, TMK ve TBK’nun genel nitelikli hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde bütün özel hukuk ilişkilerine uygulanabileceğini düzenlemiştir.⁷⁶

⁷² Hakimin hukuk yaratmada gözeteceği ilkelere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **EDİS**, s. 137-142; **OĞUZMAN/BARLAS**, P. 376-382; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 265-269.

⁷³ Bu yöntemler, kıyas yöntemi, hukukun genel ilkeleriyle kural yaratma yöntemi veya doğrudan yeni bir kural yaratma yöntemidir. Detaylı bilgi için bkz. **EDİS**, s. 143-151; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 270-272.

⁷⁴ **KIRCA**, s. 97.

⁷⁵ **EDİS**, s. 143; **AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 132; **SÜZEK**, s. 167; **ANTALYA/TOPUZ**, s. 270.

⁷⁶ TMK m. 5: “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” Madde metnindeki “*Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri*” şeklindeki ifadedden, sadece Kanun’un birinci kısmında düzenlenen genel nitelikli hükümler değil, Kanun’un ikinci kısmında, yani “*Özel Borç İlişkileri*” kısmında düzenlenen genel nitelikli hükümlerin de, “uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiği öğretide ifade edilmektedir. **EDİS**, s. 248; **GÜRZUMAR, Osman Berat**, “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi Ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, GsÜHFD, Cilt I, 2004, s. 121-127. Öte yandan, TMK m. 5 hükmünün yapmış olduğu atıf

Bireysel iş kanunları da özel hukuk ilişkisini düzenleyen kanunlar olduğu için, TMK ve TBK'nun genel nitelikteki hükümleri, anılan kanunlara tabi ilişkilere de uygulanır. Şüphesiz TMK m. 5'in uygulama alanı bulması ve bireysel iş kanunlarına tabi ilişkilere de uygulanabilmesi için, anılan kanunlarda somut olaya uygulanacak bir hükmün bulunmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle özel kanunda, somut olayın çözümüne ilişkin bir hüküm bulunmadığı takdirde genel kanun olan TBK'ndaki hükmün, TMK m. 5 gereği özel kanuna tabi ilişkiye uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir. Bu bakımdan, TBK genel kanun niteliğindeyken, bireysel iş kanunlarının özel kanun olduğu kabul edilmektedir.⁷⁷

Görülebileceği üzere, TMK m. 5 hükmünün uygulama alanı bulması ve buna bağlı olarak TBK hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde bireysel iş kanunlarına uygulanabilmesi için, anılan kanunlarda somut olaya uygulanacak bir “hükmün bulunmaması” gerekir. Peki TMK m. 5'in uygulama alanı bulması için gereken “hükmün bulunmaması” kavramı ile yukarıda açıklamış olduğumuz TMK m. 1/2'nin, yani kanun boşluğu doldurmanın uygulama alanı bulması için gereken “kanun boşluğu” kavramı aynı şeyi mi ifade etmektedir?

Öğretide bir görüşe göre, genel atıf hükmü olan TMK m. 5, kanunda özel hukuk ilişkisine doğrudan uygulama kabiliyetine sahip bir hüküm yoksa, TMK, TBK ve TTK'nun genel nitelikteki hükümlerinin anılan olaya uygun düştüğü ölçüde uygulanmasını gerektirir. Anılan hüküm, hâkime bu hükmün uygulanması yönünde talimat verdiğinden, hakim, TMK m. 1/2 uyarınca kanun boşluğu olduğuna yönelik bir kanaate varmadan önce, TMK, TBK ve TTK'nun genel nitelikteki hükümlerinin uygulanabilirliğini denetlemekle yükümlüdür. Bu görev, hâkim tarafından göz ardı edilebilecek bir hüküm değildir. Bu bakımdan, özel kanunda somut olaya uygulanacak bir hükmün olmaması, doğrudan kanun boşluğu olarak ifade edilemez. Öncelikle TMK m. 5 hükmü çerçevesinde anılan kanunların genel nitelikli hükümlerine bakılmalıdır.⁷⁸

ile sadece TMK ve TBK'nun genel nitelikli hükümlerinin değil, TTK'nun genel nitelikteki hükümlerinin de uygun düştüğü ölçüde özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Zira TTK'nun 1'inci maddesine göre, TTK, TMK'nun ayrılmaz bir parçasıdır. Bkz. **EDİS**, s. 250; **GÜRZUMAR**, s. 127-128. Yukarıdan açıklananlar doğrultusunda, İşK'na tabi iş ilişkilerine, sadece TBK “Birinci Kısım”da düzenlenen genel nitelikli hükümler değil, “İkinci Kısım”da düzenlenen, özellikle “Altıncı Bölüm”de düzenlenen Genel Hizmet Sözleşmesi'nin genel nitelikli hükümleri de uygulanabilir.

⁷⁷ **SÜZEK**, s. 38; **YILMAZ, Ejder**, “Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 22, Haziran 2011, s. 27-28; **CANIKLIOĞLU, Nurşen**, “Türk Borçlar Kanunu – İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2013, s. 76.

⁷⁸ **GÜRZUMAR**, s. 156 vd.

Kaynak ZGB Art. 7'de, TMK m. 5'e benzer bir hüküm düzenlenmiştir.⁷⁹ Bu doğrultuda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda da yukarıda verilen görüşe benzer bir görüşün savunulduğu görülmektedir. Anılan kararda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) genel nitelikteki hükümlerinin, ZGB Art. 7 çerçevesinde uygulanma ihtimali olduğu sürece, kanun boşluğu olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir.⁸⁰

Yukarıda açıklananlar doğrultusunda, öğretide **Gürzumar** tarafından belirtilen ve hâkimin, TMK m. 1/2 gereği kanun boşluğu olduğu gerekçesiyle önce örf ve âdet hukukuna, bu da yoksa hukuk yaratma yoluna geçmeden önce, TMK m. 5 hükmündeki atıf gereği TMK ve TBK genel nitelikteki hükümlerinin uygulanabilirliğini denetlemesi gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu TMK m. 5 hükmü ile hâkime, kanunda boşluk olup olmadığına yönelik kesin bir yargıya varmadan önce, TMK ve TBK hükümlerinde kıyasen uygulanacak bir hükmün olup olmadığını araştırma yükümlülüğü vermiştir. Bu bakımdan hâkim, özel hukuk ilişkisine uygulanacak bir hükmü özel kanun bünyesinde bulamadığı takdirde, TMK m. 5 çerçevesinde TMK ve TBK hükümlerine bakacaktır. Anılan kanunlarda somut olaya “uygun düştüğü ölçüde” uygulanacak bir hüküm bulamazsa, kanun boşluğu olduğuna kanaat getirip, TMK m. 1/2 gereği önce örf ve âdet kurallarına, burada da bir hüküm bulamazsa, hukuk yaratma yoluna geçecektir.

Kabul ettiğimiz bu görüş çerçevesinde, İŞK, DİK veya BİK'nda bir hükmün düzenlenmemiş olmasının, “kanun boşluğu” olarak nitelendirilmesinin, ancak anılan kanunlara, TMK m. 5 gereği TBK'nun genel nitelikli hükümlerinde uygulanacak bir hüküm

⁷⁹ ZGB Art. 7: “Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.” Madde metninde her ne kadar sadece sözleşmenin kurulması, ifası ve sona ermesine yönelik hükümlerin diğer özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı düzenlenmiş olsa da anılan kanunun tamamında yer alan genel nitelikte hükümlerin de bu madde kapsamında olduğu kabul edilmektedir. **SCHMID-TSCHIRREN, Christina**, Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, BK - Berner Kommentar Band/Nr. I/1, Stämpfli Verlag AG, 2012, Art. 7, N. 33; **BREITSCHMID, Peter**, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, 2016, Art. 7, N. 3; **SCHWANDER, Ivo**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, Auflage 3, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 7, N. 4.

⁸⁰ BGE 101 II 208, Erw. 3/c. Ancak İsviçre öğretisindeki aksi görüş göre, ZGB Art. 7 (TMK m. 5), ZGB Art. 1/II'nin (TMK m. 1/2) somutlaştırılmış halidir. Diğer bir ifadeyle, ZGB Art. 7, hâkime, kanun boşluğu olduğu takdirde ilk önce ZGB ve OR'nin genel nitelikteki hükümlerini uygun düştüğü ölçüde uygulama görevi vermiştir. Bu bakımdan anılan görüş, ZGB Art. 7 olmasaydı dahi, uygun düştüğü ölçüde/kıyasen uygulamanın ZGB Art. 1/2'den anlaşılabilceği, bu bakımdan Art. 7'nin kurucu bir işlevden daha çok, açıklayıcı bir işlevi olduğunu belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **FRIEDRICH, Hans-Peter**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Band I Einleitung und Personenrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1966, N. 33; **LIEBER, Viktor**, Einleitung, Art. 1-7 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. I/1, Auflage 3, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998, Art. 7, N. 29, 31; **SCHMID-TSCHIRREN, BK**, ZGB Art. 7, N. 28-29; **SCHWANDER, OFK**, ZGB Art. 7, N. 3; **HAUSHEER, Heinz/JAUN, Manuel**, Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB, SHK - Stämpfli's Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2003, Art. 7, N. 19.

bulunmadığı durumda mümkün olacağı kanaatindeyiz. Diğer bir ifadeyle, TMK m. 5 gereği kıyasen uygulanabilecek bir hüküm varsa, somut olaya uygulanacak hükmün özel kanunda bulunmaması bir kanun boşluğu olarak değerlendirilemez. Bu nedenle anılan durumun genel olarak bir “kanun boşluğu” olarak ifade edilmesi de terminolojik olarak uygun değildir. Buna bağlı olarak, bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde de TMK m. 5 gereği TBK hükümlerinin kıyasen uygulanması, “kanun boşluğu” doldurma olarak değerlendirilemez. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda, özellikle “**boşluk**” veya “**kanun boşluğu**” ifadesinin kullanılmadığı, bunun yerine “**İş Kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde**” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Anılan kararda durum şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bununla birlikte, 6098 sayılı TBK genel kanun niteliğinde olduğundan, İş Kanunlarında hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, 6098 sayılı TBK’nun açıklanan düzenlemeleri kural olarak iş hukukunda da geçerlidir.*”

Medeni hukuk öğretisinde de TMK m. 5’in uygulama alanı belirlenirken, özellikle “kanun boşluğu” ifadesinin kullanılmasından çekinilmiş, bunun yerine “kanunda hüküm bulunmaması” veya “hakkında özel bir düzenleme bulunamaması” gerektiği ifade edilmiştir.⁸¹ İş hukuku öğretisinde ise, TBK hükümlerinin TMK m. 5 gereği bireysel iş kanunlarına uygulandığı durumlarda, bireysel iş kanunlarında “boşluk” veya “düzenleme boşluğu” olduğu ifade edilmekte, ancak “kanun boşluğu” ifadesinin kullanımından kaçınılmaktadır.⁸² Bu bakımdan iş hukuku öğretisinde ifade edilen “düzenleme boşluğu” veya “boşluk” ile kastedilenin, “hüküm bulunmaması” hali olduğu yorumu yapılabilirse de yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, terminolojik olarak bunun bir “kanun boşluğu” olarak değerlendirilmesi kanımızca uygun değildir.

Örneğin öğretideki bir görüş, İşK’nun, BİK ve DİK karşısında genel kanun olmadığını kabul etmekle beraber⁸³, DİK ve BİK’ndaki düzenleme boşluklarının, İşK hükümleri ile doldurulması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle İşK, diğer bireysel iş kanunlarına göre daha “ana kanun” niteliğinde olup, diğer bireysel iş kanunları, İşK’nun daha özel düzenlemeler gerektiren halidir. Bu nedenle, BİK ve DİK’ndaki boşluklar TMK ve TBK

⁸¹ OĞUZMAN/BARLAS, P. 212; ANTALYA/TOPUZ, s. 81.

⁸² ÇENBERCİ, s. 10; SÜZEK, s. 37; SÜZEK, Sarper, “İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s. 132 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 60; CANIKLIOĞLU, TBK, s. 76; KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi”, Legal İHSGHD, C. 10, S. 38, Y. 2013, s. 87.

⁸³ ÇENBERCİ, s. 10; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 60.

hükümleri ile değil, İşK hükümleri ile doldurulmalıdır.⁸⁴ Anılan görüşte yer alan “düzenleme boşlukları” ifadesinden ne anlatılmak istendiği tam anlaşılmamakla birlikte, kanımızca burada kanun boşluğu olarak tanımlanmayan “uygulanacak hükmün bulunmaması” durumu ifade edilmek istenmiştir. Anılan görüşün değerlendirilmesi noktasında ise şunları söylemek gerekir; TMK m. 5 hükmünün hâkime vermiş olduğu görev karşısında, kanun boşluğu olup olmadığına yönelik bir hükme varabilmek için, ilk önce TBK hükümlerinin kıyasen uygulanabilirliği araştırılmalıdır. Bu nedenle, yukarıda verilen görüşün aksine, DİK’nda veya BİK’nda somut olaya uygulanacak bir hüküm olmadığında, hakim ilk önce TBK, TMK ve TTK’nun genel hükümlerine bakmak zorundadır. Burada da bir hüküm yoksa hâkim, “kanun boşluğu” olduğuna kanaat getirip, bunu TMK m. 1/2 çerçevesinde doldurmalıdır.

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde varılan diğer bir sonuç ise, İşK, DİK veya BİK’ndaki “kanun boşluğunun”, “TBK’nun genel nitelikteki hükümleri” ile doldurulamayacağıdır. Zira hâkim, somut olayda kanun boşluğu olup olmadığını araştırmak için TMK m. 5 gereği TBK’nun (TMK ve TTK da dahil olmak üzere) genel nitelikteki hükümlerinden kıyasen uygulanacak bir hüküm olup olmadığını önceden araştırmış olacaktır. Eğer TMK m. 5 gereği uygun bir hüküm varsa, bu hüküm zaten uygulanacaktır. Anılan kanunlarda uygun bir hüküm bulunmadığı takdirde “kanun boşluğu” olduğuna kanaat getirilecektir. Hâkim TMK m. 1/2 çerçevesinde örf ve âdet kurallarına baktıktan sonra, hukuk yaratırken tekrardan TBK hükümlerine bakması ise yersiz olacaktır. Zira hâkimin, TMK m. 5 gereği bu incelemeyi önceden yapmış olması gerekmektedir. Bu nedenle kanun boşluğu, hukuk yaratma ve buna bağlı olarak kıyas yöntemi ile doldurulacağı zaman, genel kanun olan TMK ve TBK’nun genel nitelikteki hükümleri yerine (TBK’nun Özel Borç İlişkileri kısmında düzenlenen genel nitelikteki hükümler de dahil olmak üzere), TMK ve TBK’nun kıyasa tabi tutulabilecek özel hükümlerine veya başka kanunların kıyasa tabi tutulabilecek hükümlerine bakılması gerekecektir.

Yukarıda TMK m. 5 ve kanun boşluğu arasındaki ilişki belirli bir ölçüde incelenmiştir. Bu bakımdan “bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde” nasıl bir yol izlenilmesi gerektiğine yönelik görüşümüz de ifade edilmiştir. Bu başlıkta incelenmesi gereken diğer bir husus ise, bireysel iş kanunlarında veya TBK’nda “kanun boşluğu” olduğu takdirde nasıl bir yol izleneceğidir.

İlk inceleyeceğimiz hukuki sorun belirli bir düzenlemenin bireysel iş kanunlarının sadece birinde düzenlenmiş olması halinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin hem DİK ve BİK’nda

⁸⁴ ÇENBERCİ, s. 10; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 60; GÖKÇEK KARACA, Nuray, “Gazetecilerin Tazminat Hakkı”, TÜHİS, C. 18, Şubat 2004, S.5, s. 6.

hem de TBK’nda belirli bir düzenlemenin olmaması halinde, İŞK hükümleri, TBK’na, DİK’na veya BİK’na tabi iş ilişkilerine uygulanabilecek midir? Diğer bir ifadeyle burada çözüme kavuşturulması gereken iki tane hukuki sorun vardır. Bu sorunlardan ilki, diğer tüm kanunlarda boşluk bulunduğu takdirde, İŞK hükümleri TBK’na tabi iş ilişkileri için uygulanacak mıdır? Diğer ise boşluk bulunduğu takdirde İŞK hükümleri DİK’na ve BİK’na tabi iş ilişkilerine uygulanacak mıdır?

Yukarıda belirttiğimiz İŞK’nun TBK’na göre daha “ana kanun” niteliğinde olduğunu belirten görüş kabul edilirse, DİK’nda veya BİK’nda boşluk bulunduğu İŞK hükümleri uygulanmalıdır. Ancak ifade ettiğimiz üzere eğer olaya uygulanabilecek hüküm TBK’nda varsa, TMK m. 5 gereği, TBK hükümleri uygulanmalıdır. Olaya uygulanacak bir hüküm TBK’nda da bulunmadığı takdirde, hâkim TMK m. 1/2 gereği örf ve âdet kurallarına bakacaktır. Burada da bir hüküm bulunmadığı takdirde hâkim kendisi hukuk yaratacaktır.

Hâkimin hukuk yaratırken başvuracağı imkânlardan biri de kıyastır. Bu nedenle örneğin DİK’nda somut olaya uygulanacak bir hüküm yoksa ve olaya genel kanun olan TBK’nun genel nitelikteki hükümleri uygulanamıyorsa (TMK m. 5), hâkim kanun boşluğu olduğuna kanaat getirecek ve örf ve âdet kurallarına bakacak, daha sonra ise hukuk yaratacaktır (TMK m. 1/2). Hukuk yaratırken kullanılan yöntemlerden olan kıyasa başvuran hâkim, iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlarda somut olaya uygulanabilecek bir hüküm olup olmadığını da inceleyecektir. Bu nedenle eğer somut olaya uygulanabilecek benzer bir hüküm İŞK’nda var ise, hâkim bu hükmü kıyasen uygulayabilecektir. Ancak belirttiğimiz üzere, bu ihtimalin ortaya çıkabilmesi için genel kanun olan TBK’nda TMK m. 5 gereği uygulanabilecek hüküm bulunmamalıdır.

Peki, aynı hüküm (İŞK hükmü), TBK’na tabi iş ilişkileri için de uygulanabilir nitelikte midir? Burada kanımızca TMK m. 5 hükmünün uygulanması mümkün değildir, zira somut olaya uygulanacak hüküm TBK’nun kendisinde mevcut değildir.⁸⁵ Bu nedenle hâkim somut olaya uygulanacak hükmü TMK’nun ve TTK’nun genel nitelikteki hükümlerinde bulamazsa, artık kanun boşluğu olduğuna kanaat getirip, TMK m. 1/2 gereği örf ve âdet kurallarına bakacak, örf ve adet kurallarında da uygulanacak düzenleme bulamazsa, kendisi kanun yaratacaktır. Burada da hâkim, eğer somut olaya uygulanacak bir hükmün İŞK’nda olduğunu tespit ederse, İŞK hükmünü kıyasen (TMK m. 1/2 gereği) TBK’na tabi iş ilişkileri için de uygulayacaktır.

⁸⁵ Şüphesiz burada bahsedilen somut olaya eğer TMK’nda veya TTK’nda kıyasen uygulanabilecek bir hüküm varsa, TMK m. 5 gereği bu hüküm uygulanacak ve kanun boşluğu olmadığı kabul edilecektir.

İfade edilmesi gereken diğer bir husus ise, her hükmün kıyasa tabi tutulamayacağıdır. Zira hüküm, niteliği gereği somut olaya kıyasen uygulanamıyorsa, anılan hüküm kıyasa tabi tutulamaz.⁸⁶ Bu noktada yapılacak kıyasın TMK m. 5 veya TMK m. 1/2 çerçevesinde olup olmadığının da bir önemi yoktur. Zira her iki kıyas da temelde aynı uygulama yöntemini sağlamakta olup sadece bunların hukuki dayanakları farklıdır.⁸⁷ Bu nedenle her iki madde gereğince yapılacak kıyas için de bu kuralın geçerli olduğu kanısındayız. Örneğin İŞK'ndaki özel nitelikli hükümler, diğer bir ifadeyle sadece İŞK'na tabi işçiler için öngörölmüş hükümler, kıyas yoluyla, TBK, DİK veya BİK'na tabi işçiler için uygulanmamalıdır. Bu düzenlemelere örnek olarak ise, iş güvencesi ve kıdem tazminatı hükümleri gösterilebilir. İŞK'nda yer alan genel nitelikli hükümlerin ise, TBK, DİK veya BİK'nda kanun boşluğu bulunan hallerde kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz.⁸⁸ Aynı şekilde, sadece TBK'na tabi iş ilişkileri için öngörölmüş özel bir düzenlemenin, İŞK'nda, DİK'nda veya BİK'nda düzenleme olmadığı takdirde, kıyasen uygulanmaması gerekir. Zira anılan bu hüküm de sadece, TBK'na tabi iş ilişkileri için getirilmiştir.

Kısaca, kıyasa tabi tutulacak hükmün, genel nitelikte olması gerekir. Örneğin, İŞK m. 63/1'de, haftalık çalışma süresinin en fazla 45 saat olabileceği düzenlenmişken, TBK'nda, işçilerin haftalık çalışma süresinin uzunluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁹ İŞK m. 63/1 genel nitelikte bir hüküm olduğu için ve TBK'nda bu konuya ilişkin bir kanun

⁸⁶ TBK'ndaki genel nitelikteki bir hüküm, İŞK'nda hüküm bulunmayan hallerde kıyasen uygulanma kabiliyetine sahipse, bu noktada iki türlü uygulama şekli ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki “*kıyasen ve aynen*” diğeri ise “*kıyasen ve uygun düştüğü ölçüde*” uygulamadır. “*Kıyasen ve aynen*” uygulamada TBK'ndaki genel nitelikteki hüküm, İŞK'na tabi somut olaya kıyasen uygulanırken herhangi bir uyarlama yapılmasını gerektirmez. Zira burada TBK'nun genel nitelikteki hükümleri, somut olayla birebir uyuşmakta ve hükmün gerekli şartlarını doğrudan sağlamaktadır. “*Kıyasen ve uygun düştüğü ölçüde*” uygulama ise, anılan hüküm somut olaya kıyasen uygulanırken, somut olayın bünyesine uygun düştüğü şekilde değiştirilerek uygulanmasını ifade eder. Detaylı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, s. 141-143. Bu bakımdan TBK'nun bazı hükümleri İŞK'na tabi iş ilişkilerine kıyasen uygulanırken, herhangi bir uyarlamaya gidilmesini gerektirmez. Örneğin; işçinin kişiliğinin korunmasını düzenleyen TBK m. 417 hükmü, İŞK'nda anılan konuya yönelik bir hüküm olmadığı için, İŞK tabi iş ilişkilerine TMK m. 5 kıyasen uygulanır. Ancak burada kıyasen uygulama için herhangi bir düzenleme/uyarlama ya da uygun düştüğü ölçüde uygulama yapılmasına gerek yoktur. Bu nedenle TBK m. 417 hükmü, İŞK'na tabi iş ilişkilerine “*kıyasen ancak aynen*” uygulanır.

⁸⁷ TMK m. 5'in sağladığı uygulamaya yönelik detaylı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, s. 132-153.

⁸⁸ İfade etmeliyiz ki, hükümlerin çatışması noktasında ifade edilen, özel hüküm-genel hüküm ile bizim burada bahsetmek istediğimiz genel-özel nitelikli hüküm aynı şeyi ifade etmemektedir. Birinde olaya uygulanacak iki hükmün bulunması durumunda daha özel hükmün uygulanması söz konusuyken, diğesinde, bir ilişki için veya belirli bir kapsam için öngörölmüş özel nitelikli bir hükmün, boşluk bulunan hallerde, başka kanuna tabi iş sözleşmeleri için uygulanamaması söz konusudur.

⁸⁹ TBK m. 398 hükmünde, “Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen **normal çalışma süresinin** üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır.” şeklinde bir ifade bulunmaktadır. Ancak Kanun'da, normal çalışma süresinin ne kadar olduğuna yönelik herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle öğretideki bir görüşe göre, TBK kapsamında çalışan bir işçinin haftalık veya günlük çalışma süreleri sözleşme ile belirlenir. Eğer sözleşmede düzenleme yoksa, o iş kolundaki benzer bir iş için adet olan çalışma süresinin geçerli olacağı belirtilmiştir. ASTARLI, s. 166.

boşluğu söz konusu için, İşK m. 63/1 TBK'na tabi iş ilişkilerine kıyasen (TMK m. 1/2 gereğince) uygulanmalıdır.

Bu noktada, TBK'ndaki kanun boşluğunun, neden DİK veya BİK'nun haftalık çalışma saatini düzenleyen hükmü ile doldurulmadığı sorusu da sorulabilir. Zira DİK ve BİK da İşK gibi, iş ilişkilerini düzenleyen bireysel iş kanunlarındadır. Ancak DİK ve BİK'nun iş ilişkisinin daha özel hallerini düzenleyen kanunlar olduğu ve İşK'nun daha geniş bir kapsamı olduğu, daha detaylı düzenlenmiş olduğu göz önüne alındığında, TBK'nda bulunan bir kanun boşluğunun ilk önce İşK, İşK'nda bir hüküm yoksa DİK veya BİK hükümleriyle doldurulmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda verilen esaslar çerçevesinde, DİK'nda veya BİK'nda somut olaya uygulanacak hükmün bulunamaması halinde, ilk önce TMK m. 5 gereği TBK hükümlerine bakılacak, olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunduğu takdirde bu hüküm, olaya uygun düştüğü ölçüde/kıyasen uygulanacaktır. Eğer TBK'nda da hüküm yoksa, hâkim kanun boşluğu olduğu gerekçesiyle, TMK m. 1/2 gereği ilk önce örf ve adet kurallarına bakacak, burada da bir hüküm bulamadığı takdirde hukuk yaratma yoluna gidecektir. Hâkim bu noktada kıyas yolu ile somut olaya uygulanabilecek İşK hükmünü, özel nitelikte olup olmadığına da bakarak, DİK ve BİK'na tabi olaya uygulayacaktır.

Akla gelebilecek diğer bir soru ise, aynı konuya ilişkin bir kanun boşluğunun İşK'nda ve TBK'nda bulunduğu durumda, anılan kanun boşluğunun BİK veya DİK hükümleri ile doldurup doldurulamayacağıdır. Kanımızca burada da yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslardan ayrılmayı gerektirecek bir husus yoktur. Burada TMK m. 5 gereği kıyasen uygulanacak bir hüküm olmadığı için, kanun boşluğu olduğu kabulünde hâkim, iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlardaki çözüm yollarına bakacaktır. Eğer kıyasen uygulanabilecek ve özellikle o kanun için öngörülmemiş genel nitelikte hükümler mevcut ise, TBK'ndaki ve İşK'ndaki kanun boşlukları, BİK veya DİK hükümlerinin kıyasen uygulanması ile doldurulabilecektir.

Sonuç olarak, her ne kadar, TBK'nun genel kanun olduğunu, İşK, DİK ve BİK'nun özel kanunlar olduğunu ve bu özel kanunlar arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olmadığını kabul etsek de İşK hükümlerinin iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunlardaki “kanun boşluklarına-kural dışı boşluklarına” kıyasen (TMK m. 1/2 çerçevesinde) uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bu çerçevede İşK veya TBK'ndaki bir kanun boşluğunun, DİK veya BİK hükümleri ile doldurulabileceği de kabul edilmelidir. Ancak bireysel iş kanunlarında kanun boşluğu olup olmadığı yönünde bir karara varmadan önce her durumda, TMK m. 5 gereği TBK hükümlerinden kıyasen uygulanacak bir hükmün olup olmadığına da

bakılmalıdır. Her durumda, uygulanacak hükmün genel nitelikte bir hüküm olması da gerekecektir. Bu nedenle, o kanun için özel olarak, hukuk politikası tercihlerine dayalı yapılmış düzenlemeler varsa (kıdem tazminatı, iş güvencesi vb.) bunlar diğer kanunlara tabi ilişkilere kıyasen uygulanamamalıdır.

Yukarıda yapılan bu açıklamalardan sonra incelenmesi gereken husus ise çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin TBK’nda, DİK’nda veya BİK’nda bir boşluk olup olmadığıdır.

1.2.4. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda Doğrudan Düzenlenmemesinin Boşluk Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Madde 5 Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Çalışma konusunu oluşturan hakkın, TBK’nda, düzenlenmemiş olmasının yukarıda bahsettiğimiz boşluk türlerinden herhangi birine girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekecektir. Zira anılan hakkın düzenlenmemiş olması kanun boşluğu olarak değerlendirilirse, buna bağlı sonuçların uygulanması gerekecek, diğer bir ifadeyle, TMK m. 1/2 gereği, hakim, önce örf adet kurallarına bakacak, burada bir hüküm bulamazsa, kendisi kanun koyucuymuş gibi hukuk yaratacaktır. Hukukun yaratılmasında ise uygulanacak yöntemlerden biri, kıyas olacağı için ve yürürlükteki İŞK’nda çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen bir madde (İŞK m. 34) olduğu için, hakimin bu hükmü göz önüne alması gerekecektir. İncelenmesi gereken diğer bir konu ise DİK’na ve BİK’nda tabi çalışanların böyle bir hakka sahip olup olmadığı, böyle bir hakka sahiplerse anılan hakkı hangi kanun ve hüküm çerçevesinde kullanabileceğidir. Diğer bir ifadeyle anılan hakkın DİK’nda ve BİK’nda düzenlenmemiş olması TMK m. 5 gereği TBK hükümleriyle mi doldurulacaktır veya bir kanun boşluğu olarak değerlendirip TMK m. 1/2 çerçevesinde İŞK m. 34 ile mi doldurulacaktır?

Bu noktada ilk incelenmesi gereken, anılan kanunlarda çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlenmemesinin bilinçli bir boşluk, bir hukuk politikası tercihi olup olmadığıdır. BİK’nun kaleme alındığı tarih dikkate alındığında, anılan tarihte Türk hukukunda, öğretide veya uygulamada, çalışmaktan kaçınma hakkına yönelik olumlu ya da olumsuz herhangi bir tartışma mevcut değildi. Buna bağlı olarak, kanun koyucunun böyle bir hakkı anılan kanunlarda bilinçli bir şekilde düzenlemediği ya da bunun bir hukuk politikası tercihi olduğu görüşünün kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. DİK açısından yapılacak değerlendirmede de yukarıda varmış olduğumuz sonuçtan ayrılmayı gerektirecek bir durum temelde bulunmamaktadır. Ancak BİK’ndan farklı olarak, DİK’nun kaleme alındığı tarih dikkate alındığında, uygulamada anılan hakkın varlığına yönelik bir tartışma mevcut değilken,

öğretide sadece **Kaniti**'nin işçilerin BK m. 81'e dayanarak çalışmaktan kaçınabileceği görüşü mevcut idi. Ancak kanun koyucunun DİK'nu düzenlerken anılan eseri/görüşü göz önünde tutup tutmadığı ve buna bağlı olarak çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin olumlu ya da olumsuz bir düşünceden hareket edip etmediği noktasında kesin bir kanıya varılması mümkün değildir.

TBK açısından yapılacak değerlendirmede ise, TBK'nun düzenlendiği tarihte işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olduğu (İŞK m. 34) öğretisi ve uygulama tarafından kabul edilmekteydi. Bu nedenle anılan Kanun'un kaleme alındığı tarihte, kanun koyucunun böyle bir haktan bihaber olduğu kabul edilemez. Bu bakımdan anılan hakkın TBK'nda doğrudan düzenlenmemesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak değerlendirilebilir. Zira İŞK m. 34'ün gerekçesine bakıldığında zaman, çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlenmesi ile 818 sayılı BK m. 81 ile ilkesel olarak uyum sağlandığının ifade edildiği görülecektir.⁹⁰ Bu bakımdan TBK düzenlenirken kanun koyucunun, çalışmaktan kaçınma hakkını doğrudan düzenlemek yerine, işçilerin genel nitelikteki bir hüküm olan TBK m. 97 (BK m. 81) çerçevesinde bu hakkı kullanabileceğini göz önünde tutmuş olabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle anılan hakkın TBK'nda doğrudan düzenlenmemesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak değerlendirilebilir.

Önemle ifade etmek gerekir ki TBK, DİK veya BİK'nda anılan hakkın doğrudan düzenlenmemesi, bilinçli bir susma olarak değerlendirilemez. Zira bilinçli boşluktan farklı olarak bilinçli susmada kanun koyucu, anılan konuya yönelik bir düzenleme yapmayarak, ki bu düzenlemenin yapılmaması boşluk olarak da değerlendirilemez, sorunu olumsuz bir şekilde çözüme bağlamaktadır.⁹¹ Diğer bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınma hakkının anılan kanunlarda doğrudan düzenlenmemesi bilinçli bir susma olarak değerlendirilirse, kanun koyucunun anılan kanunlara tabi işçilerin böyle bir haktan yararlanmaması tercihini benimsediği kabul edilecektir.

Yukarıda yapılan incelemelerden sonra, yapılacak diğer bir değerlendirme ise hakkın anılan kanunlarda doğrudan düzenlenmemesinin kanun boşluğu-kural dışı boşluk olup olmadığıdır.

İleride de detaylıca incelendiği üzere,⁹² çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğine yönelik öğretide çeşitli görüşler vardır. 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi,

⁹⁰ İŞK m. 34'ün gerekçesinin son cümlesi; “Böylece ilkesel açıdan Borçlar Kanunu’nun 81 inci maddesindeki düzenleme ile uyum sağlanmıştır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁹¹ OĞUZMAN/BARLAS, P. 327; ANTALYA/TOPUZ, s. 253

⁹² Bkz. §4

günümüzde de anılan tartışma çoğunlukla ödemezlik def'i⁹³ ve alacaklı temerrüdü⁹⁴ çerçevesinde gerçekleşmekte, ancak anılan hakkın hukuki niteliğinin sui generis⁹⁵ olduğu da ifade edilmektedir. Öte yandan öğretideki birçok yazar anılan hakkın hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olmasını kabul etmekle birlikte, işverenin aynı zamanda alacaklı temerrüdüne de düştüğünü ve bu bakımdan TBK m. 408'in de uygulama alanı bulması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁶ Anılan bu görüşlerin tamamını, İşK m. 34'ten bağımsız olarak değerlendirmek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, 4857 sayılı İşK m. 34'ün olmadığı dönemde dahi işçinin ücretinin ödenmemesi haline bağlı olarak çalışmaktan kaçınma hakkının olduğu ve bu hakkın dayanağının ödemezlik def'i ve/veya alacaklının temerrüdü hükümleri olduğu savunulmaktaydı. Bu nedenle, çalışmaktan kaçınma hakkı, her ne kadar doğrudan düzenlemeye kavuşmamış olsa da işçilere çalışmaktan kaçınma hakkını veren hükümler 818 sayılı BK'nda mevcut idi.

Aynı durumun günümüz ve TBK hükümleri için de geçerli olduğunu söylememiz gerekir. Bu bakımdan doğrudan olmasa da ücretin ödenmemesine bağlı olarak çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin hukuki dayanağının TBK'nun genel hükümlerinden çıkartılabileceği açıktır. Diğer bir ifadeyle, TBK'na tabi işçiler, ödemezlik def'i ve/veya alacaklı temerrüdü hükümleri çerçevesinde çalışmaktan kaçınabilecektir. Bu nedenle anılan hakkın doğrudan TBK'nda düzenlenmemesi bir kanun boşluğu olarak nitelendirilemeyeceğinden, hâkimin TMK m. 1/2 gereği kıyas yoluyla İşK m. 34'ü TBK'na tabi iş ilişkilerine uygulanıp uygulanamayacağını denetlemesini gerektirecek bir durum da ortaya çıkmayacaktır.

Çalışmaktan kaçınma hakkı BİK'nda ve DİK'nda da doğrudan düzenlenmemiştir. Anılan hakkın doğrudan düzenlenmemiş olmasının kanun boşluğu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise diğer bir hukuki sorundur. Zira kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, anılan hakkın düzenlenmemiş olmasının bir kanun boşluğu olarak nitelendirilebilmesi için,

⁹³ EYRENCİ, Değerlendirme, s. 38; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 657; TUNCAY, Kaçınma Hakkı, s. 652; SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 217; ENGİN, s. 79; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 612; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 399-400; GÜZEL, s. 130-131; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 342-343; DEMİR, İş Hukuku, s. 192-193; GÜNAY, Ücret, s. 46; GÖKTAŞ, s. 45-46; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1277; TOPUZ, s. 461 DULAY YANGIN, s. 209-210; KARACAN, s. 9.

⁹⁴ AKYİĞİT, Cilt. II, s. 1572; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 23-24; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 206; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 78-79.

⁹⁵ ALPAGUT, Ücret, s. 61.

⁹⁶ SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 213; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 109; GÜZEL, s. 143; ENGİN, Kaçınma Hakkı, s. 80; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 627; SUR, Grev, s. 85; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 402; ALPAGUT, Ücret, s. 61; UÇUM, s. 63; ÇOPUROĞLU, s. 224-227; BOZKURT, Yeliz, Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s. 88; DEĞER, Senem, İşçinin Ücretinin Usûlünce Ödenmemesinin Hukukî Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 98-99; TOPUZ, s. 476; DULAY YANGIN, s. 224.

somut olaya uygulanacak hükmün TBK’nda da bulunmaması gerekir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin ödenmeyen ücreti sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği, kabul edilen görüşe göre farklılık göstermekle beraber TBK m. 97 ve/veya TBK m. 106 hükmü çerçevesinde değerlendirilecektir. Diğer bir ifadeyle DİK’nda ve BİK’nda çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin somut olaya uygulanacak bir düzenleme olmadığından, somut olay genel kanun olan TBK’nun ödemezlik def’i ve/veya alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanacak ve bu çerçevede, DİK ve BİK’na tabi işçiler için de çalışmaktan kaçınma hakkının var olduğu kabul edilecektir. Bu bakımdan, DİK veya BİK’nda anılan hakkın düzenlenmemiş olması, bir kanun boşluğu olarak değerlendirilmemelidir. Anılan düzenlemenin olmayışı TMK m. 5 gereği, TBK hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanmasıyla doldurulmalıdır.

Yukarıda anlatılanlar ışığında ve yürürlükteki yasal düzenlemeler çerçevesinde, İşK m. 34 hükmünün, TBK’na, DİK’na ve BİK’na tabi çalışanlara uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Ancak olması gereken hukuk açısından, çalışmaktan kaçınma hakkını doğrudan düzenlemiş tek bir hükmün, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın bütün işçileri kapsamına alması daha uygun olacaktır. Bu kapsamda yeknesaklığın sağlanabilmesi adına yapılabilecek düzenlemelerden bir tanesi, hukuk yapma tekniği açısından doğru bulmasak da anılan hakkın sadece genel kanun olan TBK’nda doğrudan düzenlenmesi ve bireysel iş kanunlarında bu konuya ilişkin hükmün düzenlenmemesi şeklinde gerçekleştirilebilir. Böylelikle, bireysel iş kanunlarında anılan hakka ilişkin hükmün düzenlenmemiş olması, TMK m. 5 gereği TBK’nda yer alan çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin hüküm ile kıyasen doldurulacak ve böylelikle yeknesaklık sağlanmış olacaktır.

Hukuk yapma tekniği açısından yine doğru olmayan ancak anılan sorunu ortadan kaldıracak diğer bir yöntem ise, İşK m. 34’te düzenlenen hakkın kapsamının genişletilmesidir. Diğer bir ifadeyle, İşK m. 74/8’de yer alan “*Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır.*” şeklindeki ifadenin aynısının veya bir benzerinin İşK m. 34’e eklenmesidir. Böylelikle, hangi kanuna tabi çalışırsa çalışsın, işçilerin tamamı bu haktan yararlanabilecektir.

Önerilebilecek son bir yöntem ise, çalışmaktan kaçınma hakkını doğrudan düzenleyen hükmün her bir kanun ve o kanuna tabi iş ilişkisi için özel olarak ayrı ayrı düzenlenmesidir. Böylelikle farklı kanunlara tabi iş ilişkilerinin özel niteliği de göz önüne alınarak, anılan hakkın kullanılması için farklı şartlar belirlenebilir. Ancak her kanun için farklı bir çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlenmesi ve farklı şartların belirlenmesi bir eleştiri noktası olarak değerlendirilebilir.

1.3. Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği

1.3.1. Hakkın Hukuki Niteliğinin Tespitinin Önemi

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği bakımından öğretide çeşitli görüşler savunulmuştur. Bu görüşler yukarıda ifade edildiği üzere, daha çok ödemezlik def'i⁹⁷ ve alacaklı temerrüdü⁹⁸ kavramları çerçevesinde gerçekleşse de anılan hakkın sui generis⁹⁹ bir niteliğe sahip olduğunu belirten görüş de mevcuttur.

Alman öğretisinde de benzer bir tartışmanın uzun süreden beri süregeldiği görülmektedir. Bu tartışmalar hapis/alıkoyma hakkını düzenleyen BGB § 273 (*Zurückbehaltungsrecht*) ile ödemezlik def'ini düzenleyen BGB § 320 (*Einrede des nicht erfüllten Vertrags*) arasında gerçekleşmektedir. Öğretideki bir görüş anılan hakkın hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olduğunu belirtirken¹⁰⁰, diğer bir görüş, anılan hakkın hukuki niteliğinin BGB § 273'te düzenlenen "Zurückbehaltungsrecht" olduğunu kabul etmektedir.¹⁰¹

Aynı şekilde benzer bir tartışma İsviçre öğretisinde de mevcut idi. Ancak 1994 yılında İsviçre Federal Mahkemesi'nin¹⁰² işçilerin OR Art. 82 çerçevesinde kaçınabileceğine yönelik vermiş olduğu karardan sonra,¹⁰³ tespit edebildiğimiz kadarıyla, görüş bildiren yazarların tamamı, işçinin ücretinin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin OR Art. 82'de (TBK m. 97) düzenlenen ödemezlik def'i olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁴

⁹⁷ SOYER, İHU, s. 3-4; TUNCAY, İHU, s. 6; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 657; TUNCAY, Kaçınma Hakkı, s. 652; SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 217; ENGİN, s. 79; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 612; SUR, Grev, s. 81; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 399-400; GÜZEL, s. 130-131; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 342-343; DEMİR, İş Hukuku, s. 192-193; GÜNAY, Ücret, s. 46; GÖKTAŞ, s. 45-46; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1277; TOPUZ, s. 461; DULAY YANGIN, s. 209-210; KARACAN, s. 9.

⁹⁸ KOÇ, s. 135-137; AKYİĞİT, Cilt. II, s. 1572; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 23-24; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 206; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 76-79

⁹⁹ ALPAGUT, Ücret, s. 60.

¹⁰⁰ SÖLLNER, ZfA, s. 5 vd; BYDLINSKI, s. 149; DEHMEL, Florian, Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung, Duncker&Humblot, Berlin, 2009, s. 118.

¹⁰¹ HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 6; HAASE, DB, s. 708, JOCH, Axel, Die Leistungsverweigerung im Arbeitsrecht, Berlin, 1974. s. 7; KIRSCHNER, Valentin, "Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers", DB 1961, s. 842; CAPODISTRIAS, Joannis, "Die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung", Recht der Arbeit, Heft 2, 1954, s. 53-54.

¹⁰² Konuya ilişkin bkz. BGE 120 II 209 s. 211.

¹⁰³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu karardan önce, işçilerin OR Art. 82 çerçevesinde kaçınamayacağı yönündeki görüş için bkz. BRAND, Daniel/DÜRR, Ludus/GUTKNECHT, Bruno/PLATZER, Peter/SCHNYDER, Adrian/STAMPFLI, Conrad/WANNER Ulrich, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht – Kommentar zu den Art. 319-346a, 361/362, Cosmos Verlag, 1991, Art. 323, N. 15.

¹⁰⁴ WEBER, Rolf H., Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, 2005, OR Art. 82, N. 90a; REHBINDER, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999, §9, N. 87; REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Stämpfli Verlag AG, 2010, OR Art. 323, N. 7; STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu

Bu noktada, hakkın hukuki niteliğinin tespitinin neden önemli olduğu açıklanmalıdır. İşK'na tabi işçiler, İşK m. 34'e dayanarak çalışmaktan kaçınacakları için, diğer bir ifadeyle, anılan işçiler için doğrudan bir düzenleme olduğu için anılan maddede düzenlenen hakkın hukuki niteliğinin tespiti çoğunlukla teorik açıdan önemlidir. Zira anılan maddede anılan hakkın hangi şartlar altında kullanılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Durum böyle olmakla birlikte hakkın hukuki niteliğinin tespiti, çalışmaktan kaçınan işçilerin çalışmaktan kaçınılan sürede ücrete hak kazanıp kazanamayacağı noktasında hem teorik açıdan hem de uygulama açısından büyük önem taşır. Zira İşK m. 34'te çalışmaktan kaçınan işçilerin ücrete hak kazanıp kazanamayacağı hususu olumlu ya da olumsuz bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu nedenle tespit edilecek hukuki niteliğe göre, işçinin anılan sürede ücrete hak kazanıp kazanmadığı incelenecektir.

İşK tabi çalışanların aksine, TBK, DİK ve BİK'na tabi çalışanlar için çalışmaktan kaçınma hakkına yönelik doğrudan bir düzenleme olmadığı için, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin tespiti hem teorik açıdan hem de uygulama açısından büyük önem taşımaktadır. Zira anılan kanunlara tabi işçiler için çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin doğrudan hüküm olmadığından, tespit edilecek hukuki nitelik çerçevesinde uygulanacak hükümler belirlenecektir. Öte yandan ücrete ilişkin İşK m. 34 için ifade ettiğimiz hususlar burada da aynı şekilde geçerlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği hem İşK m. 34 hem de İşK m. 34'ten bağımsız bir şekilde ayrı ayrı ele alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, yapılan incelemede sadece İşK m. 34'te düzenlenen hakkın hukuki niteliği değil, hem İşK m. 34'ün uygulanmadığı iş ilişkilerinde kullanılabilecek geçmiş dönem ücret borcunun ödenmemesi sebebiyle hem de hangi kanuna tabi olursa olsun gelecek döneme ait ücret borcunun ödenmeyeceği sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği incelenmiştir.

Hakkın hukuki niteliğinin tespitinde hem Alman hem de İsviçre hukukundaki öğreti görüşlerinden faydalanılmaya çalışılmıştır. Özellikle TBK'nun kaynağının İsviçre Borçlar Kanunu olduğu göz önüne alındığında, İsviçre öğretisindeki görüşler ve İsviçre Federal

Art. 319-362 OR, Auflage 7, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, OR Art. 323, N. 3; **VISCHER, Frank/MÜLLER, Roland M.**, Der Arbeitsvertrag, Auflage 4, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, §10, N. 45; **SCHRANER, Marius**, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, 3. Auflage, 2000, OR Art. 82, N. 112; **STEHLE**, Präjudizienbuch, OR Art. 82, N. 4; **WULLSCHLEGER, Paola**, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, OR Art. 82, N. 18; **GROSS**, Kuko, OR Art. 82, N. 10; **LEU**, BSK, OR Art. 82, N. 4; **BRÜHWILER, Jürg**, Einzelarbeitsvertrag Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, OR Art. 323, N. 4

Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar, hakkın hukuki niteliğinin tespitinde önemli role sahip olmuştur.

Hakkın hukuki niteliğinin tespiti için, çalışmamızda öncelikle ödemezlik def'i (TBK m. 97), ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'i (TBK m. 98) ve alacaklı temerrüdü kavramları ve bunların şartları çalışmanın sınırlarını aşmayacak şekilde belirli bir ölçüde incelenmiş ve incelenen her bir kurumdan sonra, çalışmaktan kaçınma hakkının o başlıkta anlatılan kuruma dayandığını belirten görüş ve anılan hak ile o kurum arasındaki hukuki sorun/sorunlar belirtilmiştir. Benzer bir değerlendirme hakkın hukuki niteliğinin sui generis olduğunu belirten görüş için de yapılmıştır. Son olarak çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme ve görüşlerimiz TBK'na ve bireysel iş kanunlarına tabi işçiler için ayrı ayrı detaylıca incelenmiştir.

1.3.2. Ödemezlik Def'ine Dayanan Görüş

1.3.2.1. Ödemezlik Def'i Kavramı ve Şartları

“İfada Sıra” başlıklı TBK m. 97’de, *“Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.”* hükmü düzenlenmiştir. Anılan madde gereği, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede, taraflardan birinin diğer tarafı borcunu ifa etmeye zorlayabilmesi için, ifaya zorlayan tarafın daha sonra ifa etmeye hakkı yoksa, kendi borcunu ifa etmiş veya ifa etmeyi teklif etmiş olması gerekir.

Anılan hüküm uyarınca, karşılıklı borç doğuran sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmediği veya ifasını teklif etmediği sürece, sözleşmenin diğer tarafı, kendi edimini ifadan kaçınabilir. Kendi edimini ifadan kaçınmasını sağlayan kuruma ise, ödemezlik def'i denir.¹⁰⁵

Ödemezlik def'i, karşı edim ifa edilinceye kadar veya en azından ifası teklif edilinceye kadar, kişiye kendi edimini ifadan kaçınma imkânı verir. Böylelikle ödemezlik def'i, hem karşı tarafın kendi borcunu yerine getirmesi için bir baskı aracı olarak işlev görür hem de kişinin kendi edimini güvence altına alınmasını sağlar.¹⁰⁶ Öte yandan, kişi kendi edimini

¹⁰⁵ KANİTİ, s. 1-2; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atila, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 827-828; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 735-736; SEROZAN, Rona, Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt III, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, §6, N. 1; EREN, P. 3080; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 335.

¹⁰⁶ EREN, P. 3080; SEROZAN, §6, N. 5; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1089; DEHMEL, s. 66-67.

ifadan kaçınarak, karşı edimin elde edilmemesinden kaynaklanacak riskleri de önlemiş olur.¹⁰⁷

Ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi, belirli şartların varlığına bağlıdır. Bunlar; karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı, karşılıklı edimlerin mevcut ve muaccel olması, tarafların aynı anda ifa yükümlülüğünün olması veya ödemezlik def'i ileri sürecek tarafın önce ifa yükümlülüğünün bulunmaması, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş ya da ifasının teklif edilmemiş olmasıdır.

İlk şart, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığıdır. Örneğin, kira, satış veya iş sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler kendi içerisinde ikiye ayrılır; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler. Ödemezlik def'inin ortaya çıkabilmesi için, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı gereklidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme ile taraflardan her biri karşılıklılık içerisinde en az bir borç altına girmelidir. Zira eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin bir taraf için sağladığı alacak hakkının karşılığı, kişinin üstlendiği borcun karşılığı değildir.¹⁰⁸ Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı şartı altında aranan diğer bir husus ise, sözleşme ile üstlenilen edimler arasında karşılıklılık, mübadele ilişkisinin bulunmasıdır.¹⁰⁹

Ödemezlik def'inin diğer bir şartı, karşılıklı edimlerin varlığı ve bu edimlerin muaccel olması, diğer bir ifadeyle, geçerli olarak doğmuş ve devam eden edimlerin varlığı ve bu edimlerinin ikisinin de muaccel olmasıdır.¹¹⁰ Bu bakımdan, henüz muaccel olmamış bir borcun alacaklısının, alacağını talep etmesi, muacceliyetin gerçekleşmemiş olması sebebiyle reddedilmesi yeterlidir.¹¹¹ Zira ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için iki alacağın da muaccel olması şarttır.

Ödemezlik def'inin üçüncü şartı, tarafların aynı anda ifa yükümlüsü olması veya def'iyi ileri sürecek tarafın, önce ifa yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Anılan şarta göre, sözleşmenin önce ifa ile yükümlü tarafı, kural olarak ödemezlik def'inde bulunamaz. Bu noktada konunun daha iyi anlatılabilmesi adına, önce ifa yükümlülüğü çeşitlerinden olan daimî (beständige) ve geçici (unbeständige) önce ifa yükümlülüğünden de kısaca bahsetmek gerekir. Daimî önce ifa yükümlülüğü, sonra ifa ile yükümlü tarafın borcunun muaccel

¹⁰⁷ Ödemezlik def'inin amaçlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **PEKMEZ, Cüneyt**, Akdin İfa Edilmediği Def'i (Ödemezlik Def'i), On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 42-49.

¹⁰⁸ **KANİTİ**, s. 48; **PEKMEZ**, s. 103.

¹⁰⁹ **EREN**, P. 3084; Karşılıklılık ve mübadele ilişkisi konusunda detaylı bilgi için bkz. **PEKMEZ**, s. 106-108.

¹¹⁰ **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 742; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 830; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1108; **EREN**, P. 3098;

¹¹¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1108; **EREN**, P. 3098;

olmasının, önce ifa ile yükümlü tarafın kendi borcunu ifa etmesine bağlı olduğu durumda ortaya çıkan önce ifa yükümlülüğünü ifade eder.¹¹² Geçici önce ifa yükümlülüğü ise, sonra ifa ile yükümlü tarafın borcunun muaccel olmasının, önce ifa ile yükümlü olan tarafın kendi borcunu ifa etmesinden bağımsız olduğu durumu ifade eder. Diğer bir ifadeyle, sonra ifa ile yükümlü tarafın borcunun muaccel olması, kendisi için belirlenen vadenin gelmesine bağlıdır.¹¹³ Öte yandan, geçici önce ifa yükümlülüğünde, sonra ifa ile yükümlü tarafın borcunun muaccel olmasıyla birlikte, önce ifa ile yükümlü tarafın önce ifa yükümlülüğü de ortadan kalkar.¹¹⁴ Bu nedenle geçici önce ifa yükümlülüğünün olduğu sözleşmelerde, her iki alacağın da muaccel olduğu durumda, diğer şartların sağlanmasıyla birlikte, her iki taraf da ödemezlik def'i ileri sürebilir.¹¹⁵ Ancak bu durumda dahi, sözleşmeden veya tarafların iradesinden, önce ifa yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı anlaşılıyorsa, ödemezlik def'i ileri sürebilecek taraf, sonra ifa ile yükümlü olan taraftır.¹¹⁶ Diğer bir ifadeyle, her iki tarafın da borcu muaccel olmuştur ancak bir tarafın önce ifa yükümlülüğü ortadan kalkmamıştır.

Örnek üzerinden anlatacak olursak, alıcının satım bedelini 01.01.2020, satıcının ise malı 03.01.2020 tarihinde teslim edeceği bir satış sözleşmesinde, satıcının borcunun muaccel olması, alıcının satım bedelini ödemesinden bağımsız bir şekilde kararlaştırıldıysa, geçici önce ifa yükümlülüğünden, satıcının malı teslim etmesi, alıcının satım bedelini ödemesine bağlı ise, daimî önce ifa yükümlülüğünden bahsedilir. Bu bakımdan sonra ifa yükümlüsünün karşı edimi ifa etmesi, önce ifa yükümlüsünün kendi edimini ifa etmesine bağlıysa, sonra ifa ile yükümlü tarafın kendi borcu muaccel olmadığından ödemezlik def'i ileri sürmesine gerek yoktur. Muacceliyetin gerçekleşmemiş olması sebebiyle reddedilmesi yeterlidir.¹¹⁷ Ancak borçlar sadece vadeye bağlıysa, her iki taraf için de vadenin dolmasıyla iki tarafın borcu da muaccel hale gelir ve taraflar borcu aynı anda ifa eder. Bu durumda hem satıcı hem de alıcı ödemezlik def'i ileri sürebilir. Ancak tarafların iradesi her iki alacak muaccel olduktan sonra dahi, alıcının önce ifa ile yükümlü olacağına yönelikse, ödemezlik def'i ileri sürebilecek taraf sadece satıcıdır.¹¹⁸

¹¹² **SCHRANER**, ZK, OR Art. 82, N. 116; **LEU**, BSK, OR Art. 82, N. 8; **PEKMEZ**, 173.

¹¹³ **SCHRANER**, ZK, OR Art. 82, N. 117; **LEU**, BSK, OR Art. 82, N. 8; **PEKMEZ**, s. 175.

¹¹⁴ **SCHRANER**, ZK, OR Art. 82, N. 118-119.

¹¹⁵ **SCHRANER**, ZK, OR Art. 82, N. 117; **LEU**, BSK, OR Art. 82, N. 8.

¹¹⁶ **KANİTİ**, s. 140.

¹¹⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1103, 1108; **EREN**, P. 3098

¹¹⁸ İfade etmek gerekir ki **Simmen** vermiş olduğu örnekte, sadece satıcının ödemezlik def'i ileri sürebileceğinden bahsetmiş, alıcının kendi alacağı muaccel olduğu durumda ödemezlik def'i ileri sürebileceğine ilişkin bir bilgi vermemiştir. Detaylı bilgi için bkz. **SIMMEN, Robert**, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), Stämpfli, Bern, 1981, s. 59.

Öğretide, karşı edimin ifa edilip edilmeyeceğine yönelik bir “şüphe” olsa dahi, önce ifa yükümlüsünün, kendi edimini yine de ifa etmekle yükümlü olduğu, bu nedenle anılan tarafın OR Art. 82/TBK m. 97 hükmüne dayanarak ödemezlik def’i ileri süremeyeceği belirtilmiştir.¹¹⁹ Anılan görüş, karşı edimin ifa edilmeyeceği sebebiyle ödemezlik def’inin kullanılmasının, ancak karşı tarafın OR Art. 83 (TBK m. 98) çerçevesinde “ifa güçsüzlüğü”ne düşmesi durumunda mümkün olduğunu belirtmektedir.¹²⁰

Belirttiğimiz üzere, karşı edimin ifa edilip edilmeyeceğine yönelik şüphenin varlığı önce ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Ancak öğretide, karşı edimin ifa edilemeyeceği açıkça anlaşılıyorsa veya karşı taraf bunu açık ve kesin bir şekilde ifade etmişse, önce ifa ile yükümlü tarafın ödemezlik def’i ileri sürebileceği belirtilmiştir. Nitekim bu görüşe göre sonra ifa yükümlüsünün kendi edimini ifa etmeyeceğini önceden belirtmiş olmasına rağmen, önce ifa ile yükümlü tarafa kendi edimini ifa etmesi için başvurması, TMK m.2 gereği dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.¹²¹

Kanımızca da sonra ifa edilecek edimin ifasına yönelik bir şüphenin varlığı, önce ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır. Ancak sonra ifa yükümlüsünün kendi edimini ifa etmeyeceği kesin bir şekilde anlaşılıyorsa veya bu durum açıkça belirtilmişse, önce ifa yükümlüsü kendi ediminin ifasından kaçınabilmelidir.

Ödemezlik def’inin son şartı ise, karşı edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş veya ifasının teklif bile edilmemiş olmasıdır.¹²² Karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede, kendi edimini ifa eden taraf, karşı edimi talep ettiği durumda, karşı edimin borçlusu ödemezlik def’i ileri süremez. Zira kendi alacağı ifa edilmiştir ve artık karşı edim borçlusu kendi edimini ifa etmelidir. Öte yandan, taraflardan biri kendi edimini ifa etmek yerine, edimin ifasını borca uygun bir şekilde teklif etmiş olsaydı da karşı tarafın ödemezlik def’i ileri sürmesi mümkün olmayacaktı. Ancak burada önemli olan husus, ifa teklifinin borca uygun yapılmasıdır. Borca uygun yapılmayan ifa teklifine karşı, ödemezlik def’inin ileri sürülmesi mümkündür.¹²³ Çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına, ödemezlik def’i kurumuna ilişkin daha detaylı açıklamalara yer verilmemiştir.

¹¹⁹ KANİTİ, s. 141.

¹²⁰ BECKER, Hermann, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Obligationenrecht, 2. Auflage, 1945, OR Art. 82, N. 19

¹²¹ KANİTİ, s. 141; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1105

¹²² Şarta ilişkin detaylı bilgi için bkz. PEKMEZ, s. 200-233.

¹²³ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1113.

1.3.2.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Ödemezlik Def'i Çerçevesinde Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu ve Öğretideki Görüşler (6098 Sayılı TBK m. 97; 818 Sayılı BK m. 81)

İş sözleşmelerinde, sözleşmenin bir tarafı bağımlı bir şekilde iş görmeyi, diğer taraf ise buna karşılık olarak ücret ödemeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tarafların iş sözleşmesiyle üstlendiği ücret ödeme ve iş görme borçları arasında ise bir mübadele ilişkisi vardır. Bu bakımdan ödemezlik def'inin ilk şartı sağlanmış olur.

Ödemezlik def'inde olduğu gibi, çalışmaktan kaçınma hakkının da en önemli amaçlarından biri, kendi edimini ifa etmeyen tarafa baskı yapmaktır. Bu bakımdan, anılan hak ile ödemezlik def'inin amaçları örtüşmektedir. Ayrıca, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında da ödemezlik def'inde olduğu gibi, sözleşmenin ayakta tutulması amaçlanmakta ve karşı tarafın sözleşmeye uygun bir şekilde üstlendiği edimi ifa etmesi beklenmekte, diğer bir ifadeyle, ödemezlik def'i ileri süren taraf sözleşmeyi sona erdirmeyi değil, tam aksine sözleşme ile üstlenilen karşı edimin ifa edilmesini veya ifasının teklif edilmesini sağlamak istemektedir.¹²⁴ Bu bakımdan da çalışmaktan kaçınma hakkı ve ödemezlik def'i birbiriyle uyum içindedir. Nitekim çalışmaktan kaçınma hakkına sahip işçi, sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahip olmasına rağmen, sözleşmeyi feshetmek yerine, sözleşmeye devam edilmesini ve işverenin üstlenmiş olduğu ücret ödeme borcunu ifa etmesini talep etmektedir.

Durum böyle olmakla birlikte, çalışmaktan kaçınma hakkında, işçinin işverene zaman bakımından sunmadığı iş görme borcu ile iş görmekten kaçınmanın dayanağı olan ödenmeyen ücret borcu arasında mübadele ilişkisinin olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Diğer bir ifadeyle, işçi, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığında, kaçınmanın dayanağı geçmiş dönem ücret borcudur, ancak işçinin çalışmaktan kaçındığı dönem başka bir iş görme borcu dönemidir. Bu bakımdan burada cevaplanması gereken ilk hukuki sorun, farklı dönemlere ait edim ve karşı edimin birbirinin karşılığı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Farklı bir deyişle anılan edimler arasında sinallagma ilişkisinin olup olmadığı incelenmelidir.

Örneğin, ocak ayına ait ücretin ödenmemesi sebebiyle işçi çalışmaktan kaçınmak istediğinde, işverene sunmayacağı iş görme borcu en erken şubat ayına denk gelecektir. Bu sorunun ortaya çıkması ise, iki esasa bağlıdır. Bunlardan ilki, iş sözleşmesinin taraflarından birinin borcunun ani/dönemli edim olması, diğerinin ise sürekli edim olmasıdır. Diğer esas ise

¹²⁴ KANİTİ, s. 2; PEKMEZ, s. 42-43.

iş sözleşmelerinde kural olarak, sürekli olan edimin önce ifa edilmesi gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle, sürekli edim olan iş görme borcu kural olarak, önce ifa edilmekte, ani ve dönemli edim olan ücret ödeme borcu ise iş görme borcundan sonra ifa edilmektedir. Bu nedenle klasik anlamda ödemezlik def'inin şartlarından olan “*karşılıklı edimlerin varlığı ve bunların muaccel olması*” şartının sağlanıp sağlanmadığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Zira işçinin çalışmaktan kaçınarak işverene sunmadığı iş görme borcu şubat ayı dönemine aitken, kaçınmanın dayanağı ocak ayına ait ücrettir.

Ortaya çıkan diğer bir hukuki sorun ise, “ödemezlik def'i ileri sürecek tarafın önce ifa ile yükümlü olmaması” şartının iş ilişkilerinde ne şekilde aranması gerektiğine yöneliktir. Yukarıdaki örnek üzerinden hareket edecek olursak, işçi ocak ayına ait ücretin ödenmemesi nedeniyle şubat ayında çalışmaktan kaçınmıştır, ancak işçi şubat ayına ait iş görme borcu bakımından kural olarak, önce ifa ile yükümlüdür. Bu doğrultuda, klasik anlamda ödemezlik def'i kuralları çerçevesinde işçinin şubat ayına ait iş görme borcundan ödemezlik def'i ileri sürerek kaçınamayacağı savunulabilir. Zira sinallagmatik ilişkinin sadece aynı dönem içerisindeki karşılıklı edimler arasında, yani şubat ayına ait iş görme ve aynı aya ait ücret borcu arasında olduğu ileri sürülebilir. Bu nedenle işçi şubat ayına ait iş görme borcunu sunmadan, aynı aya ait ücret muaccel olamayacağından, işçinin ödemezlik def'i ileri sürerek çalışmaktan kaçınması da mümkün olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle işçi, önce ifa ile yükümlü olduğu için, ödemezlik def'i ileri süremeyecektir.

Nitekim öğretideki bir görüşe göre, bir tarafın sürekli, diğer tarafın ani/dönemli borç üstlendiği sözleşmelerde, sürekli edimin önce ifa edilmesi gereken durumlarda ödemezlik def'inden bahsedilemez.¹²⁵ İş görme borcunun sürekli niteliği sebebiyle ödemezlik def'i ileri sürerek ifadan kaçınan tarafın edimi imkansızlaşır. Bu durumun ise edim ile karşı edim arasındaki dengeyi bozacağı ifade edilmiştir.¹²⁶ İş sözleşmelerinde de sürekli edim borçlusu işçi, kural olarak önce ifa ile yükümlü olduğu için, bu görüş çerçevesinde, işçinin “*ödemezlik def'ine dayanarak*” iş görmekten kaçınması mümkün değildir. Bu bakımdan işçinin önce ifa ile yükümlü olması, ödemezlik def'i kurumunun güvencesinden yoksun kalmasına sebep olmaktadır.

Alman hukukunda da benzer bir görüşün savunulduğu görülmektedir. Alman hukukunda TBK m. 97'nin karşılığı olan BGB § 320'de ödemezlik def'i ileri sürecek tarafın önce ifa ile yükümlü olmaması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu şarta bağlı olarak anılan görüşe göre ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin

¹²⁵ SEROZAN, §6, N. 12; ALPAGUT, Ücret, s. 58.

¹²⁶ SEROZAN, §6, N. 12.

ödemezlik def'i olabilmesi için, işçinin önce ifa yükümlülüğü altında olmaması gerekir. Bu bakımdan anılan görüş, çalışmaktan kaçınma hakkının “*önce ifa yükümlülüğü altında olmama*” şartının yer almadığı BGB §273'te düzenlenen ve ifadan kaçınmaya imkan veren “Zurückbehaltungsrecht” olduğunu belirtmektedir.¹²⁷

Konuyu Türk hukukunda ilk kez inceleyen **Kaniti**'ye göre, taraflardan birinin ediminin sürekli edim, diğerinin dönemli/ani edim olduğu durumlarda, her bir edimin birbirinden bağımsız olduğu kabul edilirse, edimler arasındaki mübadele ilişkisi gerçekleşmeyecek, diğer bir ifadeyle edimin veya karşı edimin ifa edilmemesi, bağımsız olan başka bir döneme ait edime etki etmeyecek ve buna bağlı olarak da taraflardan biri, ödemezlik def'i savunmasında bulunamayacaktır. Ancak tarafların üstlenmiş olduğu edimlerin bağımsız olmadığı, yani sürekli edim ile dönemli/ani edim bölümleri bir bütün olarak kabul edilirse, bu durumda edimin veya karşı edimin ifa edilmemesi durumunda, ödemezlik def'ine dayanarak, edimin ifasından kaçınılabilecektir.¹²⁸

Benzer diğer bir görüşe göre, sürekli nitelik taşıyan iş sözleşmelerinde, sözleşme taraflarının amacı, yüklendikleri edimlerin tamamının ifasıdır. Mübadele ilişkisinin sadece dönemlik edimler arasında olduğu kabul edilirse, ödemezlik def'inin sürekli edimli sözleşmelerde uygulanması imkânsızlaşır. Bu bakımdan, iş görme borcunu önce ifa etmekle yükümlü işçi, iş görme borcunu ifa ettikten sonra, karşı edim olan ücretinin ödenmemesi durumunda, ödemezlik def'i hükümlerine dayanarak çalışmaktan kaçınabilmelidir.¹²⁹ Yine aynı yöndeki diğer bir görüş de, karşılıklı edimler arasındaki mübadelenin sadece dönemsel olarak anlaşılmaması gerektiğini, iktisadi ve hukuki birliğin iş ilişkisinin tamamı için geçerli olduğunu belirtmiş, buna bağlı olarak sonraki döneme ait iş görme ile önceki döneme ait ücret borcunun bu bağıllık için değerlendirilmesi gerektiğini ve sonuç olarak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının ödemezlik def'i olduğunu savunmuştur.¹³⁰

İfade etmek gerekir ki çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği, Türk öğretisindeki büyük çoğunluk tarafından ödemezlik def'i olarak kabul edilmektedir.¹³¹ Anılan görüşlerin detayları çalışmanın ilerleyen kısımlarında, anılan hakkın hukuki niteliğinin farklı

¹²⁷ HAASE, DB, s. 708; HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 6; JOCH, s. 3-4; KIRSCHNER, s. 842; CAPODISTRIAS, s. 53-54.

¹²⁸ KANİTİ, s. 74-75.

¹²⁹ SUR, Grev, s. 81.

¹³⁰ KANİTİ, s. 74-75; GÜZEL, s. 134; GÖKTAŞ, s. 45-46.

¹³¹ SOYER, İHU, s. 3-4; TUNCAY, İHU, s. 6; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 657; TUNCAY, Kaçınma Hakkı, s. 652; SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 217; ENGİN, s. 79; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 612; SUR, Grev, s. 81; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 399-400; GÜZEL, s. 130-131; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 342-343; DEMİR, İş Hukuku, s. 192-193; GÜNAY, Ücret, s. 46; GÖKTAŞ, s. 45-46; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1277; TOPUZ, s. 461; DULAY YANGIN, s. 209-210; KARACAN, s. 9.

şekilde olduğunu belirten görüşler ile birlikte değerlendirileceğinden, konunun detaylarına bu başlık altında girilmemiştir.

1.3.3. İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlik Def'ine Dayanan Görüş

1.3.3.1. İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlik Def'i Kavramı ve Şartları

Ödemezlik def'inin özel biri görünümü olan “ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'i” TBK'nun 98'inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükmün ilk fıkrası, “**Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.**” hükmünü düzenlemiştir.

Görüleceği üzere TBK m. 97'de olduğu gibi, TBK m. 98'in de uygulama alanı bulması için karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı gerekmektedir. Şüphesiz TBK m. 98'de de karşılıklı edimler arasında sinallagmatik ilişki bulunmalıdır. Ancak TBK m. 97, kural olarak, aynı anda ifanın geçerli olduğu sözleşme ilişkilerinde mümkünken, TBK m. 98, kural olarak, bir tarafın diğer taraftan önce ifa yükümlülüğü altında olduğu sözleşme ilişkilerinde mümkündür. Esas kural böyle olmakla birlikte, TBK m. 98'in de aynı anda ifa yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda ortaya çıkması gayet olasıdır.¹³² Aynı anda ifanın bulunduğu durumlarda, taraflardan birinin alacağının karşı tarafın ifa güçsüzlüğü ile tehlikeye girmesi bu bakımdan yeterli olacaktır.¹³³

TBK m. 98 kapsamında ödemezlik def'inin ikinci şartı ise, taraflardan birinin ifa güçsüzlüğüne düşmesidir. Madde metninde belirtilen ifa güçsüzlüğünden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Kanun maddesi her ne kadar ifa güçsüzlüğüne ilişkin iki örnek vermiş olsa da anılan örnekler dışındaki birçok durum da ifa güçsüzlüğü olarak kabul edilir. Diğer bir ifadeyle, verilen bu örnekler sınırlı sayıda değildir.¹³⁴

İfa güçsüzlüğü öğretide, bir tarafın sözleşme ile üstlendiği borçlarını ifa edebilmek için gerekli kaynaklardan yoksun olmasını ifade eder.¹³⁵ Ödemezlik def'inin ileri sürüldüğü an, ifa güçsüzlüğü mevcut olmalıdır. Ayrıca anılan ifa güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması şarttır. Diğer bir ifadeyle ifa güçsüzlüğü sözleşme

¹³² WEBER, BK, OR Art. 83, N. 5; EREN, P. 3118; ÇABRİ, Sezer, “Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlı Sonuçlar”, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 417

¹³³ EREN, P. 3118; PEKMEZ, s. 373-374, dn. 342.

¹³⁴ WEBER, BK, OR Art. 83, N. 29; EREN, P. 3121; ANTALYA, Cilt III, s. 115.

¹³⁵ BECKER, BK, Art. 83, N. 1; WEBER, BK, OR Art. 83, N. 30; EREN, P. 31121, ANTALYA, Cilt III, s. 1115.

kurulmadan önce var olmamalıdır.¹³⁶ Anılan ifa güçsüzlüğünün geçici değil, süreklilik niteliği taşıması da gerekir. Bu nedenle ödemelerin kısa bir süre gecikmesinde TBK m. 98 uygulama alanı bulmayacaktır.¹³⁷

Diğer bir şart ise karşı tarafın alacağının ifa güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmüş olmasıdır.¹³⁸ Şüphesiz anılan tehlike ciddi, objektif ve gerçek bir tehlike olmalıdır.¹³⁹ Bu nedenle kişisel görüşe veya tecrübeye dayanarak karşı tarafın ifa güçsüzlüğüne düşeceği iddiasıyla TBK m. 98'in sağlamış olduğu ödemezlik def'i kullanılamaz. Bu bakımdan karşı tarafın ifa güçsüzlüğüne düşmesine rağmen, karşı tarafın alacağı tehlikeye düşmemişse, TBK m. 98 çerçevesinde ödemezlik def'i ileri sürülemez.

Öğretide belirtilen diğer bir şart ise, hakkı tehlikeye düşen tarafın kendi borcunu henüz ifa etmemiş olmasıdır.¹⁴⁰ Ancak bu şartın, sürekli borç doğuran sözleşmelerde geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira anılan sözleşmelerde, önce ifa ile yükümlü taraf kendi borcunu ifa etmiş olsa bile, bir sonraki döneme ait borcunu henüz ifa etmemiş olacağından, bir sonraki döneme ait alacağı tehlikeye düşerse, TBK m. 98'e dayanarak kendi ediminin ifasından kaçınabilir.

Öğretide, TBK m. 98'in, TBK m. 97'nin uygulama alanını genişlettiği belirtilmektedir. Nitekim TBK m. 97 (OR Art. 82) kural olarak önce ifa ile yükümlü tarafın kullanamayacağı ödemezlik def'ini düzenlemişken, TBK m. 98 (OR Art. 83), önce ifa ile yükümlü tarafın veya aynı anda ifanın geçerli olduğu sözleşmenin taraflarından birinin, diğer şartlar da sağlandığı takdirde, ödemezlik def'ini ileri sürebilmesine imkân tanımaktadır.¹⁴¹

1.3.3.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlik Def'i Çerçevesinde Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu ve Öğretideki Görüşler

Öğretideki bir görüş, İşK m. 34 olmasaydı da işçilerin çalışmaktan kaçınabileceğini ve bunun dayanağının TBK m. 98 hükmü olduğunu belirtmiştir.¹⁴² Anılan görüşü savunan **Ulucan**, bu görüşünü; “*Aslında Borçlar Kanunu'nun 98. maddesi de ücret alamayan işçilere*

¹³⁶ **EREN**, P. 3122; **ANTALYA**, Cilt III, s. 115-116. Öğretideki bir görüşe göre, ifa güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmasına odaklanmak problemlidir. Zira OR Art. 83 (TBK m. 98), dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasının bir yansımasıdır. Bu nedenle, karşı edimin güvence altında olmadığı durumlarda, ifa güçsüzlüğü içinde olmayan taraftan edimini ifa etmesi beklenmemelidir. Ancak, karşı tarafın ifa güçsüzlüğü içinde olduğunu bilerek sözleşmenin akdedilmesinden sonra, OR Art. 83'e dayanarak ödemezlik def'i ileri sürülemez. Bkz. **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 42.

¹³⁷ **EREN**, P. 3121; **ANTALYA**, Cilt III, s. 115.

¹³⁸ **BECKER**, BK, OR Art. 83, N. 5; **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 44; **EREN**, P. 3124; **SCHRANER**, ZK, OR Art. 83, N. 24.

¹³⁹ **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 44; **SCHRANER**, ZK, OR Art. 83, N. 23; **EREN**, P. 3124.

¹⁴⁰ **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 25.

¹⁴¹ **SIMMEN**, s. 106-107; **PEKMEZ**, s. 376.

¹⁴² **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 155.

*bu hakkı vermekteydi.” şeklinde ifade etmiştir. Durum böyle olmakla birlikte, aynı eserde kullanılan, “Kaldı ki ödemezlik def’i karşısında alacaklı temerrüdüne düşen işverenin [...]” ifadesi içinde yer alan “ödemelik def’i” kavramıyla yazarın, TBK m. 97’de düzenlenen ödemezlik def’ini mi yoksa TBK m. 98’de düzenlenen ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def’ini mi ifade etmek istediği tam anlaşılmamaktadır. Öte yandan **Ulucan**, yine aynı ifade ile öğretideki diğer birçok yazar gibi, işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceğini de kabul etmiştir.¹⁴³*

Öğretide **SUR** ise, işçilerin hem 818 sayılı BK m. 81’e göre (TBK m. 97) hem de m. 82’ye göre (TBK m. 98) çalışmaktan kaçınabileceğini ifade etmiştir. Bu görüş, işçilerin anılan hakkı (BK m. 82), tehlikede olan ücret alacağına karşılık teminat verilinceye¹⁴⁴ kadar kullanabileceğini belirtmiştir.¹⁴⁵

İfade etmek gerekir ki, çalışmaktan kaçınma hakkı ifadesi kullanıldığında, öğretide çoğunlukla, geçmiş dönem ücret borcuna dayanan çalışmaktan kaçınma hakkı ifade edilmek istenmektedir. Bu nedenle TBK m. 98’de düzenlenen ve gelecek döneme ait alacağın karşı tarafın ifa güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle tehlikeye düşmesine bağlı olarak kullanılan ödemezlik def’i ile geçmiş dönem ödenmeyen ücrete dayanan çalışmaktan kaçınma hakkı birbiriyle örtüşmemektedir.

Sonuç olarak, İşK m. 34’te düzenlenen veya genel olarak ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının dayanağı geçmiş ücret iken, TBK m. 98 çerçevesinde ileri sürülebilecek ödemezlik def’i, gelecek döneme ait bir alacağın karşı tarafın ifa güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle tehlikeye düşmesini ifade eder. Bu nedenle TBK m. 98’de düzenlenen ödemezlik def’i ile genel olarak geçmiş dönem ücret borcuna dayanan çalışmaktan kaçınma hakkı birbirini karşılamamaktadır. Bu görüşe ilişkin değerlendirmelerimize aşağıda ayrıca yer verilmiştir.

1.3.4. Alacaklının Temerrüdüne (İşverenin Temerrüdü) Dayanan Görüş

1.3.4.1. Alacaklının Temerrüdü Kavramı ve Şartları

Öğretide, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin, işverenin alacaklı temerrüdü olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle alacaklı

¹⁴³ Anılan görüş eserin üçüncü bölümünde ele alınmıştır. Eserin önsözünde ise anılan bölümün Prof. Dr. Devrim Ulucan tarafından kaleme alındığı ifade edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, Önsöz ve s. 155.

¹⁴⁴ Gerçekten de eğer işçilerin TBK m. 98 gereği çalışmaktan kaçınabilecekleri kabul edilirse, anılan hüküm gereği işverenin tehlikede olan alacak hakkı için teminat göstermesi ile işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ortadan kalkacaktır.

¹⁴⁵ **SUR**, Grev, s. 81.

temerrüdü kavramının tanımı ve şartları çalışma kapsamını genişletmeyecek şekilde incelenmiştir. Daha sonra ise öğretide çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin alacaklı temerrüdü olduğunu belirten görüşe yer verilmiştir.

Alacaklının temerrüdü, TBK m. 106'da şu şekilde tanımlanmıştır; *“Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.”*

Alacaklının temerrüde düşmesi için, ya kendisine sözleşmeye uygun bir şekilde sunulan ifayı kabul etmemesi ya da borçlunun ifayı yerine getirebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaması gerekir.¹⁴⁶ Sonuçları itibariyle ise, alacaklı temerrüdüne düşen tarafın hukuki durumu ağırlaşırken, borçlunun hukuki durumu hafifler. Zira borçlunun ediminin ifa edilememesinin sebebi alacaklı üzerindedir.

TBK m. 106 çerçevesinde alacaklının temerrüde düşmesi, bazı şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlardan ilki, borçlunun, edimi alacaklıya gereği gibi önermesidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme ile belirlenen esaslar çerçevesinde borçlu, üstlendiği edimi ifanın unsurlarına uygun olarak alacaklıya önermiş olmalıdır.¹⁴⁷

Alacaklı temerrüdünün ikinci şartı ise, alacaklının önerilen edimi kabulden kaçınmasıdır. Borçlunun borca uygun bir şekilde edimin ifasını teklif etmesine rağmen, alacaklının bu edimi kabul etmemesi, alacaklıyı temerrüde düşürür. Öte yandan borçlunun kendi edimini ifa edebilmesi için alacaklı tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerinin yapılmaması da alacaklı temerrüdüne yol açar. Bu nedenle alacaklının örneğin seçimlik borçlarda, seçim hakkını kullanması veya işçinin iş görme borcunu yerine getirebilmesi için gerekli malzemelerin kendisine sağlanması alacaklının hazırlık fiillerindendir. Borçlu tarafından yapılması gereken, alacaklının ifaya katılması için bir bildirim yapmaktan ibarettir.¹⁴⁸ Diğer bir ifadeyle borçlu, ancak alacaklının gerekli hazırlıkları yerine getirmesi durumunda kendi edimini ifa edebileceğini alacaklıya bildirecektir. Ancak sözleşmede

¹⁴⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 837; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 756; EREN, P. 3168; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1133; KOÇ, s. 5-6; ANTALYA, Cilt III, s. 183,188; AKINCI, Şahin, “Alacaklının Temerrüdü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt, 7, S. 1-2, 1999, s. 99-100; ÜÇER, Mehmet, Alacaklının Temerrüdü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 11; ÖZAY, Osman Levent, Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 99-108 TEKBEN, Tuğçe, “Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, 2016, s. 2598.

¹⁴⁷ EREN, P. 3178.

¹⁴⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 839.

alacaklının hazırlık fiillerini yerine getirmesi için belirli bir vade belirlenmişse, borçlunun alacaklıya bildirim yapmasına gerek yoktur.¹⁴⁹

Alacaklı temerrüdünün son şartı ise, alacaklının önerilen edimi kabul etmemesinin haksız olmasıdır. Alacaklı temerrüdü, haklı sebep olmaksızın ya gereği gibi sunulan ifanın kabul edilmemesi ya da ifanın yerine getirilebilmesi için alacaklı tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkar.¹⁵⁰ Alacaklının edimi kabulden kaçınmasına neden olan ve haklı sebep sayılabilecek olayların varlığı ise, alacaklının alacaklı temerrüdünün ortaya çıkmasını engelleyecektir. Edimi kabulden kaçınmanın hukuka uygunluğunun tespitinde, diğer bir ifadeyle kaçınmanın haklı olup olmadığının tespitinde, objektif sebepler göz önünde tutulur. Haklı nedenin varlığı objektif sebepler üzerinden değerlendirileceği için, alacaklının kusurlu olup olmamasının da bir önemi yoktur.¹⁵¹ Bu bakımdan alacaklının kusuru olmasa dahi, kaçınmayı haklılaştıracak objektif nedenin yokluğu halinde, alacaklı temerrüdü ortaya çıkacaktır.¹⁵²

“Borcun muaccel olması” alacaklı temerrüdünün şartlarından biri değildir. Ancak kural olarak borçlu, kendi lehine olan vadeden faydalanmak istemiyorsa, TBK m. 96¹⁵³ çerçevesinde erken ifa yapılabilir. Bu nedenle borçlu, sözleşme hükümlerinden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmıyorsa, borcunu erken ifa edebilir. Ancak vadenin dolmasında alacaklının da menfaati varsa alacaklı, erken ifayı reddedebilir. Bu bakımdan alacaklının bu çerçevede kendisine teklif edilen erken ifayı reddetmesi halinde, alacaklı temerrüdü gerçekleşmez. Farklı bir ifadeyle, borcun erken ifa edilmesinde alacaklının bir menfaati varsa, “borcun muaccel olması” alacaklının temerrüde düşmesi için bir şart olarak değerlendirilmelidir.¹⁵⁴

Alacaklının işi kabulde temerrüde düşmemesi için, objektif haklı nedenlerin varlığı gerekir. Edimin kabul edilmemesine veya ifa hazırlıklarının yapılmamasına neden olan olayın

¹⁴⁹ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 759-760; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 839; EREN, P. 3189; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1147, 1148.

¹⁵⁰ EREN, P. 3177; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1137; KOÇ, s. 153.

¹⁵¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 841; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 762; EREN, P. 3184; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1149; KOÇ, s. 155-156.

¹⁵² Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR Art. 91) da alacaklı temerrüdü aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle İsviçre öğretisinde de alacaklının temerrüde düşmesi için kusur aranmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. BECKER, Hermann, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Obligationenrecht, 2. Auflage, 1945, Art. 91, N. 24; WEBER, BK, OR Art. 91, N. 155; SCHRANER, ZK, OR Art. 91, N. 125; MERCIER, Gregor, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016, OR Art. 91, N. 21;

¹⁵³ TBK m. 96: “Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz.”

¹⁵⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 838;

alacaklının çevresinde gerçekleşmesi, alacaklının temerrüde düşmesi için yeterlidir. Bu bakımdan, borçluya yükletilemeyen, alacaklının ölmesi, hastalanması, ayırt etme gücünü kaybetmesi¹⁵⁵ gibi haller bile, öğretide objektif neden olarak kabul edilmemektedir.¹⁵⁶ Anılan objektif nedenlerin ne olduğu noktasında öğretide şu örnekler verilmiştir; borçlunun alacaklıya önceden haber vermeksizin erken ifada bulunmak istemesi; art arda teslimli sözleşmelerde temerrüde düşmüş borçlunun geçmiş dönemlere ait borçlarını tek seferde ödemek istemesi.¹⁵⁷ Aynı şekilde, faizleri ödemedi anaparanın ödenmesinin teklif edilmesi durumunda alacaklının bu teklifi kabul etmemesi haklı sebep olarak ifade edilmiştir.¹⁵⁸

Yukarıda açıklananlar doğrultusunda, alacaklının edimi kabul edememesi veya hazırlık fiillerini yerine getirmemesi, mücbir sebeplerden kaynaklandığı takdirde, alacaklı temerrüdünün doğmayacağı kabulü gerekir. Nitekim öğretideki bir görüşe göre, dışsal faktörlerden kaynaklanan, örneğin; epidemi veya savaş, alacaklı temerrüdünün doğmasını engelleyen objektif nedenlerdendir.¹⁵⁹

1.3.4.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Alacaklının Temerrüdü Çerçevesinde Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu ve Öğretideki Görüşler

Yukarıda alacaklı temerrüdünün genel düzenlemesi olan TBK m. 106 hükmü, çalışmanın sınırlarını daha fazla genişletmemek adına, belirli ölçüde incelenmiştir. Bu başlıkta ise, çalışmaktan kaçınma hakkının alacaklı temerrüdüne dayandığını belirten görüş incelenmiştir.

Öğretideki bir görüşe göre, işçinin sunmuş olduğu iş görme edimini işverenin kabul etmemesi, ifaya katılmaması anlamına gelir. Bu durum ise işvereni alacaklı temerrüdüne düşürür. Anılan görüşe göre, işverenin TBK m. 413/1 (818 s.K. m. 331/1) gereği işçiye çalışması için gereken araçları ve malzemeleri sağlamaması veya işin yapıldığı yerlere girmesini sağlayan izinleri vermemesi, işvereni alacaklı temerrüdüne düşürür. Zira bu yükümlülükler, işçinin edimini ifa edebilmesi için gereken hazırlık fiillerindendir. Anılan görüş, muaccel ücret borcunun ödenmesini de işverenin hazırlık fiillerinden değerlendirmekte ve bu nedenle işçinin anılan ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınabileceğini ve

¹⁵⁵ KOÇ, s. 157.

¹⁵⁶ WEBER, BK, OR Art. 91, N. 25; EREN, P. 3184; KOÇ, s. 15-157. Öğretideki bir görüşe göre, alacaklının edimi kabul edememesine borçlunun sebep olması halinde, alacaklı temerrüdü doğmaz. Bkz. WEBER, BK, OR Art. 91, N. 26

¹⁵⁷ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 762-763.

¹⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, P. 1150.

¹⁵⁹ MERCIER, CHK, OR Art. 91, N. 22

bunun hukuki niteliğinin alacaklı temerrüdü olduğunu belirtmektedir.¹⁶⁰ Yine aynı görüşe göre, işçinin iş görmesi için gereken ve parasal olarak değeri oldukça az olan malzemelerin sağlanmaması durumunda alacaklı temerrüdüne düşen işverenin, parasal olarak çok daha değerli olan ücretin ödenmemesi durumunda işverenin alacaklı temerrüdüne düşmeyeceğini kabul etmenin, hakkaniyete uygun olmadığını ifade etmiştir.¹⁶¹

Yukarıdaki görüş, çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin belirtilen hususların, sadece Borçlar Kanunu'na tabi işçiler için geçerli olduğunu ifade etmiş, ancak bu durumu detaylıca açıklamamıştır.¹⁶²

Öğretide, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin işverenin işi kabulde temerrüdü olduğunu belirten diğer bir yazar da yukarıda belirtilen görüşe benzer bir görüş belirtmiştir. Anılan görüşe göre, işverenin önceki aya ait muaccel ücret borcunu ödemesi, işçinin bir sonraki ay için iş görebilmesi açısından bir hazırlık fiilidir. Diğer bir ifadeyle, işçinin çalışıp hak kazandığı ücret elde etmesi, işe devam edebilmesi açısından bir hazırlık fiili olarak değerlendirilir. Bu bakımdan geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınması mümkündür ve bunun hukuki niteliği işverenin alacaklı temerrüdüdür.¹⁶³

Görüleceği üzere, geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin alacaklı temerrüdü çerçevesinde değerlendirilmesinde ortaya çıkan hukuki sorun, geçmiş döneme ait ücret ödeme borcunun “hazırlık fiili” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Zira ücret ödeme borcu işverenin sözleşme ile üstlendiği asli edim yükümlülüğü iken işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmesi, işçinin borcunu ifa edebilmesi için, işveren tarafından yerine getirilmesi gereken davranışları içerir. Hazırlık fiillerinin niteliğine ilişkin öğretide tartışma olmakla beraber, baskın görüşe göre anılan davranışlar, külfet niteliğindedir¹⁶⁴

Sonuç olarak, bazı durumlarda işçinin sunmuş olduğu edimi işverenin kabul etmesi yeterliyken, bazı durumlarda işçinin edimini yerine getirebilmesi için işverenin bazı davranışlarda, hazırlıklarda bulunması gerekir. Bu davranışlara örnek olarak da TBK m. 413'te düzenlenen işin görülmesi için araç ve malzeme sağlama yükümlülüğü gösterilebilir.

¹⁶⁰ KOÇ, s. 135-136.

¹⁶¹ KOÇ, s. 137.

¹⁶² KOÇ, s. 137.

¹⁶³ AKYİĞİT, Cilt. II, s. 1572; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 23-24; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 206; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 78-79

¹⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. EREN, P. 3173; KOÇ, s. 62; ÖZAY, s. 82-86. Öğretideki diğer görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZAY, s. 62-81.

1.3.5. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Sui Generis Niteliğe Sahip Bir Hak Olduğu Görüşü

Öğretide **Alpagut’a** göre, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin alacaklının temerrüdü olması mümkün değildir. Zira alacaklı temerrüdü kuralları çerçevesinde, işverenin muaccel ücreti ödeme borcu hazırlık fiili olarak değerlendirilmez. **Alpagut**, anılan hakkın hukuki niteliğinin işverenin alacaklı temerrüdü olduğu kabulünde, TBK m. 408 (BK m. 325) hükmü gereği, çalışmaktan kaçınılan sürede işçinin başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden indirilip indirilemeyeceği ve hatta işçinin başka bir işte çalışıp çalışamayacağı sorunlarının ortaya çıkacağını, bu sonucun uygulanabilirliğinin ise tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁵ Ayrıca yine aynı görüşe göre, iş ilişkisi sürekli borç ilişkisi yaratsa dahi önceki döneme ait ücret ödeme borcu ile bir sonraki döneme ait iş görme borcu arasında bağlantı yoktur. Bu nedenle anılan hakkın hukuki niteliğinin ödemezlik def’i olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.¹⁶⁶

Şüphesiz işverenin önceki döneme ait ücret borcunu ödememesi klasik anlamda işverenin borçlu temerrüdünü oluşturacaktır. Ancak, anılan görüşe göre, çalışmaktan kaçınma hakkının, işverenin borçlu temerrüdüne düşmesinin sonuçları çerçevesinde değerlendirilmesi de mümkün değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, anılan görüş işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının sui generis nitelikte bir hak olduğunu ifade etmiştir.¹⁶⁷

1.3.6. Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kabul Ettiğimiz Görüş

1.3.6.1. Ücretin Ödenmeyeceği Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği

1.3.6.1.1. İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezlik Def’i

Öğretide **Ulucan**, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def’i (TBK m. 98) olduğunu şu şekilde ifade etmiştir; “*Bu düzenleme ile, ücret ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir neden (beklenmedik zorlayıcı bir neden) olmadığı halde, işveren birden çok işçiye ücret ödemekten kaçınırsa, söz konusu işçiler topluca iş görmekten kaçınma hakkına sahip olmaktadır. Aslında Borçlar Kanunu’nun 98. maddesi de ücret alamayan işçilere bu hakkı vermektedir.*”¹⁶⁸ Öğretide **Sur**, işçilerin hem “ödemezlik def’i” hem de “ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def’i”

¹⁶⁵ **ALPAGUT**, Ücret, s. 60.

¹⁶⁶ **ALPAGUT**, Ücret, s. 60.

¹⁶⁷ **ALPAGUT**, Ücret, s. 60.

¹⁶⁸ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 155.

hükümleri çerçevesinde çalışmaktan kaçınabileceğini belirtmektedir.¹⁶⁹ Benzer şekilde **Korkusuz** ve **Yürekli** ise, tehlikeye düşen alacağa karşılık teminat gösterilinceye kadar işçinin, TBK m. 98 (818 sayılı BK m. 82) gereğince çalışmaktan kaçınma hakkının olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁰

TBK m. 98 hükmü ve şartları daha önce incelendiğinden, bu başlık altında anılan hüküm sadece çalışmaktan kaçınma hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Ancak TBK m. 98'in şartlarını kısaca tekrarlamakta fayda vardır. Bu şartlar; karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı, taraflardan birinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi, karşı tarafın alacağının ifa güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmüş olması ve hakkı tehlikeye düşen tarafın kendi borcunu henüz ifa etmemiş olmasıdır. Ancak son şartın sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde katı bir şekilde aranmayacağını ifade etmemiz gerekir.¹⁷¹

Yapılan bu kısa açıklamalardan sonra, TBK m. 98, iş sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ancak gerekli değerlendirmeye geçmeden önce ifade etmemiz gereken diğer bir husus, her ne kadar bir sonraki başlıkta detaylıca incelenmiş olsa da ücretin ödenmemesi nedeniyle (geçmiş dönem ücret borcuna dayanan) çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin kanımızca TBK m. 97 gereği ödemezlik def'i olduğudur. Bu hususu burada kısaca belirtmemizin sebebi ise, bu başlık altında konu incelenirken TBK m. 97 ve m. 98 arasındaki benzerlikler ve farklılıkların incelenme zorunluluğun ortaya çıkmasıdır.

TBK m. 98'de düzenlenen ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için gerekli şartların tamamının, iş sözleşmelerinde de ortaya çıkması mümkündür. Diğer bir ifadeyle TBK m. 98'in uygulama alanı içerisinde iş sözleşmeleri de vardır. Zira iş sözleşmeleri, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden olup, sözleşmenin doğurduğu ilişkinin niteliği gereği taraflardan biri kendi borcunu önce ifa etmek zorundadır. Önce ifa edilmesi gereken bu borç, kural olarak, işçi tarafından yerine getirilir ve işçinin borcunu ifa etmesinden sonra, işveren kendi borcunu ifa eder. Bu nedenle, “ifa güçsüzlüğü” ve “alacağının tehlikeye düşmesi” şartının da gerçekleşmesi halinde, hakkı tehlikeye düşen ve önce ifa ile yükümlü taraf olan işçi, TBK m. 98'e dayanarak kendi edimini ifadan kaçınabilir. Örneğin, işçi şubat ayına ait iş görme borcunu yerine getirirken, işverenin ifa güçsüzlüğüne düştüğünü öğrenirse ve işverenin düştüğü bu ifa güçsüzlüğü işçinin şubat ayına ait ücret

¹⁶⁹ SUR, Grev, s. 81

¹⁷⁰ **KORKUSUZ, M. Refik**, Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku'nda İşçilik Alacaklarının Korunması, Roma Yayınları, Ankara, 2004, s. 107; **YÜREKLİ, Sabahattin**, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin, Ankara 2016, s. 297-298.

¹⁷¹ Örneğin ücretlerin her ayın 1'inde ödendiği bir işyerinde, şubat ayının ilk 10 günü çalıştıktan sonra işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, işçi şubat ayına ait iş görme edimini kısmen ifa etmiş olsa da TBK m. 98 gereği ödemezlik def'i ileri sürebilmelidir.

alacağını tehlikeye düşürüyorsa, işçinin TBK m. 98 çerçevesinde çalışmaktan kaçınması mümkündür.

TBK m. 98'in uygulama alanı ile ilgili belirtilmesi gereken önemli bir husus vardır. TBK m. 98'in şartları doğrultusunda, işçinin anılan hükme dayanarak çalışmaktan kaçınabilmesi, ancak işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu iş sözleşmelerinde mümkündür. Diğer bir ifadeyle, yukarıda da belirtildiği üzere, TBK m. 98 hükmünden yararlanacak kişi, kural olarak sonra ifa ile yükümlü olmamalıdır. Aksi takdirde TBK m. 98'in şartları meydana gelmeyecektir. Nitekim BİK'na tabi iş ilişkiler, bu kapsamda değerlendirilir. BİK'na tabi bir iş ilişkisinde, önce ifa ile yükümlü taraf işveren olduğundan, işverenin kendi borcunu ifa etmemesi durumunda, işçi TBK m. 98 hükmünden yararlanamaz.

Görüleceği üzere, TBK m. 98 çerçevesinde kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkının dayandığı ücret, işçinin iş görmeye devam ettiği döneme ait ücret alacağıdır. Ancak çalışmanın devamında, “iş görmeye devam ettiği döneme ait ücret” ifadesi yerine “gelecek döneme ait ücret” ifadesi kullanılacaktır.

Bilindiği üzere, işverenin ücret ödeme borcu, kural olarak, sadece işçinin iş görme borcunu ifa ettiği zamanlar bakımından mevcuttur. Bu nedenle, iş sözleşmesinin akdedilmesiyle, her ne kadar tarafların iş görme borcu ve ücret ödeme borcu doğmuş olsa da işçi iş görme edimini yerine getirmezse, işverenin ücret ödeme borcu da olmaz. Bu nedenle, bir ay süreyle çalışması gereken işçi, sadece dört gün çalışırsa, işverenin çalışılan dört gün için ücret ödeme borcu doğmuştur ancak geri kalan süreler için işçi, ücret alacağına hak kazanmamıştır. Bu konuya kısaca değinmemizin sebebi ise, TBK m. 98'in iş hukukundaki görünümünde, tehlikeye düşen ücretin belirli bir kısmının bazı durumlarda henüz doğmamış veya bazı durumlarda ücretin belirli bir kısmı doğmuş olmakla beraber muaccel olmamış olmasıdır. Örneğin ücretin her ayın sonunda ödendiği bir iş ilişkisinde, işçi, nisan ayının ilk 15 günü çalıştıktan sonra işveren ifa güçsüzlüğüne düşerse, işçinin nisan ayına ait ilk 15 günlük ücret alacağı doğmuştur, ancak henüz muaccel olmamıştır. Somut olayda, nisan ayının ikinci 15 günü için ise işçi, iş görme borcunu henüz yerine getirmediği için, anılan döneme ait ücret borcu doğmamıştır. Durum böyle olmakla birlikte, ücret borcunun bir kısmının doğmuş olup olmasına bakılmaksızın, TBK m. 98 çerçevesinde anılan def'inin ileri sürülebilmesi için gelecek çalışma dönemine ait ücretin, somut olayda nisan ayına ait ücretin işverenin ifa güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmesi yeterlidir.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda, anılan şartların sağlanması halinde işçi, TBK m. 98 çerçevesinde ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'i ileri sürerek kendi edimini ifadan kaçınabilir. Diğer bir ifadeyle işçi, henüz doğmamış veya doğmuş olmakla birlikte muaccel

olmamış, ancak işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle tehlikeye düşen ücret alacağına dayanarak çalışmaktan kaçınabilir.

Alman öğretisinde de işçinin, TBK m. 98'e paralel bir düzenleme olan BGB § 321¹⁷² çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkı olduğu kabul edilmektedir. Anılan hükme göre, karşı tarafın ifa güçsüzlüğü sebebiyle karşı edimi ifa edemeyeceği anlaşıldıysa, önce ifa ile yükümlü taraf kendi edimini ifadan kaçınabilir.¹⁷³

İfade etmemiz gerekir ki, öğretilde **Ulucan**'ın¹⁷⁴ savunduğu görüşün aksine, TBK m. 98'in sağladığı çalışmaktan kaçınma hakkı ile İşK m. 34'te düzenlenen veya genel olarak geçmiş dönem ücret borcuna dayanan çalışmaktan kaçınma hakkı (ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı) birbirinden farklıdır. Zira TBK m. 98'in aksine, İşK m. 34, kural olarak geçmiş dönem ücret alacağına dayanmaktadır. Nitekim İşK m. 34 hükmünde belirtilen “*Ücreti ödeme gününden itibaren [...] ödenmeyen [...]*” ifadesinden, anılan hakkın dayanağının geçmiş dönem ücreti borcu olduğu anlaşılmaktadır. Aynı şekilde TBK m. 97 çerçevesinde kullanılacak hak da geçmiş dönem ücret borcuna dayanmaktadır. Bu bakımdan İşK m. 34 ve TBK m. 97'nin sağladığı çalışmaktan kaçınma hakkı, TBK m. 98'in sağladığı çalışmaktan kaçınma hakkından ayrılmaktadır.

İşK m. 34'te düzenlenen ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin TBK m. 98'de düzenlenen ödemelik def'i olmadığı yukarıda ifade edilmiştir. Öte yandan aynı durumun, yani ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının (geçmiş dönem ücret borcuna dayanan çalışmaktan kaçınma hakkının) hukuki niteliğinin, TBK'na, DİK'na ve BİK'na tabi işçiler için de aynı şekilde olduğu kabul edilmelidir. Zira ifade ettiğimiz üzere, işverenin ifa güçsüzlüğü nedeniyle gelecek döneme ait ücret alacağının tehlikeye girmesi durumunda, TBK m. 98 hükmü, işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu her durumda geçerlidir. Bu bakımdan işçinin hangi kanuna tabi olduğunun da bir önemi yoktur. Bireysel iş kanunlarında anılan konuda bir düzenleme olmadığı için TBK m. 98 hükmü, TMK m. 5 gereği anılan kanunlara tabi iş ilişkilerine de uygulanır. Bu bağlamda, TBK ve DİK'na tabi işçiler de “*ücretin ödenmemesine*” ve “*ücretin*

¹⁷² Anılan hüküm tam karşılanmamakla birlikte, bizim hukukumuzdaki TBK m. 98'e denk gelmektedir. BGB § 321 Unsicherheitseinrede; “(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. (2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. § 323 findet entsprechende Anwendung.”

¹⁷³ DEHMEL, s. 136, 151.

¹⁷⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN s. 155.

ödenmeyeceğine” ilişkin iki farklı türde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Bu bakımdan, İşK m. 34 için yaptığımız açıklamalar, yani “*ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının*” TBK m. 98 niteliğinde olmadığı görüşü, TBK ve DİK’na tabi iş ilişkileri için de geçerlidir.

BİK’na tabi iş ilişkilerinde ise, önce ifa yükümlüsü işveren olduğu için TBK m. 98 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Bu nedenle, anılan işçilerin TBK m. 98 çerçevesinde ödemezlik def’i ileri sürerek iş görme borcundan kaçınmaları mümkün değildir.

1.3.6.1.2. Öncelenmiş Borca Aykırılık Durumunda Ödemezlik Def’inin Değerlendirilmesi

1.3.6.1.2.1. Genel Olarak

Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkından anlaşılan, kural olarak, İşK m. 34’te açıkça düzenlenen önceki döneme/geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere TBK m. 98 ise doğmamış/doğmuş ama henüz muaccel olmamış gelecek döneme ait ücretin tehlikeye düşmesine dayanan bir çalışmaktan kaçınma hakkıdır.¹⁷⁵

İncelenmesi gereken diğer bir husus ise, işverenin henüz muaccel olmamış ücreti ödemeyeceğinin veya ödeyemeyeceğinin belirli olması durumunda (TBK m. 98’deki durumlar haricinde), işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle ücret, TBK m. 98’de belirtilen ifa güçsüzlüğü sayılan haller dışında bir nedenden dolayı ödenmeyecek veya ödenemeyecekse, işçinin kaçınma hakkının olduğu söylenebilir mi? Eğer işçinin kaçınma hakkının varlığı kabul ediliyorsa, bu durumda anılan hakkın hukuki dayanağı nedir?

1.3.6.1.2.2. Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Ödemezlik Def’i

Borç henüz muaccel olmadan önce, borçlunun anılan borcu, ifa zamanında kendi iradesiyle veya iradesine bağlı olmayan sebeplerden dolayı hiç veya gereği gibi ifa edemeyeceğinin veya etmeyeceğinin, açıkça belirtildiği veya bu durumun dürüstlük kuralı anlaşılabilir olduğu durumlar, “öncelenmiş borca aykırılık - öne alınmış borca aykırılık - öngörülebilir ihlal” kavramları ile ifade edilmektedir.¹⁷⁶ Bu noktada borçlu, borcun ifa

¹⁷⁵ İleride anlatılacak olmakla birlikte, TBK m. 98 kapsamında kaçınma hakkının kullanılmasında, işverene teminat göstermesi için verilecek bekleme süresi nedeniyle, bazı durumlarda ücretin muaccel olması ihtimali de ortaya çıkabilir. Ancak kanımızca bu durum, kaçınma hakkının varlığını etkilememelidir. Bkz. §6, VII, A.

¹⁷⁶ Öğretide anılan kavramı kullanmak için benzer ifadeler de kullanılmıştır. “Öngörülebilir ihlal” kavramı için bkz. CUMALIOĞLU, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 23; “Öncelenmiş Borca Aykırılık” kavramı için bkz. BAŞOĞLU, Başak, “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İÜHFM, C. IXVI, S. 2, 2008, s. 289 vd.; KABAKOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin,

edilmeyeceğini açıkça belirtebileceği gibi, bu durum borçlunun içinde bulunduğu durumdan da anlaşılabilir.¹⁷⁷ Önemli olan husus, borcun muaccel olduğu tarihte ifa edilmeyeceğinin, alacaklı tarafından dürüstlük kuraları gereği anlaşılabilir olması veya bu durumun borçlu tarafından açıkça belirtilmesidir.

İfade etmemiz gerekir ki, öğretide esas tartışmalı olan nokta, öne alınmış borca aykırılık hallerinde, sonuç bakımından hangi hükümlerin uygulanması gerektiğidir. Öğretideki bir görüşe göre, somut olayda borç henüz muaccel olmamış olsa da borçlu temerrüdü hükümleri kıyasen uygulanmalıdır.¹⁷⁸ Ancak bu görüş, borcun muaccel olmaması sebebiyle, öğretide eleştirilmiştir.¹⁷⁹ Öğretideki diğer bir görüş, yapma borçları bakımından, anılan durumda borç ilişkisinin imkansızlık sebebiyle sona erdiğini ve TBK m. 112 gereği tazminat ödeme borcunun doğacağını belirtmektedir.¹⁸⁰ Öğretide başka bir görüş ise, eser sözleşmesine ilişkin getirilen TBK m. 473 (BK m. 358) hükmünün, kıyasen uygulanması yönündedir.¹⁸¹ Anılan hükme göre, yüklenici işe zamanında başlamazsa veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirirse ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemeksizin, sözleşmeden dönebilir. Yukarıda belirtilen görüş dışında anılan durumu sözleşmenin müspet ihlali kabul eden görüş de bulunmaktadır.¹⁸²

Ancak çalışmamız çerçevesinde incelemek istediğimiz esas husus ise, öncelenmiş borca aykırılık hallerinde, alacaklının kendi ediminin ifasından kaçınma hakkının olup olmadığıdır. Bu nedenle, konuyu TBK m. 97 ve 98 çerçevesinde inceleme ihtiyacı doğmuştur.

“Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları ile Karşılaştırılması”, BÜHFD, Y. 2019, C. 14, S. 175-176, s. 890 vd.; “Borca Aykırı Davranılacağından Önceden Belli Olması” kavramı için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1562. “Borcun İfa Edilmeyeceğinin Bildirilmesi” kavramı için bkz. **SEROZAN**, İfa, §18, N. 8; **SERT, Selin/ CİHAN, Ali Hulki**, “Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 2, Y. 2013, s. 901 vd.; “Öne Alınmış Borca/Sözleşmeye Aykırılık” kavramı için bkz. **VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah**, “Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı”, BÜHFD, Y. 2018, C. 13, S.169-170, s. 205.

¹⁷⁷ **CUMALIOĞLU**, s. 23; **BAŞOĞLU**, s. 288; **KABAKOĞLU ARSLANYÜREK**, s. 889; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 206, 207.

¹⁷⁸ **EREN**, P. 3291; **SERT/CİHAN**, s. 916

¹⁷⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1572; **SEROZAN, Rona**, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 315. Öğretideki başka bir görüşe göre ise, öngörülebilir ihlalde, borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması, alacaklının sözleşmeden dönme ve müspet zararının tazmini konusunda seçim hakkına sahip olmaması sebebiyle olumludur ancak müspet zararın nasıl hesaplanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **BAŞOĞLU**, s. 292.

¹⁸⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1574.

¹⁸¹ **ATAMER, M. Yeşim**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 409, dn. 687; **BAŞOĞLU**, s. 309-310.

¹⁸² **TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mes’uliyet Hukuku, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 401-402; **SEROZAN**, Dönme, s. 318; **SEROZAN**, İfa, §18, N. 8

TBK m. 97'deki esas kuralara göre, ödemezlik def'inin ileri sürülmesi, karşılıklı üstlenilmiş edimlerin muaccel olmasına bağlıdır. Öncelenmiş borca aykırılıkta ise, edimi muaccel olmamış taraf, kendi edimini ifa etmeyeceğini belirtmekte veya bu durum anılan tarafın içinde bulunduğu koşullardan anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, anılan durumda, alacaklı veya karşı taraf TBK m. 97 gereği ödemezlik def'i ileri sürerek kendi ediminin ifasından kaçınamaz. Zira alacaklının veya karşı tarafın talep edebileceği edim henüz muaccel olmamıştır.

Öncelenmiş borca aykırılık hallerinde alacaklı güvencesiz bırakılmamalıdır. Anılan güvencenin sağlanması noktasında ise, alacaklının, benzer bir durumu düzenleyen TBK m. 98'de yer alan güvenceden yararlanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁸³ Bilindiği üzere, TBK m. 98'de de temel olarak öncelenmiş borca aykırılık hali düzenlenmiştir. Ancak, TBK m. 98'i farklı kılan husus, öncelenmiş borca aykırılığın sadece maddede yer alan “ifa güçsüzlüğüne” dayanması gerektiğidir.¹⁸⁴ Farklı bir ifadeyle, borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle kendi edimini ifa edemeyecek olması durumu da bir öncelenmiş borca aykırılıktır.¹⁸⁵ Ancak “öncelenmiş borca aykırılık” sadece ifa güçsüzlüğü durumlarında değil, başka hallerde de ortaya çıkabilir..

Sonuç olarak, her ne kadar TBK m. 98'de yer alan “ifa güçsüzlüğü” şartı, söz konusu durumlarda sağlanmamış olsa da karşı edimini elde edemeyecek alacaklının kendi ediminin ifasından kaçınabilmesi gerekir. Bu durum ise TBK m. 98'in somut olaya kıyasen uygulanması ile mümkün olur.

1.3.6.1.2.3. Öncelenmiş Borca Aykırılığın İş Sözleşmesindeki Görünümü ve İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Bu başlık altında incelemek istediğimiz esas husus, öncelenmiş borca aykırılığın iş sözleşmesinde ne şekilde ortaya çıkabileceği ve bu durumda, işçinin ödemezlik def'i ileri sürüp süremeyeceğidir.

Öncelenmiş borca aykırılıktan bahsedebilmek için, öncelenmiş borca aykırı davranan tarafın borcunun muaccel olmamış olması gerekir. İşçinin önce ifa ile yükümlü olduğu iş sözleşmelerinde de öncelenmiş borca aykırılık, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. İşveren, vadesi gelmemiş ücreti ödemeyeceğini veya

¹⁸³ BAŞOĞLU, s. 310.

¹⁸⁴ CUMALIOĞLU, s. 124

¹⁸⁵ BAŞOĞLU, s. 310

ödeyemeyeceğini önceden açıkça belirtebilir veya bu durum dürüstlük kuralı gereği işçi tarafından açıkça anlaşılabilir olabilir.

İş ilişkilerinde öncelenmiş borca aykırılığın olduğu durumlara özel olarak doğrudan uygulanacak bir hüküm bulunmamaktadır. İşverenin ediminin ifa edilmeyeceğinin bilindiği veya açıkça anlaşıldığı durumlarda, işçiden iş görme borcunu ifa etmesini beklemek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu gibi durumlarda, hali hazırda kendi borcunu ifa etmemiş tarafın, kendi edimini ifadan kaçınması en uygun sonuç olarak çıkmaktadır.

Bu noktada, karşı alacağı tehlikeye düşen taraf olan işçinin güvencesiz bırakılmaması adına, her ne kadar “ifa güçsüzlüğü” şartı gerçekleşmemiş olsa da TBK m. 98 çerçevesinde kendi ediminin ifasından kaçınabilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, TBK m. 98, kıyasen uygulama alanı bularak, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkını verir.

Şüphesiz TBK m. 98’de yer alan edimin ifasından kaçınma hakkı, alacaklının kendi edimini ifa etmediği durumlarda anlam kazanmaktadır. Ancak iş ilişkisinde bazı durumlarda, işçi kendi ediminin belirli bir bölümünü çoktan ifa etmiş olabilir, ancak bu durum TBK m. 98’in kullanılmasının önünde bir engel değildir. Örneğin, ücretin her ayın sonunda ödendiği bir iş ilişkisinde, işçi nisan ayının ilk 15 günü çalıştıktan sonra işveren ücreti açıkça ödeyemeyeceğini belirtirse, işçi nisan ayına ait geri kalan 15 gün için çalışmaktan kaçınabilmelidir. Bu noktada işçinin iş görme borcunun belirli bir kısmını ifa etmiş olması da sonucu değiştirmez.

TBK m. 98’in doğurduğu tek sonuç, edimin ifasından kaçınma hakkı değildir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, alacağı tehlikeye düşen taraf, alacağı için borçludan uygun bir sürede güvence talep edebilir. Eğer uygun sürede güvence verilmez ise, alacaklı sözleşmeden dönebilir.

İfade etmek gerekir ki, iş sözleşmelerinde dönme, tasfiyesi imkansız sonuçlar doğuracağından, mümkün değildir.¹⁸⁶ Bu nedenle kanun koyucu, TBK m. 98/2’nin özel bir görünümü olan TBK m. 436’yı düzenlemiştir. Anılan hükme göre, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Şüphesiz TBK m. 436, genel olarak öncelenmiş borca aykırılık durumunda doğacak sonucu düzenlememiştir, zira hüküm sadece işverenin ödeme güçsüzlüğüne düştüğü durumu kaleme almıştır. Ancak, genel olarak öncelenmiş borca aykırılık durumlarında, alacaklıya kendi edimini ifadan kaçınma hakkı ve sözleşmeden dönme hakkı veren TBK m. 98’in uygulanması kabul edip, TBK m.

¹⁸⁶ SÜZEK, s. 320; GÜNEŞ/MUTLAY, s. 237

98/2'nin özel bir görünümü olan TBK m. 436'nın iş sözleşmelerinde öncelenmiş borca aykırılık durumlarında uygulanmasını kabul etmemek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak, TBK m. 436 hükmünün, iş sözleşmelerinde öncelenmiş borca aykırılık durumlarında da kıyasen uygulanması gerekir. Ancak burada ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eğer işveren vadesi gelmemiş ücreti ödemeyeceğini veya ödeyemeyeceğini açıkça belirtmişse, işçinin tehlikede olan ücret alacağına karşı güvenceyi beklemesine veya uygun bir süre vermesine gerek yoktur. Zira işveren durumu açıkça belirttiğinden, işçinin güvence verilmesini beklemesi belirli bir amaca hizmet etmemektedir. Anılan durumda işçi, doğrudan sözleşmeyi feshedebilmelidir.

İşverenin ücreti ödemeyeceği veya ödeyemeyeceği, işverenin içinde bulunduğu durumdan anlaşılıyor ise, işçi bu durumda tehlikede olan ücret alacağına karşı uygun bir sürede güvence verilmesini ister ve sözleşmenin feshi ancak uygun süre içinde güvence verilmediği takdirde mümkün olur.

1.3.6.1.3. Ücretin Ödenmeyeceği Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Değerlendirme

Görüleceği üzere, TBK m. 98 iki farklı şekilde gelecek dönem ücret alacağına dayanan çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki dayanağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, doğrudan TBK m. 98'de yer alan “ifa güçsüzlüğü” sebebiyle işçinin ücret alacağının tehlikeye düşmesi durumunda işçinin sahip olduğu çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Diğer ise, işverenin TBK m. 98'de yer alan “ifa güçsüzlüğü” sebebi dışında, muaccel olmamış ücreti ödemeyeceğini veya ödeyemeyeceğini açıkça belirttiği veya bu durumun işçi tarafından dürüstlük kuralı gereği açıkça anlaşıldığı hallerde, işçinin sahip olduğu çalışmaktan kaçınma hakkıdır.

Sonuç olarak, İşK m. 34'te düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkının, yani ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının, öğretide **Ulucan**'ın belirttiği görüşün aksine¹⁸⁷ ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemelik def'i çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira İşK m. 34'e bakıldığında, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ödenmesi gereken ücret borcunun 20 gün gecikmiş olması şartı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, İşK m. 34 geçmiş döneme ilişkin ödenmeyen ücret borcuna dayanarak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenlemiştir. TBK m. 98 ise, muaccel hale gelmemiş karşı edim alacağının tehlikeye düşmesi sebebiyle, hakkı tehlikeye düşen tarafa

¹⁸⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 155.

kendi edimini ifadan kaçınma imkânı tanımaktadır. Anılan hükmün iş ilişkisindeki görünümü ise, gelecek döneme ait daha muaccel olmamış ücret alacağının işverenin ifa güçsüzlüğü nedeniyle veya diğer hallerde tehlikeye girmesi durumunda işçinin kendi iş görme edimini ifadan kaçınabilmesidir. Bu bakımdan TBK m. 98 ile İşK m. 34 (veya TBK m. 97) arasında bir bağlantı bulunmamakta ve farklı durumlarda ortaya çıkmaktadır. İşK m. 34 ve TBK m. 97 ödenmemiş geçmiş dönem ücret alacağına dayanan çalışmaktan kaçınma hakkına, TBK m. 98 ise gelecek döneme ait tehlikeye düşen ücret alacağına dayanan çalışmaktan hakkına dayanak olabilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, TBK m. 98 hükmünün “*ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını*” değil “*ücretin ödenmeyeceği sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını*” düzenlediğini, bu haktan ise, önce ifa ile yükümlü olmak şartıyla, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın bütün işçilerin faydalanabileceği kanaatindeyiz.

1.3.6.2. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukuki Niteliği

1.3.6.2.1. Ödemezlik Def'i Görüşünün Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

İşçinin iş görme borcunu ifa ettikten sonra, işverenin muaccel olan ücret borcunu ifa etmemesinin sonucu olarak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ne olduğu, öğretide esas tartışmalı olan noktadır. Bu bakımdan, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin TBK m. 98’de düzenlenen ödemezlik def’i olmadığı açıklanmıştır. Ancak öğretide, anılan hakkın ödemezlik def’ine (TBK m. 97) dayandığını veya işverenin alacaklı temerrüdüne dayandığını belirten görüşler bulunmakla birlikte, ayrıca anılan hakkın sui generis nitelik taşıdığı da savunulmaktadır.

Konuyla alakalı farklı görüşlerin ortaya çıkmasının esas nedeni, çalışmaktan kaçınma hakkının borçlar hukuku kuralları çerçevesinde tam olarak ne alacaklı temerrüdü hükümlerine ne de de ödemezlik def’i hükümlerine dayandırılabilmesidir. Öte yandan ödemezlik def’i düzenlemesinde, ani edimli sözleşmeler göz önünde tutulduğu için, sürekli borç doğuran sözleşmelerde, TBK m. 97’de yer alan şartların iş ilişkisinde gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda da tartışma çıkmaktadır. Bu bakımdan öğretide, kira veya iş sözleşmesi gibi sürekli borç doğuran sözleşmelerde hangi tarafın önce ifa ile yükümlü olduğu belli olduğundan TBK m. 97’nin uygulanmayacağı görüşü mevcuttur.¹⁸⁸ Aynı görüş Alman hukukunda da mevcuttur. Buna göre, sürekli edim yükümlüsünün aynı zamanda önce ifa ile yükümlü olması durumunda, anılan taraf ödemezlik def’i ileri sürememelidir. Bu nedenle

¹⁸⁸ SEROZAN, İfa, §6, N. 12; ALPAGUT, Ücret, s. 58.

işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki dayanağının, ödemezlik def'inin düzenlendiği BGB §320 hükmü değil, “Zurückbehaltungsrecht”i düzenleyen §273 hükmü olduğu savunulmuştur.¹⁸⁹ Bu görüşün dayandığı temel esas ise, bölümlere ayrılmış edimlerin birbirinden bağımsız olduğu düşüncesidir. Anılan görüşün kabul edilmesi halinde, iş ilişkisinde işçinin ödemezlik def'i hükümlerinden yararlanması mümkün olmayacaktır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olup olmadığına ilişkin tartışma yaratan konulardan birincisi, yukarıda belirtilen bu görüşün dayanağıdır. Diğer bir ifadeyle hukuki sorun, iş ilişkisinde üstlenilen edim ve karşı edimin bir sonraki döneme ait edim ve karşı edim ile bağlantısının olup olmadığıdır. Ortaya çıkan diğer bir hukuki sorun ise, işçinin sürekli olarak önce ifa ile yükümlü olup olmadığıdır.

Ödemezlik def'i kurumunun uygulama alanı bulması için, ödemezlik def'i ileri sürecek tarafın önce ifa ile yükümlü olmaması gerekir. Örneğin iki edimin muaccel olduğu bir satış sözleşmesinde, önce ifa ile yükümlü alıcı, kendi borcunu ifa etmedikçe veya ifasını teklif etmedikçe, sonra ifa ile yükümlü olan satıcı ödemezlik def'i ileri sürerek kendi edimini ifadan kaçınabilir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için, her iki borç da muaccel olmalıdır. Öte yandan, doğmamış bir borcun muaccel olması söz konusu olmayacağından, borcu henüz doğmamış tarafın da ödemezlik def'i ileri sürmesi mümkün değildir. Aşağıda, önce ifa yükümlülüğünün iş sözleşmelerindeki görünüşleri incelenmiştir.

İşverenin önce ifa borcu altında olduğu iş ilişkilerinde, işçinin iş görme borcunun muaccel olmasının esas olarak vadeye mi yoksa işverenin ücret ödeme borcuna mı bağlandığının belirlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle işverenin önce ifa ile yükümlülüğünün, “geçici önce ifa yükümlülüğü” mü yoksa “daimî önce ifa yükümlülüğü” mü olduğunun tespiti gerekir.

İşverenin önce ifa yükümlülüğü, daimî önce ifa yükümlülüğü olarak kabul edilirse, işçinin iş görme borcunun muaccel olması, işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmesine bağlı olacağından, ödemezlik def'inin şartlarından her iki alacağın da muaccel olması şartı sağlanmadığı için, işçi ödemezlik def'i ileri süremeyecektir. Bu noktada işçi, muacceliyet savunmasında bulunur.¹⁹⁰ Ancak işverenin önce ifa yükümlülüğü “geçici” olarak kabul

¹⁸⁹ HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 6; HAASE, DB, s. 708, JOCH, s. 7; KIRSCHNER, s. 842; CAPODISTRIAS, s. 53-54

¹⁹⁰ Muacceliyet savunmasının hukuki niteliği hakkında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre anılan savunma, itiraz niteliğindedir. Detaylı bilgi için bkz. VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1984, s. 65; WEBER, BK OR, Art. 82 N. 150; KANİTİ, s. 146; YÜCE, Melek Bilgin, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, 2015, s. 30. Muacceliyetin gerçekleşmemesi nedeniyle davanın usulden reddedilmesi gerektiği

edilirse, işçinin iş görme borcu kendisi için verilen vadenin gelmesiyle birlikte muaccel olacağından, işveren ücret ödeme borcunu yerine getirmemiş olsa bile, iş görme borcu, kararlaştırılan vadenin gelmesiyle muaccel olacaktır. Buna bağlı olarak hem işçinin hem de işverenin borçları muaccel olacağından, diğer şartların da sağlanmasıyla birlikte işçi ödemezlik def'i ileri sürebilecektir. Gerçi bu durumda her iki borç da muaccel olduğu için, işverenin de ödemezlik def'i ileri sürmesi ihtimali ortaya çıkabilecektir. Zira kural olarak, taraflar için belirlenen vadenin dolmasıyla her iki borç muaccel olduktan sonra, geçici önce ifa yükümlüsünün, önce ifa yükümlülüğü ortadan kalkar.

İfade etmemiz gerekir ki, işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu iş sözleşmelerinde iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması için, işverenin önce ifa yükümlülüğünün “geçici ifa yükümlülüğü” olarak kabul edilmesi daha uygundur. Bu durumda iyiniyetli işverenlerin en ufak gecikmede dahi, işçi tarafından muacceliyet savunması ile karşılaşmalarının önüne geçilmiş olur.¹⁹¹ Durum böyle olmakla birlikte, iş ilişkisinin niteliği gereği, işverenin önce ifa yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı kanaatindeyiz.

İşçinin önce ifa ile yükümlü olduğu iş sözleşmelerinde ise, kendi borcunu ifa etmeyen işçiye karşı işveren ödemezlik def'i ileri süremez. Zira işçi, kural olarak iş görmediği süreye ilişkin ücrete hak kazanmaz. İşçinin hak kazanmadığı ücretin ise muacceliyeti söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle, işverenin ücret ödeme borcunun muaccel olması için işçi kendi borcunu ifa etmiş olmalı ve ücret için belirlenen vade dolmalıdır. İş görme borcunu yerine getirmeyen işçi karşısında, işverenin ücret ödeme borcu olmadığından, işveren için belirlenen vadesinin gelmesinin de bir etkisi olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde, işçinin daimî önce ifa yükümlüsü olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁹²

Durum böyle olmakla birlikte, kanımızca işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde işçinin önce ifa yükümlülüğünün daimî veya geçici olması bir değişiklik yaratmayacaktır. Zira geçici olduğu kabul edilse bile, sonra ifa ile yükümlü olan işveren, iş

yönünde görüş ve Yargıtay kararı için bkz. **PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya**, Medeni Usul Hukuku, On İki Levha, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 948, 968; **ÖZAY**, s. 389; **YHGK**, E. 2013/14-385, K. 2014/100, T. 12.02.2014. (Karar için bkz. **PEKCANITEZ**, Pekcanitez Usul s. 968) Diğer bir görüşe göre ise, anılan savunma, def'i niteliğindedir. Detaylı bilgi için bkz. **ADDORISSIO DE FEO, Raniero**, Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Zürich, 2001, N. 90. Son bir görüş ise, savunmanın dava temelinin yetersizliği niteliğinde olduğunu ve davanın şimdilik kaydıyla reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1103; **SEROZAN**, İfa, §6, N. 13; **PEKMEZ**, s. 187, dn. 259.

¹⁹¹ Konu ile bağlantılı başka bir örnek için bkz. **KANİTİ**, s. 140. Daimî ve geçici önce ifa yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. **PEKMEZ**, s. 173-176.

¹⁹² Öğretide, işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde ise, işçinin önce ifa yükümlülüğünün “daimî önce ifa yükümlülüğü olduğu” belirtilmiştir. **SCHRANER**, ZK, OR Art. 82, N. 116.

görme borcunu yerine getirmeyen işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini talep ettiği durumda, işçi geçmiş döneme ait iş görme borcunu yerine getiremeyeceğinden anılan döneme ait borçların ifa edilmesi artık söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle işveren, iş görme borcu yerine getirilmeyen döneme ait ücret borcundan da kurtulmuş olacaktır. Zira işveren için belirlenen vade gelse bile, işçi iş görmemiş olduğundan, ücret alacağına da hak kazanmamış olacaktır. Hak kazanılmayan alacağın ise muaccel olmasından bahsedilemez.

Esas hukuki sorun ise işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde kendi edimini ifa etmesine rağmen, ifa edilen döneme ait işverenin kendi borcunu ifa etmemesi durumunda ortaya çıkar. Örneğin, ocak ayına ait iş görme borcu ifa edilmesine rağmen, ocak ayı ücreti ödenmediğinde işçi, şubat ayı için iş görme borcu altında olacak mıdır? Diğer bir ifadeyle, her dönem için belirlenmiş ücret ödeme borcu ve iş görme borcu birbirinden bağımsız mıdır ve işçi her bir dönem için daimî önce ifa yükümlülüğü altında mıdır? Bu bakımdan yukarıda, ödemezlik def'inin sürekli edimli sözleşmelerde uygulanamayacağını belirten yazarların dayandığı “bölümlere ayrılmış edimlerin birbirinden bağımsız olduğu” görüşü ve işçinin her bir dönem için önce ifa yükümlülüğü altında olup olmadığının incelenmesi gerekir.

İşçinin her bir dönem için önce ifa ile yükümlü olduğu görüşü, aslında işçinin dönemlere ayrılmış iş görme ediminin, her bir dönem açısından birbirinden bağımsız olduğu düşüncesinden kaynaklanır. Diğer bir ifadeyle farklı dönemlere ait edim ve karşı edimlerin birbirinden bağımsız olduğu kabul edilirse, önce ifa yükümlüsü olan sürekli edim borçlusu ödemezlik def'inin sağladığı güvenceden yararlanamayacaktır. Bu görüşün kabulü halinde, sinallagma ilişkisi sadece her bir döneme ait edim ve karşı edim arasında olacağından, işçinin ödemezlik def'ine dayanması da mümkün olmayacaktır. Zira ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için edim ile karşı edim arasında sinallagma ilişkisi bulunmalıdır. Bu durumda, örneğin, işverenin ocak ayına ait ücret ödeme borcu ile işçinin ödemezlik def'ine dayanarak ifadan kaçındığı şubat ayına ait iş görme borcu arasında sinallagma ilişkisi bulunmayacaktır. Aynı şekilde her bir döneme ait edimin ve karşı edimin bağımsız olduğu kabul edilirse, her bir dönem için işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu da kabul edilecektir. Her dönem için önce ifa ile yükümlü olan işçinin ise, bu görüş çerçevesinde ödemezlik def'ine dayanarak çalışmaktan kaçınması mümkün olmayacaktır. Ancak işçinin sözleşme ile üstlendiği iş görme ediminin tamamı ile işverenin üstlendiği ücret ödeme borcunun tamamı sözleşmesel olarak bir bütün olduğu kabul edilirse, her bir dönem için önce ifa yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır. Bu bakımdan aşağıda ilk önce sürekli edimli sözleşmelerde üstlenilen edimlerin bütünlüğü ve bağımsızlığı konusu incelenmiştir.

Bilindiği üzere sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, tarafların üstlendiği edimler belirli dönemlere ayrılabilir. Örneğin bir kira sözleşmesinde, TBK m. 299 gereği kiraya veren, bir şeyin kullanılmasını veya kullanılmasıyla birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracı da bunun karşılığında kira bedelini ödemeyi üstlenir.¹⁹³ Taraflar aksini belirlememişlerse, TBK m. 314 gereği, kiracı kira bedelini en geç her ayın sonunda ödemekle yükümlüdür. Ancak taraflar anlaşarak kira bedelinin kira sözleşmesinin sona ereceği zaman ödeneceğini de kararlaştırabilirler.¹⁹⁴ Bu bakımdan kira bedeli her ayın sonunda ödenecekse, dönemsel bir edimden bahsedilir. Ancak kira bedelinin kira sözleşmesinin sonunda verileceği kararlaştırılmışsa, ani edimden bahsedilir. Kiraya verenin edimi de zamansal olarak bir bütünlük arz eder ve süreklilik niteliği taşır. Ancak bu edim de tarafların menfaatleri çerçevesinde dönemlere ayrılabilir.

İşçinin iş görme borcu ve işverenin ücret ödeme borcu, sözleşmenin niteliğine göre belirli veya belirsiz bir zamana yayılır. Tarafların menfaati ve edimlerin zamana yayılması nedenlerine bağlı olarak, edim ve karşı edim bölümlere ayrılır. Anılan bölümler yasal düzenlemelerin getirdiği sınırlar içerisinde taraflarca belirlenir. Bu bölümler sadece iş görme borcunu değil, ücret ödeme borcunu da belirli aralıklara böler. Edimlerin bu şekilde bölümler/dönemlere ayrılmış olması ise taraflara pratik fayda sağlamak amacıyla yapılmıştır.¹⁹⁵ Zira ne işverenin işçinin çalışacağı süreye ilişkin bütün ücret alacağını bir defada ödemesi ne de işçinin çalıştığı bütün sürenin karşılığını sözleşmenin sonunda kabul etmesi mümkündür. Ayrıca edimlerin bu şekilde dönemlere ayrılmış olması, olası bir sözleşme ihlali durumunda, tarafların üstlenmiş olduğu riski de azaltmaktadır.¹⁹⁶

Görüleceği üzere sürekli borç doğuran bir sözleşmede sürekli edim, sözleşmenin zamansal bakımdan tümüne yayılır. Bunun karşılığındaki edim ise kanuna veya sözleşmeye göre dönemlere ayrılabilir veya sözleşmenin sonunda ya da başında ani edimli olarak tek bir seferde ifa edilebilir. Yukarıda vermiş olduğumuz kira sözleşmesindeki örnekte olduğu gibi sözleşmede yapılan anlaşmaya göre kiracı, kira bedelinin tamamını sözleşmenin başında veya sonunda ani edimli olarak tek bir seferde ifa edebilir. Bu bakımdan kiracının üstlendiği kira bedelini ödeme borcu dönemlere ayrılrsa bile aslında bir bütündür. Kiraya verenin üstlendiği

¹⁹³ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 7. Baskı, Ankara, 2019, P. 1041; **İNCEOĞLU, Murat**, Kira Hukuku Cilt I, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 11, **ACAR, Faruk**, Kira Hukuku Şerhi, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 118.

¹⁹⁴ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 7. Baskı, Ankara, 2019, P. 1194; **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 179-181; **İNCEOĞLU, Murat**, Kira Hukuku Cilt I, s. 256; **URAL ÇINAR, Nihal**, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, s. 88-89

¹⁹⁵ **BYDLINSKI**, s. 148; **OETKER**, s. 406.; **DEHMEL**, s. 115.

¹⁹⁶ **DEHMEL**, s. 115.

edim sürekli bir edim olduğu için, tek bir seferde ifa edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu edim, sözleşme süresince zamana yayılır. Zamana yayılan bu edimin, kira bedeli doğrultusunda dönemlere ayrılması ise anılan edimin bir bütün olduğu gerçeğini değiştirmez. Sadece tarafların menfaatleri çerçevesinde, görece bağımsız bölümlere ayrıldığı kabul edilir.

İş ilişkilerinde de kira sözleşmesinde olduğu gibi bir sürekli edim ve bunun karşılığında ani/dönemsel bir edim yer alır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere anılan edimlerin görece bağımsız bölümlere ayrılması ne iş görme ne de ücret ödeme borcunun bütünselliğini ortadan kaldırır. Taraflar aslında tek bir borç üstlenir ancak işçi, bu borcu tek seferde ifa edemez zira anılan borç süreklilik niteliği taşır. İşveren de anılan borcu, sözleşmenin başında veya sonunda, kural olarak tek seferde¹⁹⁷ ifa edemez, zira kanun tarafından yasaklanmıştır.

Bir an için işverenin anılan borcu tek seferde ödeyebildiğini kabul ettiğimiz takdirde, tıpkı kira sözleşmesinde olduğu gibi, işverenin ücret ödeme borcunun da sözleşmenin tamamını kapsayan bir borç olduğu görülecektir. Aynı şekilde tek seferde ödenen bu borcun karşısında işçinin üstlendiği iş görme borcunun da tek bir borç olduğu ancak zamana yayıldığı görülecektir. Bu nedenle edimlerin bu şekilde farklı bölümlere/dönemlere ayrılmış olması, edimler arasındaki sinallagmatik ilişkiyi ortadan kaldırmamalıdır.¹⁹⁸

Nitekim öğretide aynı görüş belirtilmiştir. Anılan görüşe göre, bölümlere ayrılmış, sürekli ve zamana yayılan edim, sözleşmenin sona ermesine kadar devam eder. Zaman içerisinde ifa gerçekleştikçe, sürekli edimin bir sonraki dönemi muaccel olur ve ifa edilir. Buna bağlı olarak sürekli edim zamansal açıdan birbirine bağlıdır. Sürekli edimin bağımsız dönemlere/bölümlere ayrılması ise sözleşmenin niteliğinden kaynaklanır.¹⁹⁹

Aynı görüşün Alman ve İsviçre öğretisinde de kabul edildiği görülmektedir. Anılan bu görüşe göre, sürekli edimli sözleşmelerde edim ile karşı edim arasındaki bağlılığın tespitinde sözleşmenin bütünü göz önünde tutulmalıdır. Bu bakımdan bir döneme ait edim ve karşı edimin, bir sonraki dönemlere ait edim ve karşı edimden bağımsız olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle sinallagma ilişkisi sadece dönemlere ayrılmış edimler arasında değil, edimlerin bütünü arasında da bulunur.²⁰⁰

Sürekli edim olan iş görme borcu, sözleşme sona erene kadar devam eder. Bu bakımdan zaman içerisinde iş görme borcu ifa edildikçe, sürekli edimin bir sonraki dönemi

¹⁹⁷ Örneğin süresi 1 ay olan belirli süreli iş sözleşmesinde, işveren ücret borcunu sözleşmenin başında veya sonunda tek seferde ifa edebilir.

¹⁹⁸ **DEHMEL**, s. 115.

¹⁹⁹ **KANİTİ**, s. 74; **PEKMEZ**, s. 349, dn. 269.

²⁰⁰ **BYDLINSKI**, s. 148; **SIMMEN**, s. 62; **STÖCKLI, Hubert**, Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich 2008, N. 239; **SÖLLNER**, ZfA, s. 7; **GERNHUBER, Joachim**, Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung; Pflichten und Strukturen; Drittwirkungen, Tübingen, 1989, s. 340-341; **DEHMEL**, s. 110 vd; **PEKMEZ**, s. 351-357.

muaccel olur ve ifa edilir. İfade ettiğimiz üzere, iş ilişkisinde yüklenilen iş görme borcunun zamana yayılması, onu görece bağımsız bölümlere ayırma ihtiyacını doğurmuştur. Bu bakımdan görece bağımsız olan her iş görme borcu için belirli bir karşı edim yani ücret borcu belirlenmiştir. Ücret ödeme borcu ise sürekli değil, ani edimdir ve görece bağımsız her iş görme edimi karşısında ücret ödeme edimi de dönemlere ayrılmıştır. Bu bakımdan iş ilişkisinde karşılıklı yüklenilen ve dönemlere ayrılmış iş görme ve ücret ödeme edimleri görece bağımsız nitelik de taşır.²⁰¹ Ancak bu bağımsızlık toplam edimlerin birbiri ile sinallagmatik ilişki içerisinde olmadığı anlamına gelmez. Zira anılan edimler aynı zamanda bir bütünsellik içerisinde de yer alır. Bu bakımdan her bir döneme ait edim ve karşı edim arasında tekil bir sinallagma (Einzelsynallagma) ilişkisi varken, iş ilişkisinin bütünü göz önüne alındığında, iş görme ve ücret ödeme borcu arasında toplu/toplam sinallagma (Gesamtsynallagma) ilişkisi vardır.²⁰²

Örnek verecek olursak, bir yıllık belirli süreli bir iş sözleşmesinde, işçinin ifa etmekle yükümlü olduğu bir aylık iş görme borcu, toplam iş görme borcunun bir parçasıdır. Aynı şekilde işverenin bir aylık iş görme borcunun karşılığı olarak ödemesi gereken bir aylık ücret borcu da bir yıllık ücret borcunun sadece bir parçasıdır. Birer aylık iş görme ve ücret ödeme borçları arasında görece tekil bir sinallagma ilişkisi söz konusudur, ancak ilişkinin bütünü göz önüne alındığında, anılan dönemlere ait edimler toplam edimin sadece bir parçasıdır. Bu bakımdan toplam iş görme borcu ve toplam ücret ödeme borcu arasında da toplam sinallagma ilişkisi vardır. Aynı durum belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de geçerlidir. Sözleşme belirsiz süreli olduğunda, karşılıklı toplam borçların süresinin ve miktarının ne kadar olduğu belli değildir. Ancak her durumda dönemlere ait edimler, toplam borcun sadece bir parçasını ifade edecektir.

Yukarıda iş sözleşmesi ile üstlenilen edimlerin bir bütün olduğu, bu bakımdan sürekli edimli sözleşmelerde sürekli edim borçlusunun ödemezlik def'i ileri sürebileceği tespit edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme ile üstlenilen edim ve karşı edimlerin bir bütün olduğunun kabulüne bağlı olarak, işveren, muaccel olan ücret ödeme borcunu yerine getirmediğinde, işçinin görece bağımsız olan iş görme dönemi için önce ifa ile yükümlülüğünün de ortadan kalkacağı kanaatindeyiz. Zira geçmiş döneme ait ücret borcunu ödemeyen işverene karşı işçinin bir sonraki döneme ait iş görme borcu açısından önce ifa ile yükümlü olması gerektiği düşüncesi TMK m. 2'ye uygun değildir.

²⁰¹ OETKER, s. 326; PEKMEZ, s. 349.

²⁰² DEHMEL, s. 110-111; PEKMEZ, s. 349-350.

Örnek üzerinden anlatacak olursak, 1-31 Ocak arasında işçinin iş görme edimini ifa etmesi, aynı döneme ait işverenin karşı edimini ifa etmesi için bir ön koşuldur. Diğer bir ifadeyle fonksiyonel sinallagma ilişkisi gereği, karşılıklı edimler ifa edilmesi bakımından birbirine bağlı olduğu için, işverenin ücret ödemesi, işçinin iş görmesine bağlıdır. Aynı zamanda edimler arasında sinallagma ilişkisini ortadan kaldıracak dönemsel bağımsızlıktan bahsedilmediği için, yine fonksiyonel sinallagma gereği her ayrı dönem için belirlenen edim ve karşı edim birbirini takip edencesine bir sinallagma ilişki içerisinde olacaktır. Bu nedenle ocak ayına ait işçinin kendi edimini ifa etmesi, ocak ayına ait işverenin karşı edimi ifa etmesini doğuracaktır; işverenin ocak ayına ait karşı edimi ifa etmesi ise işçinin şubat ayına ait edimi ifa etmesini sağlayacaktır. Özetle, işverenin ücret ödemesi işçinin iş görmesine bağlıdır, bir sonraki döneme ait işçinin iş görmesi ise, işverenin bir önceki döneme ait ücreti ödemesine bağlıdır. Yani her edim ve karşı edim zincirleme bir şekilde birbirine bağlıdır. Bu bakımdan, işçinin kendi edimini ifa etmesinden sonra, karşı edim ifa edilmeden, işçinin bir sonraki döneme ait iş görme edimini önce ifa ile yükümlü olmaması gerekir. Zira ilk döneme ait edimin karşılığında yer alan karşı edimin ifa edilmemesi, işçinin bir sonraki döneme ait iş görme edimine ilişkin önce ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırır.

Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, TBK m. 97 ani edimli sözleşmeler esas alınarak düzenlenmiş bir hükümdür. Ancak anılan hüküm sürekli edimli sözleşmelerde de uygulama alanı bulmalıdır.²⁰³ Bu yüzden ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin bir şartı olan, "önce ifa ile yükümlü olmama"nın katı bir şekilde yorumlanmaması ve sürekli edimli sözleşmelerdeki edimler arasındaki bütünlüğün de dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekir. Bu bakımdan, işçinin sürekli edim borcu olan iş görme borcu "sürekli önce ifa ile yükümlülüğü" şeklinde anlaşılmamalıdır.²⁰⁴ Nitekim ödemezlik def'inin amacı, sözleşme veya kanunda belirtilen ifa sırasının sağlanması, güvence altına alınması ve karşı tarafa baskı yaparak, kendi edimini ifasının sağlanmasıdır. Bu nedenle, kanun veya sözleşme gereği, sürekli edimli sözleşmelerde, sürekli edimin borçlusunun önce ifa ile yükümlü olması, anılan tarafın ödemezlik def'inden faydalanamayacağı anlamına gelmemelidir. Zira iş sözleşmesi gibi sürekli edimli sözleşmelerde de edimlerin ifasının aynı anda gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu imkânsızlık karşısında, edim ve karşı edim, dönemsel olarak birbirinden farklılık gösterse bile, edimler arasındaki mübadele ilişkisinin devam ettiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, önce ifa ile yükümlü sürekli edimin borçlusunu, ödemezlik def'inin getirdiği

²⁰³ KANİTİ, s. 74-75; TUNCAY, İHU, s. 6 ENGİN, s. 79; SUR, Grev, 80 vd.; CENTEL, Ücret, s. 370; PEKMEZ, s. 351. Aynı görüşü Alman hukukunda BGB § 320 için de belirten görüş için bkz. DEHMEL, s. 117.

²⁰⁴ PEKMEZ, s. 343-344.

korumanın dışında tutmak, ödemezlik def'inin amacına da uygun değildir. Aksi takdirde, önce ifa ile yükümlü taraf, karşı tarafa her bir dönem için daimi olarak kredi sağlama yükümlülüğü altında olacaktır.²⁰⁵

Aynı durumun örneğin, art arda teslimli satış sözleşmelerinde de uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.²⁰⁶ Buna göre satıcının ilk malı teslim etmesine rağmen malın bedelinin ödenmemesi durumunda, satıcı bir sonraki malın teslimini TBK m. 97 (BGB §320) çerçevesinde kaçınabilmelidir. Bu noktada önceki mala ait bedeli ödemedi bir sonraki malın teslimini isteyen alıcının bu davranışı dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bu nedenle önce ifa ile yükümlü taraf kendi edimin ifa ettikten sonra, karşı edimin ifa edilmemesi halinde, bir sonraki döneme ait önce ifa yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Bu bakımdan dönemlere ayrılmış edimlerin bir bütün olduğu ve önce ifa ile yükümlü tarafın önce ifa yükümlülüğünün sınırsız olmadığı kabul edilmelidir.²⁰⁷

İsviçre hukukunda da benzer tartışmalar gerçekleşmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi 1994 yılında vermiş olduğu karar ile işçinin geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi nedeniyle OR Art. 82'ye (TBK m. 97) dayanarak kendi edimini ifadan kaçınabileceğini kabul etmiştir.²⁰⁸ Nitekim bu görüş üzerine öğretinin büyük çoğunluğu da geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi durumunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğunu ve bunun hukuki dayanağının ödemezlik def'i olduğunu kabul etmiştir.²⁰⁹ Bu kabul doğrultusunda kural olarak önce ifa ile yükümlü olan işçi, OR Art. 82 çerçevesinde çalışmaktan kaçınabilecek, işverene sürekli kredi sağlama yükümlülüğünden kurtulacak ve kendi karşı edimini güvence altına alabilecektir.²¹⁰

Görülmektedir ki iş sözleşmesinde sürekli edim yükümlüsü işçinin ödemezlik def'i ileri sürmesine yönelik hukuki sorun olarak belirtilen, *“ödemelik def'inin sürekli edimli sözleşmelerde uygulanmayacağı”*, *“her bir döneme ait iş görme ve ücret ödeme borçlarının*

²⁰⁵ BYDLINSKI, s. 149; OETKER, s. 401-402; VISCHER/MÜLLER, §10, N. 45; DEHMEL, s. 67; PEKMEZ, s. 343-344.

²⁰⁶ Aksi yöndeki görüş için bkz. GOLLUB, Frank, Verzug und Zurückbehaltungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag, Hamm, 1989, s. 126-127. (PEKMEZ, s. 355 dn. 286'dan alıntıdır)

²⁰⁷ SIMMEN, s. 62-63; KANİTİ, s. 75-76; BYDLINSKI, s. 149; OETKER, s. 401-402; PEKMEZ, s. 355-356.

²⁰⁸ BGE 120 II 209, T. 24.05.1994.

²⁰⁹ SIMMEN, s. 63; STAEHELIN, Adrian, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Auflage 4, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, OR Art. 323, N. 15; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 323, N. 3; ABEGG, Andreas, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Auflage 9, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 323, N. 1; FRITSCH, Daniela, OFK - Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Auflage 3, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 323, N. 6; EMMEL, Frank, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, Auflage 3, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 323, N. 1.

²¹⁰ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 323, N. 5.

birbirinden bağımsız olduğu” ve *“işçinin her bir dönem için önce ifa ile yükümlü olduğu”* görüşlerinin yerinde olmadığını sonucuna ulaşılmıştır. Bu bakımdan yukarıda açıklanan değerlendirmeler çerçevesinde, ücretin ödenmemesi nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin TBK m. 97’de düzenlenen ödemezlik def’i olması gerektiği kanaatindeyiz.

1.3.6.2.2. Alacaklının Temerrüdü ve Sui Generis Görüşünün Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Yukarıda, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının ödemezlik def’i çerçevesinde değerlendirilmesi yapılmıştır. Ancak anılan hakkın hukuki niteliğinin alacaklı temerrüdü olduğunu belirten görüşün de ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin alacaklı temerrüdü olduğunu belirten görüşle ilgili hukuki sorun, işverenin geçmiş döneme ait ücreti ödememesinin hazırlık fiilini yerine getirmemesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Zira bilindiği üzere hazırlık fiilleri, öğretideki baskın görüşe göre külfet niteliğindeyken,²¹¹ ücret ödeme işverenin asli edim yükümlülüğüdür.

Hazırlık fiilleri ise, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için, alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken davranışları içerir. Bu bakımdan, bazı durumlarda alacaklının edimi kabul etmesi yeterliyken, bazı durumlarda borçlunun edimi yerine getirebilmesi için işverenin bazı davranışlarda, hazırlıklarda bulunması gerekir. Örneğin; TBK m. 413’te, *“Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür”* hükmü düzenlenmiştir. Anılan hüküm gereği, işçinin iş görme borcunu ifa edebilmesi, bazı araçların ve malzemelerin varlığını gerektiriyorsa, işveren bunları sağlamakla yükümlüdür. Anılan malzemelerin ve araçların sağlanması işçinin kendi edimini ifa edebilmesi için işveren tarafından yerine getirilmesi gereken hazırlık fiili niteliğindedir. Bu nedenle anılan malzemelerin ve araçların sağlanmaması durumunda, işçi kendi borcunu ifa etmek istese de ifayı yerine getiremeyecek ve buna bağlı olarak işveren alacaklı temerrüdüne düşecektir.

Öğretideki bir görüşe göre, işverenin geçmiş döneme ait ücreti ödememesi halinde, yani sözleşme ile üstlendiği asli edim yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda da araç ve malzeme sağlama yükümlülüğüne aykırı davranması durumundaki gibi alacaklı temerrüdüne

²¹¹ WEBER, BK, OR Art. 91, N. 51; VON TUHR/ESCHER, s. 69; MERCIER, CHK, OR Art. 91 N. 5; SCHRANER, ZK OR, OR Art. 91, N. 25; KOÇ, s. 62; EREN, P. 3173; ÖZAY, s. 82-86. Konuya ilişkin detaylı bilgi ve diğer görüşler için bkz. ÖZAY, s. 62-81.

düşmesi gerekir. Zira anılan görüşe göre, işverenin maddi değeri az olan bir iş aletini işçiye vermediği için temerrüde düşeceği tartışmasız bir şekilde kabul edilirken, maddi değeri oldukça yüksek olabilen ücretin ödenmemesi halinde işverenin alacaklı temerrüdüne düşmeyeceği düşüncesi, hakkaniyete uygun değildir. Bu bakımdan anılan görüşe göre, muaccel ücretin ödenmesi, işverenin yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerinin başında gelir.²¹²

Başka bir görüş, işverenin geçmiş döneme ait ücret borcunu ifa etmesinin bir hazırlık fiili niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.²¹³ Söz konusu hakkın hukuki niteliğine ilişkin benzer bir sonuca ulaşan diğer bir görüşe göre ise, ücreti ödenmeyen bir işçiden bir sonraki dönem için iş görme borcunu yerine getirmesi beklenemez.²¹⁴

Bu noktada kısaca ifade etmek istediğimiz diğer bir husus, ödemezlik def'inin ve alacaklı temerrüdünün iş ilişkisinde doğuracağı sonuçlardır. Zira çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği “*sadece*” ödemezlik def'i olarak kabul edilirse, ödemezlik def'inin doğurduğu sonuca bağlı olarak işçi ifa etmekten kaçındığı iş görme borcuna dayanarak ücretini isteyemeyecektir. Zira çalışmaktan kaçınma hakkında işçi, iş görme borcunu yerine getirmediği için ve kanunda doğrudan kaçınılan sürede ücrete hak kazanılacağı düzenlenmediği için, ödemezlik def'i ileri sürerek kendi edimini ifa etmeyen işçi, kaçınılan süreye ait karşı edimi talep hakkını da yitirecektir. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği alacaklı temerrüdü olarak kabul edilirse, TBK m. 408 gereği, işçi çalışmadığı döneme ilişkin ücretine hak kazanmaya devam edecektir. Bu yüzdendir ki öğretinin büyük çoğunluğu çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olduğunu ancak kaçınmanın sonucuna işverenin temerrüdü hükümlerinin de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.²¹⁵

Söz konusu görüşü, “*Alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler ücret alacağına imkân tanınması bakımından esasen bir anlamda kurumun bir hukuki çerçeveye oturtulması çabalarının sonucudur.*” ifadeleriyle eleştiren **Alpagut** da kıyasen uygulama şartları tam oluşmamakla birlikte, TBK m. 408'in kıyasen uygulanmasının düşünülebileceğini belirtmiştir. **Alpagut'un** ileri sürdüğü eleştiri noktalarından biri ise, işverenin ücret ödeme borcunun bir hazırlık fiili olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle çalışmaktan kaçınma

²¹² KOÇ, s. 136-137.

²¹³ SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 214; KOÇ, s. 137; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1572; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 23-24; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 206.

²¹⁴ ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 78.

²¹⁵ SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 214; GÜZEL, s. 142-143; ENGİN, s. 80; DULAY YANGIN, s. 225; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1282, 1283; TOPUZ, s. 476

hakkının hukuki niteliğinin alacaklı temerrüdü olamayacağıdır.²¹⁶ Anılan görüşe göre kaçınma hakkı niteliği itibarıyla ne ödemezlik def'i ne de alacaklı temerrüdü kuralları ile uyumludur. Bu bakımdan İŞK m. 34'ün sui generis bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Ancak yazar, yine de TBK m. 408'in kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir.²¹⁷

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin alacaklının temerrüdünü olmadığını belirten diğer bir görüş göre ise, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi için, işçi, iş görme edimini karşı tarafa usulünce sunmalıdır. Ancak hakkın kullanılması durumunda, söz konusu şart gerçekleşmediği için, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi de ortaya çıkmaz.²¹⁸

Öğretideki başka bir görüş, borçlunun kendi edimini ifa etmesi için alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken hazırlık fiilleri içerisinde sadece fiili engellerin kaldırılması davranışlarının değil, hukuki engellerin kaldırılmasını içeren davranışların da gireceğini belirtmiştir. Bu bakımdan fiili engellerin kaldırılmasına ilişkin yukarıda verdiğimiz TBK m. 413 örnek olarak gösterilebilir. Anılan görüşe göre hukuki engellerin kaldırılması kapsamına ise, karşı tarafa kendi edimini elde etme imkânının tanınması girer. Bu görüşün dayandığı esasa göre, karşı edimin ifasına hazırlık, bir külfet niteliğindedir.²¹⁹ Bu bakımdan, karşı tarafın ödemezlik def'i ileri sürebilecek bir durumda bulunması, alacaklının ortaya çıkardığı bir hukuki durumdur ve bunun sebebi ise alacaklının kendi edimini ifaya hazırlama külfetini yerine getirmemesidir. Bu nedenle alacaklı, ödemezlik def'ine maruz kalmamak için, kendi edimini ifaya hazır tutmalı ve kendi edimini karşı tarafa teklif etmelidir. Diğer bir ifadeyle alacaklı, karşı tarafa kendi alacağını elde etme imkânını tanımalıdır. Alacaklının karşı tarafa bu imkânı tanımasının hazırlık fiil olduğu göz önüne alındığında ve alacaklının anılan külfeti yerine getirmemesi durumunda, karşı taraf ödemezlik def'i ileri sürebilecek ve aynı zamanda hazırlık fiillerinin yerine getirilmemiş olması sebebiyle alacaklıyı alacaklı temerrüdüne düşürebilecektir.²²⁰

Örnek üzerinden anlatacak olursak, aynı anda ifanın söz konusu olduğu bir satış sözleşmesinde, alıcı kendi edimini ifa için hazır etmeksizin karşı tarafın edimini talep ettiği durumda, alıcı ödemezlik def'i ileri sürebilecektir. Zira satıcı kendi edimini TBK m. 97 gereği

²¹⁶ ALPAGUT, s. 60. Aynı yönde görüş için bkz. GÖKTAŞ, s. 46; KARACAN, s. 8

²¹⁷ Anılan görüş, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i de olamayacağını zira dönemlere ayrılmış edimlerinin birbirinden bağımsız olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. ALPAGUT, Ücret, s. 60.

²¹⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş hukuku 2014, s. 694; KARACAN, s. 7.

²¹⁹ Diğer görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. PEKMEZ, s. 50-77.

²²⁰ PEKMEZ, s.70-71. Karşı edimin ifasına hazırlığın külfet olduğuna ilişkin görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. ERNST, Wolfgang, "Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug", Archiv für die civilistische Praxis, 1999/199, s. 491-494; GSELL, Beate, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Kohlhammer Kommentar Schuldrecht 3/2 Band 5/2 §§320-327-Soergel Kommentar, 13. Auflage, Stuttgart, 2005, BGB §320, N. 13; PEKMEZ, s. 65-77.

ifa veya ifasını teklif etmemiştir. Satıcı kendi edimini karşı tarafa teslim edebilmek için, diğer bir ifadeyle kendi borcunu ifaya hazır tutmadığı için, aynı anda ifanın gerçekleşmesine yönelik gerekli hazırlık fiilini de yerine getirmemiş olacaktır. Bu bakımdan kendi edimini ifaya hazır tutmayan satıcı aynı zamanda alacaklı temerrüdüne düşürülebilecektir.

Belirtilen bu görüşün sürekli edim içeren sözleşmeler için de geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir. Örneğin bir iş ilişkisinde, önce ifa ile yükümlü işçi iş görme borcunu ifa ettikten sonra, işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmesini bekleyecektir. Ücretin muaccel olduğu zaman işveren ücret ödeme borcunu ifaya hazır hale getirmemiş ve söz konusu edimi işçiye sunmamışsa, işçi hem ücret alacağı ödenmediği için ödemezlik def'i (TBK m. 97 veya İŞK m. 34) gereği çalışmaktan kaçınabilecektir, hem de işvereni ücret ödeme borcunu ifa zamanında ifaya hazır tutmadığı için hazırlık fiillerini yerine getirmeme sebebiyle alacaklı temerrüdüne düşürülebilecektir.

Görüleceği üzere, belirtmiş olduğumuz bu son görüş, ödemezlik def'i çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin, karşı tarafı aynı zamanda alacaklı temerrüdüne de düşürebileceğinden bahsetmektedir. Bu bakımdan alacaklının karşı tarafa kendi edimini elde edebilme imkânını tanınması, yani ödemezlik def'inin ileri sürülmesine sebep olabilecek hukuki durumun ortadan kaldırılması, bir hazırlık fiili olarak değerlendirmektedir.²²¹ Buna bağlı olarak da ödemezlik def'ini ileri süren taraf, sözleşmenin karşı tarafını aynı zamanda alacaklı temerrüdüne de düşürebilmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu görüşün dayandığı esasa göre, hazırlık fiili olarak nitelendirilen, ücret borcunun ödenmesi değil, ücret borcunun ifaya hazır tutulmaması veya karşı tarafa teklif edilmemesidir.

Kanımızca da işverenin kendi edimini ifaya hazır etmemesi, işçinin iş görme borcunu ifa etmesi bakımından bir hukuki engel niteliği taşır. Zira anılan durumda işçi ödemezlik def'i ileri sürebilecek konumdadır. Bu noktada, işçinin ödemezlik def'i ileri sürebilecek konumda olması, iş görme ediminin ifası açısından bir hukuki engel olmayacağı yönünde bir eleştiri gelebilir. Zira işveren aslında ücreti ödemiş olmasına rağmen, işçinin iş görme edimini almaya hazırdır. Ancak, işçinin muaccel ücretini ödemediği, işçiden iş görme edimini sunmasını beklemek hem dürüstlük kuralına aykırıdır hem de işçiden böyle bir durumda, iş görmeye devam etmesi beklenmemelidir.

Görülmektedir ki, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemezlik def'i olarak kabul edilirse, yukarıdaki görüş doğrultusunda, işçi aynı zamanda işvereni alacaklı

²²¹ ERNST, s. 491; GSELL, Soergel Kommentar, BGB §320, N. 13; PEKMEZ, s. 70-71.

temerrüdüne düşürecek ve TBK m. 408 hükmü gereği çalışmaktan kaçındığı döneme ait ücretini de talep edebilecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki kural olarak, işverenin alacaklı temerrüdüne düşebilmesi için, işçinin iş görme borcunu uygun bir şekilde işverene teklif etmiş olması gerekir. Ancak kaçınma hakkının kullanılmasında, işçinin fiili olarak iş görme borcunu ifa etmeye yönelik bir teklifi olmaması, bir eleştiri noktası olarak değerlendirilebilir. Buna karşın, İsviçre hukukundaki baskın görüş ve İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir karar, geçmiş dönem ücretlerin ödenmemesi sebebiyle işçinin kaçınma hakkını kullanılmasında, işçinin fiili olarak iş görme borcunu karşı tarafa teklif etmesi şartının aranmayacağını belirtmektedir. Anılan görüşe göre, işçinin kaçınması ile birlikte işveren, herhangi bir ifa teklifine gerek kalmaksızın, alacaklı temerrüdüne düşer.²²² Gerçekten de anılan şartın, somut olay çerçevesinde işvereni alacaklı temerrüdüne düşürmek için bir şart olarak aranması, kaçınma hakkının fiilen kullanılmasını imkânsız hale getirir. Zira geçmiş dönem ücret borçlarını ödemeyen işverenin, işçi tarafından teklif edilen iş görme borcunu geri çevirmesi gibi bir durum, hayatın olağan akışına aykırıdır.

Sonuç olarak ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin kural olarak TBK m. 97’de ödemezlik def’i olması gerektiğini, ancak yukarıda belirttiğimiz görüş çerçevesinde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması ile işverenin alacaklı temerrüdüne de düşürülebileceğini kabul etmekteyiz. Varılan bu sonuç işçinin tabi olduğu kanuna bakılmaksızın geçerli olmalıdır.

İfade etmemiz gerekir ki geçmiş dönem ücret ödeme borcunun bir sonraki dönem için hazırlık fiili olduğu görüşü, işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde kabul edilemez. Zira söz konusu iş ilişkilerinde, karşılıklı ilişki içinde bulunan ücret ödeme ve iş görme borcu aynı döneme aittir. Ancak kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, sözleşmenin hangi tarafının önce ifa ile yükümlü olduğu varılan sonucu değiştirmeyecektir. Farklı bir ifadeyle, önce ifa ile yükümlü olan işveren karşı tarafa edimin ifasını teklif etmediği için işçi, ödemezlik def’i ileri sürebilecek ve aynı zamanda işveren kendi edimini ifaya hazır tutmadığı için, işçi işvereni alacaklı temerrüdüne düşürebilecektir. Sonuç olarak işçi, ücreti ödemeyen işverene karşı ödemezlik def’i gereği çalışmaktan kaçınabilecek ve aynı zamanda işvereni alacaklı temerrüdüne düşürebilecektir.

²²² STAEHELIN, ZK, OR Art. 324, N. 8; REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 6; BRÜHWILER, OR Art. 324, N. 3, BGE 120 II 209, 213.

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ KANUNLARI VE TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA ÜCRETİN ÖDENMEMESİ VE ÜCRETİN ÖDENMEYECEĞİ NEDENİYLE İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

2.1. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanabilmesinin Şartları

2.1.1. Şartların Belirlenmesi

Çalışmaktan kaçınma hakkının tanımı İşK m.34'te yapılmamış, ancak madde metninde, anılan hakkın kullanılması için gereken şartlar düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, gerekli şartlar, “*Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir.*” şeklinde belirtilmiştir.

Anılan maddeye göre, çalışmaktan kaçınma hakkının gereken ilk şartı, bir işçinin varlığıdır. Diğer şartlar ise, muaccel bir ücret alacağının varlığı, ücretin muacceliyet tarihinden itibaren en az 20 gün ödenmemiş/gecikmiş olması ve ücretin ödenmemesinin mücbir sebep dışında bir sebebe dayanmasıdır. İşçi, çalışmaktan kaçınma hakkını yalnızca anılan şartların tamamının gerçekleşmesi durumunda kullanabilir. Bu şartların birinin eksikliği, işçinin çalışmaktan kaçınmasının haksız olmasına neden olur ve haksız kaçınmanın sonuçları doğabilir.

Yukarıda belirtilen şartlar, madde metninde açıkça belirtilen şartlardır. Maddede belirtilmemekle birlikte, hakkın doğabilmesi ve kullanılabilmesi için, gereken bir şart daha vardır. Bu şart ise, İşK m. 10 gereği, anılan hakkın sadece sürekli iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerce kullanılabileceğidir. Zira İşK m. 10 açıkça, “*Bu Kanunun [...] 34, [...] maddeleri süresiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süresiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükmünü düzenlemiştir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda anılan şartlar, kural olarak sadece İşK’na tabi işçiler için aranmalıdır.²²³ Başka bir ifadeyle; TBK, DİK ve BİK’na tabi çalışan işçiler İşK m. 34’ten yararlanamazlar. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, 4857 sayılı İşK’nda, m. 34’ün hangi kanuna tabi olursa olsun iş sözleşmesiyle çalışan işçilere uygulanacağına dair bir düzenleme

²²³ Burada ifade edilmek istenen husus, İşK m. 34’ten veya m. 10’dan doğrudan çıkan şartların bu kapsamda değerlendirilmesidir. Diğer şartlar ise, hakkın kendi niteliğinden doğmaktadır. Bu nedenle, hangi kanuna tabi çalışırsa çalışsın, bu şartların aranması gerekecektir.

bulunmamaktadır. Bu nedenle, TBK, DİK ve BİK’na tabi işçiler, 6098 sayılı TBK hükümlerine göre çalışmaktan kaçınabilir.²²⁴

TBK’nda, çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme olmaması, anılan hakkın hangi şartlar altında kullanılabileceğine ilişkin bir belirsizlik ortaya çıkarmıştır. Bu bakımdan çalışmada yeknesaklığın sağlanması adına, TBK, DİK ve BİK’na tabi işçiler için de İŞK’na tabi işçiler için belirlenen şartlar üzerinden hareket edilmiş, ancak her bir şart, anılan kanunlara tabi işçiler için, yapılan işin ve kurulan ilişkinin niteliğine göre, gerekli yerlerde ayrıca değerlendirilmiştir.

Çalışmada öncelikle, İŞK m. 34’te düzenlenmeyen, kimlerin ve hangi sözleşme ile çalışanların bu haktan yararlanabileceğinin incelendiği “çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek işçinin varlığı” ve “sürekli iş sözleşmesinin varlığı” şartları ele alınmıştır. Daha sonra, İŞK m. 34’te düzenlenen, “ödenmesi gereken bir ücret borcunun varlığı”, “anılan ücretin belirli bir süre ödenmemiş/gecikmiş olması” ve “ödememenin mücbir sebep dışında bir sebebe dayanması”, en son olarak ise, İŞK m. 34’te doğrudan düzenlenmeyen, “çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığına yönelik bir bildirimin (irade beyanının) varlığı ve işverene makul süre verilmesi” şartı incelenmiştir.

2.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanabilecek İşçinin Varlığı ve İşçi Benzeri Kişilerin Bu Hakkı Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu

Çalışmaktan kaçınma hakkının işçiler tarafından kullanılabileceği açıktır. Ancak işçi benzeri çalışanların, bu haktan yararlanıp yararlanamayacağının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu kişiler ise, aday çıraklar, çıraklar ve stajyerlerdir.

Çıraklar İŞK m. 4/1-f gereği, anılan kanunun kapsamı dışına alınmıştır. Çıraklar esas olarak 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’na²²⁵ tabidirler. Anılan Kanun’un 1’inci maddesine göre “*Bu Kanunun amacı; çırak, kalfa ve ustaların eğitimi ile okullarda, yükseköğretim kurumlarında ve işletmelerde yapılacak mesleki eğitime ilişkin esasları*

²²⁴ Öğretide İŞK m. 34 çerçevesinde olmasa da gazetecilerin kaçınma hakkının olduğun belirten görüş için bkz. **ULUCAN, Devrim**, “Basın İş Hukukunda Ücret ve Hükümleri”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal, İstanbul, 2006, s. 43; **GÖKÇEK KARACA, Nuray**, Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri), 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 144. Öğretide, gazetecilere kaçınma hakkına ilişkin TBK m. 97 (BK m.81) ve İŞK m. 34’ün birlikte uygulanması gerektiğine yönelik görüş için bkz. **SÜMER, Haluk Hadi**, “Gazetecinin Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 21, s. 108; **İSKENDER DEMİRCİ, Meryem**, Basın İş Kanunu’nda İşverenin Ücret Ödeme Borcu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 86. 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce Akyiğit tarafından belirtilen görüşe göre ise, söz konusu durumda, işçi 818 s.K. m. 81’e göre çalışmaktan kaçınabilecektir. Bkz. **AKYİĞİT, Ercan**, “Gazetecinin Ücretinde Gecikme ve Sonuçları”, Yargı Dünyası, S. 77, Mayıs, 2002, s. 24

²²⁵ RG: T. 19.6.1986, S. 19139

düzenlemektir.” Ancak ifade etmek gerekir ki her çırak MEK’na tabi değildir. Nitekim anılan Kanun’un 2’nci maddesine göre, MEK’nun kapsamı, Yükseköğretim Kurulu ve Mesleki Eğitim Kurulu tarafından belirlenir. MEK’na tabi olmayan çıraklara ise, TBK m. 393/3 gereği, iş sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Sonuç olarak, çıraklara ya MEK ya da TBK hükümleri uygulanır. Buna bağlı olarak, İşK hükümlerinden yararlanamayacak çırakların İşK m. 34 çerçevesinde çalışmaktan kaçınamayacaklarını ifade etmek gerekir. Ancak çırakların MEK veya TBK hükümleri çerçevesinde böyle bir hakkının olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için, öncelikle çıraklığın tanımı ve anılan sözleşme ile tarafların üstlendikleri asli edim borçları incelenmelidir. Zira çalışmamızın konusu “ücret” temelinden hareket ettiği için, çıraklık sözleşmesinde, ücretin nasıl bir niteliğe sahip olduğu tespit edilmelidir.

Çıraklığın tanımı MEK m. 2/1-c’de yapılmış, ancak TBK’nda yapılmamıştır. Anılan hükme göre, çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişiye çırak denir. Nitekim öğretide de buna paralel olarak çıraklık sözleşmesi tanımları yapılmıştır.²²⁶

İş sözleşmesinin esaslı unsurları iş görme, ücret ve bağımlılık iken, çıraklık sözleşmesinin esaslı unsuru meslek ve sanatın öğretilmesidir. Çıraklar, işyerinde gördükleri işi işveren için değil, kendilerini geliştirmek, meslek ve sanatı öğrenmek amacıyla yaparlar. Bu nedenle çırak, ustası tarafından kendisine verilen işleri yapmakla yükümlüdür ancak bu işleri yapmasını sağlayan borç, iş görme borcu değil, çıraklık sözleşmesinden doğan meslek ve sanatı öğrenme yükümlülüğüdür.²²⁷

İş sözleşmesinde ücret ödeme borcu ile iş görme borcu karşılıklıdır. Çıraklık sözleşmesinde ise çırağın meslek ve sanatı öğrenme çerçevesinde iş görme borcu ile ustanın meslek ve sanatı öğretme borcu karşılıklıdır. Diğer bir ifadeyle işverenin (ustanın) esas borcu, çırağın yetiştirilmesi, çırağın borcu ise meslek ve sanatın elde edilmesi için işverenin hizmetine girmesidir.²²⁸ MEK m. 25’te, çıraklara ve aday çıraklara asgari ücretin yüzde otuzundan az olmamak üzere belirli bir ücretin ödenmesi zorunlu tutulmuş olsa da bu ücretin yapılan işin karşılığı olmadığı, diğer bir ifadeyle çıraklık sözleşmesinin esaslı

²²⁶ SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954, s. 420; İZVEREN, s. 100; ESENER, s. 132; EKONOMİ, s. 45; SÜZEK, s. 136; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 189; ARCAK, Ali, Çıraklık Sözleşmesi”, Adalet Dergisi, Y. 41, S. 2, Şubat 1950, s. 201-202; UŞAN, Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994, s. 43 vd.; UŞAN, Fatih, “Çıraklık Sözleşmesi-Kıdem Tazminatı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 1999, s. 386.

²²⁷ ESENER, s. 132; REİSOĞLU, s. 55; SÜZEK, s. 136,137; EKONOMİ, s. 45; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 189; UŞAN, s. 43-44;

²²⁸ ESENER, s. 132.

bir unsuru olmadığı, yasadaki kaynaklanan bir yardım parası²²⁹ niteliğinde olduğu belirtilmiştir.²³⁰

Yukarıdaki bilgiler ışığında, çırakların ve aday çırakların ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı kanaatindeyiz. Zira ücretin ödenmesi, ustanın asli borcu olmadığı gibi, çırağın iş görmesi ile karşılıklılık ilişkisi içerisinde de bulunmamaktadır. Çalışmaktan kaçınma hakkının niteliğinin ödemezlik def'i ve/veya alacaklının temerrüdü olarak kabul edilmesi de sonucu değiştirmeyecektir. Bu bakımdan ustanın asli edim yükümlülüğü olan “bir mesleğin veya sanatın öğretilmesi borcunu” yerine getirmemesi nedeniyle çırağın çalışmaktan kaçınma hakkının değerlendirilmesi tartışılabilir olsa da çıraklık sözleşmesinin esaslı unsuru olmayan ve sosyal ücret olarak nitelendirilen anılan ücretin ödenmemesi nedeniyle, çırakların veya aday çırakların çalışmaktan kaçınmayacağı kabul edilmelidir.

Stajyerlerin de çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanıp yararlanamayacağının değerlendirilmesi gerekir. Çıraklık, bir meslek ve sanatın öğrenilmesini içerirken stajyerlik, mesleğe ilişkin teorik bilgi sahibi olan kişinin, işyerinde çalışarak uygulamaya yönelik bilgi ve tecrübe kazanmasını içerir.²³¹

Stajyerlere de MEK m. 25 gereği, belirli bir ücret ödenir. Ancak bu ücret, çıraklık sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin esaslı unsuru değildir.²³² Anılan ücret yapılan işin karşılığında daha çok, sosyal bir ücret olduğundan, stajyerlerin de yukarıda bahsettiğimiz nedenler doğrultusunda çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak ister TBK hükümlerine ister İşK m. 34 hükmüne dayanılarak kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı olsun, bu hakkı aday çırakların, çırakların veya stajyerlerin kullanması mümkün değildir. Zira “ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının” kullanılabilmesi için, karşılığı iş görme borcu olan bir ücretin ödenmemiş olması gerekir. Bu nedenle anılan hakkı, sadece işçilerin kullanabilmesi gerekir. Ayrıca anılan kişilerin, aynı sebeplerle “ücretin ödenmeyeceği” nedeniyle çalışmaktan kaçınması da mümkün değildir.²³³

²²⁹ Öğretide, bazı durumlarda ustanın, çıraktan ücret almasının bile mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **SAYMEN**, s. 421; **ARCAK**, s. 202-203. Ancak günümüzde artık böyle bir hususun söz konusu olduğu kabul edilemez.

²³⁰ **ESENER**, s. 132; **SÜZEK**, s. 137, 139

²³¹ **SÜZEK**, s. 141. **EKONOMİ**, s. 48; **KOÇ TANGÜN, Sedef**, “Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 40, 2008, s. 133.

²³² **SÜZEK**, s. 141; **KOÇ TANGÜN**, s. 133-134.

²³³ Bkz. §6

2.1.3. Sürekli İş Sözleşmesinin Varlığı ve Süreksiz İşte Çalışan İşçilerin Bu Haktan Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının şartlarından bir diğeri, İşK m. 34'te değil, İşK m. 10'da düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında, fıkra da belirtilen maddelerin²³⁴ süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu istisna maddelerin içerisinde, çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlendiği İşK m. 34 de bulunmaktadır.

Sürekli ve süreksiz işin tanımları, anılan maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, nitelikleri bakımından en fazla otuz iş günü süren işlere süreksiz, otuz iş gününden fazla süren işlere sürekli iş denir. Maddede de ifade edildiği üzere, sürekli ve süreksiz iş ayrımının esası, yapılan işin niteliğindedir.²³⁵ Bu nedenle yapılan işin fiilen otuz iş gününden fazla sürmesi ya da az sürmesi, anılan işin sürekli iş ya da süreksiz iş olarak nitelemek için yeterli değildir.²³⁶ Öte yandan, madde metninde, sürekli-süreksiz iş ayrımından kıstas olarak “işgünü” dikkate alınmıştır. Bu yüzden tatil günleri, bu sürenin hesabında dikkate alınmayacaktır.²³⁷

Yapılan bu kısa açıklamalardan sonra, süreksiz işte çalışanların çalışmaktan kaçınıp kaçınamayacağının değerlendirilmesi gerekir. Zira İşK m. 10/2 açıkça, süreksiz işte çalışanların, İşK m. 34'ten yararlanamayacağını, anılan işçilerin anılan maddede düzenlenen konularda “Borçlar Kanunu” (6098 sayılı TBK) hükümlerine tabi olacağını düzenlemiştir.²³⁸ Bu noktada ise, farklı bir husus ortaya çıkmaktadır. Zira İşK m. 10 bir yandan süreksiz işte çalışan işçileri İşK m. 34'ün dışına itmekte, diğer yandan anılan işçileri, söz konusu hususta TBK hükümlerine tabi tutarak (TBK m. 97), çalışmaktan kaçınmasına imkan tanımaktadır. Diğer bir ifadeyle, süreksiz işte çalışan işçiler, İşK m. 10 gereği İşK m. 34'ten yararlanamayacaktır. Ancak anılan konularda süreksiz işte çalışan işçilere TBK hükümleri uygulanacağından, TBK m. 97 çerçevesinde, anılan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğu ileri sürülebilir.

²³⁴ İşK m. 10/2; “Bu Kanunun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6 ncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”

²³⁵ İşin sürekli ya da süreksiz olması, yapılacak sözleşmenin belirli süreli ya da belirsiz süreli yapılmasını engellemez. Bu nedenle, eğer yapılacak işin süresi belirliyse ve niteliği gereği 30 iş gününden az sürecekse, anılan iş için belirli süreli iş sözleşmesi de yapılabilir. TUNÇOMAĞ, Esaslar, s. 50; AKYİĞİT, Cilt I, s. 478. Hatta öğretideki bir görüşe göre, süreksiz iş sözleşmeleri, aynı zamanda belirli süreli iş sözleşmeleridir zira kurulan iş ilişkisinin ne kadar süreceği objektif olarak taraflarca anlaşılmaktadır. SAYMEN, s. 417.

²³⁶ SAYMEN, s. 416 TUNÇOMAĞ, Esaslar, s. 50; EKONOMİ, s. 79; SÜZEK, s. 236-237; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 323-324.

²³⁷ SAYMEN, s. 415-416; TUNÇOMAĞ, Esaslar, s. 550; EKONOMİ, s. 79; AKYİĞİT, Cilt I, s. 477-478;

²³⁸ SÜZEK, s. 237; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 324-325.

Her ne kadar nitelikleri gereği otuz iş gününden az süren işler süreksiz iş kabul edilse de anılan işlerin fiilen otuz iş gününden daha fazla sürmesi de mümkündür. Örneğin niteliği gereği yirmi beş iş günü sürecek bir duvar yapımı işi için, işveren iki işiyle işin altmış iş gününde tamamlanması yönünde sözleşme yapmış olsun. Anılan iş niteliği gereği yirmi beş gün olduğu için süreksiz iştir ancak bu iş, fiilen altmış iş günü devam edecektir. Bu nedenle, anılan işçileri çalışmaktan kaçınma hakkının korunmasından mahrum bırakmak kanımızca İşK'nun sağlamak istediği amaçla uyusmamaktadır. Ayrıca, yapılacak işin süresinin otuz iş gününden daha az veya fazla olması, anılan hakkın kullanımına ilişkin herhangi bir değişiklik yapmamaktadır.

İfade etmemiz gerekir öğretilerde bu görüşün aksi de savunulabilir. Anılan aksi görüşü destekleyecek ilk husus ise, kanun koyucunun iradesinin anılan işçilerin bu haktan yararlanmasını istememesi yönünde yorumlanması olacaktır. Ancak, kanun koyucunun iradesi, süreksiz işte çalışanları her ne kadar bu haktan mahrum etmek yönünde olsa da yürürlükteki düzenleme gereği, anılan işçiler TBK hükümlerinden yararlanabilmelidir. Ayrıca, anılan işçilerin bu haktan mahrum kalmasını amaçlayan kanun koyucunun tercihinin gerekçesi de belli değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerle anılan işçiler, İşK m. 34'ten yararlanamazlar da TBK m. 97 ve TBK m. 98 kapsamında ödemezlik def'i hükümleri gereği çalışmaktan kaçınabilir. Süreksiz işte veya kısa süreli işlerde çalışan işçilerin, teorik olarak çalışmaktan kaçınma haklarının var olduğunu kabul etmekle birlikte, hakkın kullanılmasının pratik olarak kendilerine pek bir fayda sağlamayacağı da ifade edilmelidir. Zira anılan işler, zaman olarak çok kısa sürdüğünden, işverenin ücret ödemesi çoğunlukla işin bittiği zamana denk gelmektedir. Öte yandan verilecek bekleme süresi de hesaba katıldığında, anılan hakkın kullanımı süreksiz işte çalışanlar için daha da güç olacaktır.

Sürekli-süreksiz iş ayrımı sadece 4857 sayılı İşK'nda olduğu için, anılan sorunun iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunlara tabi işçiler için bir önemi olmadığını vurgulamamız gerekir. Son olarak ifade etmemiz gerekir ki, “*sürekli iş sözleşmesinin varlığı*” unsuru İşK m. 34'ün uygulanması için bir şart olup, genel olarak ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının bir şartı değildir. Bu bakımdan söz konusu unsurun, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının şartları altında incelenmiş olması teknik olarak uygun olmasa da anılan unsur başka bir başlık altında incelemek tarafımızca uygun görülmemiştir.

2.1.4. Ödenmesi Gereken Ücret Borcunun Varlığı

2.1.4.1. Genel Olarak

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için, öncelikle, işverenin ödemesi gereken ücret borcunun varlığı gerekir. Bu noktada belirlenmesi gereken husus, ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı kapsamında, “ücret” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Bu nedenle, çalışmada, ücret kavramının incelenmesi ihtiyacı doğmuştur.

2.1.4.2. Ücretin Tanımı

Daha önce de belirtildiği üzere, iş sözleşmesi üç temel unsur üzerine kuruludur; iş görme, bağımlılık ve ücret. İş sözleşmesinin kurulmasıyla işçi, işverene bağımlı bir şekilde iş görme borcu altına girer, yani emeğini işverene sunar; işveren ise, sunulan bu emeğin karşılığı olarak işçiye ücret ödeme borcu altına girer. Sözleşmenin yapısı gereği, ücret ile iş görme arasında bir karşılıklılık ilişkisi (synallagma/sinallagma) bulunmaktadır.²³⁹ Nitekim ücretin, yapılan işin karşılığı olduğu, uluslararası sözleşmelerde²⁴⁰, Anayasa’da²⁴¹ ve diğer yasal düzenlemelerde²⁴² de açıkça görülmektedir.

²³⁹ **PREIS, Ulrich**, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2021, § 611a, N. 389; **REİSOĞLU**, s. 40; **GÜZEL**, s. 141; **CENTEL**, Ücret, s. 64-65; **ÇOPUROĞLU**, s. 11.

²⁴⁰ Türkiye’nin de taraf olduğu ILO’nun 95 No’lu Ücretlerin Korunması Sözleşmesi’nin 1’inci maddesine göre ücret, yapılan veya yapılacak olan bir iş veya hut görülen ve görülecek olan bir hizmet için yazılı veya sözlü bir iş akdi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye, her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi kabil olup karşılıklı anlaşma veya milli mevzuatla tespit edilen bedel veya kazançları ifade eder. Aynı şekilde, yine Türkiye’nin de taraf olduğu ILO’nun 100 No’lu Eşit Ücret Sözleşmesi’nin 1’inci maddesi, ücretin, işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdi veya aynı olarak doğrudan doğruya veya bilvasıta ödenen normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer menfaatleri içine aldığı düzenlemiştir. Anılan sözleşmelerde yapılan tanımlara benzer bir ücret tanımı, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 157/2’de yapılmıştır. Anılan maddede karşılıklılık ilişkisi vurgulanmamakla birlikte, ücretin tanımı; “işçinin işverenden istihdam edilmesi nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak aldığı, nakdi veya aynı, temel veya asgari ücreti, maaşı veya diğer herhangi bir bedeli ifade eder.” şeklinde yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 56-57.

²⁴¹ Ücretin tanımı, karşılıklılık ilişkisi doğrultusunda, Anayasa’nın 55’inci maddesinde “Ücret, emeğin karşılığıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı esas, ücretin tanımını yapan İşK’nun 32’nci maddesinde de görülmektedir; “Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.” Anayasa’nın 55’inci maddesinden ve İşK’nun 32’nci maddesinden çıkan anlama göre, ücret, işçi tarafından iş görme borcunun karşılığı olarak ödenir, yani kural olarak, iş görülmemişse, ücret ödenmez. Öğretideki bir görüş, Anayasa’nın 55’inci maddesini, ücretin tanımını yapan bir hükümden daha çok, ücretin hangi durumda ödeneceğini düzenleyen bir hüküm olarak nitelemektedir. Bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 56.

²⁴² DİK m. 29’da ücret, “prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak gemi adamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından ödenen bir meblağ” şeklinde tanımlanmış, ancak TBK’nda ve BİK’nda ücretin tanımı yapılmamıştır. Bu noktada, TBK’nda ve BİK’nda ücretin tanımına ilişkin bir boşluk ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz burada da yukarıda yapılan genel kanun-özel kanun tartışması yapılabilir, ancak normlar hiyerarşisinde üstte olan Anayasa hükmü, yani Anayasa’nın 55’inci maddesi, genel bir nitelik taşısa da TBK’ndaki ve BİK’ndaki tanım boşluğunu doldurur.

Ücret, kural olarak, işçinin gördüğü işin karşılığı olarak hak kazandığı, işveren veya üçüncü kişiler tarafından ödenen ve sözleşme veya kanunlar tarafından miktarı belirlenen, para veya para ile ölçülebilir menfaatlerden oluşan kazanç olarak tanımlanmaktadır.²⁴³ Yapılan bu tanım doğrultusunda, ücretin üç unsuru olduğundan bahsetmek gerekir. Bunlar; görülen iş karşılığında ödenmesi, para veya para ile ölçülebilir menfaat ile ödenmesi ve işveren veya üçüncü kişiler tarafından ödenmesidir.²⁴⁴

2.1.4.3. Ücretin Unsurları

2.1.4.3.1. Görülen İş Karşılığında Ödenmesi

Ücret, yukarıda verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere, kural olarak, işçi tarafından görülen işin karşılığıdır. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesinin temel unsurlarından olan ücret, işverenin asli edim borcudur. Bunun karşılığında ise, işçinin iş sözleşmesinden doğan asli edim borcu olan iş görme yer alır.²⁴⁵

Ücret ile iş görme arasında sinallagmatik ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle, kural olarak iş görülmezse, ücret de ödenmez. Ancak günümüzde, iş görme borcundan bağımsız olarak işçinin hak kazanabileceği ücretler de vardır. İş görülmeksizin ödenen bu ücretler, sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi, kanunlarda da belirtilmiş olabilir. Örnek verecek olursak, İSGK'nun 13'üncü maddesinde, ciddi ve yakın tehlike sebebiyle çalışmaktan kaçınan işçilerin, çalışmaktan kaçındıkları süre boyunca ücrete hak kazanacakları düzenlenmiştir. Bunun dışında, hafta tatilinde,²⁴⁶ ulusal bayram ve genel tatillerde,²⁴⁷ yıllık ücretli izinlerde,²⁴⁸ ücretli doğum izninde²⁴⁹ işçiler, iş görme borcunu yerine getirmemesine rağmen, ücrete hak kazanır. Sosyal düşünceler çerçevesinde ortaya çıkan bu tip ödemeler, sosyal ücret

²⁴³ **ESENER**, s. 163; **EKONOMİ**, s. 130-131; **SÜZEK**, s. 350-351; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 631-622; **CENTEL**, Ücret, s. 58; **CENTEL**, İş Hukuku, s. 144-145; **ÇOPUROĞLU**, s. 10; **ÇİL, Şahin**, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1-2

²⁴⁴ Öğretideki bir görüş, belirtmiş olduğumuz unsurlar dışında, “karşılık olarak ödenme” unsurunu da belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 64-69; **CENTEL**, İş Hukuku, s. 145-147. Ancak, karşılık olarak ödenme unsuru, ücretin işin karşılığı olması unsurunun içinde olduğundan, bu unsurun ayrıca incelenmesine ihtiyaç yoktur.

²⁴⁵ **PREIS**, ErfK, BGB § 611a, N. 389; **REİSOĞLU**, s. 40; **CENTEL**, Ücret, s. 64-65; **ÇOPUROĞLU**, s. 11.

²⁴⁶ İşK m. 46; TBK m. 421; BİK m. 19; DİK m. 41,42.

²⁴⁷ İşK m. 47; DİK m. 43.

²⁴⁸ İşK m. 53-61; TBK m. 422-425; BİK m. 21, 29; DİK m. 40.

²⁴⁹ İşK m. 74. İşK m. 74/8'de yer alan “Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır.” ifadeden dolayı, diğer kanunlara tabi çalışan işçilere de İşK m. 74 uygulanır.

olarak adlandırılır.²⁵⁰ Bu nedenle, ücreti sadece görülen işin karşılığı olarak düşünmemek gerekir.

2.1.4.3.2. Para veya Para ile Ölçülebilir Menfaat ile Ödenmesi

Ücret, kural olarak, para ile yani nakdi ödeme ile veya para ile ölçülebilir aynı ödemelerle yerine getirilebilir. Nitekim ILO'nun 95 No'lu Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinde²⁵¹ yer alan *“Bu Sözleşme bakımından ücret tabiri, yapılan veya yapılacak olan bir iş veyahut görülen ve görülecek olan bir hizmet için yazılı veya sözlü bir iş akdi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye, her ne nam altında ve hangi hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi kabil olup karşılıklı anlaşma veya milli mevzuatla tesbit edilen bedel veya kazançları ifade eder.”* ifadesinden ve ILO'nun 100 No'lu Sözleşmesi'nin 1'inci maddesinin a bendinde²⁵² yer alan *“ücret deyimi, işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdi veya ayni olarak doğrudan doğruya veya bilvasıta ödenen normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer menfaatleri içine alır.”* ifadesinden, ücretin nakdi veya ayni şekilde ödenebileceği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 55'inci maddesinde ücretin, emeğin karşılığı olduğu belirtilmiş ancak ne şekilde ödeneceği belirtilmemiştir. Ancak ILO sözleşmelerinde de belirtildiği üzere kural, ücretin para veya para ile ölçülebilir menfaat ile ödenmesi şeklindedir. Durum böyle olmakla birlikte, İşK m. 32'ye göre ücret, işçiye para ile ödenen tutardır. Belirtmek gerekir ki, İşK m. 32'de belirtilen ücret, asıl ücret olup, asıl ücretin dışında yapılan ek ödemeler, para ile ölçülebilir menfaat şeklinde ödenebilir.²⁵³

TBK m. 401'e göre, *“İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.”* Anılan maddede, ücretin nakdi şekilde ödenmesi gerektiği doğrudan belirtilmemiş, ancak ödenecek ücretin, asgari ücretten az olmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar doğrudan olmasa da anılan madde gereği ödenmesi gereken

²⁵⁰ ESENER, s. 166-167; EKONOMİ, s. 130; SÜZEK, s. 351; GÜZEL, s. 141; CENTEL, Ücret, s. 59-60, 217-218; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 621; ÇOPUROĞLU, s. 11-12.

²⁵¹ Protection of Wages Convention, No. 95, Article 1; *“In this Convention, the term wages means remuneration or earnings, however designated or calculated, capable of being expressed in terms of money and fixed by mutual agreement or by national laws or regulations, which are payable in virtue of a written or unwritten contract of employment by an employer to an employed person for work done or to be done or for services rendered or to be rendered.”*

²⁵² Equal Remuneration Convention, No. 100, Article 1 Paragraph (a) *“the term remuneration includes the ordinary, basic or minimum wage or salary and any additional emoluments whatsoever payable directly or indirectly, whether in cash or in kind, by the employer to the worker and arising out of the worker's employment”*

²⁵³ ESENER, s. 163-166; CENTEL, Ücret, s. 74-75; EKONOMİ, s. 131; SÜZEK, s. 351, ÇOPUROĞLU, s. 12.

ücretin nakden ödenmesi ve asgari ücretten az olmaması gerektiği kabul edilmelidir. Ayrıca, ifade etmek gerekir ki, TBK m. 401’de düzenlenen ücret de işçinin asıl/temel/çıplak ücretidir.

DİK’nda ücret, 29’uncu maddede düzenlenmiş²⁵⁴ ancak maddede ücretin ne şekilde ödenmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. BİK’nda ücreti düzenleyen 14’üncü²⁵⁵ madde için de aynı durum geçerlidir. Bu nedenle, asıl ücretin ödenme şekline ilişkin anılan kanunlarda (BİK ve DİK) bir boşluk olduğundan, TBK m. 401 hükmü gereği, BİK ve DİK kapsamında çalışan işçilerin asıl ücretinin, nakdi olarak ödenmesi gerekir.

2.1.4.3.3. İşveren veya Üçüncü Kişiler Tarafından Ödenmesi

İş sözleşmesinden doğan, işverenin asli edim borcu, ücret ödemedir. Ücret, kural olarak işveren tarafından ödenir. Ancak belirtmek gerekir ki, TBK m. 83’e göre; borcun borçlu tarafından bizzat ödenmesinde, alacaklının bir menfaati yoksa borçlu, borcu şahsen ifa

²⁵⁴ DİK m. 29; “(1) Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak gemiadamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından ödenen bir meblağdır. Çalıştırılan gemiadamına ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı gemiadamı sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri gibi unsurları dikkate alarak işverenleri veya işveren vekillerini zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir. Çalıştırdığı gemiadamlarının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya işveren vekilleri, gemiadamlarının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler. Gemiadamlarının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesaplarına yatırılmak suretiyle ödenmesine ilişkin diğer usul ve esaslar anılan bakanlıklarca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. (2) Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın, gemi adamına hizmet akdinde gösterilen yer ve devrelerde tam olarak ödenmesi, işverenler ile işveren vekillerinin birinci fıkra uyarınca zorunlu tutulduğu durumlarda ise özel olarak açılan banka hesabına yatırılması mecburidir. (3) Ücret ödeme devresi bir aydan fazla olamaz. (4) Hizmet aktinin sona ermesi veya bozulması halinde işveren veya işveren vekili gemiadamının ücretini derhal ve tam olarak ödemek zorundadır. (5) Haklı bir sebep olmaksızın işini yapmayan gemiadamı, keyfiyet gemi jurnalına kaydedilmek ve jurnalı yoksa bir tutanakla belgelenmek şartıyla bu müddete ait ücretten mahrum edilir. Bu yüzden uğradığı zararın telafisi için işverenin tazminat istemek hakkı saklıdır.”

²⁵⁵ BİK m. 14; “Kararlaştırılan ücret, her ay peşin olarak ödenir. İlave ücretlerin sigorta primlerinin ödenmesi mecburidir. Çalıştırılan gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı gazeteci sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri gibi unsurları dikkate alarak işverenleri zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir. Çalıştırdığı gazetecilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler, gazetecilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler. Gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarının özel olarak açılan banka hesaplarına yatırılmak suretiyle ödenmesine ilişkin diğer usul ve esaslar anılan bakanlıklarca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. (2) Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar. (3) Mukavele müddeti sona ermeden evvel kendisine atfedilebilecek bir kusuru olmaksızın işine son verilen gazeteci, peşin almış olduğu ücretin henüz işlememiş bulunan kısmını iade etmeye mecbur tutulamaz. (4) Gazeteciler her hizmet yılı sonunda işverenin sağladığı karın emeklerine düşen nispi karşılığı olarak asgari birer aylık ücret tutarında ikramiye alırlar.”

etmek zorunda değildir. İş sözleşmelerinde de ücretin, kural olarak, kim tarafından ödendiğinin, işçi açısından bir önemi yoktur. Diğer bir ifadeyle, işverenin şahsına bağlı bir edim söz konusu değildir. Bu nedenle ücret, işveren tarafından veya üçüncü kişiler tarafından ödenebilir.²⁵⁶

TBK m. 83 hükmüne uygun olarak, İşK m. 32’de ücretin işveren veya üçüncü kişiler tarafından ödenebileceği düzenlenmiştir.²⁵⁷ Anılan hüküm gereği, üçüncü kişiler de işçinin ücretini ödeyebilir. İfade etmek gerekir ki, anılan hüküm olmasaydı da TBK m. 83 gereği, yine aynı sonuca ulaşıldı.

BİK’nda, ücretin kim tarafından ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. DİK’nda ise, m. 14, ücretin işveren veya işveren vekili tarafından ödenebileceğini düzenlemiştir. Ancak söz konusu maddede tanımlanan işveren vekili “üçüncü kişi” olarak değerlendirilmez. Zira işveren vekili, işveren adına ve hesabına hareket eden kişidir.²⁵⁸ Bu nedenle ücretin işveren vekili tarafından ödenmesinde de aslında, ödemeyi işveren yapmış kabul edilir.

BİK’nda ve DİK’nda, ücretin üçüncü kişiler tarafından ödenip ödenemeyeceğine ilişkin bir boşluk olduğundan, TBK m. 83 hükmü, DİK’na ve BİK’na tabi çalışanlar için de uygulanır. Buna bağlı olarak, anılan kanunlara tabi işçilerin ücretinin, bizzat işveren tarafından ödenmesi konusunda işçinin bir menfaati yoksa, ücretler üçüncü kişiler tarafından da ödenebilir.

2.1.4.4. Ücret Tespit Sistemleri

İşçiye ödenecek ücreti tespit edebilmek için, çeşitli sistemler geliştirilmiştir. Bu sistemler, iş ilişkisindeki farklı kriterleri göz önüne alarak, ücretin tespit edilmesini sağlar. Çalışma konumuz ile alakalı husus ise, ücretin hangi sisteme göre tespit edildiğinin, çalışmaktan kaçınma hakkına herhangi bir etkisinin olmayacağıdır. Zira ücret ister zamana göre²⁵⁹ ister verime göre²⁶⁰ veya yüzde usulüne göre²⁶¹ belirlensin, çalışmaktan kaçınma

²⁵⁶ CENTEL, Ücret, s. 69-70; CENTEL, İş Hukuku, s. 146; SÜZEK, s. 351; ÇOPUROĞLU, s. 12.

²⁵⁷ CENTEL, Ücret, s. 70; ÇOPUROĞLU, s. 12.

²⁵⁸ SÜZEK, s. 179-185; GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren Vekili”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, Y. 1998, s. 468-469; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 243-249;

²⁵⁹ Şüphesiz, en çok bilinen/kullanılan ücret tespit sistemi, zamana göre ücrettir. Zamana göre ücret, işçinin belirli bir zaman birimi içerisinde işverene sunduğu emeğin karşılığı olan ücreti ifade eder. Bu ücret sisteminde, belirli bir işin tamamlanması değil, belirli bir emeğin hizmetin, belirli bir süre sunulması önemlidir. Diğer bir ifadeyle, belirli bir zaman birimi süresince sunulan emeğin karşılığı ücrettir. Anılan zaman birimi; saat, gün, hafta veya ay şeklinde belirlenebilir. Bkz. ESENER, s. 173; EKONOMİ, s. 131; İZVEREN, s. 134; CENTEL, Ücret, s. 97; SÜZEK, s. 352; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 634; ÇOPUROĞLU, s. 13. Hatta işçiye ödenecek ücret, dakika veya yıllık olarak bile tespit edilebilir. Ücret zamana

hakkının ortaya çıkması bakımından bir fark yaratmayacaktır. Bu bakımdan, ücret tespit sistemleri, çalışmanın sınırlarını aşmamak adına incelenmemiştir.

Konunun ilerleyen kısımlarında önem arz edeceği için, burada sadece “*zamana göre ücret tespit sistemi*” ile “*ücret ödeme aralıkları*” ve “*ücretin ödenme zamanı*” arasındaki farktan kısaca bahsedilmelidir. Zamana göre ücret tespit sisteminde, işçiye ödenecek ücretin sadece tespiti söz konusuysa, ücret ödeme aralıklarında ve ücret ödeme zamanında tespit

göre belirlendiği için, işçinin belirli bir zaman aralığında hizmetini işverene sunması yeterlidir. Yani işyerinde işe ve işverenin emir ve talimatlarına hazır bulunduğu zaman dilimi, zamana göre ücretin hesabında dikkate alınır. Anılan sürede, işverenin işçiye iş vermemiş olması, işçinin herhangi bir verim/üretim sağlamamış olması, ücrete hak kazanma noktasında bir farklılık yaratmayacaktır. Bkz. **ESENER**, s. 173. Aynı şekilde, işçi belirlenen zaman aralığında çalıştığı sürece, işçinin üretime katkısının az olması veya fazla olması da ücretinde bir farklılık yaratmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin verimi, ücretin belirlenmesinde önemli değildir. Bkz. **ESENER**, s. 173; **REİSOĞLU**, s. 188-189. Ücret zamana göre belirlendiği için, işçinin belirli bir zaman aralığında hizmetini işverene sunması yeterlidir. Yani işyerinde işe ve işverenin emir ve talimatlarına hazır bulunduğu zaman dilimi, zamana göre ücretin hesabında dikkate alınır. Anılan sürede, işverenin işçiye iş vermemiş olması, işçinin herhangi bir verim/üretim sağlamamış olması, ücrete hak kazanma noktasında bir farklılık yaratmayacaktır. Bkz. **ESENER**, s. 173. Aynı şekilde, işçi belirlenen zaman aralığında çalıştığı sürece, işçinin üretime katkısının az olması veya fazla olması da ücretinde bir farklılık yaratmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin verimi, ücretin belirlenmesinde önemli değildir. Bkz. **ESENER**, s. 173; **REİSOĞLU**, s. 188-189.

²⁶⁰ Verime göre ücrette, işçinin ücreti, zamana göre ücretin aksine, işçinin ne kadar süre ile çalıştığına göre değil, ortaya çıkardığı üretim miktarını göre belirlenmektedir. Bkz. **İZVEREN**, s. 135. Bu nedenle, işçinin kaç saat çalıştığı, kural olarak bir önemi yoktur. İşçinin ücreti verime göre tespit ediliyorsa, işçi ne kadar çok üretirse o kadar çok ücrete hak kazanır. Bu ücret tespit sistemindeki temel düşünce, işçiye daha fazla üretmeye sevk etmek ve böylelikle üretimi ve buna bağlı olarak kârı ve verimi artırmaktır. Bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 99; **ÇOPUROĞLU**, s. 15-16. Verime göre ücretin çeşitli görünüşleri vardır. Bunlar; akort ücret ve götürü ücrettir. Öğretide akort ücretin tanımı; “*Akort ücret, yapılan işin sonucuna, yani işçinin ürettiği mal birimine veya işin miktarına göre hesaplanarak ödenen ücrete denir*” şeklinde yapılmıştır. Bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 104. Akort ücretin de kendi içerisinde, parça akordu, para akordu, zaman dilimi, grup akordu gibi çeşitleri vardır. Ücret, işçinin ürettiği her bir parça için belirleniyorsa, parça akordundan; üretilen parça sayısı, uzunluk veya ağırlık birimleri esas alınarak hesaplanıyorsa para akordundan bahsedilir. Zaman akordunda, belirli bir zaman diliminde üretilecek iş miktarı öngörülmekte ve bu iş için belirlenen her zaman dilimi için, işçi ücrete hak kazanmaktadır. Bu noktada, zaman akordu ile zamana göre ücret arasındaki farkı belirtmekte fayda vardır. Örnek üzerinden anlatacak olursak; bir marangoz işyerinde, bir sandalyenin üretimi için bir saatlik bir zaman dilimi belirlenmiş olsun. Her bir zaman dilimi için işçi, bir birim ücrete hak kazanmaktadır. Bu durumda, zaman diliminin belirlenmesi, üretilecek sandalye üzerinden hesaplandığı için burada zaman akordu vardır. İşçi, bir saatlik zaman dilimi içerisinde, sandalyeyi üretemezse de ücrete hak kazanır. Bu bakımdan, zaman akordu ile zamana göre ücret birbirine benzemektedir. Zamana göre ücrette ise, işçinin çalıştığı her saat için bir birim ücrete hak kazanması durumu vardır. Ancak, belirlenen bir saatlik zaman dilimi, üretilecek sandalyeyle bağlantılı değildir. Diğer bir ifadeyle, zaman dilimi belirlenirken, sandalye üzerinden hareket edilmemiştir. Akort ücretin bir işçi grubu için belirlendiği durumlarda ise, grup akordundan bahsedilir. Yani ücret, işçi grubunu oluşturan işçilerin toplam üretimine göre belirlenmektedir. Bkz. **İZVEREN**, s. 135; **CENTEL**, Ücret, s. 105; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 636; 158-159; **ÇOPUROĞLU**, s. 17-18. Götürü ücret ise temelde akort ücret gibidir, ancak, götürü ücrette, işçi tarafından üretilen malın veya sunulan hizmetin ölçülmesi güçtür. Diğer bir ifadeyle götürü ücret, işin sonucuna göre belirlenen ücrettir, ancak işin birim olarak ölçülmesi, akort ücretteki kadar belirgin ve kolay değildir. Bkz. **ESENER**, s. 174; **CENTEL**, Ücret, s. 106; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 636.

²⁶¹ Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde, müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde ile eklenerek müşteriler tarafından ödenen, daha sonra da işveren tarafından işçilere ödenen ücrete yüzde usulü ücret denir. Bkz. **İZVEREN**, s. 138; **ESENER**, s. 174; **CENTEL**, Ücret, s. 106; **SÜZEK**, s. 353; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 636; **ÇİL**, İşçinin Ücreti, 298; **ÇOPUROĞLU**, s. 19. Yüzde usulü ücret, 4857 sayılı İşK’nun 51’inci maddesinde düzenlenmiştir. Ancak yüzde usulü maddede belirtilen işyerleri dışında da uygulanabilir. Bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 107.

edilen ücretin, zaman anlamında hangi aralıklarla (periyotlarla) ve ne zaman ödeneceği söz konusudur.²⁶²

Örnek verecek olursak, bir şirkette hukuki danışman olarak çalışan bir işçinin, yapılan sözleşme gereği, işyerinde çalıştığı her dakika için belirli bir ücrete hak kazandığı varsayımında, işçinin ücreti, dakikaya göre tespit edilmiş olur, yani zamana göre ücret tespit sistemi kullanılmış olur.²⁶³ Sunulan hizmetin/görülen işin her dakikası için işçi, belirli bir ücrete hak kazanır. Tespit edilen bu ücretin ödemesinin ayda bir yapılması ücret ödeme aralıklarını, ücretin her ayın 15'inde ödenmesi ise ücretin ödenme zamanını ifade eder. Diğer bir ifadeyle,

ücret tespit sistemleri (ücretin hesaplanması) ile ücret ödeme aralıkları (periyotları) farklı kavramları ifade etmektedir.²⁶⁴

Konumuz açısından önemli olan nokta ise, ücretin muaccel olduğu anın, ücret tespit sistemlerine göre değişip değişmediğidir. Diğer bir ifadeyle, incelenmesi gereken husus zamana göre, verime göre ve yüzde usulüne göre hak kazanılan ücretin ne zaman muaccel olduğu ne zaman ödenmesi gerektiği ve anılan ücretlerin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında bir farklılık yaratıp yaratmadığıdır.

İfade etmemiz gerekir ki, ücretin hesaplanmasında hangi tespit sistemi kullanılırsa kullanılsın, ücretin muaccel olacağı zaman, taraflar, kendi aralarında aksine bir anlaşmaya varmadıkları sürece, TBK m. 406 gereği, her ayın sonunda ödenir. Bu nedenle, yukarıda belirtilen konularda, ücret tespit sisteminin etkisi bulunmamaktadır.

2.1.4.5. Ücretin Kapsamı

2.1.4.5.1. Genel Olarak

Ücretin kapsamının belirlenmesi, çalışmaktan kaçınma hakkının, hangi ücretler ödenmediğinde kullanabileceğini belirlemek açısından büyük önem taşır. Bu nedenle, dar ve geniş anlamda ücret kavramları incelenirken, her ne kadar çalışma konusundan uzaklaşıyor görünsek de esas amacımız, çalışmaktan kaçınma hakkına konu olabilecek ücrete, dar ve geniş anlamda ücretin girip girmediğini belirlemektir. Zira ileride incelenmiş olmakla

²⁶² CENTEL, Ücret, s. 99; ÇOPUROĞLU, s. 15-16.

²⁶³ Zamana göre ücretin tespit sisteminde, zaman bakımından kesin bir alt sınır veya üst sınır olduğundan bahsedilemez. Ancak, ücret tespit sisteminin, kanımızca, işçi tarafından öngörülebilir olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, işçinin korunması adına, işçi, her ödeme döneminde kendisine ödenecek ücreti öngörebilmelidir. Ücretin tespit edilmesinde, zaman bakımından kesin bir sınır olduğundan bahsedilemezse de hukukumuzda, ücretin ödenme aralıklarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Çalışmanın devamında, ücret ödeme zamanı ve ücret ödeme aralıklarına ilişkin detaylı bilgi verilmiştir.

²⁶⁴ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 323, N. 9, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 323, N. 2.

birlikte, öğretideki bir görüşe göre, çalışmaktan kaçınma hakkına konu ücrete geniş anlamda ücret dahil değildir. Bu görüş nedeniyle, hangi ücretlerin geniş anlamda ücrete dahil olduğunu belirlemek oldukça önemlidir. Nitekim anılan görüş kabul edilirse ve ödenmeyen ücret dar anlamda ücret kapsamında değerlendirilecek bir ücret değilse, işçi çalışmaktan kaçınamayacaktır.

2.1.4.5.2. Dar Anlamda Ücret

Dar anlamda ücret, işçiye yapmış olduğu iş karşılığında ödenen ücreti ifade eder. İşK m. 32, ücretin tanımını yaparken, aslında dar anlamda ücreti tanımlamıştır. Anılan ücret, uygulamada ve öğretide temel ücret, kök ücret, çıplak ücret, genel anlamda ücret olarak da ifade edilmektedir.²⁶⁵

Asıl ücret, her ödeme zamanında, işçinin görmüş olduğu işin karşılığı olarak işçiye ödenen bir miktar paradır. Diğer bir ifadeyle, para ile ödenmesi gereken asıl ücret, işçinin yerine getirmiş olduğu iş görme borcunun karşılığıdır. Öğretide kabul edilen görüşe göre; dar anlamda ücretin içerisinde, işçiye ödenen prim, ikramiye, sosyal yardımlar, ayni yardımlar vb. menfaatler dahil değildir.²⁶⁶

Asıl ücretin aynı şekilde ödenmesi kararlaştırılamaz. Zira İşK m. 32’de de ücretin para ile ödeneceği belirtilmiştir.²⁶⁷ Aynı durum, TBK m. 401 gereği, TBK’na, BİK’na ve DİK’na tabi işçiler için de geçerlidir. Aynı şekilde asıl ücret, çekle, bonoyla veya emre muharrer senetle de ödenemez.²⁶⁸ Bunun nedeni ise, işçi bakımından parayı temsil eden evrakların paraya çevrilmesinde işçinin yaşayabileceği sıkıntıdır.²⁶⁹ Durum böyle olmakla birlikte, ILO’nun 95 sayılı Sözleşmesi’nin 3’üncü maddesi gereği²⁷⁰ ve 1475 sayılı Kanun’da bu yönde bir yasak olmamasından dolayı, öğretideki bir görüş, sınırlı hallerde, parayı temsil eden

²⁶⁵ ÇENBERCİ, s. 667; EKONOMİ, s. 130; ESENER, s. 164; CENTEL, İş Hukuku s. 149; CENTEL, Ücret, s.115; SÜZEK, s. 351; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1476; ÇOPUROĞLU, s. 22; GÜNAY, Ücret, s. 37; ÇİL, Ücret, s. 2. Y.9.HD., E. 2009/13882, K. 2011/14451, T. 12.05.2011 (www.legalbank.net)

²⁶⁶ EKONOMİ, s. 130; CENTEL, Ücret, s. 115; SÜZEK, s. 350.

²⁶⁷ ÇOPUROĞLU, s. 83; SÜZEK, s. 351;

²⁶⁸ ESENER, s. 177; SÜZEK, s. 365; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1490-1491; ÇOPUROĞLU, s. 85.

²⁶⁹ ESENER, s. 177.

²⁷⁰ 95 sayılı Sözleşme madde 3; “(1)Nakit olarak ödenmesi gereken ücretler, münhasıran tedavülî mecburi olan para ile ödenecek ve emre muharrer senetle, bono ile, kuponla veya tedavülî mecburi parayı temsil ettiği iddia olunan diğer herhangi bir şekilde ödeme yasak edilecektir. (2) Ücretlerin bir banka üzerine çekilen çekle yahut posta çeki veya havalesiyle tediyesi teamülden olduğu veya özel vaziyetler dolayısıyla zaruri bulunduğu veya bir kollektif mukavele veya hakem kararıyla bu şekillerde ödemenin derpiş edildiği yahut bunların hiçbirisi mevcut bulunmadığı takdirde ilgili işçi rıza gösterdiği hallerde, yetkili makam, ücretin, sözü edilen şekillerde ödenmesi müsaade veya hükmedilebilir.”

senetle veya kıymetli evrakla, ücretin ödenebileceğini kabul etmekteydi.²⁷¹ Ancak mevcut düzenleme karşısında artık bunun mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

İfade etmek gerekir ki, İşK m. 32’de belirtilen asıl ücretin para ile ödenme zorunluluğunun yaptırımı düzenlenmemiştir. Ancak öğretide, bu borca aykırı davranmanın, ücret borcunu ifa etmeme sonucunu doğuracağı ileri sürülmüştür. Bu durumda ise, işveren sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde, işçiye yapmış olduğu para dışındaki ödemeyi geri alabilecektir.²⁷²

İşçi açısından, asıl ücretin tespiti şüphesiz çok önemlidir. Anılan önem, sadece ücretin işin karşılığı olmasından kaynaklanmamaktadır. Zira Kanun koyucu, belirli durumlarda, işçiye ödenecek bazı alacakların tespitinde asıl ücretten hareket etmiştir. Örneğin İşK m. 50’ye göre, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde ve İşK m. 57/2’ye göre yıllık izin ücretinin tespitinde asıl ücretten hareket edilir.²⁷³

2.1.4.5.3. Geniş Anlamda Ücret

Geniş anlamda ücretin tanımı bireysel iş kanunlarında veya TBK’nda yapılmamıştır. Ancak İşK m. 17/7’ye göre, işçiye ödenecek ihbar tazminatının ve kötüniyet tazminatının hesabında, İşK m. 32/1’de yer alan asıl ücrete ek olarak, işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.²⁷⁴ Aynı şekilde 1475 sayılı İşK m. 14/11’e ve DİK m. 20/12’ye göre kıdem tazminatının hesabında da asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.²⁷⁵ Anılan tazminatların hesabında göz önünde tutulan temel ücret ve bunun yanında işçiye ödenen/ödenmesi gereken para ya da parayla ölçülmesi mümkün olan menfaatler, geniş anlamda ücreti oluşturur.²⁷⁶ Bu bağlamda işçiye sağlanan prim²⁷⁷, ikramiye²⁷⁸, komisyon²⁷⁹, işin sonucundan pay alma (kardan pay

²⁷¹ EKONOMİ, s. 141; CENTEL, Ücret, s. 318-319.

²⁷² CENTEL, Ücret, s. 319; SAYMEN, s. 507.

²⁷³ CENTEL, Ücret, s. 115-116; ÇOPUROĞLU, s. 22.

²⁷⁴ SÜZEK, s. 521; CENTEL, Ücret, s. 116

²⁷⁵ ESENER, s. 165; SÜZEK, s. 757; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1168; CENTEL, Ücret, s. 116;

²⁷⁶ ESENER, s. 165; CENTEL, Ücret, s. 117.

²⁷⁷ Prim, işçinin, nitelik veya nicelik bakımından gösterdiği başarının karşılığı olarak ödenen bir ek ödemedir. Primler, bireysel iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi, işverenin tek taraflı taahhüdüyle de ortaya çıkabilir. İşverenin tek taraflı taahhüdüyle sağlanan primin, bir sonraki dönem için işçi tarafından talep edilebilmesi için ve bunun işveren açısından bir borç olabilmesi için, şüphesiz, bunun işyeri uygulaması haline gelmiş olması gerekir. SÜZEK, s. 354; CENTEL, Ücret, s. 126-127; ÇOPUROĞLU, s. 23-24; GÜNAY, Ücret, s. 38. Öğretideki bir görüşe göre, yukarıda belirttiğimiz aksine, prim asıl ücrete dahildir. Zira primler de görülen işin karşılığıdır. Nitekim yukarıda verdiğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere, prim, iş sonucunun belirli bir niteliği veya niceliği aşması sonucu, işçinin ödüllendirilmesidir. Bkz. SOYER, Kaçınma

alma)²⁸⁰, bahşış²⁸¹ vb. menfaatler ile yemek, yol, ısınma, giyim vb. yardımlar ve fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma ücreti, tatil ücretleri gibi ücretler, temel ücretle birlikte geniş anlamda ücret kavramı içerisinde yer almaktadır.²⁸² Öte yandan asıl ücret dışında işçilere sağlanan ücretler aynı şekilde de ödenebileceğinden, anılan aynı ödemeler de geniş anlamda ücrete dahildir.

Çalışma konusunun sınırlarını aşmamak adına, anılan ücretler detaylıca incelenmemiştir. Konumuz açısından önem arz eden nokta ise, yukarıda bahsi geçen ve “ücret” kavramına dahil olan ücret türlerinin, çalışmaktan kaçınma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesidir. Bu kapsamda, çalışmaktan kaçınma hakkına konu olabilecek ücretler, ücret ekleri ve diğer bazı ödemeler, aşağıda incelenmiştir.

Hakkı, s. 660. Diğer bir görüşe göre ise, primin asıl ücretin bir eki olup olmadığının değerlendirilmesinde, primin işçiye ödenme amacına bakılması gerekir. Prim, işçiye, gördüğü işin karşılığı olmaksızın, göstermiş olduğu gayretin ödüllendirilmesi şeklinde ödenmiş ise, asıl ücretin eki olarak değerlendirilemez. Ancak prim, nicelik veya nitelik yönünden üstün olan işinin karşılığı olarak ödenmişse, asıl ücretin eki olarak değerlendirilir. Bkz. **ESENER**, s. 168-169. Öğretide kabul edilen görüşe göre, prim, geniş anlamda ücrete dahil bir kavramdır. Diğer bir ifadeyle, prim, işçinin asıl ücretinin yanında, nitelik veya nicelik bakımından sunmuş olduğu başarı karşılığında ödenen bir ücret ekidir. Bkz. **İZVEREN**, s. 136; **SÜZEK**, s. 351; **CENTEL**, Ücret, s. 115. Kanımızca, prim, doğrudan yapılan işin karşılığı olduğu için, asıl ücrete dahil edilmesi gereken bir ödemedir. Ayrıca, taraflar anlaşarak, asıl ücretin sadece primlerden oluşabileceğini de kararlaştırabilirler. Asıl ücret, sadece primlerden oluştuğu takdirde, işçinin nitelik veya nicelik açısından başarısız bir dönem geçirmesi durumunda işçinin ücrete hak kazanamayacağı düşüncesi kabul edilemez. Zira bu durumda, işçinin, aylık asgari ücretten az olmamak üzere, emsal ücrete hak kazanacağı kabul edilmelidir.

²⁷⁸ İkramiye, işçiden duyulan memnuniyetin ifadesi olarak veya evlenme, doğum gibi belirli durumlarda veya bayramlarda, yılbaşlarında işçilere ödenen ek ödemedir. Bkz. **ESENER**, s. 170; **İZVEREN**, s. 136.

²⁷⁹ Komisyon veya provizyon olarak adlandırılan ücret türü, temel anlamda, işçiye başarılı şekilde gerçekleştirmiş satışların veya işlemlerin karşılığı olarak ödenen para olarak tanımlanmaktadır. İşçinin komisyona hak kazanabilmesi için, işin yapılması/satışın gerçekleştirilmesi ve bedelin tahsil edilmesi gerekir. Bkz. **İZVEREN**, s. 137.

²⁸⁰ Kardan pay alma veya işin sonucundan pay alma ise, TBK m. 403'te; “Sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir.” şeklinde düzenlenmiştir. Kardan pay alma, işletmenin veya işyerinin tamamında veya bir bölümünde, taraflarca kararlaştırılmış dönemlerin sonunda, elde edilen karın belirli bir bölümüne hak kazanmasıdır. Anılan maddede, kardan pay alma ücretinin, işçinin asıl ücretine ek olabileceği düzenlenmiş, ancak işçinin asıl ücretinin sadece kardan pay alma şeklinde belirlenip belirlenemeyeceği düzenlenmemiştir. Öğretideki bir görüşe göre, işçinin asıl ücreti sadece kardan pay alma şeklinde kararlaştırılamaz. Anılan görüşe göre, işçi, kardan pay alabilmek için karın gerçekleşmesine kadar beklemek zorundadır. Ancak işçinin asıl ücretinin belirli dönemlerde ödenme zorunluluğunun bulunması karşısında, anılan süreyi ücret almadan beklemesi kabul edilemez. Ayrıca karın tesadüfi bir durum olması, dolayısıyla asıl ücretin tesadüfe bağlanması iş hukukuna uygun düşmemektedir. Bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 133-134. Öğretideki aynı sonuca ulaşmakla birlikte, bu sonucun nedenini farklı olduğunu belirten bir görüş de vardır. Bu görüşe göre, kar olmadığı takdirde, hak edilecek bir ücret de olmayacağı için, kardan pay alma ücreti, asıl ücrete ek niteliktedir. Bkz. **İZVEREN**, s. 137-138. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, işçinin asıl ücreti, sadece kardan pay alma şeklinde kararlaştırılabilir. Ancak işçinin ücreti sadece kardan pay alma şeklinde belirlendiği takdirde, bu ücretin aylık asgari ücretten az olmaması gerekir. Bkz. **SÜZEK**, s. 358.

²⁸¹ Bahşış, işçi tarafından sunulan hizmetten duyulan memnuniyeti göstermek adına, zorunluluk olmamasına rağmen müşteriler tarafından ödenen bir miktar paradır. Bahşış miktarı, müşteri tarafından belirlenir. Bu paralar, işçi tarafından alıkonur. Diğer bir ifadeyle, işverenin anılan bahşışlar kontrol edip, işçilere paylaşırma görevi veya hakkı yoktur. Bkz. **SÜZEK**, s. 354; **ÇİL**, Ücret, s. 396-397.

²⁸² **SÜZEK**, s. 363; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2019, s. 158-159; **CENTEL**, Ücret, s. 116-117; **ÇOPUROĞLU**, s. 22; **GÜNAY**, Ücret, s. 39.

2.1.4.6. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Olabilecek ve Olamayacak Ücretlerin Değerlendirilmesi

2.1.4.6.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Ücret ve Bazı Özel Durumlar Çerçevesinde Değerlendirilmesi

2.1.4.6.1.1. Asıl Ücret ve Ücret Ekleri

Yukarıda, İşK m. 32’de belirtilen ücret kavramının, asıl ücret olduğu, yani işçinin iş görmesi karşılığında hak kazandığı ücret olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada, “*Ücretin gününde ödenmemesi*” başlıklı İşK m. 34’te belirtilen ücret kavramı ile “*Ücret ve ücretin ödenmesi*” başlıklı m. 32’de belirtilen ücret kavramının aynı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle konu, dar anlamda ücret ve geniş anlamda ücret çerçevesinde incelenmelidir.

Bu değerlendirmenin ise iki farklı şekilde yapılabileceği kanaatindeyiz. Öncelikle İşK m. 34’ün işçi lehine yorum ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, daha sonra ise, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemezlik def’i olduğundan, işçiye ödenmeyen ücret ile iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişkinin olup olmadığının incelenmesi yapılacaktır.

2.1.4.6.1.1.1. İşçi Lehine Yorum İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme

Konunun değerlendirilmesi noktasında, maddenin yorumundan hareket edilmelidir. Zira İşK m. 34 “ücret” kavramı noktasında açık değildir ve yoruma muhtaçtır. Madde metninde düzenlenen ve çalışmaktan kaçınma hakkına konu “ücret” kavramı hem dar anlamda hem de geniş anlamda anlaşılabilir. Anılan ücret, “dar anlamda ücret” şeklinde yorumlanırsa, işçinin aleyhine, “geniş anlamda ücret” şeklinde yorumlanırsa işçinin lehine sonuç doğar. Bu noktada, Yargıtay’ın²⁸³ ve öğretinin²⁸⁴ de kabul

²⁸³ **YİBK**, E. 15, K. 5, T. 28.5, “*Kanun koyucuya. İş Kanunlarını kabul ettiren tarihî sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyarak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lâfzın gayenin ışığı altında mânalandırılmasının gerektiği gözönünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi iş hukukumun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatında bu esas benimsenmiş bulunmaktadır. Hâdiseye tatbiki gerekli metinler incelenince hemen hemen tereddüde yer olmamakla beraber, bir tereddüdün söz konusu olabileceği kabul edilse dahi, heyetçe varılan netice, burada hatırlatılan tefsir esasına da uygun bulunmaktadır.*” 1958 (RG, T. 26.9.1958, S. 10017). **YHGK**, E. 2005/9-160, K. 2005/181, T. 16.03.2005; Y.9.HD, E. 2007/9343, K. 2008/1730, T. 21.02.2008; **Y.22.HD**, E. 2014/2735, K. 2015/15624, T. 29.04.2015.

etmiş olduğu işçi lehine yorumun ilkesinden hareket edilmelidir. Sonuç olarak, İşK m. 34'te yer alan ücret kavramı işçi lehine yorumlanmalı, anılan kavram “geniş anlamda ücret” şeklinde anlaşılmalıdır.²⁸⁵

İfade etmemiz gerekir ki işçi lehine yorum ilkesi ile varmış olduğumuz bu sonuç, sadece İşK m. 34 ve İşK tabi işçiler için geçerlidir. Zira TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme olmadığı için, diğer bir ifadeyle yorumlanacak bir hüküm ortada olmadığı için, işçi lehine yorum ilkesinden bahsedilemez. Bu noktada ise, TBK m. 97 ve m. 98 gereği, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilmek istenilen ücret ile iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişkinin varlığı aranacaktır.

2.1.4.6.1.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Edilmek İstenen Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Ücret ile İş Görme Borcu Arasındaki Sinallagmatik İlişkinin Değerlendirilmesi

İşçinin asli edim yükümlülüğü olan iş görme borcu ile işverenin asli edim yükümlülüğü olan ücret ödeme borcu arasında sinallagmatik ilişki bulunur. Burada bahsi geçen ücretin, işçinin asıl ücreti olduğuna bir şüphe yoktur. Ancak işçiye ödenen bazı ücret ekleri ile işçinin iş görme borcu arasında, doğrudan bir ilişkinin olmadığı ileri sürülebilir. Bu durum ise, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının önünde bir engel olarak değerlendirilebilir.

Nitekim öğretideki bir görüş, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı veren İşK m. 34'te bahsedilen ücretin “kök ücret”, yani dar anlamda ücret olduğunu belirtmiştir. Bu görüşü savunanlardan **Şahlanan'a** göre, Yargıtay'ın işçinin ödenmeyen ikramiye nedeniyle çalışmaktan kaçınabileceğine ilişkin vermiş olduğu karar²⁸⁶, iş sözleşmesinin sinallagmatik karakterine uygun düşmez. Zira işçinin iş görme borcunun karşılığı, asıl ücrettir. Bu nedenle işçi, iş görme borcunun karşılığı olmayan ikramiyenin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınmaz.²⁸⁷

Aynı görüşü savunan **Çil** ise, toplu iş sözleşmeleriyle asıl ücretin dışında birçok parasal veya parasal karşılığı bulunan ödeme öngörülebildiğini ve bunların ödenmemesi durumunda, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkının verilmesinin uygun olmadığını savunmaktadır. Bu kapsamda yazar, fazla mesai, genel tatil, ilave tediye gibi alacakların

²⁸⁴ SAYMEN, s. 76-77; SÜZEK, s. 20-21; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 27; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 16-18.

²⁸⁵ Aynı yönde bkz. DULAY YANGIN, s. 211.

²⁸⁶ Y.9.HD., E. 2007/19022; K. 2007/31935; T. 30.10.2007. (Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2008, s. 341-342.)

²⁸⁷ ŞAHLANAN, Fevzi, “Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Borcunu Yerine Getirmeme”, Tekstil İşveren Dergisi, S. 342, Eylül 2008, s. 3.

ödenmemesi nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınamayacağını belirtmiştir.²⁸⁸ **Çİl**, bu görüşünü İşK m. 34'ün, Kanun içerisindeki fiziki konumuna değinerek açıklamaktadır. Bu görüşe göre, İşK m. 34, ücreti düzenleyen İşK m. 32'den hemen sonra, ancak fazla çalışma (İşK m. 41), hafta tatili (İşK m. 46), genel tatil (İşK m. 47) ücretleri ise daha sonraki maddelerde düzenlenmiştir. Anılan sistematik içerisinde, işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı veren İşK m. 34'ün, sadece İşK m. 32'de belirtilen ücret ile sınırlı olması gerektiği, diğer bir ifadeyle sadece asıl ücret ile sınırlı olması gerektiği belirtilmiştir.²⁸⁹

İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, ikramiye'nin doğrudan görülen işin karşılığı olmaması, özel durumlarda ödenmesi ve işçi'yi motive etmeye yönelik olması sebebiyle ödenmeyen ikramiye'nin çalışmaktan kaçınma hakkına konu olmayacağına karar vermiştir.²⁹⁰ Aynı görüşü İsviçre öğretisindeki bazı yazarlar da paylaşmaktadır.²⁹¹

Kısmen benzer başka bir görüş ise, asıl ücretin ödenmemesinde veya geç ödenmesinde işçinin anılan hakkı kullanabileceğini belirtirken, işçinin bütçesini sarsmayacak ücret ekleri ve sosyal yardımların ödenmemesi durumunda işçinin anılan hakkı kullanamayacağını belirtmiştir.²⁹²

Yukarıda belirtilen görüşlerin hukuki dayanakları farklı olsa da aynı sonuca ulaşmışlardır. Bu sonuç, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının sadece görülen işin karşılığı olan dar anlamda ücretin ödenmemesi halinde hukuka uygun olacağı yönündedir. Zira anılan görüşe göre sinallagmatik ilişki, “*görülen iş karşılığı olan ücret*” ile “*iş görme*” arasında vardır. Bu nedenle, iş karşılığı olmayan ücretlerin ödenmemesi durumunda işçi çalışmaktan kaçınmaz. Diğer bir ifadeyle bu görüşe göre işçi, sadece iş görerek hak kazandığı ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınabilir. Bu kapsamda işçi, ödenmeyen ikramiye, nakdi veya ayni yardımlar sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamaz.

²⁸⁸ Yazar fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınmasını hukuka uygun bulmamakla beraber, anılan ücretin ödenmemesi nedeniyle, işçinin “fazla mesai yapmaktan kaçınabileceğini” maddenin ruhuna ve iş hukukunun ilkelerine daha uygun olacağını savunmaktadır. Yine aynı şekilde, geçici görev yolluğu verilmeyen işçinin, bu yönde bir görevi kabul etmemesini hukuka uygun görmektedir. Bkz. **Çİl**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1285; **Çİl**, Ücret, s. 691.

²⁸⁹ **Çİl**, Ücretinin Ödenmemesi, s. 1284; **Çİl**, Ücret, s. 691-692.

²⁹⁰ BGE 136 III 313, 321.

²⁹¹ **BRÜHWILER**, OR Art. 322d, N. 4; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxiskommentar, OR Art. 322, N. 11-Art. 323, N. 3; **RIEMER-KAFKA**, **Gabriela/KRENGER**, **Nicole Elischa**, Arbeitsrecht Kommentierte Tafeln, Stämpfli Verlag AG, 2012 s. 49; **EMMEL**, CHK, OR Art. 323, N. 1; **HIRSİGER**, **René**, “Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht”, SSA, Band/Nr. 72, Stämpfli, Bern, 2011, N. 407.

²⁹² **UZUN**, **Bekir**, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 2004, s. 129-130.

Yukarıda verilen görüşün aksi yönündeki bir görüşe göre işveren, işçi ile iş sözleşmesi kurarak, kanunlarda yer alan sosyal nitelikte ücretleri de ödeme borcu altına girer.²⁹³ Bu nedenle, anılan bu ücretlerin ödenmesi, ücretler nitelik itibariyle görülen işin karşılığı olmasa da sözleşmeden doğan işverenin asli edim yükümlülüğüdür.

Gerçekten de günümüzde iş sözleşmesi akdedilirken, bazı durumlarda primin, ikramiyenin veya diğer sosyal ücret niteliğindeki alacakların anılan sözleşmenin yapılmasında büyük etkisi olmaktadır. Özellikle toplu sözleşme görüşmelerinde en ufak bir sosyal ücretin dahi uzun tartışma konusu yapılması karşısında, sosyal ücretlerin iş görmenin karşılığı olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle örneğin, asıl ücretin düşük, ancak ücret eklerinin veya ayni yardımların daha yüksek olduğu bir iş ilişkisine, işçi sadece asıl ücretleri göz önünde tutarak değil, elde edeceği diğer menfaatleri de hesaplayarak taraf olmaktadır. Böyle bir durumda ise, sosyal nitelikteki ücretlerin, iş görmenin karşılığı olmadığını kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Nitekim Alman hukukundaki bir görüşe göre, sözleşmenin yapılması sırasında işçi, sözleşme süresince elde edeceği bütün menfaatleri göz önünde tutarak sözleşmeye taraf olmaktadır. Diğer bir ifadeyle işçi, yıl içinde sunacağı hizmeti ve bunun karşısında yıl içinde alacağı menfaatleri hesaplayarak sözleşme ilişkisine girmektedir. Bu nedenle Almanya’da birçok iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde ödenmesi öngörülen ve doğrudan iş görme karşılığı olmayan “13’üncü ay ücreti” (13. Monatsgehalts)²⁹⁴ ile görülen iş arasında sinallagmatik ilişkinin varlığı kabul edilmektedir.²⁹⁵ Bu nedenle öğretide, işverenin sözleşme veya kanun gereği ifa edilmesi gereken birçok ödemenin, işçinin iş görme borcunun karşılığı olduğunu kabul etmektedir.²⁹⁶

Öğreti²⁹⁷ ve Yargıtay²⁹⁸ tarafından da kabul edildiği üzere, asıl ücret dışındaki ücret eklerinin ödenmemesi durumunda, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetme hakkı

²⁹³ Kanımızca, burada sadece kanunlarda yer alan sosyal nitelikte ücretler değil, kanunda düzenlenmemiş olsa bile ödenmesi gereken sosyal nitelikte ücretler ifade edilmiştir. Örneğin; işyeri uygulaması haline gelmiş ayni/nakdi yardımlar veya diğer ödemeler, kanunlarda yer almasa bile, sözleşmenin kurulması ile birlikte işverenin borcu haline gelir; **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 659.

²⁹⁴ 13’üncü ay ücreti, sadece Almanya’da değil, İsviçre’de de görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **SCHÖNENBERGER, Wilhelm/GAUCH, Peter/STAEHLIN, Adrian**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 2c, 3. Auflage, Zurich, 1984, OR Art. 322, N. 12; **BRÜHWILER**, OR Art. 322d, N. 6; **BRAND, Daniel; DÜRR, Ludus; GUTKNECHT, Bruno; PLATZER, Peter; SCHNYDER, Adrian; STAMPFLI, Conrad; WANNER, Ulrich**, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht - Kommentar zu den Art. 319-346a, 361/362, Cosmos Verlag, 1991, Art. 322, N. 10; **VISCHER/MÜLLER**, §10, N. 3, 12, 81.

²⁹⁵ **DEHMEL**, s. 111.

²⁹⁶ **GERNHUBER**, s. 383-384; **OETKER**, s. 406; **DEHMEL**, s. 111-112.

²⁹⁷ **SAYMEN**, s. 573; **EKONOMİ**, s. 199; **SÜZEK**, s. 686; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 667-668; **CENTEL**, Ücret, s. 376; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 830;

vardır. Bir an için öğretideki diğer görüşün kabul edildiği varsayımında, yani ücret eklerinin çalışmaktan kaçınma hakkı için dayanak olamayacağı görüşü kabulünde, işçi ödenmeyen ikramiye nedeniyle, daha ağır bir yaptırım olan, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabilecekken, daha hafif bir yaptırım olan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacaktır.

Kanımızca da işveren, işçi ile iş ilişkisine girdiği zaman, sadece asıl ücreti değil sosyal nitelikteki ücretleri de ödemeyi asli edim borcu olarak üstlenmektedir. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğini ödemezlik def'i olarak kabul ettiğimizden ve bu görüş çerçevesinde anılan sosyal nitelikteki ücretler ile iş görme arasında sinallagmatik ilişki de kabul edileceğinden, anılan ücretlerin ödenmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı olacaktır.²⁹⁹ Diğer bir ifadeyle, ister doğrudan görülen işin karşılığı olsun, ister görülen işin karşılığı olmasın, kanundan, sözleşmeden, işyeri uygulamasından veya işverenin tek taraflı taahhüdünden doğmuş ücret ödeme borcu, işverenin asli edim yükümlülüğüdür ve bu yükümlülük ile işçinin iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişki bulunur. Nitekim öğretideki büyük çoğunluk da İşK m. 34'te bahsedilen ücretin, geniş anlamda ücret şeklinde anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir.³⁰⁰

2.1.4.6.1.2. Ayni Ödemeler ve Bunların Nakdi Karşılığı

Bilindiği üzere, geniş anlamda ücret içerisine sadece nakdi ödemeler değil, ayni ödemeler de girer. Her ne kadar, işçinin asıl ücreti³⁰¹ ayni ödenemese de asıl ücreti dışındaki ödemelerin ayni şekilde ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu noktada, İşK m. 34'te belirtilen "ücret" kavramına ayni ödemelerin de girip girmediğinin tespiti gerekir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ayni yardımlar da bireysel iş sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden veya işverenin açık veya örtülü tek taraflı taahhüdünden doğmuş olabilir. Bu

²⁹⁸ **Y.22.HD.**, E. 2017/26081, K. 2019/22986; T. 11.12.2019; **Y.9.HD.**, E. 2011/43376, K. 2013/31469, T. 02.12.2013; **Y.7.HD.**, E. 2014/11165, K. 2014/17713, T. 22.09.2014; **Y.9.HD.**, E. 2008/10227, K. 2009/29416 T. 27.10.2009; **Y.9.HD.**, E. 2009/17323, K. 2011/17390, T. 13.06.2011; **Y.9.HD.**, E. 2009/2308, K. 2011/1090, T. 28.01.2011

²⁹⁹ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 659.

³⁰⁰ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 659-660; **SÜZEK**, s. 371; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 374-375 **AKYİĞİT**, Bireysel İş Hukuku, s. 210; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 689-690; **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 6167; **ALPAGUT**, Ücret, 55-56; **GÜNAY**, Ücret, s. 41-42; **GÖKTAŞ**, s. 79-80; **ÇOPUROĞLU**, s. 210; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 116; **DULAY YANGIN**, s. 211; **KARACAN**, s. 2; **UÇUM**, s. 61; **BOZKURT**, s. 55; **DEĞER**, s. 74.

³⁰¹ Ücretin kapsamı başlığı altında, asıl ücretin kural olarak, para ile ödenmesi gerektiğinden bahsetmiştik. İşverenin bu borca aykırı davranması ise, örneğin asıl ücreti ayni ödeme ile yerine getirmesi durumunda, ücret borcunun ifa edilmediğinden bahsedilir. Diğer bir ifadeyle, asıl ücret hiç ödenmemiş gibi kabul edilecektir, ancak işveren asıl ücret karşılığı olarak işçiye verdiği şeyleri, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği geri isteyebilir. Bkz. **SAYMEN**, s. 506-507; **CENTEL**, Ücret, s. 319; **ÇOPUROĞLU**, s. 84. Şüphesiz, böyle bir durumda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.

çerçevede, doğumları bakımından aynı yardım ile nakdi yardım arasında da hiçbir fark bulunmamaktadır.

Yargıtay aynı yardımların yerine getirilmemesinin fesih hakkına konu edilip edilemeyeceğine yönelik verdiği kararlar da çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin konuda yol gösterici olabilir. Bu hususta Yargıtay, bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan aynı yardımların yerine getirilmemesi durumunda da (erzak yardımı, kömür yardımı gibi) işçinin haklı fesih imkânı olduğu kabul etmektedir.³⁰² Bu bakımdan aynı yardımların yerine getirilmemesi daha ağır bir yaptırım olan sözleşmenin haklı nedenle feshine olanak tanırken, anılan ödemenin yapılmamasının daha hafif bir yaptırım olan çalışmaktan kaçınma hakkına konu olamayacağı yönündeki görüş uygun değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, aynı yardımların ödenmemesi/gecikmesi durumunda da kanımızca, işçi çalışmaktan kaçınabilir.³⁰³

İfade edilmelidir ki, parasal olmayan yardımlar yerine bunların karşılığının nakdi olarak ödenmesi, birçok durumda birbirine denk düşmektedir. Böyle bir durumda ise borç ifa edilmiş sayılacağından işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı da söz konusu olmayacaktır. Ancak bu görüşün de eleştiriye açık olacağı bazı durumlar ortaya çıkabilir. Örneğin işverenin işçiye işe gidiş geliş için servis hizmeti sunması ile servis hizmeti yerine nakdi olarak yol yardımı yapması birçok olayda birbirine denk düşebilir. Fakat, servis hizmeti yerine işverenin yol yardımı sağlaması sonucunda işçinin işe gidiş geliş için toplu taşımada 2-3 vasıta değiştirmek durumunda kalması veya daha fazla sürenin toplu taşımada harcanacak olması halinde bir denklikten bahsedilemez. Bu nedenle, söz konusu durum, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil eder.³⁰⁴ İşçinin anılan değişikliği kabul etmediği durumda, işveren söz konusu borcu yerine getirmez ise, işçi çalışmaktan kaçınabilecektir.

³⁰² Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, somut olay özelinde olmasa da genel olarak aynı ödemelerin yapılmamasının, işçiye İşK m. 24/II-e kapsamında haklı nedenle fesih hakkını tanıyacağını kabul etmektedir. Kararlar için bkz. **YHGK** E. 2015/1838; K. 2018/59, T. 17.01.2018; **Y.22.HD.**, E. 2017/26081, K. 2019/22986, T. 11.12.2019; **Y.22.HD.** E. 2017/8647; K. 2017/21313, T. 10.10.2017; **Y.22.HD.** E. 2017/7883; K. 2017/11534; T. 18.05.2017; **Y.9.HD.** E. 2020/1521, K. 2020/6778 T. 01.07.2020; **Y.9.HD.** E. 2008/33421, K. 2010/16825, T. 07.06.2010; **Y.9.HD.** E. 2007/22710, K. 2008/16627, T. 20.06.2008; **Y.9.HD.** E. 2008/24765, K. 2010/10695, T. 15.04.2010; **Y.9.HD.** E. 2008/33421, K. 2010/16825, T. 07.06.2010; **Y.9.HD.** E. 2008/35277, K. 2010/29102, T. 14.10.2010; **Y.9.HD.** E. 2009/473, K. 2011/4707, T. 22.02.2011; **Y.9.HD.** E. 2009/7962, K. 2011/8632, T. 24.03.2011; **Y.9.HD.** E. 2012/3896, K. 2014/11195, T. 02.04.2014. (www.legalbank.net)

³⁰³ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 660; **GÖKTAŞ**, s. 79; **DULAY YANGIN**, s. 230

³⁰⁴ **SÜZEK**, s. 647-664; **ENGİN**, **E. Murat**, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İÜHF, Cilt 61, Sayı 1-2, Y. 2003, s. 341 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 388-401.

2.1.4.6.2. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretinin Ödenmemesi ve Serbest Zaman Hakkının Kullandırılmaması Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

2.1.4.6.2.1. Genel Olarak

Fazla çalışmanın karşılığı olarak işçinin kazandığı ücret, doğrudan görülen işin karşılığıdır. Bu nedenle, anılan ücretlerin ödenmemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebileceğine ilişkin bir şüphe yoktur. Asıl hukuki sorun, işçinin fazla saatlerle çalışma yapması durumunda, işçinin serbest zaman hakkının kullandırılmaması veya işçinin serbest zaman talep etmesine rağmen işverenin fazla çalışma ücreti ödemesi durumunda ortaya çıkar.

Bu noktada ise, konunun sınırlarını genişletmeden, fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma kavramları ve anılan çalışmaların karşılığı, özellikle serbest zaman hakkı kullanılmak istenildiğinde, işçi tarafından ne şekilde talep edilebileceği ve serbest zamanın geniş anlamda ücret içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir.

2.1.4.6.2.2. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma

Fazla çalışma TBK m. 398’de “*Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır.*” şeklinde tanımlanmıştır.³⁰⁵ Anılan madde metninde, “bu kanunda” ifadesi yerine “ilgili kanunlarda” ifadesi kullanıldığı için, İşK m. 41 gereği haftalık normal çalışma süresi olan 45 saati aşan,³⁰⁶ DİK m. 26 gereği haftalık normal çalışma süresi olan 48 saati aşan ve BİK’nda ise, gece ve gündüz çalışanlar için günlük 8’er saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmelidir.³⁰⁷ Diğer bir ifadeyle, anılan kanunlarda, fazla çalışmanın tanımı yapılmamış

³⁰⁵ CENTEL, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 22, Y. 2011, s. 7; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerin İncelenmesi”, Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan, Cilt: I, İstanbul, 2011, s. 599.

³⁰⁶ 4857 sayılı İşK çalışma süreleri hakkında bilgi için bkz. CANIKLIOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren Dergisi, S. 66, Haziran 2005, s. 1-5.

³⁰⁷ EYRENCİ, Öner, “Basın İş Hukuku’nda Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışmalar”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal, 2006, s. 77. BİK’na tabi işçilerden sürekli gündüz veya gündüz/gece karışık çalışanlar için haftalık çalışma süresinin 48 saat, gece çalışanlar için 40 saattir. Zira BİK m. 19/1’e göre, her altı gün çalışan işçi için, bir günlük ücretli izin verilir. İşçinin çalışması sürekli gece gerçekleşiyorsa, bu izin süresi 2 güne çıkarılır. Bu nedenle sürekli gündüz veya gündüz/gece karışık çalışan biri için haftada 48 saat, sürekli gece çalışan biri için haftada 40 saat normal çalışma süresi olacaktır. Bkz. EYRENCİ, Fazla Çalışma, s. 76; GÖKÇEK KARACA, Nuray, “Basın İş Kanunu’na Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma”, Kamu-İş Dergisi, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, C. 7, S. 2, 2003, s. 4; GÖKÇEK KARACA, s. 198; DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, On İki Levha, Der. M. Murat İnceoğlu, s. 313; OĞUZ, Özgür, “Anayasa Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Gazetecinin Fazla Çalışma Ücreti”, Legal İHSGHD, C. 15, S. 58, 2018, s. 398-399.

olsaydı bile, TBK m. 402 gereği, kural olarak, kanunlarda belirtilen “normal haftalık/günlük çalışma süresini” aşan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilecekti.³⁰⁸

TBK açısından haftalık normal çalışma süresinin düzenlenmemiş olması bu hususta bir boşluk yaratmaktadır.³⁰⁹ Bu noktada, İşK’nun ilgili hükmü, TBK’na tabi işçilere de uygulanmalı ve haftalık normal çalışma süresi 45 saat olarak kabul edilmelidir.³¹⁰

Fazla çalışmanın tanımı sadece TBK’nda değil, İşK’nda da yapılmıştır.³¹¹ İşK m. 41/1’de düzenlenen tanıma göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır.³¹² Her ne kadar İşK’nda açıkça belirtilmemiş olsa da öğreti ve Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, günlük azami çalışma süresi olan 11 saati³¹³ aşan çalışmalar da haftalık 45 saati aşmasa da fazla çalışma olarak kabul edilir.^{314 315}

³⁰⁸ Öğretideki bir görüşe göre, TBK m. 402 düzenlemesi bir karışıklık yaratmaktadır. Zira hükmün diğer kanunlara yapmış olduğu yollamada yer alan “normal çalışma süresi” ifadesinden, günlük mü yoksa haftalık mı çalışma süresi anlaşılmalıdır belli değildir. Bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 599-600. Kanımızca, TBK m. 402 hükmü “normal çalışma süresi” ifadesini kullandığı için. Kanunlarda belirtilen normal çalışma süresi ister günlük olsun ister haftalık olsun, anılan süreleri aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilecektir. Bu nedenle maddenin yapmış olduğu yollamanın, belirsizlik yaratmadığı düşüncesindeyiz.

³⁰⁹ **DOĞAN YENİSEY**, Hizmet Sözleşmesi, s. 313.

³¹⁰ Anılan boşluğun doldurulması ise, yukarıda daha detaylıca açıkladığımız üzere, TMK m. 1/2 gereği, hâkimin hukuk yaratması ile mümkün olacaktır. Hâkim hukuk yaratırken, aynı veya benzer konuyu düzenleyen diğer kanunlara da bakacaktır. Bu noktada, en uygun hükmün İşK’ndaki hüküm olacağı şüphesizdir. Bu nedenle, İşK’ndaki 45 saatlik haftalık çalışma süresinin, kıyasen, TBK’na tabi işçiler için de uygulanması gerekecektir. Nitekim öğretide de benzer bir görüşün mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Anılan görüş, aynı sonuca ulaşmakla birlikte, sonucun hukuki dayanağı farklı şekilde ifade edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 599-600; **ÖRSEL, Sercan**, “İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, Legal İHSGHD, C. 16, S. 62, 2019, s. 603.

³¹¹ Fazla çalışmanın tanımı DİK m. 28’de “Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır.” şeklinde yapılmıştır. BİK’nda ise, fazla çalışma ek madde 1’de düzenlenmiş ancak tanımı yapılmamıştır.

³¹² Belirtmek gerekir ki, İşK m. 63 gereği, denkleştirme esasının uygulandığı işyerlerinde, bazı haftalarda haftalık çalışma saati 45 saati aşıya bile, fazla çalışma yapılmamış sayılır. **AKYİĞİT, Ercan**, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, C. 19, S. 4, Mayıs, 2005, s. 2; **SOYER, Polat**, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İHSGHD, C. 1, S. 3, 2004, s. 797-798; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 1242; **NARMANLIOĞLU, Ünal**, “İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, Mart, 2010, s. 27-28; **KORKMAZ, Fahrettin/ALP, Nihat Seyhun**, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 277-278; **ÇİL, Şahin**, “Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, S. 14, 2007/3, s. 58; **YUVALI, Ertuğrul**, “Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış”, Kamu-İş, C. 10, S. 4, 2009, s. 56; **KARACAN ÇETİN, Hatice**, 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 27

³¹³ Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Bu nedenle, yer altı maden işlerinde günlük yedi buçuk saati, haftalık otuz yedi buçuk saati aşan süreler fazla çalışma olarak kabul edilir.

³¹⁴ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 1243; **EKONOMİ, Münir**, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 3, s. 4-5; **SOYER**, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 799; **ENGİN, E. Murat**, “Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, 2007, s. 74-75; **ÇİL**, Fazla Çalışma, s. 61; **YUVALI**, s. 62. Öğretideki bir görüşe göre, günlük 11 saati aşan çalışma fazla çalışma olarak nitelendirilemez. Zira 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğunu belirten yönetmelik hükmünün, Kanun’a aykırı olduğunu bu nedenle, 11 saati aşan çalışmanın, fazla çalışma koşullarına tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Ancak, fiili olarak 11 saati aşan çalışma yapıldıysa da bunun ücretlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 803-804; **ALPAGUT**, Ücret, s. 26. Benzer yönde

İşK’nda, fazla çalışma kavramı dışında, fazla sürelerle çalışma kavramına da yer verilmiştir. Fazla sürelerle çalışma, çalışma süresinin haftalık normal çalışma süresi olan 45 saatten daha az belirlendiği durumlarda, sözleşme ile belirlenen süreleri aşan ve kanuni sınır olarak belirlenen 45 saate kadar olan çalışmaları ifade eder.³¹⁶ Fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma kavramları çalışmamızın sınırlarını aştığından, konunun detayına girmiyoruz.³¹⁷

TBK m. 398 gereği, fazla çalışma işçinin rızasıyla yapılır. Diğer bir ifadeyle işçi, istemediği takdirde fazla çalışma yapmakla yükümlü değildir. Benzer bir düzenleme, İşK m. 41/7’de ve İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (Fazla Çalışma Yön.) m. 9/1’de de düzenlenmiştir.³¹⁸ BİK’nda ve DİK’nda ise, fazla çalışma için işçinin onayına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, TBK m. 398, anılan iş ilişkilerine kıyasen uygulanır.

TBK m. 398/1’in ikinci cümlesine göre ise, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektirecek bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğduğunda, işçi bunu yerine getirebilecek durumda olursa ve bu işi yapmaması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, yapılacak çalışmanın karşılığı verilmek şartıyla, işçi fazla çalışmak zorundadır. Belirtmek gerekir ki, anılan hüküm sadece TBK’na tabi işçiler için değil, BİK’na ve DİK’na tabi işçiler için de geçerlidir. Ancak, anılan hükmün İşK’na tabi işçiler için uygulama alanı bulduğundan bahsetmek güçtür. Zira İşK m. 42-43 gereği anılan konuya ilişkin düzenlemeler

Doğan Yenisey de günlük 11 saati aşan ancak haftalık çalışma süresini aşmayan çalışmaların teknik anlamda fazla çalışma olarak nitelendirilemeyeceğini, ancak somut olaya fazla çalışma ücretlerine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **DOĞAN YENİSEY, Kübra**, “Yargı Kararları Işığında Bireysel İş İlişkisi Çerçevesinde İşçinin Hakları”, Emegın Hukuku Kurultayı, 27-28 Mayıs 2015, TBB Yayını, Ankara 2016, s. 295-296.

³¹⁵ Aynı şekilde İşK m. 69/3 gereği, kural olarak gece çalışmalarında da günlük 7,5 saatten fazla çalışma yaptırılmaz. İşçi 7,5 saatten fazla çalışma yaparsa Yargıtay’a göre bu fazla çalışma kabul edilmelidir. Bkz. **Y.9.HD.**, E. 2021/7759, K. 2021/12375, T. 21.09.2021; **Y.22.HD.**, E. 2016/10297, K. 2019/8986, T. 17.04.2019; **Y.22.HD.** E. 2015/35236, K. 2016/4093, T. 16.02.2016; **Y.9.HD.** E. 2014/37987, K. 2016/8810, T. 11.04.2016; **Y.9.HD.** E. 2015/21612, K. 2018/16580, T. 25.09.2018; **Y.9.HD.** E. 2016/25143, K. 2020/10059, T. 30.09.2020; **Y.9.HD.** E. 2017/3628, K. 2020/18781, T. 16.12.2020. Aynı yönde öğreti görüşü için bkz. **SÜZEK**, s. 793-794; **ÖZVERİ, Murat**, ‘Çalışma Süresi ve Gece Çalışması’, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt I, Beta, 2010, s. 640; **AKDENİZ, Ayşe Ledün**, “Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. 77 S. 2, Y. 2019, s. 570-571. Aksi yönde görüş için bkz. **ASTARLI, Muhittin**, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 259.

³¹⁶ Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramı için bkz. **AKYİĞİT**, “Normali Aşan Çalışma”, s.9-10; **GÜNAY, Cevdet İlhan**, “Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2007, S. 6, s. 7 vd.; **GÜNAY, Cevdet İlhan**, “Hukuki Yönden Fazla Çalışma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 30, 2003, s. 26-27; **KANDEMİR, Murat**, “Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları”, Legal İHSGHD, C. 8, S. 29, 2011, s. 14-18; **ÇİL**, Fazla Çalışma, s. 59-62.

³¹⁷ TBK’nda fazla sürelerle çalışmanın düzenlenmemiş olmasına ilişkin eleştiri için bkz. **DOĞAN YENİSEY**, Hizmet Sözleşmesi, s. 313.

³¹⁸ Yönetmelik hükmüne göre, işçinin onayı yazılı olmalıdır ve bu onay ya sözleşmenin akdedildiği zaman alınmalı ya da fazla çalışma ihtiyacı doğduğu zaman alınmalıdır. Ancak ifade etmek gerekir ki, anılan yönetmelik hükümleri sadece 4857 sayılı İşK’na tabi işçiler için geçerlidir. Bu nedenle, örneğin: TBK’na veya DİK’na tabi bir çalışan işçiden, bu yönetmelik hükümleri çerçevesinde yazılı bir onayın alınması gerektiğinden bahsetmek güçtür.

yer aldığından, bu konuda TBK hükmünün, İşK'na tabi işçilere kıyasen uygulanacağından bahsedilemez.³¹⁹

Kısaca tekrarlayacak olursak, işçi fazla çalışmaya onay vermiş ve işveren de fazla çalışma talebinde bulunmuşsa, işçi fazla çalışmakla yükümlüdür. Ancak işçi fazla çalışmaya onay vermemişse ve işveren gerekli onayı almadan işçiden fazla çalışma talebinde bulunursa, kural olarak işçi fazla çalışma yapmakla yükümlü değildir. Bu nedenle, yapılan bu eylemin çalışmaktan kaçınma hakkı olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Zira çalışmaktan kaçınma hakkının bulunabilmesi için, ilk önce işçinin fiili olarak iş görme borcu altında bulunması gerekir. İşçinin iş görme borcunun bulunmadığı durumlarda ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasından söz edilemez.³²⁰

2.1.4.6.2.3. İş Kanunu Açısından Serbest Zaman

Yapılan fazla çalışmanın karşılığı olarak, İşK m. 41 ve Fazla Çalışma Yön. m.6 gereği³²¹ işçiler, fazla çalışma ücretine veya serbest zamana hak kazanırlar.³²² Anılan hükümlere göre, serbest zamanı seçip seçmeme işçinin tercihinine bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle, işçi isterse yapmış olduğu fazla çalışma/fazla sürelerle çalışmanın karşılığı olan ücreti talep edebilir veya anılan çalışmanın karşılığı olan serbest zamanı talep edebilir. İşveren ise, işçinin bu talebini yerine getirmek zorundadır.³²³

Anılan serbest zaman, İşK m. 41/5 ve Fazla Çalışma Yön. m. 6/2 gereği, 6 ay içinde kesintisiz bir şekilde, işçinin ücretinden bir kesinti olmadan kullanılır. Anılan 6 aylık süre, denkleştirme döneminin veya fazla çalışmanın sonra erdiği tarihten itibaren başlar.³²⁴

Serbest zamanın kullanılacağı zamanı yönetim hakkı çerçevesinde belirlemekle ve kural olarak 6 ay içerisinde bunu işçiye sağlamakla yükümlüdür.³²⁵ Serbest zaman anılan 6

³¹⁹ SÜZEK, s. 791.

³²⁰ GÖKTAŞ, s. 80-81.

³²¹ Fazla Çalışma Yön. m.6: “Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi, isterse işverene yazılı olarak başvurmak koşuluyla, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.”

³²² SÜZEK, s. 802; SOYER, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 802; NARMANLIOĞLU, Fazla Çalışma, s. 41; ASTARLI, s. 220-221;

³²³ Hak kazanılan fazla çalışmanın karşılığının bir kısmını serbest zaman bir kısmını ise ücret olarak talebin de mümkün olduğu öğretide belirtilmiştir. Bkz. AKYİĞİT, Normali Aşan Çalışma, s. 22; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1256; CANIKLIOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s. 186; ASTARLI, s. 221-222; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/KABUL, Sibel, “4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, İÜHFM, C. 72, S. 2, 2014, s. 252. Başka bir görüşe göre ise, fazla çalışmanın karşılığının kısmen serbest zaman, kısmen ücret olarak alınabilmesinin, tarafların bu konuda anlaşmasıyla mümkün olduğu öğretide belirtilmiştir. Bkz. DEMİR, İş Hukuku, s. 265

³²⁴ 6 aylık sürenin başlangıcına ilişkin bkz. SÜZEK, s. 803.

aylık süre içerisinde işçi tarafından kullanılmadığı takdirde anılan hakkın artık serbest zaman olarak kullanılamayacağı kanaatindeyiz.³²⁶

Serbest zaman hakkı, 6 ay içerisinde işveren tarafından kullanılmadığı takdirde ise, anılan hak ortadan kalkmaz. 6 ayın dolmasıyla, işçinin serbest zaman ihtiyacının ortadan kalkıp kalkmadığına, diğer bir ifadeyle, işçinin bu talebinin devam edip etmediğine göre hareket edilmelidir. Zira serbest zamanı kullanılmakla yükümlü olan kişi işveren olduğu için, 6 ay sonra tekrar serbest zaman talep eden işçiye karşı, bu hakkın ortadan kalktığını savunmak, maddenin sağlamak istediği faydayla ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu nedenle serbest zamanın doğduğu andan sonraki zamana bağlı olmaksızın, işçi serbest zaman hakkını kullanmayı talep ediyorsa, işveren bunu sağlamakla yükümlüdür.

Yukarıda da anlatıldığı üzere, serbest zamanın kullanılacağı zaman, 6 aylık bir zaman içerisinde belirlenmek şartıyla, işverenin yönetim hakkına bırakılmıştır.³²⁷ Ancak 6 ay geçtikten sonra kullanılmayan bu hakka karşılık, işverene uygulanacak yaptırım veya işçinin sahip olduğu haklar düzenlenmemiştir.

Şüphesiz, işçi kullanılmayan serbest zamana bağlı olarak, İşK m. 24/II-f gereği, çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ancak kullanılmayan serbest zaman sebebiyle, işçinin çalışmaktan kaçınıp kaçınamayacağının ayrıca tespiti gerekir. Buradaki hukuki sorun ise, serbest zamanın geniş anlamda ücrete dahil edilip edilemeyeceğidir. Bu noktada, serbest zaman geniş anlamda ücret kavramına dahil edilebilirse işçi, serbest zamanın sağlanmaması durumunda çalışmaktan kaçınabileceği gibi, iş sözleşmesinin İşK m. 24/II-e gereği de feshedebilir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, geniş anlamda ücret kavramı, işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatleri ifade eder. Serbest zaman işçinin sağlığı ile yakından ilgili³²⁸ ancak parasal karşılığı olan bir dinlenme hakkıdır.³²⁹ Zira işçiye verilecek fazla çalışma ücreti İşK m. 41/2 gereği, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli arttırılmasıyla ödenen tutardır. Fazla sürelerle çalışma için ise, normal çalışma ücretinin saat

³²⁵ EYRENCİ, Değerlendirme, s. 45; SOYER, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 802-803; SÜZEK, s. 803; ALPAGUT, Ücret, s. 33; KÖSEOĞLU/KABUL, s. 252. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, 6 ay dolduktan sonra, işçinin serbest zaman kullanabilmesi, işçinin talebi ve işverenin de bu talebi kabul etmesiyle mümkündür. Bkz. AKYİĞİT, Normali Aşan Çalışma, s. 24; DEMİR, İş Hukuku s. 264.

³²⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1257.

³²⁷ SÜZEK, s. 803; DURSUN ATEŞ, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin, Ankara, 2009, s. 363-364; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 824; SOYER, Fazla Saatlerle Çalışma, 802-803; EYRENCİ, Değerlendirme, 45; DEMİR, İş Hukuku, 264.

³²⁸ SÜZEK, s. 770-771.

³²⁹ Dinlenme hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. TULUKÇU, Binnur, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 9 vd.

başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenen tutardır.³³⁰ İşçi, İşK m. 41/4 gereği, talep ederse, zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.³³¹ Kısaca, işçinin hak kazandığı serbest zamanın para ile ölçülmesi mümkündür ve bu nedenle, serbest zaman hakkını da geniş anlamda ücret kavramı içerisinde düşünmek gerekir.

Sonuç olarak, geniş anlamda ücrete dahil edilebilecek olan serbest zaman hakkı, işçi tarafından talep edildikten sonra, yasal süreler içerisinde işveren tarafından kullanılmadığı takdirde, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir.

2.1.4.6.2.4. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu Açısından Serbest Zaman

Serbest zaman hakkı yukarıda sadece İşK kapsamındaki işçiler bakımından incelenmiştir. Ancak anılan konunun, TBK, DİK ve BİK açısından ayrıca incelenmesi gerekir. Zira serbest zaman hakkının TBK’ndaki düzenlemesi, İşK’ndaki düzenlemeden daha farklıdır. BİK’nda ve DİK’nda ise, serbest zamana ilişkin bir düzenleme olmadığından, anılan kanunlara tabi iş ilişkilerine, TBK’nun ilgili düzenlemesi kıyasen uygulanır.^{332 333}

TBK m. 402/2’ye göre, “İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir.” Görüldüğü üzere, İşK ve Fazla Çalışma Yön. düzenlemelerinde serbest zamanın tercihi işçiye bırakılmışken, TBK’nda ve dolayısıyla BİK’nda ve DİK’nda serbest zaman, işverenin inisiyatifine bırakılmıştır. Bu nedenle, TBK m. 402/2’ye göre, serbest zaman ancak iki tarafın anlaşmasıyla kullanılabilir bir haktır.

Örnek üzerinden anlatacak olursak, işçi, yapmış olduğu fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücretine hak kazanır ve bunu talep ederse, işveren anılan ücreti ödemek zorunda kalır. Ancak serbest zaman, ya işverenin böyle bir teklifte bulunması ve işçinin bunu kabul

³³⁰ SÜZEK, s. 798-799; MOLLMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1251, 1272-1273; ÇOPUROĞLU, s. 67.

³³¹ SÜZEK, s. 802; SOYER, Fazla Saatlerle Çalışma, 801; MOLLMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1272-1273; ÇOPUROĞLU, s. 67.

³³² Basın İş Kanunu’na ilişkin görüş için bkz. SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 239; SÜMER, Haluk Hadi, “Basın İş Kanununa Göre Fazla Çalışma”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 144-115121; Öğretideki aksi görüşe göre ise, BİK tabi işçiler, fazla çalışma karşılığı serbest zamana hak kazanamaz. Bkz. EYRENCİ, Fazla Çalışma, s. 78.

³³³ DİK m. 28/2 gereği, gemi adamına fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman verilebileceği yönündeki görüş için bkz. bkz. KAR, Bektaş, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi”, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, Y. 2014, s. 173; KAR, Bektaş, Deniz İş Hukuku, Yetkin, 3. Bası, Ankara, 2021, s. 310.

etmesi, ya da işçinin böyle bir teklifte bulunması ve işverenin kabul etmesiyle mümkündür. Diğer bir ifadeyle, serbest zaman hakkının doğması, her durumda işverenin buna izin vermesi ile mümkündür. Bu açıdan, TBK'ndaki düzenleme, İŞK'ndaki düzenlemeden farklıdır. Bu nedenle, TBK, DİK ve BİK'na tabi bir işçi, fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman talep etse dahi işveren bunu kabul etmekle ve işçiye serbest zaman sağlamakla yükümlü değildir. Bu nedenle işveren, işçinin serbest zaman talebini yerine getirmezse, TBK'ndaki serbest zaman düzenlemesine aykırı davranmış olmaz.

Konunun çalışmaktan kaçınma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi durumunda ise, çeşitli ihtimalleri ortaya çıkabilir. Örneğin, işçinin fazla çalışma karşılığı olarak fazla çalışma ücreti talep etmesi durumunda işveren bunu ödemekle yükümlüdür. Bu ücretin ödenmemesi ise, şüphesiz çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilir. İşçi fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman talep ettiği durumda ise farklı bir sonuç ortaya çıkar. Zira TBK hükmü gereği, işveren, bu talebi kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle işveren, serbest zaman sağlamazsa, işçi serbest zamanının sağlanmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınamaz.³³⁴

Son ihtimalde ise, fazla çalışmanın karşılığı olarak, işçi ve işveren serbest zaman konusunda anlaşmıştır ancak, işveren yönetim hakkı çerçevesinde belirlemek zorunda olduğu bu hakkın kullanılacağı zamanı belirlememiştir. Diğer bir ifadeyle işveren, işçiye serbest zaman hakkını kullanması için gereken zamanı vermeyerek, hakkın kullanılmasını engellemiştir. Bu durumda ise işçi, serbest zamanın sağlanmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınabilecektir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere serbest zaman da geniş anlamda ücrete dahildir ve işçi, serbest zamanın sağlanmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınabilir. Şüphesiz işçinin bu ihtimalde kaçınabilmesi için, işverenin fazla çalışma süresine ait ücreti de ödememiş olması gerekir.

2.1.4.6.3. Avansın Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

2.1.4.6.3.1. Avansın Tanımı ve Ödenme Zorunluluğu

Bu başlık altında incelenmek istenen konu, işverenin avansı ödememesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olup olmadığıdır. Ancak bu konuda bir sonuca varabilmek için, avans kurumu ve özellikle avansın hukuki niteliğinin incelenmesi gerekir.

³³⁴ İfade etmek gerekir ki işveren bu durumda, işçiye fazla çalışma ücretini ödemekle yükümlüdür. Yani, işveren, işçinin talebi doğrultusunda serbest zaman vermemişse ve fazla çalışma ücretini de ödememişse, bu durumda işçinin fazla çalışma ücretinin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınabileceğini savunmak gerekir. Zira TBK m. 402 gereği, işveren serbest zaman sağlamakla yükümlü değildir ancak, fazla çalışma ücretini ödemekle yükümlüdür.

Avans, TBK m. 406/4'te, “işveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre işçinin avans talep edebilmesi için iki şart vardır. Bunlardan ilki, işçinin zorunlu bir ihtiyacının³³⁵ ortaya çıkması, ikincisi ise, işverenin hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda olmasıdır.^{336 337}

Yukarıda belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde işçi, işverenden avans talep edebilir. Ancak işçinin talep edebileceği avans miktarı, yine aynı hükme göre, işçinin hizmetine orantılı³³⁸ olarak sınırlandırılmıştır. Yani, işçi, sadece avans talep ettiği ana kadar sunduğu emeğin karşılığı olan miktarı (pro rata temporis), avans olarak talep edebilir.³³⁹ Örnek üzerinden anlatacak olursak, her aya ilişkin ücret ayın son günü ödeniyorsa ve işçinin zorunlu ihtiyacı, ayın 10'unda doğmuşsa, işçinin talep edebileceği avans miktarı, ayın 1'i ile ayın 10'u arasındaki (ayın 10'una ilişkin iş görme borcunu da ifa ettiği varsayımında), 10 günlük ücretidir.

Konumuz açısından önemli olan noktalardan biri, avansın istenebilmesi için gerekli şartlar sağlandığı takdirde, işverenin avansı ödemekten kaçınıp kaçınamayacağıdır. TBK m. 406/4 hükmü, açıkça, işverenin avansı hakkaniyet gereği ödeyebilecek olması durumunda, ödemekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Bu nedenle, gerekli şartlar oluştuğu takdirde, işveren avansı ödemekle yükümlüdür.³⁴⁰

³³⁵ İsviçre Borçlar Kanunu, Art. 323/4'te benzer şekilde düzenlenen avans kurumu için, yine aynı şekilde işçinin zorunlu bir ihtiyacının (Notlage des Arbeitnehmers) ortaya çıkmış olması şartı aranmaktadır. İşçinin bir sonraki ödeme gününü beklemesi, kendisi için bir zarar oluşturacaksa, işçinin zorunlu bir ihtiyacının olduğu kabul edilmektedir. Anılan zorunlu ihtiyacın, işçinin kendi kusuru ile ortaya çıkıp çıkmadığının, avansın talep edilebilmesi noktasında bir önemi yoktur. Detaylı bilgi için bkz. **REHBINDER**, BK, OR Art. 323, N. 26; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxiskommentar, OR Art. 323, N 6; **BRÜHWILER**, OR Art. 323, N. 8; **FRISTCH**, OFK, Art. 323, N. 4; **STAEHLIN**, ZK, Art. 323, N.18. Acil durumlara örnek olarak ise, işçinin hastalanması ve masraflarının artması, taşınması veya taşınmak zorunda bırakılması gösterilmektedir. **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxiskommentar, OR Art. 323, N. 6; **BRÜHWILER**, OR Art. 323, N. 8. Aynı durumun, Türk hukukunda geçerli olması gerektiğini ifade etmemiz gerekir.

³³⁶ İsviçre hukukunda da işverenin avans ödeme yükümlülüğünün, ancak avans ödemenin işvereni ekonomik anlamda zora düşürmeyecek durumda olması halinde mümkün olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, işyerinde birçok işçinin aynı anda avans talep etmesi sonucunda, işveren, ekonomik olarak bunu kaldıracabilecek durumda değilse, işverenin avans ödemek zorunda olmadığı ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **REHBINDER**, BK, OR Art. 323, N. 27; **BRÜHWILER**, OR Art. 323, N. 8; **STAEHLIN**, ZK, Art. 323, N. 19.

³³⁷ **SÜZEK**, s. 368; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 366; **YILMAZ**, Halil, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamasında Avans, Yetkin, Ankara, 2021, s. 77 vd.

³³⁸ Öğretide, işçinin işverenden avans isteyebilmesi için 3 şart olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre, ödenecek avans miktarına ilişkin hüküm de avans için gereken bir şart olarak ifade edilmiştir. Ancak, kanımızca, anılan şart, avansın talep edilebilmesi için bir şart değil, avansın miktarını belirleyen bir şarttır. Bkz. **ESENER**, s. 178; **EKONOMİ**, s. 145; **SÜZEK**, s. 368; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, 657; **CENTEL**, Ücret, 306-308.

³³⁹ **STAEHLIN**, ZK, Art. 323, N. 17; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxiskommentar, OR Art. 323, N. 7; **BRÜHWILER**, OR Art. 323, N. 8; **SÜZEK**, s. 368. Şüphesiz işveren, işçinin talep edebileceği miktardan daha fazlasını ödeyebilir, ancak işçi tarafından henüz sunulmamış hizmetin ücretini ödemek zorunda değildir. **REHBINDER**, BK, OR Art. 323, N. 28

³⁴⁰ **YILMAZ**, s. 116-117

Yargıtay'da 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararda, gerekli şartlar sağlandığı takdirde avans ödemenin zorunlu olduğunu şu şekilde ifade etmiştir; *“İşçinin zarureti halinde ve işveren açısından zarar ve zorda kalmayı gerektirmeyen bir durumda avans ödemesi zorunlu bir hal olarak yasada düzenlenmiştir.”*³⁴¹

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da avans kurumu benzer şekilde düzenlenmiştir. İsviçre öğretisinde de gerekli şartlar oluştuğu durumda, avansın ödenmesinin bir borç olduğu ifade edilmektedir.³⁴² İşverenin avans talebini, sadece ekonomik olarak zor duruma düşecek durumda olması halinde reddedileceği, bu durumun gerçekleşmesinin ise, işçiye ödenecek miktar göz önüne alındığında, pek olası olmadığı kabul edilmektedir.³⁴³

Avans sadece TBK'nda değil, DİK m. 30'da da düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, işveren veya işveren vekili, gemi adamının talebi üzerine, sözleşmede yazılı esaslar çerçevesinde avans ödemek zorundadır. Avans ödemenin esaslarının ne olacağı ise taraflara bırakılmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki, sözleşmede belirtilen şartlar altında bir talep gerçekleştiği takdirde, işveren veya işveren vekili, gemi adamına avansı ödemekle yükümlüdür.³⁴⁴

İşK'nda avans düzenlenmemiştir. Ancak, İşK m. 37'de, ücret hesap pusulasında “avans mahsubu”nun da gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir.³⁴⁵ Anılan madde gereği, İşK tabi işçilerin de avans talep edebileceği doğrudan olmasa bile, dolaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak avans ilişkin şartların tespitinde, TBK'nun ilgili hükmü, İşK'na tabi işçilere de kıyasen uygulanır.³⁴⁶

BİK'nda kural olarak ücret borcu, iş görme borcundan önce ifa edildiği için, avansın BİK'na tabi işçiler tarafından istenememesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, TBK'nda düzenlenen avans esasları ile BİK'na tabi çalışan işçilere, ücretin iş görmeden önce ödenmesi esası birbiriyle uyuşmamaktadır.³⁴⁷ Ücretin önce ödenmesi esası ile avansın esasları birbiriyle uyumlu olmadığı için, BİK'nda avansa ilişkin bir düzenlemenin olmaması makul görünmektedir.

³⁴¹ **Y.9.HD.** E. 2007/33269, K. 2009/17717, T. 23.06.2009. (www.legalbank.net)

³⁴² **REHBINDER**, BK, OR Art. 323, N. 27; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxiskommentar, OR Art. 323, N. 6; **BRÜHWILER**, OR Art. 323, N. 8; **STAEHLIN**, ZK, Art. 323, N. 19

³⁴³ **STAEHLIN**, ZK, OR Art. 323, N. 19; **BRÜHWILER**, OR Art. 323, N. 8; **REHBINDER**, BK, OR Art. 323, N. 26; **STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH**, Praxiskommentar, OR Art. 323, N. 6.

³⁴⁴ **EKONOMİ**, s. 305; **ÖZBEK, Oğuz**, Yorumları ve Yargıtay Kararlarıyla Deniz İş Kanunu, Beta, 2. Bası, İstanbul, 2003, s. 131.

³⁴⁵ **ÇENBERCİ**, s. 691.

³⁴⁶ **EKONOMİ**, s. 145; **ESENER**, s. 178; **TUNÇOMAĞ**, Esaslar, s. 125; **TUNÇOMAĞ**, Cilt, s. 230; **CANİKLİOĞLU**, TBK, s. 99.

³⁴⁷ **CENTEL**, Ücret, s. 306.

2.1.4.6.3.2. Avansın Hukuki Niteliği ve Ödenmemesinin Yaptırımı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, avans, işçinin ifa zamanı gelmeden işverenden talep edebileceği, hâlihazırda iş görerek hak kazandığı ücrettir. Yani işçi, talep etmiş olduğu avansın karşılığı olan iş görme borcunu zaten yerine getirmiştir, ancak bu alacak sözleşme gereği henüz muaccel olmamıştır.³⁴⁸ Ancak gerekli şartların oluşması sonucunda, işçinin yasal sınırlar içerisinde talep ettiği avans miktarının muaccel olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, işveren, TBK m. 406/4 gereği, gerekli şartlar sağlandığı takdirde, avansı ödemek zorunda kalacaktır.³⁴⁹

Bu bakımdan, ödenmesi gereken avans, niteliği itibariyle, işçi tarafından görülen hizmetin karşılığını oluşturan müeccel ücret borcunun bir parçasıdır.³⁵⁰ Bu görüşü destekleyen hususlardan bir diğeri ise, avans kurumunun Kanun içerisinde düzenlendiği yerdir. Nitekim, anılan kurum TBK’nda işverenin ücret ödeme borcunu düzenleyen TBK m. 323’ün içerisinde, DİK’nda ise, ücreti düzenleyen 29’uncu maddeden hemen sonra, Kanun’un 30’uncu maddesinde düzenlenmiştir.³⁵¹ Bu nedenle, işçi tarafından haklı olarak talep edilen avansın ödenmemesi, işverenin asli edim yükümlülüğü olan ücret ödeme borcuna aykırılık teşkil eder. Bu kapsamda, hakkaniyet gereği ödenmek zorunda olunan avansın ödenmemesi, işçiye fesih hakkı tanır.³⁵² Ancak Yargıtay, talep edilen avansın ödenmemesinin işçiye İşK m. 24 çerçevesinde fesih hakkı vermeyeceğini karara bağlamıştır.³⁵³

Bu noktada avansın ödenmemesinin yaptırımlarının da incelenmesi gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda veya TBK’nda, işçinin haklı talebi karşısında, işverenin avans ödememesinin yaptırımı doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak öğretide, gerekli şartların oluşmasına rağmen, işçi tarafından talep edilen avansın, işveren tarafından reddedilmesinin, çeşitli sonuçları olduğu ifade edilmiştir. Bir görüşe göre, gerekli şartlar oluşmasına rağmen

³⁴⁸ CENTEL, Ücret, s. 306; CENTEL, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 23, 2011, s. 11; DOĞAN YENİSEY, Hizmet Sözleşmesi, s. 318.

³⁴⁹ YILMAZ, s. 116-117. Ayrıca İsviçre hukuku öğretisinde, anılan hükmün mutlak emredici bir hüküm olduğu, bu nedenle avans ödeme borcunu genişletecek veya daraltacak herhangi bir düzenlemenin bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle yapılamayacağı da belirtilmiştir. Bkz. STAEHELIN, ZK, OR Art. 323, N. 21.

³⁵⁰ YILMAZ, s. 31.

³⁵¹ İfade etmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde, anılan borcun dayanağının, işverenin koruma yükümlülüğü olduğunu belirten bir görüş de bulunmaktadır. Anılan görüş için bkz. REHBINDER, BK, OR Art. 323, N.29.

³⁵² SAYMEN, s. 573; CELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 668; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2021, s. 179.

³⁵³ Y.9.HD., E. 2016/18215, K. 2020/6511, T. 29.06.2020. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

avans ödenmezse, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.³⁵⁴ Başka bir görüşe göre ise, işçi avansın ödenmemesi sebebiyle uğradığı zararı talep edebilir.³⁵⁵ Kanımızca da avans, ücret niteliğinde olduğu için, gerekli şartlar oluşmasına rağmen ödenmediği takdirde, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.

2.1.4.6.3.3. Avansın Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Varlığına ve Kullanılabilirliğine İlişkin Görüşümüz

İşverenin ödemekle yükümlü olduğu avansı ödemediği durumda, işçinin çalışmaktan kaçınıp kaçınamayacağı ise, konumuzun en önemli noktasıdır. Yukarıda incelendiği üzere, avans işçinin halihazırda iş görerek kazandığı ancak muaccel hale gelmemiş ücretidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, avansı ödemeyen işverene karşı işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir. Ayrıca, avansın niteliği itibarıyla, ödenmemesi durumunda işçiye sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkı verildiğini kabul edip, fesihten daha hafif bir yaptırım olan çalışmaktan kaçınma hakkı verilmediğini kabul etmek de uygun görünmemektedir.

Varmış olduğumuz bu sonuç İŞK, DİK ve TBK'na tabi işçiler için geçerlidir. Ancak BİK'na tabi iş ilişkilerinde önce ifa ile yükümlü olan işveren olduğu için, söz konusu işçilerin avans talep etmesi mümkün değildir. Buna bağlı olarak, anılan işçilerin çalışmaktan kaçınması da mümkün olmaz.

Her ne kadar teorik olarak avansın ödenmemesi nedeniyle işçinin kaçınma hakkı olduğunu kabul etsek de “bekleme süresi” şartı sebebiyle, hakkın kullanılabilirliğinin oldukça zor olduğu kanaatindeyiz.

Örnek üzerinden anlatacak olursak; ücretin ödenme zamanının 31 Aralık olduğu bir durumda, işçinin avansın ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınabilmesi için, avansın en geç 9 Ocak'ta talep edilmesi gerekir. Yani, işçi ayın 1'i ve 9'u da dahil olmak üzere, 9 günlük ücretini işverenden avans olarak talep etmelidir. İşveren bu talebi reddettiği takdirde, işçi, çalışmaktan kaçınabilmek için 20 günlük sürenin dolmasını beklemek zorundadır. Bu durumda ise, işçi en erken 30 Ocak'ta çalışmaktan kaçınabilecektir. Ancak, bir sonraki ücretin ifa zamanının 1 Şubat olduğu göz önüne alındığında, işçinin çalışmaktan kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri sürülebilecektir.

³⁵⁴ TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 882; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 667-668; ÇİL, Ücret, s. 648; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 657.

³⁵⁵ REİSOĞLU, s. 195. Öğretide, şartları sağlanan ve işçi tarafından talep edilen avansın ödenmemesi durumunda, işveren borçlu temerrüdüne düşeceği de belirtilmiştir. Bkz. GÜLER, Mikdat, “Ücret Borcundan Dolayı İşverenin Temerrüde Düşürülmesi”, Legal İHSGHD, C. 9, S.34, 2012, s. 154.

İfade etmek gerekir ki avansın ödenmesi, niteliği itibariyle işçinin acil ihtiyacının giderilmesine yönelik olduğu için, bekleme süresinin avansın talep edilmesinde uygulanmaması gerektiği de savunulabilir. Ortaya çıkabilecek bu görüşün, bekleme süresinin doğrudan düzenlenmediği TBK ve DİK'na tabi işçiler için tartışmaya açık olduğunu kabul etmekle birlikte, İşK'na tabi işçiler için, mevcut düzenleme karşısında, bunu savunmak mümkün görünmemektedir. Şüphesiz olması gereken hukuk açısından, avansın uygun bir süre içerisinde ödenmemesi durumunda, işçi bekleme süresini beklemeksizin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir.

Sonuç olarak yasal düzenlemede yapılacak bir değişiklik ile beklenilmesi gereken süre azaltıldığı takdirde, avansın ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkı daha kullanılabilir olacaktır. İleride incelenmiş olmakla birlikte,³⁵⁶ TBK ve DİK'na tabi işçiler, bekleme süresi açısından İşK'na tabi işçilere göre daha avantajlıdır. Bu nedenle, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması anılan işçiler için daha kolay olduğu ifade edilebilir.

2.1.4.6.4. Ücret Faizinin Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

İş sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşme ile üstlendiği asli edim yükümlülüklerinden birini yerine getirmemesi sözleşmenin ihlali anlamına gelir. İş sözleşmesinde de asli edim borcu işveren için “ücret ödeme”, işçi için ise “bağımlı bir şekilde iş görme”dir. İşverenin sözleşme ile üstlendiği ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi halinde borçlu temerrüdü ortaya çıkar. Borçlu temerrüdü kurumu, TBK 117. ve 126. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlunun yani işverenin, ücret ödeme borcu kapsamında temerrüde düşmesi için, gerçekleşmesi gereken (olumlu şartlar) ve gerçekleşmemesi gereken bazı şartlar (olumsuz şartlar) vardır.³⁵⁷ Olumlu şartlar; ifası mümkün ve muaccel bir borcun varlığı, kural olarak borçluya yapılmış bir ihtarın varlığı ve alacaklının ifayı kabule hazır olmasıdır. Olumsuz şart ise; borçlunun (işverenin) ifadan kaçınma hakkının bulunmamasıdır.³⁵⁸

³⁵⁶ Bkz. §5, V.

³⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. **BARLAS, Nami**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı, İstanbul, 1992, s. 16-102.

³⁵⁸ Öğretide borçlunun temerrüdü şartları temelde aynı yönde olmakla birlikte, şartların sayısı farklılık gösterebilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **EREN**, P. 3404-3432; **BARLAS**, s. 16-102; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 904-912; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.911-919; **AKINTÜRK**, s. 127-131; **ÇOPUROĞLU**, s. 186-188. Anılan olumlu ve olumsuz şartları işveren açısından düşünürsek, ilk olarak işverenin işçiye ödemesi gereken bir ücret borcunun varlığı gerekir. Anılan ücret borcu, temel ücret olabileceği gibi, ikramiye, prim, hafta tatili ücreti gibi ödemeler de olabilir. Diğer bir şart ise, anılan ücret borcunun muaccel olmasıdır. İşverenin, ücret alacağından dolayı temerrüde düşürülebilmesi için, işverene, kural olarak ihtar çekilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, işverenin ücret borcundan dolayı borcu temerrüdüne düşmesi için, muaccel

Borçlunun, yani konumuz açısından işverenin, temerrüde düşmesinin birçok sonucu vardır.³⁵⁹ Bu kapsamda düzenlenen, sonuçlardan biri de TBK m. 120 gereği temerrüt faizidir. Faiz, muaccel olduğu andan itibaren ödenmeyen para borcunun bir yaptırımı olarak, ödenmeyen süre boyunca işleyen ve kanun veya sözleşme gereği belirlenen, alacaklıya ödenmesi gereken bir miktar parayı ifade eder.³⁶⁰ Diğer bir ifadeyle, borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle, alacaklının eline geçmeyen paradan mahrum kaldığı süre için kendisine ödenmesi gereken para, faizdir.³⁶¹

Faiz ödeme borcu öğretide, asıl alacağı genişleten bir yan edim hakkı olarak ifade edilmektedir.³⁶² Faiz alacağı kural olarak, para borcundan ayrı fakat para borcuna bağlı bir alacaktır.³⁶³ Bu bakımdan, para borcu doğmadan faiz alacağı da doğmaz. Ancak faiz alacağı, asıl para borcundan bağımsız olduğu için ayrı bir şekilde talep ve dava edilebilir.³⁶⁴

TBK m. 131/1 gereği, asıl alacağın sona ermesi ile birlikte, kural olarak faiz de sona erer. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası gereği, faiz alacaklısı, faiz alacağı hakkını saklı tuttuğu takdirde, asıl alacağın sona ermiş olması, faiz alacağının sona erdiği anlamına gelmez.³⁶⁵

İş hukuku açısından incelendiğinde, ücretin zamanında ödenmemesi durumunda, temerrüde düşen/düşürülen işveren faiz ödemek zorunda kalacaktır. Konumuz açısından önemli olan husus ise, faiz borcunu ödemeyen işverene karşı, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olup olmadığıdır.

Faiz borcu her ne kadar asıl alacağa bağlı bir yan hak olsa da asıl alacağın bir parçası, unsuru değildir. Nitekim faiz borcunun, asıl alacaktan bağımsız bir şekilde dava ve talep edilebilmesi bunun göstergelerinden bir tanesidir. Ayrıca yukarıda bahsedilen TBK m. 131/2

bir ücret borcunun olması yeterli değildir, ayrıca kendisine bu durumun ihtar edilmesi gerekir. Ancak TBK m. 117/2 gereği işverenin borçlu temerrüdüne düşürülmesi için, ihtar gerekliliği haller de mevcuttur. Örneğin; sözleşmede ücret ödeme borcuna ilişkin belirli bir vade belirlenmiş ise veya işveren borcunu ödemeyeceğini önceden bildirmiş ise, işverenin borçlu temerrüdüne düşürülmesi için, işverene ihtar çekilmesine gerek yoktur. Bkz. **EREN**, P. 3420-3427.

³⁵⁹ Borçlu temerrüdünün sonuçlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 920-928; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 915-960; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1575-1742; **EREN**, Genel Hükümler, P. 3433-3528; **AKINTÜRK**, s. 131-139;

³⁶⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 786; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 93; **EREN**, P. 3437.

³⁶¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 966; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 93; **EREN**, P. 3049; **HELVACI, Mehmet**, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta, İstanbul, 2000, s. 64-65; **GÜNAY, Cevdet İlhan**, “İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması”, Kamu-İş, Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C. 6, S. 4, 2002, s. 3-4.

³⁶² Faiz alacağının niteliklerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **HELVACI**, s. 43-64.

³⁶³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 786; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 97; **EREN**, P. 3051; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 969.

³⁶⁴ **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 99; **EREN**, P. 3051; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 970.

³⁶⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 787-788; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 99; **EREN**, P. 971.

hükmü de faiz alacağının bağımsız bir alacak olduğunu açıkça göstermektedir. Bu bakımdan, iş hukuku açısından, faiz borcu, işverenin sözleşme ile üstlendiği ücret ödeme borcunu yerine getirmemesinin bir yaptırımı olarak ortaya çıkan belirli bir miktar paranın ödenmesidir. Bu yaptırım ile işçinin iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişkiden bahsetmek ise olanaksızdır. Zira ifade ettiğimiz üzere, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ödenmemiş ücret borcunun varlığı gerekir. Diğer bir ifadeyle, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için geniş anlamda ücret kavramına dahil bir ücret ödeme borcunun varlığı gerekir. Faizin ise ücret kavramı içerisine girmesi mümkün değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere faiz, ücretin ödenmemesi durumunda talep edilebilecek olan bir yan edim hakkıdır.³⁶⁶

Öte yandan, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ve faiz alacağı hakkı, işverenin ücreti ödememesinin yaptırımlarındandır. İşçi istediği takdirde faiz alacağından vazgeçebilir veya çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmayabilir. Aynı şekilde işçi, her iki hakkını aynı anda kullanmak da isteyebilir. Zira bu durumu engelleyen bir düzenleme mevcut değildir. Ancak anılan yaptırımlardan birinin, diğerinin dayanağı olması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle ve yukarıda açıkladığımız nedenlerle, faiz borcunun ödenmemesi halinde, işçinin çalışmaktan kaçınamayacağı kanaatindeyiz.

2.1.4.6.5. İş Hukukunda Düzenlenen Dinlenme Sürelerine ve İzinlere Ait Ücretlerin Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

İşçi, hafta tatilinde,³⁶⁷ ulusal bayram ve genel tatillerde,³⁶⁸ yıllık ücretli izinlerinde,³⁶⁹ iş görmeksizin ücrete hak kazanır. Bunun dışında, İşK ek madde 2’de düzenlenen mazeret izinlerinde de işçi iş görme borcunu yerine getirmeksizin, anılan süreye ilişkin ücretini talep edebilir.³⁷⁰ Konumuz ile bağlantılı olan husus ise, anılan ücretlerin ödenmemesinin, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilip edilemeyeceğidir. Bu noktada anılan dinlenme

³⁶⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 786; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 99; EREN, P. 3050; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 971.

³⁶⁷ SÜZEK, s. 811-812; CENTEL, Ücret, s. 219-220; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1308; ÇOPUROĞLU, s. 71-72. Kısmi süreli iş sözleşmelerinde hafta tatiline ilişkin bilgi için bkz. CENTEL, Tankut, “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 2, s. 19-22.

³⁶⁸ SÜZEK, s. 817-818; CENTEL, Ücret, s.226-227; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1312-1313; ÇOPUROĞLU, s. 74.

³⁶⁹ SÜZEK, s. 830-831; CENTEL, Ücret, s.231-232; AKYİĞİT, Ercan, “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 21, s. 36-37; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1338; GÜNAY, Cevdet İlhan, “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2010, S. 20, s. 35; ÇOPUROĞLU, s. 80-81.

³⁷⁰ SÜZEK, s. 811; KAR, Bektaş/GÖKTAŞ, Seracettin, “Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2007, S. 6, s. 28-30.

sürelerinin ve mazeret izinlerinin detaylıca incelenmesi konumuz sınırlarını aşmaktadır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, yukarıda bahsedilen dinlenme sürelerinin ve mazeret izinlerinin kullandırılmaması durumunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı da konumuzun sınırlarını aşmaktadır.

Bu bakımdan, burada bahsetmek istediğimiz durum, anılan izinlerin işveren tarafından kullandırılması, fakat izin süresine ait ücretin ödenmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olup olmadığıdır. Aynı şekilde anılan izinlerin kullandırılmayıp, o süreye ilişkin ücretlerinin ödenmemesi de incelenmesi gereken diğer bir ihtimaldir. Diğer ihtimallerin değerlendirilmesi çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır.

Bilindiği üzere, hafta tatillerinde, ulusal bayram ve genel tatillerde, yıllık ücretli izinlerde veya mazeret izinlerinde, işçiler iş görmeksizin ücrete hak kazanır. Anılan sürelerde işçiler, iş görmemesine rağmen ücrete hak kazandığı için, anılan ücret ile iş görme borcu arasında sinallagma ilişkisinin olmadığı ve buna bağlı olarak işçilerin anılan süreye ilişkin ücretlerin ödenmemesi durumunda, çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı görüşü ileri sürülebilir.

Daha önce ifade edildiği üzere, işçiler iş sözleşmelerine taraf olurken, göz önünde tutulan esaslı unsur şüphesiz ücrettir. Ancak bunun dışında, hafta tatilleri, ulusal bayram ve genel tatiller, yıllık ücretli izin sayısı ve mazeret izinleri de göz önüne alınan hususlardır. Anılan sürelerde işçilerin ücretlerini düzenli bir şekilde alacak olmaları da şüphesiz oldukça önemlidir.

İşçinin sözleşmeye taraf olmasında etkisi olan ve her ne kadar iş görmenin tam olarak karşılığı olmasa da o işyerinde belirli bir süre çalışmış olmanın veya süreden bağımsız olarak o işyerinde çalışmış olmanın karşılığı olan ücretlerin ödenmemesi durumunda, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir.

Bu noktada, izin sürelerinin kullandırılıp anılan süreye ilişkin ücretin ödenmemesi ile izinlerin kullandırılmayıp anılan sürede işçilerin çalıştırılması ve o süreye ilişkin izin ücretlerinin ödenmemesi durumu arasında, çalışmaktan kaçınma hakkının varlığı bakımından farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktır.

2.1.4.6.6. Ücretin Belirli Bir Kısımının Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

2.1.4.6.6.1. İş Kanunu Madde 34'ten Çıkan Sonuç

Ödenmemiş ücretin varlığı çalışmaktan kaçınma hakkının en önemli şartlarından biridir. Şüphesiz, ücretin tamamı ödenmediğinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı vardır. Ancak,

ücretin sadece belirli bir kısmı ödenmediğinde işçinin çalışmaktan kaçınıp kaçınamayacağını tespiti ayrı bir hukuki sorundur.

Bu hukuki sorunun cevabında, İşK m. 34'ün yoruma ihtiyaç duyduğu ve yoruma ihtiyaç duymadığı şeklinde, iki farklı noktadan hareket edilebilir. Eğer maddenin yoruma ihtiyaç duymadığı kabul edilirse, ücretin belirli bir kısmının ödenmemesinin yeterli olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Zira, madde metninde yer alan ifadede, ücreti ödenmeyen işçinin, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği belirtilmiş, ödenmeyen kısmın ücretin tamamı olması veya belirli bir tutarın üzerinde olması gerektiği belirtilmemiştir.

Maddenin yoruma ihtiyaç duyduğu kabul edilirse, diğer bir ifadeyle “ücret” kavramı ile ücretin tamamının mı yoksa bir kısmının mı ifade edilmek istendiğinin belirgin olmadığı kabul edilirse, işçi lehine yorum ilkesi gereği, yine aynı sonuca ulaşılabacaktır.

Gerçekten de para borçlarında imkansızlık söz konusu olmadığı için ve işletmenin ekonomik riski işverenin üzerinde olduğu için, ücretin bir kısmının ödenmemesi, işverenin temerrüde düşmesi bakımından yeterlidir. Bu nedenle, aynı kabul çalışmaktan kaçınma hakkı için de uygulanmalıdır.³⁷¹ Aynı şekilde, karşı edimin kısmen ödenmiş olması, kural olarak, işçinin ödemezlik def'i ileri sürmesine de engel değildir.³⁷² Bu doğrultuda, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ücretin bir kısmının ödenmemiş olmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir.³⁷³ Aksi durumun kabulü halinde, ücretinin belirli bir kısmı ödenen veya belirli bir kısmı ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı elinden alınmış olur ki bu durumu haklı gösterecek hiçbir neden yoktur.

2.1.4.6.6.2. Ödenmeyen Kısmın Miktarının Önemli Olup Olmadığı Sorunu

Ücretin belirli bir kısmının ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ücretin ödenmeyen veya geciken kısmının ne kadar olması gerekir? Örneğin, asıl ücreti 3.000 TL olan işçiye, 2.900 TL ödendiği takdirde, ödenmeyen 100 TL için işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek midir?

Öğretideki bir görüşe göre, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ödenmeyen kısmın belirli bir miktarın üzerinde olması, yani işçi açısından önemsenemeyecek derecenin üzerinde

³⁷¹ ENGİN, s. 78

³⁷² KANİTİ, s. 110-111; PEKMEZ, s. 214.

³⁷³ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 663; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 20; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1568; ENGİN, s. 78; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 690; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 375; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 20; GÜNAY, Ücret, s. 43; GÜNAY, Cevdet İlhan, “Ücretin Gününde Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 472; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 617; ÇOPUROĞLU, s. 213; UZUN, s. 129; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 118; KARACAN, s. 3.

olması şarttır.³⁷⁴ Yine aynı görüşü savunan başka bir yazar ise, ücretin cüzi miktarının ödenmemesinin uzun sürmesi durumunda, anılan hakkı kullanabileceğini belirtmiştir.³⁷⁵ Öğretideki başka bir görüş ise, burada ikili bir ayrıma giderek temel ücretin eksik ödenmesinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğunu ancak ücret eklerinin/sosyal yardımların eksik ödenmesi durumunda, eksik ödenen kısmın işçiyi maddi açıdan zora sokacak miktarda olması gerektiğini ifade etmektedir.³⁷⁶

Aslında aynı husus genel olarak ödemezlik def'i için de kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle öğretide, ödenmeyen karşı edimin önemsiz olması nedeniyle, edimin tamamından kaçınılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ifade edilmiştir.³⁷⁷

Alman öğretisinde de konuya ilişkin çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, kaçınmanın dayanağı olan ödenmeyen kısım ile kaçınma sonucunda işveren tarafında ortaya çıkacak zararın birbiriyle orantılı olması gerekir. Yani ödenmeyen kısım, belirli bir miktarın üzerinde olsa bile, doğuracağı sonuçlar bakımından, orantısız kabul edilip, işçinin kaçınması engellenebilir. Ancak işçinin ücretlerin zamanında ve eksiksiz ödenmesine olan bağlılığı (ihtiyacı), bu oranının işçi lehine dönmesine, tam aksi yönde bir sonuca varılmasına da sebep olabilir.³⁷⁸ Başka bir görüş ise, ücretin belirli bir kısmının bir defaya mahsus olarak ödenmemesi durumunda, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılamayacağı ancak birçok döneme ait ücretin belirli kısımlarının ödenmemesi durumunda, anılan hakkın kullanılabileceğini ifade etmiştir.³⁷⁹ Bu noktada ödenmeyen kısım toplamda önemsiz olsa bile, her ay ücretin belirli bir kısmının ödenmemesi, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilecektir.³⁸⁰

Görülmektedir ki öğretide işçinin ücretinin belirli bir kısmının ödenmemesi durumunda çalışmaktan kaçınabileceği ancak ödememenin önemsiz sayılacak bir miktar olması durumunda anılan hakkı kullanamayacağı yönünde oluşan görüş birliğinden bahsedilebilir.

Kanımızca da işçinin kaçınabilmesi için, belirli bir miktarın ödenmemiş olması ve bu miktarın işçi açısından önemsiz sayılmayacak bir tutarda olması yeterlidir. Gerçekten de her

³⁷⁴ **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 20; **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1568; **MOLLAHAMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 690; **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 617; **ÇOPUROĞLU**, s. 213; **CAPODISTRIAS, Joannis**, "Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung", Festschrift für Hans Carl Nipperdey Zum 70. Geburtstag, Band II, 1965, s. 115; **DEHMEL**, s. 208-209; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 118.

³⁷⁵ **GÖKTAŞ**, s. 80.

³⁷⁶ **UZUN**, s. 129-130.

³⁷⁷ **KANİTİ**, s. 73.

³⁷⁸ **DEHMEL**, s. 216.

³⁷⁹ **BÖTTCHER**, s. 42; **HAASE**, Zurückbehaltungsrecht, s. 20; **JOCH**, s. 36.

³⁸⁰ **HAASE**, Zurückbehaltungsrecht, s. 20.

hakkın olduğu gibi, çalışmaktan kaçınma hakkının da dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması zorunluluğu göz önünde alındığında, işçi açısından önemli sayılmayacak bir miktar için çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.³⁸¹

Bu noktada öğretilde belirtilen ve ikili ayrıma giderek temel ücreti ve ücret eklerini ayıran görüşe katılmadığımızı da belirtmek isteriz.³⁸² Zira İşK m. 34 ücret veya ücret eki noktasında bir ayırım yapmamıştır. Maddi anlamda zora sokmasına gerek kalmaksızın, ücret eklerinde/sosyal ücretlerde belirli bir miktar ödenmemişse ve ödenmeyen kısım önemsiz sayılmayacak derecedeysen, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir.

2.1.4.6.6.3. Ödenmeyen Kısımın İşçi Açısından Öneminin Tespitinde Dikkate Alınması Gereken Kriterler

Yukarıda ücretin belirli bir kısmının ödenmemesinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini ancak bunun için ödenmeyen kısmın işçi açısından önemli sayılacak derecede olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada, önemsiz sayılmayacak miktarın tespiti için belirli bir tutar üzerinden veya ödenmeyen kısma ilişkin sabit bir orandan hareket edilebilir mi? Örneğin işçinin ücretinin 250 TL'si veya %10'u ödenmediğinde işçinin kaçınabileceği söylenebilir mi? İfade etmek gerekir ki 2.500 TL ücretle çalışan biri için ödenmeyen 250 TL'lik kısım oldukça önemlidir ancak 10.000 TL ücret alan bir işçi için ödenmeyen 250 TL'lik kısım önemsizmeyecek derecede azdır.

Aynı şekilde oran üzerinden hareket edersek, ödenmeyen 250 TL, 2.500 TL ile çalışan işçinin ücretinin %10'udur. 10.000 TL ile çalışan işçinin ücretinin %10'u ise, 1.000 TL'dir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, birçok durumda, 10.000 TL ücret alan işçi için, 1000 TL önemli kabul edilmeyebilir. Ancak 2.500 TL ile çalışan işçi için, 250 TL oldukça önemlidir. Zira öğretilde ifade edildiği üzere, işçinin kazandığı ücret azaldıkça, işçinin anılan ücretin düzenli ve eksiksiz bir şekilde ödenmesine olan bağımlılığı artmaktadır.³⁸³

Aslında ödenmeyen kısmın işçi açısından önemi o kadar sübjektif bir konudur ki eşit ücretle çalışan iki işçi için, ödenmeyen kısım aynı olsa bile, bunun önemi farklı olabilir. Örneğin asgari ücretle çalışan iki işçiden birinin, sahip olduğu taşınmazlardan ek kira geliri olduğu, evli ve çocuklu olmadığı, diğer işçinin ise hiç ek gelirinin olmadığı, evli ve çocuklu

³⁸¹ HUECK, Alfred/NIPPERDEY, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Auflage 7, 1963, s. 222; HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 19; HAASE, DB, s. 709; SÖLLNER, ZfA, s. 11; CAPODISTRIAS, Streik und Zurückbehaltung, s. 115; DEHMEL, s. 208, 209;

³⁸² UZUN, s. 129-130.

³⁸³ DEHMEL, s. 216.

olduğu durumda, ödenmeyen 250 TL'lik kısım, her iki işçi için de eşit derecede mi öneme sahiptir? Kanımızca bu soruya, önem derecelerinin eşit olmadığı şeklinde cevap verilmelidir.

Yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere, aynı ücretle çalışan iki işçiden biri için ödenmeyen kısım önemliyken, diğeri için önemli kabul edilmeyebilir. Ödenmeyen kısmın belirli bir tutar üzerinde olması veya ödenen kısım ile ödenmeyen kısım arasındaki sabit bir orana bakılarak da belirli bir sonuca varılamamaktadır.

Kanımızca ödenmeyen miktarın önemi değerlendirilirken, işverenin ücretin belirli bir kısmının ödenmemesinin arkasında yatan nedenler de göz önünde tutulabilir. Diğer bir ifadeyle, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı değerlendirilirken, işverenin ücretin belirli bir kısmının ödenmemesinde dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edip etmediği incelenmelidir. Örneğin, ekonomik zorluk içerisinde olması sebebiyle ücretin cüzi bir kısmını ödeyemeyen işverene karşı çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılamayacağı söylenebilir. Aynı durum hiçbir sebep olmaksızın veya daha fazla kar elde edebilmek için, ücretin cüzi bir miktarını ödememeyi tercih eden işveren için de söylenebilir mi? Bu noktada, ikinci örnekte, ödenmeyen miktar önemsiz bir miktar olsa dahi, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi gerekir, zira daha fazla kar elde etmek için veya hiçbir neden olmaksızın ücretin önemsiz bir kısmını ödemeyen işverene karşı, işçinin çalışmaktan kaçınmasının ölçülü bir yaptırım olacağı kanaatindeyiz. Şüphesiz somut olayda verilen durumlar sınırlı sayıda değildir. Bu nedenle, ücretin çok cüzi bir miktarı dahi olsa, genel olarak bu durumu kötüye kullanan işverene karşı, çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılabilir. İlk örnekte verdiğimiz olayda ise, yukarıda bahsettiğimiz esas çerçevesinde, ödenmeyen ücretin işçi açısından öneminin araştırılması gerekir. Ancak bu durumda bile unutulmamalıdır ki ekonomik risk işçi üzerinde bırakılmamalıdır.

2.1.4.6.6.4. Yargı Kararlarındaki Yaklaşım ve Görüşümüz

Yargı kararlarında da öğretilde belirtilen görüşlere benzer olarak, ödenmeyen kısmın önemsiz olması durumunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı kabul edilmiş ancak bunun değerlendirilmesinde sabit bir oran veya sabit bir miktardan hareket edilmemiştir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi, 5890.10 CHF ücret alan işçinin, ödenmeyen 197.90 CHF tutarının önemsiz olması sebebiyle, çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığını karara bağlamıştır.³⁸⁴ Ancak ifade etmemiz gerekir ki mahkeme, sadece ödenmeyen kısmın ücretin tamamına oranla önemsiz olduğunu belirtmiş, ödenmeyen kısmın

³⁸⁴ BGE 136 III 321

işçi açısından önemini araştırmamıştır. Kanımızca, bu gibi durumlarda, ücretin ödenmeyen kısmının ödenen kısma olan oranı, önemli bir kıstas olsa da ödenmeyen kısmın işçi açısından öneminin de ayrıca incelenmesi gerekir.

Örneğin Hamm Eyalet İş Mahkemesi, 3 ay boyunca, toplu iş sözleşmesinde belirlenen saat başına 1.25 DM yerine 1.23 DM, yani 2 pfenning (fenik) daha az ödenmesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığına karar vermiştir.³⁸⁵ Verilen başka bir kararda ise, ücretin %50'lik³⁸⁶, diğer bir kararda ise %60³⁸⁷ kısmının ödenmemesi, çalışmaktan kaçınma hakkının uygulanması bakımından uygun görülmüştür.

Köln Eyalet İş Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ise, 20 yıl boyunca ücretlerini eksiksiz ve tam zamanında alan ve işyerinin yönetiminde yer alan bir işinin, bir aylık ücretinin %40'nın ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı ifade edilmiştir.³⁸⁸ Öğretide, aslında ücretin %40'lık kısmının kaçınmak için yeterli olması gerektiği, ancak somut olayın koşulları, yani işçinin 20 yıl boyunca ödemelerini eksiksiz ve tam zamanında almış olması ve işçinin konumu da göz önüne alınınca, ücretin %40'ının ödenmemesinin önemsiz olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme'nin, sadece ödenmeyen kısmın miktarı değil, işçinin hayat standartları, işyerindeki kıdem, ücretlerini düzenli alıp almadığı işçinin ödenecek ücrete bağımlı olup olmadığı gibi hususlar da dikkate alınarak sonuca varıldığı ifade edilmiştir.³⁸⁹

Köln Eyalet İş Mahkemesi tarafından verilen söz konusu kararda, özellikle işçinin hayat standartlarının ve ödenecek ücrete bağımlı olup olmadığının incelenmesi, ödenmeyen miktarın öneminin tespiti bakımından oldukça önemlidir. Kanımızca da normal şartlar altında ücretin %40'ının ödenmemesi çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilir. Ancak mahkeme haklı olarak işçinin içerisinde bulunduğu diğer şartları da değerlendirerek sonuca varmıştır. Bu noktada mahkeme tarafından verilen kararın yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Köln Eyalet İş Mahkemesi'nin yukarıda vermiş olduğumuz kararı,³⁹⁰ ücretin ödenmemesinin altında yatan nedenin incelenmesi açısından da önemlidir. Somut olayda işveren, ücretin %40'lık kısmını, borcunun olmadığı inancıyla ödememiştir. Diğer bir ifadeyle, işveren ekonomik olarak ücreti ödeyebilecek konumda olmasına rağmen, anılan borcun varlığına inanmadığı için ödememiştir. Öğretide ise, bu karara yönelik, bir defaya mahsus olmak üzere kanunun sınırlarının dışına çıkmış olmasını, işverenin ödeme imkanı ve

³⁸⁵ LAG Hamm, Urt. v. 05.11.1952, AP 53 Nr. 117, s. 481.

³⁸⁶ LAG Baden, Urt. v. 08.08.1949, NJW 1950, s. 717, 717.

³⁸⁷ LAG Thüringen, Urt. v. 28.01.1999, s. 895/97.

³⁸⁸ LAG Köln, Urt. v. 19.05.1999, ARST 2000, s.68.

³⁸⁹ DEHMEL, s. 213, 214, dn. 69.

³⁹⁰ LAG Köln, Urt. v. 19.05.1999, ARST 2000, 68, 68.

daha önceki ödemeleri eksiksiz ve zamanında yapması da göz önüne alınınca, çalışmaktan kaçınma hakkının doğumu için yeterli olamayacağı belirtilmiştir.³⁹¹

Öğreti görüşlerinden de verilen yargı kararlarından da görülmektedir ki, ödenmeyen kısmın işçi açısından önemsiz sayılmayacak bir miktarın üstünde olmasına ilişkin değerlendirmede kesin bir ölçüt veya kıstasın verilmesi mümkün değildir. Her olay kendi içerisinde, bütün şartlar ve koşullar çerçevesinde detaylıca değerlendirilmelidir.

İfade etmek gerekir ki ödenmeyen kısmın önem derecesinin tespitinde, bu kadar fazla değişkenin mevcut olduğu göz önüne alındığında işçi, kaçınmanın haklı ya da haksız olduğu muhakemesini yaparken, işini kaybetme korkusuyla çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaktan tamamen vazgeçebilir veya haksız yere çalışmaktan kaçınma hakkını kullanarak işini kaybedebilir. Bu sonucun ise, maddenin amacına aykırı olduğu açıktır. Ancak, hakkın dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması zorunluluğu göz önünde alındığında, başka bir sonuca ulaşılamayacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda bahsedilen hususlar, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın, bütün işçiler için uygulanmalıdır. Bu bakımdan kaçınmanın TBK m 97 veya İşK m. 34 çerçevesinde kullanılmasının bir önemi yoktur.

2.1.4.6.7. İş İade Süreci Sonunda Hak Kazanılan Boşta Geçen Süre Ücretinin ve Diğer Haklarının Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

İş güvencesi kapsamındaki işçiler³⁹² (İşK m.18, BİK m. 6/10), iş sözleşmelerinin haklı veya geçerli neden olmaksızın ve/veya İşK m.19'daki usule uyulmaksızın feshedildiği gerekçesiyle uygulamadaki adıyla “işe iade davası” ve davanın niteliği dikkate alındığında ise, “feshin geçersizliğinin tespiti davası” olarak adlandırılan davayı açabilirler. Feshin geçersizliğinin tespiti davasının açılabilmesi için, ilk önce zorunlu arabuluculuk aşamasının da tamamlanması gerekir.³⁹³ Davanın sonucuna göre işçilerin, boşta geçen süreye ilişkin en

³⁹¹ DEHMEL, s. 213, 214.

³⁹² İş güvencesinin kapsamına ilişkin detaylı bilgi için bkz. CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2020, s.33-66; SÜZEK, s. 537; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 962-983; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 571-594; TULUKÇU, Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Seçkin, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 111-161; ÖZKARACA, Ercüment, “İş Güvencesinin Kapsamı”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara, 2017, s. 34-60.

³⁹³ SÜZEK, s. 593; SENYEN-KAPLAN, s. 284 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 601; CENTEL, İş Güvencesi, s. 165; TULUKÇU, s. 290-291. İşe iade davalarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin detaylı bilgi için bkz. MUTLAY, Faruk Barış, “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum, S. 59, 2018/4, s. 2129-2154. İş hukukunda zorunlu arabuluculuğa ilişkin detaylı bilgi için bkz.

fazla 4 aylık ücreti³⁹⁴ ve diğer haklarının³⁹⁵ ödenmesi gerekebilir. Anılan alacakların tamamı, işçinin yasal süre içerisinde işverene başvurusuyla ortaya çıkar.³⁹⁶

Konumuz açısından önemli olan husus ise, mahkemece karar verilen en fazla 4 aylık ücret ve diğer hakların çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilip edilemeyeceğidir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki söz konusu hakkın doğabilmesi için işçinin iş görme borcunun olması gerektiği için, işverenin işçiyi işe başlatmadığı durumlarda, anılan ücretler ödenmese bile, çalışmaktan kaçınma hakkından bahsedilemez. Dolayısıyla aşağıda, işçinin işverence işe başlatıldığı ancak boşta geçen 4 aylık ücretin veya diğer hakların ödenmediği ihtimal incelenecektir.

Söz konusu hukuki soruna ilişkin çeşitli görüşlerin ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Bu noktada ilk görüş, boşta geçen süreye ait en fazla 4 aylık ücret ve diğer hakların, işçinin fiili olarak iş görmediği bir süreye ait olması sebebiyle, anılan ücretlerin iş görme borcu ile sinallagmatik ilişki içinde olmadığı ve bu nedenle çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilemeyeceği ileri sürülebilir.

Ortaya çıkabilecek diğer bir görüş ise, anılan ücretlerin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebileceği yönünde olabilir. Nitekim öğretide, bu görüş savunulmaktadır.³⁹⁷ Anılan görüşe göre feshin geçersizliğinin tespiti ile birlikte, sözleşme hiç feshedilmemiş sayılacağından, anılan ücretler ve diğer haklar da sözleşmenin geçersiz nedenle feshedilmiş olması sebebiyle işverene sunulamayan iş görme borcunun karşılığı olacaktır.

MUTLAY, Faruk Barış, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Tankut CENTEL, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 23-174.

³⁹⁴ İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin geçersiz veya usule uygun olmayan şekilde feshedilmesi ve işe iade davası lehine sonuçlanan işçinin işe başlamak için işverene başvurusu durumunda, işçiye, İşK m. 21/3 gereği; "*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.*" İşçinin işverene başvurusu, en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret alacağının doğması için zorunludur. İşçi, anılan başvuruyu, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde yapmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Diğer bir ifadeyle, işçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararından itibaren on iş günü içerisinde işverene başvuruda bulunmazsa, en çok dört aya kadar doğan ücret alacağını talep edemez. **SÜZEK**, s. 616, 623; **CENTEL**, İş Güvencesi, s. 217; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s.1069.

³⁹⁵ İşK m. 21/3'e göre; "*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.*" Anılan maddede de belirtildiği üzere, yukarıda belirtilen en çok 4 aylık ücret dışında, işçi, yine aynı süre sınırlaması içinde doğan diğer haklarını da talep edebilir. Bu hakların içerisine ikramiye, yol yardımı, yemek yardımı gibi ödemeler girer. İşçinin talep edebileceği bu ödemeler aynı olabileceği gibi nakdi de olabilir. Ancak işçi, fiili çalışma ile hak kazanabileceği, fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, prim gibi ödemelere hak kazanamaz. **SÜZEK**, s. 624.

³⁹⁶ İşçinin işverene başvurusu üzerine hak kazanılan en fazla 4 aylık ücretin, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatamamasına bağlı olmaksızın ödenmesi gerekir. İşK m. 21/4'e göre; boşta geçen en fazla 4 aylık ücret, işçinin dava tarihinden ücreti esas alınarak hesaplanır ve parasal değer olarak belirlenir. **SÜZEK**, s. 623; **CENTEL**, İş Güvencesi, s. 233-234.

³⁹⁷ **AKYİĞİT**, s. 1566; **GÖKTAŞ**, s. 80.

Boşta geçen süreye ait en çok 4 aylık ücret ve bu süreye ait diğer haklar, geçersiz fesih sebebiyle işçinin fiili olarak çalışmadığı döneme ait ücretlerdir. Bu bakımdan ilk bakışta ilk görüşün daha isabetli olabileceği savunulabilir. Ancak işçinin fiili olarak iş görememesi, işverenin geçersiz feshine dayanmaktadır. Ayrıca, geçersizlik kararının kesinleşmesi ile birlikte, iş ilişkisinin geçersiz fesih yapılmamış gibi aynen devam ettiği kabul edildiği için, işçi anılan döneme ait ücretine (en fazla 4 aylık) ve diğer haklarına, sanki iş görmüş gibi hak kazanmaktadır. Bu nedenle anılan ücretler ile iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişkinin olduğu söylenmelidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, boşta geçen süreye ait en fazla 4 aylık ücretin ödenmemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebileceği kanaatindeyiz. Şüphesiz işçinin anılan döneme ait hak kazandığı diğer hakların ödenmemesi, yani ikramiye, ayni veya nakdi yardımların ödenmemesi halinde de durumun farklı olduğu söylenemez.³⁹⁸

En fazla 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin ücrete hak kazanabilecek işçiler, kural olarak, İŞK ve BİK'na tabi işçilerdir. Bu nedenle, kural olarak, DİK ve TBK'na tabi işçiler, iş güvencesi kapsamında olmadıklarından, 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin ücrete hak kazanamazlar ve doğal olarak anılan işçilerin, buna bağlı olarak çalışmaktan kaçınmaları da söz konusu olamaz. Bunun istisnası ise, işçinin STİSK m. 25/5 uyarınca feshin geçersizliğinin tespiti davası açması halinde ortaya çıkar. İşçi, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın, sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi sebebiyle, feshin geçersizliğinin tespiti davası açabilir ve yukarıda bahsetmiş olduğumuz, boşta geçen en fazla 4 aylık ücrete hak kazanabilir. STİSK m. 25/5 gereği anılan davanın açılabilmesi için ise, gereken tek şart, sözleşmenin sendikal nedenle feshedildiğinin iddia edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, işçinin tabi olduğu kanun, işyerinde kaç işçinin çalıştığı, işçinin kıdemi gibi şartlar aranmaz.^{399 400}

³⁹⁸ “Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Ücret Çerçevesinde Değerlendirilmesi” başlıklı bölümde ifade edildiği üzere, işçinin hak kazandığı ve geniş anlamda ücret içerisinde değerlendirilen her türlü ödeme, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilir.

³⁹⁹ Anılan maddeden, her ne kadar aksi anlaşılsa da belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi, sendikal nedenle feshedildiği takdirde, STİSK m. 25/5 gereği feshin geçersizliğinin tespiti davası açamayacağını düşünmekteyiz. Zira iş güvencesi hükümleri ile belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler korunmak istenmiştir. Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesiyle, sadece belirtilen zaman aralığı içerisinde iş ilişkisi kurulmak istenmektedir. Bu nedenle, feshin geçersizliğinin davası sonucunda, sözleşmenin süresi dolmuş olursa, iade edilecek bir işin olduğundan da bahsedilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, davanın süresi de düşünüldüğünde, işçinin işe iadesini talep edebileceği zamanda, sözleşmenin süresinin dolmuş olması mümkündür. Bu nedenle işçinin işe iadesi imkânsız hale gelebilir. Diğer bir taraftan ise, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin, sözleşmeleri haklı neden olmaksızın feshedildiği takdirde, bakiye süre ücreti talep etme hakları vardır. Durum böyle olmakla birlikte, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin, STİSK m. 25/4 gereği, sendikal tazminat talep etme hakları vardır.

⁴⁰⁰ Tartışılması gereken diğer bir husus ise, belirli konumdaki işveren vekili olmanın, STİSK m. 25/5 gereği, feshin geçersizliğinin tespiti davası açılabilmenin önüne geçip geçmediğidir. İŞK m. 18/5 uyarınca, “İşletmenin

Öte yandan toplu iş sözleşmesi ile DİK veya TBK'na tabi işçiler de iş güvencesi kapsamına alınabilecekleri için⁴⁰¹, böyle bir durumun varlığı halinde, anılan işçilerin de yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde, çalışmaktan kaçınmaları mümkün olacaktır. Ancak anılan işçiler İŞK'na tabi olmadıkları için, çalışmaktan kaçınma hakkının dayanağı İŞK m. 34 değil, TBK m. 97 olacaktır.

Boşta geçen süreye ilişkin ücrete ve diğer haklara arabuluculuk süreci sonunda hak kazanılması, yukarıda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektirmez. Bu nedenle, arabuluculuk süreci sonunda taraflarca ödemesi kararlaştırılan boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmemesi durumunda da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı söz konusu olur.

2.1.4.6.8. Zamanaşımına Uğramış Ücret Borcunun Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

Bu başlık altında incelenmek istenen hukuki sorun, çalışmaktan kaçınma hakkının zamanaşımına uğramış ücrete dayandırılıp dayandırılmayacağıdır. Bu doğrultuda, çalışmanın sınırlarını aşmayacak şekilde, zamanaşımı kurumunun incelenmesi ihtiyacı doğmuştur.

Bir borcun ifası, borcun muaccel olduğu andan, borcun zamanaşımına uğrayacağı güne kadar alacaklı tarafından talep edilebilir. Borçlu ise bu süre zarfında borcu ödemek, ifa etmek zorundadır.⁴⁰² Ancak zamanaşımı süresinin dolması ile birlikte alacaklı, edimin ifasını talep etse dahi borçlu, borcu ödeme zorunluluğundan kurtulur. Bu bağlamda zamanaşımı, belirli bir sürenin geçmesini ve böylece borçlunun ifadan kaçınma hakkına sahip olmasını ifade eder.⁴⁰³

Borçlunun borcunu ifadan kaçınma hakkı olsa da zamanaşımı süresinin sona ermiş olması, borcu gerçek anlamda sona erdirmez; sadece, alacaklının borçlu rıza göstermediği müddetçe, alacağını tahsil etme imkânını ortadan kaldırır. Bu imkân doğrultusunda

bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.” Ancak STİSK, m. 2/1-e uyarınca, sadece işveren adına işletmenin bütününü yönetenler işveren kabul edildiği için ve STİSK m. 25, İŞK m. 18 ve 19'u kapsam dışında bıraktığından, sadece işletmenin bütününü yöneten işveren vekillerinin, STİSK m. 25/5 uyarınca feshin geçersizliğinin tespiti davası açamayacağını düşünmekteyiz. Zira anılan kişiler, STİSK m. 2/1-e'ye göre işveren olarak kabul edilmektedir ve STİKS m. 25/5 ise, anılan davanın işçiler tarafından açılabilceğini belirtmektedir.

⁴⁰¹ CENTEL, İş Güvencesi, s. 66.

⁴⁰² SEROZAN, §5, N. 1; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla/AKMAN, Sermet, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 800.

⁴⁰³ NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 431; TERCİER, Pierre/PİCHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 482; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1031-1032.

alacaklının edimin ifası için açmış olduğu dava, borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürmesi ile birlikte reddedilir. Diğer bir ifadeyle, zamanaşımı süresi dolmuş borç, eksik borç niteliğini alır ve borçlu istemediği sürece borcu ödemekten kaçınabilir.⁴⁰⁴

Öğretideki bir görüş, zamanaşımına uğramış borcu “sonradan eksik olan borç” olarak tanımlamaktadır. Anılan görüşe göre, zamanaşımına uğramış olsa bile alacak, borçlu tarafından zamanaşımı def'i kullanılmadığı sürece tam bir borç olma özelliğini korur. Bu nedenle alacağın zamanaşımına uğramış olması onun talep hakkını etkilemez, fakat zamanaşımı def'i kullanımı ile birlikte, bu talep hakkı etkisizleştirilir.⁴⁰⁵ Kısaca ifade edersek, anılan görüş doğrultusunda, borcun zamanaşımına uğramasının onu eksik borç haline getirmeyeceği söylenmelidir. Borcun “eksik borç” niteliğini alması, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi ile gerçekleşir. Borcun, eksik borç olması ise, onun talep edilemeyeceği anlamına gelmez, sadece alacaklının talep hakkının sonucunun, borçlu tarafından etkisizleştirilebileceği anlamına gelir.

Bahsedilen kurallar, ücret alacakları için de geçerlidir. Yani, ücret alacakları da muaccel olduğu andan, zamanaşımına uğrayacağı ana kadar işçi tarafından dava ve talep edilebilir ve bu süre içerisinde işveren tarafından ödenmek zorundadır.⁴⁰⁶ Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra ise, bu talebe karşı işveren zamanaşımı def'inde bulunarak, ücret borcunu ödemekten kurtulabilir. Ancak önemle ifade edilmelidir ki, ücret borcunun zamanaşımına uğraması ne ücret borcunu ne de iş ilişkisini sona erdirmir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018, P. 4111; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1030. Borçlu, zamanaşımına uğramış borcu, zamanaşımına uğradığını bilmeden veya bilerek alacaklıya öderse, artık geri istemesi de mümkün değildir, **NOMER**, s. 435.

⁴⁰⁵ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017, s. 48; **ANTALYA, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 84

⁴⁰⁶ Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi İşK'nun 32'nci maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilmiştir. Bahsi geçen fıkra göre, ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Görüldüğü üzere, düzenlemeye temel ücret, giydirilmiş ücret, fazla çalışma ücreti, yemek ücreti vb. herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Belirtelim ki, 32. maddede temel ücret (genel anlamda ücret) tanımına yer verilmiş olmasından hareketle, aynı hükümde geçen zamanaşımı süresinin de sadece temel ücrete ilişkin olduğu düşünülmemelidir. Zira temel ücret ile diğer ücret niteliğindeki alacakların farklı zamanaşımı süresine tabi olmasını gerektirecek haklı neden olmadığı gibi, hükmün son fıkrasında geçen *ücret alacaklarında* ifadesiyle sadece temel ücretin değil, birden fazla türdeki ücret alacağının kastedildiği sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla, temel ücret yanında fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatil ücreti, ikramiye, prim, aynen ya da nakden ödenen yol ve yemek yardımları vb. nitelikteki ödemeler 5 yıllık zamanaşımına tabidir. **SÜZEK**, s. 369; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 367; **CENTEL**, İş Hukuku, s. 162; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 125; **NARMANLIOĞLU, Ünal**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta. İstanbul, 2014, s. 307; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2019, s. 167; **SENYEN-KAPLAN**, s. 176; **MUTLAY, Faruk Barış/İŞÇİ, Bülent Ferat**, “İşçilik Alacaklarının Muaccel Olduğu Anlar ve Zamanaşımı Süreleri ile Zamanaşımı Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Durumların Değerlendirilmesi”, *Legal İHSGHD*, C. 16, S. 64, 2019, s. 1552-1553; **Y.9.HD.**, E. 2012/11586, K. 2014/16611, T. 23.05.2014.

⁴⁰⁷ Örneğin, kıdem tazminatı alacağı zamanaşımına uğradığında, işçi bu alacağına ilişkin dava açarsa, davalı işveren zamanaşımı def'i ileri sürerek borcunu ifa etmekten kaçınabilir ancak dava açılmadan ya da dava

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda yukarıda ifade edilen hususu şu şekilde belirtmektedir; “Zamanaşımı alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması sebebiyle dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere zamanaşımı alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.”⁴⁰⁸ Yine Yargıtay başka bir kararında, zamanaşımının borcu değiştiren veya ortadan kaldıran bir olgu olmadığını, mevcut bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracı olduğunu, bu bakımdan, zamanaşımının alacağın varlığını değil istenebilirliğini ortadan kaldırdığını belirtmiştir.⁴⁰⁹

Şüphesiz zamanaşımına uğramış ücret borcundan dolayı işçinin çalışmaktan kaçınıp kaçınamayacağı hukuki sorununa karşın iki farklı görüş ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, ücretin zamanaşımına uğramış olmasının işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını engellemeyeceği, ikincisi ise anılan hakkı engelleyeceği yönünde olacaktır.

Ücret alacağının zamanaşımına uğramış olmasının çalışmaktan kaçınma hakkını engelleyeceğini kabul eden görüşü destekleyen kural, zamanaşımına uğramış borcun eksik borç niteliği taşımasından dolayı, borçlu rıza göstermediği sürece ödenmeyeceğidir. Diğer bir ifadeyle işçi, dava veya takip yoluyla alacağını talep etse bile, işveren zamanaşımı def’inde bulunarak, alacağın tahsil edilmesinin önüne geçebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ücretin zamanaşımına uğramış olması, borcu sona erdirmez. Ayrıca işveren, anılan ücret borcunu, zamanaşımı def’inde bulunmadıkça, ödemek zorundadır. Diğer bir ifadeyle, borçlu zamanaşımı def’inde bulunmadığı sürece hâkim, alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığını re’sen araştırır. Öte yandan, alacağın zamanaşımına uğraması onun dava veya takip yoluyla talep edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Borç zamanaşımına uğradığı zaman, borçlunun zamanaşımı def’i kullanmasına bağlı olarak talep hakkının sonucunu etkisizleşmektedir. Bu nedenlerden dolayı işçi, zamanaşımına uğramış alacağını her zaman talep edebilir, zira ne borç ortadan kalkmıştır ne de borç ilişkisi.

sırasında veya sonrasında işçinin alacağı işveren tarafından zamanaşımının geçmesine rağmen ödenirse, işveren ödediği kıdem tazminatını işçiden isteyemez. Zamanaşımı süresinin dolması, borcu sona erdirmeyeceği gibi, borç ilişkisini de sona erdirmez, **NOMER**, s. 432; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1030. Örneğin; işçi, zamanaşımı dolduktan sonra ücret alacağını talep etse dahi işveren zamanaşımı def’i ileri sürerek ücret borcunu ödemekten kurtulur. Ancak böyle bir olasılıkta ne borç ne de borç ilişkisi sona ermiştir.

⁴⁰⁸ **Y.22.HD.** E. 2016/4593, K. 2016/18261, T. 16.06.2016; (www.legalbank.net)

⁴⁰⁹ **Y.22.HD.** E. 2014/18761, K. 2015/21842, T. 24.06.2015. Aynı yönde başka kararlar için bkz. **Y.7.HD.** E. 2014/13616, K. 2015/3674, KT. 05.03.2015; **Y.22.HD.** E. 2017/6946, K. 2017/10099, T. 28.04.2017; **Y.7.HD.** E. 2014/13455, K. 2014/22441, T. 10.12.2014; **Y.7.HD.** E. 2014/691, K. 2014/12448, T. 05.06.2014; **Y.22.HD.** E. 2014/35263, K. 2016/5833, T. 29.02.2016; **Y.22.HD.** E. 2014/35261, K. 2016/5831, T. 29.02.2016. (www.legalbank.net)

Yine konuya ilişkin ifade edilmesi gereken diğer bir husus ise, Borçlar hukuku öğretisinde genel kabul gören görüşe göre, alacağın zamanaşımına uğramasının ödemezlik def'inin ileri sürülmesine engel olmayacağıdır.⁴¹⁰ Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin de ödemezlik def'i olduğu göz önüne alındığında, ulaşılmaması gereken sonuç ortaya çıkmaktadır.

Zamanaşımına uğramış ücret borcundan dolayı iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilip feshedilemeyeceği sorusuna verilecek cevap ile de konumuza ilişkin bir sonuca ulaşabiliriz. Zira iki durum arasında birçok anlamda benzerlik bulunmaktadır. Zamanaşımına uğramış borçtan dolayı iş sözleşmesinin, İşK m. 24/II-e gereği haklı nedenle feshedebileceği kabul edilirse,⁴¹¹ işçinin anılan borçtan dolayı çalışmaktan kaçınabilmesi de kabul edilmelidir. İfade edilmelidir ki, işçinin zamanaşımına uğrayan borçtan dolayı sözleşmesini haklı nedenle feshetmesini engelleyen hiçbir düzenleme bulunmadığı gibi, çalışmaktan kaçınmasını engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır.⁴¹²

Yukarıda açıklanan nedenlerle, ücret borcunun zamanaşımına uğraması, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının önünde bir engel olarak değerlendirilmemelidir.

413

2.1.4.6.9. İş Görme Borcunun Geçici İfa İmkansızlığı Halinde Ödenmesi Gereken Ücretin Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

İmkânsızlık ifa engeli, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, iş sözleşmelerinde de etkilerini gösterir. İş sözleşmelerinde de baştaki ve sonraki imkânsızlık şeklinde ifa engelleri

⁴¹⁰ KANİTİ, s. 108-109; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 743; SEROZAN, İfa, §6 N. 5; EREN, P. 3099; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1099; Detaylı bilgi için bkz. PEKMEZ, s. 427-434.

⁴¹¹ İşK m. 26'ya göre İşK m. 24/II ve 25/II'de düzenlenen iyi niyet ve ahlak kurallarına uymayan hallere dayanarak işçinin veya işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı işgünü içinde veya her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yılın geçmesiyle sona erer. Ancak, ücretin ödenmemesi durumunda, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranış sürekli tekrar içerisinde olduğundan, hak düşürücü sürenin işlemesi mümkün değildir. SÜZEK, s. 690-691.

⁴¹² Savunduğumuz bu görüşe karşılık, uzun zaman önce, örneğin 10 yıl önce ödenmeyen ikramiye veya 1 aylık ücret sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçınmasının veya sözleşmesini haklı nedenle feshetmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Ancak sözleşme devam ettiği sürece, işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin, anılan hakları kullanmasının, dürüstlük kuralına hiçbir şekilde aykırı olmayacağı kanaatindeyiz. Zira işveren, gerekli ödemeyi yapmadığını bilecek konumdadır ve bu ödemeyi yapmadığı sürece bunun sonuçlarına katlanmayı göze almıştır.

⁴¹³ GÖKTAŞ, s. 83; ÇİL, Ücret, s. 693; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1286; ÇOPUROĞLU, s. 212; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 120-121.

ortaya çıkabilir.⁴¹⁴ Bazı durumlarda, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesi sonradan imkânsızlaşabilir.⁴¹⁵ İfanın imkânsızlaşması, işçinin veya işverenin kusurundan kaynaklanabileceği gibi, kimsenin kusuru olmaksızın da gerçekleşebilir.⁴¹⁶ Örneğin, işyerinin bulunduğu bölgede gerçekleşen yoğun kar yağışının, ulaşımı imkânsızlaştırması durumunda ne işveren ne de işçi kusurludur. Bilindiği üzere, iş hukukunda kural olarak iş görülmezse, ücrete hak kazanılamaz. Bu nedenle, kural olarak, iş görme ediminin ifası imkânsızlaşırsa, işçinin ücrete hak kazanamaması gerekir. Durum böyle olmakla birlikte, bazı özel düzenlemeler ile geçici ifa imkansızlığına düşen işçiye, ücretin ödenmesi öngörülmüştür.

İş görme borcunun geçici ifa imkansızlığına ilişkin özel düzenlemelerden biri İşK m. 40'ta düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre; zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde, çalışamayan veya çalıştırılmayan işçiye,⁴¹⁷ İşK m. 24/III⁴¹⁸ ve 25/III⁴¹⁹ maddelerinde düzenlenen bir haftalık bekleme süresi için, her gün yarım ücret ödenir. Diğer bir ifadeyle, zorlayıcı sebebin ortaya çıkması nedeniyle iş göremeyen işçi, en fazla bir haftalık ücrete⁴²⁰ hak kazanabilir.⁴²¹

İş görme borcunun geçici ifa imkansızlığı halinde işçinin ücrete hak kazanabileceğini düzenleyen diğer bir hüküm, TBK m. 409'da bir diğeri ise BİK m. 16 ve 17'de düzenlenmiştir.

TBK m. 409'da uzun süreli bir hizmet ilişkisinde⁴²², işçinin kusuru olmaksızın⁴²³ iş gördüğü süreye oranla kısa bir süreliğine geçici ifa imkansızlığına düşmesi⁴²⁴ durumunda hak

⁴¹⁴ Edimin başlangıcındaki imkânsızlığına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ALTUNKAYA, Mehmet**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 153 vd.

⁴¹⁵ Örneğin, askerlik, gebelik/analık, hastalık, grev/lokavt, ailevi nedenler, işçinin gözüaltına alınması, işçi kuruluğu yöneticiliği, işçinin iş görme edimini sonradan imkânsız hale getiren sebeplerdendir. Detaylı bilgi için bkz. **AKDENİZ, Ayşe Ledün**, İş İlişkilerinde İmkânsızlık, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 112-134.

⁴¹⁶ İşin ifasının imkânsızlaşmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **AKDENİZ**, s. 75-143.

⁴¹⁷ Bu bağlamda ifade etmek istediğimiz diğer bir husus ise, ücretin ödenmemesinin zorlayıcı nedene (mücbir sebebe) dayanması ile, iş görme borcunun yerine getirilememesinin zorlayıcı nedene dayanması farklı durumlardır. Birinde ortaya çıkan zorlayıcı neden işçinin iş görmesini engelleyecek nitelikteyken, diğerinde işverenin ücreti ödemesi engellenmektedir. Aynı mücbir sebep iki olgunun ortaya çıkmasına elverişli olabilir. Ancak konumuz bakımından burada incelenen husus, iş görmesinin zorlayıcı nedene bağlı olarak imkânsız hale gelmesidir. Ücret ödememenin mücbir nedene dayanması “Ödememenin Mücbir Sebep Dışında Bir Sebebe Dayanması” başlığında detaylıca incelenmiştir.

⁴¹⁸ İşK m. 24/III'e göre, işçinin çalıştığı işyerinde işin bir haftadan fazla süre ile durmasına neden olan zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.

⁴¹⁹ Anılan düzenlemeye göre; işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde, işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.

⁴²⁰ Çalışamayan süre iki hafta sürerse, işveren sadece bunun ilk haftası için yarım ücret ödemek zorunda olup, geri kalan süre için ücret ödemek zorunda değildir. Şüphesiz bir hafta dolduktan sonra, zorlayıcı sebebin kimin çevresinde gerçekleştiğine bağlı olarak, taraflardan biri sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebilir.

⁴²¹ **AKYİĞİT**, Cilt I, s. 1119; **SÜZEK**, s. 490, 680, 688. Anılan konu 1475 sayılı İş Kanunu'nda da aynı şekilde düzenlenmiştir. **İZVEREN**, s. 152-153; **EKONOMİ**, s. 202-203, 214.

⁴²² Uzun sürenin ne kadar olması gerektiği maddede belirtilmemiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 324a maddesinin ilk fıkrasına göre, anılan iş sözleşmesinin 3 aydan fazla yapılmış olması veya 3 aydan fazla sürmüş olması, anılan ücrete hak kazanmak için yeterlidir. İsviçre hukukundaki bir görüşe göre ise, belirli süreli iş

kazanacağı ücret,⁴²⁵ BİK m. 16'da gebelik⁴²⁶ ve askerlikte,⁴²⁷ m. 17'de ise, gazetecinin mahkumiyeti⁴²⁸ veya yayının tatil edilmesi halinde,⁴²⁹ gazetecinin kazanacağı ücret düzenlenmiştir.

sözleşmesinin en az 3 aylık yapılması veya belirsiz süreli iş sözleşmesinde en az 3 aylık bir feshi ihbar süresinin belirlenmesi anılan ücrete hak kazanmak için yeterlidir. Bkz. **PORTMANN/RUDOLPH**, BSK OR, Art. 324a N. 8. Bu noktada, TBK m. 409'da da mehz İBK m. 324a hükmünde olduğu gibi, kesin bir sürenin belirlenmesinin, olması gereken hukuk açısından daha isabetli olacağı görüşündeyiz. Böylelikle hem işçi açısından hem de işveren açısından, anılan ücretin doğup doğmadığı, hiçbir şüpheye yer kalmaksızın tespit edilebilir.

⁴²³ İşçinin iş görememesinin kendi kusurundan kaynaklanmamış olmaması gerekir. Örneğin, işçinin aşırı alkol tüketmesi nedeniyle hastalanması ve iş görme edimini yerine getirememesi durumunda, ücrete hak kazanamaması gerektiği öğretide savunulmuştur. Bkz. **REİSOĞLU**, s. 176, 179-181; **CENTEL**, s.238; **ÇOPUROĞLU**, s. 138.

⁴²⁴ İşçinin madde metninde belirtilen ücrete hak kazanabilmesi için, iş görme ediminin ifa edilememesinin, madde metninde sayılan sebepler veya benzeri sebepler neticesinde doğmuş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, TBK m. 409'da belirtilen haller sınırlı sayıda değildir.

⁴²⁵ TBK m. 409 hükmünde, işçiye ödenecek ücretin hakkaniyete uygun olması gerektiği düzenlenmiştir. İBK'nun ilgili maddesinde ise, "hakkaniyete uygun ücret" ifadesi yerine "hakkaniyete uygun bir süre ücret ödenmesi" şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle Türk hukukunda da geçici ifa imkânsızlığı nedeniyle kısa süre çalışamayan işçiye, hakkaniyete uygun bir ücret yerine hakkaniyete uygun bir süre ücret ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **AKDENİZ**, s. 89-90, dn. 67. Bu nedenle, ödenecek ücretin miktarı, her duruma göre değişebilecektir. İsviçre hukukunda ise, ödenecek ücret, işçi çalışsaydı hak kazanacağı ücret şeklinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, işçi hakkaniyete uygun bir ücreti değil, geçici ifa imkânsızlığı olmasaydı hak kazanacağı ücretleri talep edebilecektir. İsviçre hukukunda, anılan ücretin içerisine, işçinin fazla çalışma yapacağı daha önceden kararlaştırıldıysa ve işçi, geçici ifa imkânsızlığı nedeniyle fazla çalışma yapamadıysa, fazla çalışma için hak kazanacağı ücretler bile dahildir. Bkz. **REHBİNDER, Manfred/STÖCKLİ, Jean-Fritz**, BK OR, Art. 324a, N. 23; **PORTMANN/RUDOLPH**, BSK OR, Art. 324a N. 12; **EMMEL, CHK**, Art. 324a N.5; **PELLASCİO, Michel**, OFK, Art. 324a, N. 16. Ancak, işçi, bu dönemde geçici ifa imkânsızlığı nedeniyle elde edemediği bahşışleri bu kapsamda talep edemeyecektir. **REHBİNDER/STÖCKLİ**, BK OR, Art. 324a, N. 23.

⁴²⁶ BİK m. 16/7 hükmünde ise, gazetecinin, hamileliği halinde, hamileliğin yedinci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılacağı ve bu izin süresince, gazeteciye son aldığı ücretin yarsının ödeneceği düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **SÜMER**, Basın İş Hukuku, s. 110-111; **GÖKÇEK KARACA**, s. 130; **GÖKÇEK KARACA**, Gazetecinin Hakları, s. 130; **GÖKTAŞ, Seracettin**, "Basın İş Hukuku'nda İzin ve Dinlenme Süreleri", Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal, 2006, s. 102; **İSKENDER DEMİRCİ**, s. 34. İşK m. 74'ün BİK'na tabi işçilere uygulanıp uygulanmayacağı hakkında detaylı bilgi için bkz. **CANİKLİOĞLU, Nurşen**, "Part-Time'a Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği (SGK)", Emeğin Hukuku Kurultayı 2, 2016, Ankara, s. 141-143; **ŞAHİN EMİR, Asiye**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 109-110.

⁴²⁷ Anılan hükümde, talim veya manevra sebebiyle silahlaltına alınan gazetecinin, anılan süre boyunca ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise, kısmi veya umumi seferberlik sebebiyle silahlaltına alınan gazetecinin ücretinin sadece 3 ay süreyle ödeneceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, ilk muvazzaf askerlik sürecinde, gazetecinin son aldığı ücretin, askerlik süresince ödeneceği öngörülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **SÜMER**, Basın İş Hukuku, s. 108-19; **GÖKÇEK KARACA**, s. 129-130; **GÖKÇEK KARACA, Nuray**, Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları – 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 129-130 **GÖKTAŞ**, İzin Süreleri, s. 102; **İSKENDER DEMİRCİ**, s. 33-34.

⁴²⁸ BİK m. 17/1'e göre, gazetede yapmış olduğu yayın dolayısıyla mahkumiyete uğrayan gazeteci, işverenden ücretini almaya devam eder. Anılan hüküm gereğince işveren, bu ücreti işçinin mahkumiyeti devam ettiği sürece ödemekle yükümlüdür.

⁴²⁹ BİK m. 17/4'te, yayını ertelenen veya tatil edilen gazetede çalışan gazetecinin, tatil tarihinden itibaren iki ay süreyle ücretini almaya devam edeceği düzenlenmiştir. **SÜMER**, Basın İş Hukuku, s.111-113; **GÖKÇEK KARACA**, s. 131-132; **GÖKÇEK KARACA**, Gazetecinin Hakları, s. 131-132; **GÖKTAŞ**, İzin Süreleri, s. 102; **İSKENDER DEMİRCİ**, s. 35-37.

Konumuz açısından önemli olan husus ise, geçici ifa imkansızlığı sebebiyle, iş sözleşmesi askıya alınan işçiye, anılan dönemde kanunen ödenmesi öngörülen bu ücretlerin ödenmemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilip edilemeyeceğidir.

Anılan maddelerde ödenmesi öngörülen ücretler doğrudan iş görme borcunun karşılığı değildir. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere, anılan ücretin doğrudan görülen işin karşılığı olmaması, onun iş görme borcu ile sinallagmatik ilişki içinde olmadığı anlamına gelmez. Bu doğrultuda öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, işverenin kanundan veya sözleşmeden doğan ücretleri ödemesi ile işçinin iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişki vardır.⁴³⁰ Bu nedenle, gerekli şartlar sağlandığı takdirde, anılan ücretlerin ödenmemesi, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilir.

2.1.4.6.10. İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranması Durumunda İşçinin Yoksun Kaldığı Ücretin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Edilmesinin Değerlendirilmesi

İşK m. 5/6'ya göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde, anılan maddenin önceki fıkralarında belirtilen hükümlere aykırı davranıldığında, işverenin ayrımcılık tazminatı ve bunun dışında yoksun kaldığı haklarını talep edebilir.⁴³¹ Şüphesiz bu haklar içerisine, işçiye ödenecek ikramiye, asıl ücret vb. diğer alacaklar da girmektedir.

Konumuz açısından önemli olan husus ise, işçinin yoksun kaldığı bu ücretlerin ödenmemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilirliğinin değerlendirilmesidir. Ancak şu hususa dikkat çekmek isteriz, burada incelemiş olduğumuz durum işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilmesi değil, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının kaynağı olan ücretlerin ödenmemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilmesidir.

Örnek üzerinden anlatacak olursak, bütün şartları aynı olan iki işçiden birine ayda 2500 TL ücret verilirken diğerine 3000 TL ödenmesi durumunda, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve 2500 TL ücret ödenen işçinin, yoksun kaldığı aylık 500 TL'lik kısmı işverenden talep edebileceği söylenmelidir. Verilen örnekte eşit davranmamanın kaynağının ikramiye veya fazla çalışma ücreti olması durumunda da farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktır.

⁴³⁰ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 658-659.

⁴³¹ İşveren genel olarak sadece eşit davranma ilkesine aykırı davranmış ve bu davranış ayırım yapma yasağına aykırı değilse, işçi ayrımcılık tazminatı talep edemez, sadece yoksun kaldığı hakları talep edebilir. Bkz. SÜZEK, s. 458

Görölmektedir ki, eşit davranma borcuna aykırı davranılması durumunda işçinin mahrum kaldığı alacaklar, aslında iş sözleşmesi devam ederken işverenin işçiye ödemesi gereken alacaklardır. Bu alacakların kanundan, sözleşmeden veya işyeri uygulamasından doğmuş olmasının da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında bir önemi yoktur.

Böyle bir durumda, eşit davranma borcunun aykırı davranmanın kaynağı olan ücretin veya ücretlerin ödenmemesinin, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebileceğini kabul etmek gerekir.

2.1.4.6.11. İşverenin Ücretin Korunmasına İlişkin Hükümlere Aykırı Davranması Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

2.1.4.6.11.1. Genel Olarak

Ücretin korunmasına yönelik mevzuatımızda çeşitli hükümler vardır. Bu hükümlerden bazıları ücreti, işçinin kendi yapacağı işlemlere veya üçüncü kişilere karşı korurken⁴³², bazıları, işverene karşı korur. Ücret kesme cezasının düzenlendiği İşK m. 38 veya ücrette indirim yapılamayacağını düzenleyen İşK m. 62, ücreti işverene karşı koruyan düzenlemelere örnek gösterilebilir. Ücretin takasa konu edilmesini düzenleyen TBK m. 407/2 ise, ücreti hem işverene karşı hem de işçinin kendi işlemlerine karşı korumaktadır.

İşverenin, ücretin korunmasına yönelik anılan hükümlere aykırı davranması, işçinin ücretinin belirli bir bölümünden veya tamamından mahrum kalmasına neden olacağı için, bu durumların işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu olup olamayacağı incelenmelidir.

Ancak ifade etmemiz gerekir ki işverenin, hukuki sınırlar içerisinde kalan ücret kesme cezası düzenlemesi, ücretten indirim yapması veya ücreti takasa tabi tutmasında, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı yoktur. Zira işveren bu gibi durumlarda, yasanın kendisine tanıdığı sınırlar içerisinde kalmaktadır. Bu nedenle aşağıda, öncelikle ücretin korunmasına yönelik getirilen ilgili hükümlerin hukuki sınırlarının daha sonra ise hukuki sınırlar dışında kalan durumların çalışmaktan kaçınma hakkı çerçevesinde incelenmesi yapılmıştır.

2.1.4.6.11.2. Ücret Kesme Cezası

2.1.4.6.11.2.1. Ücret Kesme Cezasına İlişkin Düzenlemelerin Bireysel İş Kanunları ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi

⁴³² Ücretin haczi, devri ve temliğine yönelik düzenleme, İşK m. 35, TBK m. 410, DİK m. 32; Ücretten takas yasağı, TBK m. 407/2; Ücretin ayrıcalıklı alacak olması, İcra ve İflas Kanunu m. 140, 206, 207; İşverenin ödeme aczine düşmesi durumunda ücret, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 1.

Ücretin korunmasına yönelik hükümlerden biri, ücret kesme cezasının düzenlendiği İşK m. 38'dir.⁴³³ Anılan hükme göre, işveren toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde belirtilmeyen nedenler dışında ücret kesme cezası uygulayamaz. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, ceza olarak yapılacak ücret kesintisinin nedeni derhal işçiye bildirilmelidir. Cezanın miktarı ise, işçinin bir ayda iki gündeliğinden veya iki günlük ücretinden fazla olamaz. Benzer bir hüküm DİK'nun 38'inci maddesinde düzenlenmiştir.

Ücretten kesme cezasının sınırı İşK'nda iki günlük ücretken (veya iki gündelik), DİK'nda bu süre en fazla üç gündelik olarak düzenlenmiştir.⁴³⁴ BİK ve TBK'nda ise ücretten kesme cezasına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada, İşK'nun ücret kesme cezasına ilişkin hükmünün TBK'na ve BİK'na tabi çalışanlar açısından uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekir.

Öğretideki bir görüşe göre, İşK ile BİK arasında genel-özel kanun ilişkisi olmadığı için, ücret kesme cezasına ilişkin İşK hükmünün, BİK'na tabi işçilere uygulanması mümkün değildir. Anılan görüş, BİK'na tabi işçilere TBK hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴³⁵ Ancak ifade etmek gerekir ki, ücret kesme cezasına ilişkin TBK'nda da boşluk vardır.

Bireysel iş kanunlarının kendi arasındaki ilişki ve bunların TBK ile ilişkisi yukarıda incelendiği için burada tekrara sebebiyet vermemek adına, yukarıdaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak kısaca ifade edecek olursak, BİK'nda ve TBK'nda ücret kesme cezasına ilişkin bir boşluk olduğu açıktır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucunun, BİK'nda ve TBK'nda ücret kesme cezasına ilişkin düzenleme yapmama iradesinin olduğu söylenemez. TBK'nda ve BİK'nda bulunan bu boşlukları ise TMK m. 1/2 gereği örf ve adet hukukuna göre, bunlar yoksa hakim hukuk kuralı yaratmasıyla doldurulur. Bu noktada örf ve adet kurallarında bu yönde bir düzenlemeden bahsetmek güç ise de “*TBK'nda, DİK'nda veya BİK'nda Boşluk Bulunduğu Takdirde İşK Hükümlerinin Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi*” başlığında belirttiğimiz esaslar çerçevesinde İşK'nda bulunan hükümlerin göz önüne alınarak kanun boşluğunun doldurulması gerektiğini düşünüyoruz. Diğer bir ifadeyle hakim, İşK'ndaki hükümleri göz önüne alarak, TBK ve BİK'ndaki boşlukları doldurmalıdır. Bu nedenle, ücret kesme cezasının, TBK'na ve BİK'na tabi çalışanlar

⁴³³ Ücret kesme cezası hakkında detaylı bilgi için bkz. CENTEL, Ücret, s. 361-367; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1613-1623; GÜLVER, Ender, “Ücret Kesme Cezası”, Legal İHSGHD, C. 7, S. 28, 2010, s. 1367-1395; ÇOPUROĞLU, s. 153-160.

⁴³⁴ GÜLVER, Ücret Kesme, s. 1384.

⁴³⁵ GÜLVER, Ücret Kesme, s. 1373-1374.

açısından işçinin bir ayda iki günlük ücretinden veya iki gündeliğinden fazla olmayacağını düşünüyoruz.

Bu görüşümüz, DİK'ndaki bir ayda üç gündelik sınırının neden temel alınmadığı noktasında eleştiriye maruz kalabilir ancak yine daha önce belirttiğimiz üzere İşK'nun DİK'na göre daha genel bir kanun olması, daha geniş ve genel düzenlemeler içermesi ve İşK'ndaki hükmün işçinin daha lehine olması sebebiyle, anılan hükmün uygulanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

2.1.4.6.11.2.2. Ücret Kesme Cezasının Uygulanmasının Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ücret kesme cezası, işveren tarafından uygulanabileceği gibi, toplu iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesiyle, bu yetkinin bir disiplin kuruluna bırakılabileceği kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda, işverenin tek başına aldığı ücret kesme cezası kararı, hukuka aykırı olacaktır.⁴³⁶

İlk önce ifade etmemiz gereken durum, ücret kesme cezası hukuka uygunsa, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmayacağıdır. Bu noktada, anılan ücret kesme cezasının işveren tarafından tek başına ya da bir disiplin kurulunca alınmasının da bir farkı yoktur. Ayrıca yine hukuki sınırlar içerisinde kalmış olmak şartıyla, ücret kesme cezası miktarının işçi açısından önemli bir miktar olması da durumda bir değişiklik yapmayacaktır.

Aşağıda anlatmış olduğumuz durumlarda ise, ücret kesme cezasının hukuki sınırlar içerisinde olmadığı varsayımından hareket edilmiştir. Bu noktada ise, konuya ilişkin çeşitli görüşlerin ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz.

Ortaya çıkabilecek ilk görüş, haksız ücret kesme cezasının, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilemeyeceğidir. Bu görüşün dayanacağı husus, ücret kesme cezasına konu olan miktarın (ücretin), ilgili bakanlığın hesabına yatırılacak olması sebebiyle, işverenin buradan herhangi bir haksız fayda elde etmemiş olacağı şeklinde olabilir.⁴³⁷ Diğer bir ifadeyle, bu görüşe göre, işverenin uygulamış olduğu disiplin cezası sonucunda, işveren kendisine bir fayda sağlamamış olacağından, ücret kesme cezasına konu olan miktar çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilmemelidir.

⁴³⁶ Haklı sebeple fesih yetkisinin bir kurula bırakıldığı durumlarda da işverenin haklı sebebe dayansa dahi, tek başına yaptığı fesihler haksız sayılır. **EKONOMİ**, s. 225; **SÜZEK**, s. 712; **ÇOPUROĞLU**, s. 158.

⁴³⁷ İşçinin ücretinden kesilen ücretler ise, İşK m. 38/3 gereği işçilerin eğitimi ve sosyal hizmetleri için kullanılıp harcanmak üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına Bakanlıkça belirtilecek Türkiye'de kurulu bulunan ve mevduat kabul etme yetkisini haiz bankalardan birine, kesildiği tarihten itibaren bir ay içinde yatırılır. Diğer bir ifadeyle, kesilen ücret, işverene geçmez. İşveren, anılan ücreti, maddede belirtilen usule göre, ilgili bakanlığın banka hesabına, işçilerin eğitiminde ve sosyal hizmetlerinde kullanılmak üzere yatırır. Bkz. **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1622-1623; **ÇOPUROĞLU**, s. 155-156.

Her ne kadar, işveren kesilen miktardan dolayı bir menfaat sağlamamış olsa da işçi haksız yere ücretinin belirli bir kısmından mahrum olacaktır. Bu nedenle anılan dayanak, kesilen miktarın çalışmaktan kaçınma hakkına konu olamayacağı noktasında yetersiz kalacaktır.

Ortaya çıkabilecek ikinci görüş, ücret kesme cezasına konu olan miktarın çalışmaktan kaçınma hakkına konu olabileceği düşüncesidir. Bu görüşün de kendi içerisinde ikiye ayrılabilceğini düşünüyoruz. İlkine göre, ücret kesme cezasının haksız olmasının, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için yeterli olacaktır. Yani ücret kesme cezasının miktarı küçük bir tutar da olsa, işçi bu hakkını kullanabilecektir.

Kanımızca, her koşulda ücret kesme cezasının, çalışmaktan kaçınma hakkına konu olabileceği düşüncesi uygun değildir. Farklı bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınma hakkının var olup olmadığının, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerekir. “*Ücretin Belirli Bir Kısmının Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi*” başlığında da ifade ettiğimiz üzere, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ödenmeyen ücretin, işçi açısından nispeten önemli bir miktar olması gerekir. Yani işçi, kural olarak, ödenmeyen miktar önemsiz olduğu takdirde çalışmaktan kaçınmamalıdır.

Örneğin, haftada 10 saat çalışan bir işçi için, 5 saatlik ücret kesme cezası önemli bir miktarken, haftada 45 saat çalışan işçi için önemsiz bir miktar olabilir. Ancak, haftada 45 saat çalışmakla birlikte, asgari ücretle çalışan işçi için, 5 saatlik haksız ücret kesintisi önemli bir miktar olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, haksız ücret kesintisine konu olan miktar, olayın kendi koşulları çerçevesinde çok hassas bir şekilde değerlendirilmelidir.

İfade etmek gerekir ki işverenin, ücret kesme cezasının haksız olduğunu bilerek hareket etmesi, diğer bir ifadeyle, kesilen cezanın hukuki sınırlar içerisinde olmadığını bilmesine rağmen, bunu yapmaya devam etmesi durumunda, kesilen ücret miktarının işçi açısından önemine bakılmamalıdır. Bu husus özellikle, bir ayda iki günlük veya iki gündelik ücretten fazla kesilememesi noktasında önem arz etmektedir. Zira işveren bilerek ve isteyerek hukukun sınırları dışına çıkarak ücret kesme cezası uygulamıştır. Bu nedenle, işverenin bu davranışına karşı, kesilen ücretin miktarından bağımsız olarak, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi gerekir. Ancak işverenin dürüstlük kuralı çerçevesinde, yanlış bir değerlendirme yaparak yasal miktara uyarak ücret cezası kesmesi durumunda, kesilen miktarın işçi açısından önemine bakılır.

2.1.4.6.11.3. Ücretten İndirim Yapılması

Bu başlık altında incelenmek istenen husus, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın ücretinden hukuka aykırı bir şekilde indirim yapılan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. Hukuki sınırlar içerisinde gerçekleştirilen ücretten indirim karşısında, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı olmadığından, işçinin tam süreli çalışmadan, kısmi süreli çalışmaya geçmesi durumunda veya ücretinde hukuka uygun bir şekilde indirime gidilmesi halinde, işçinin çalışmaktan kaçınması mümkün değildir.

İşK m. 62, ücretten indirim yapılmayacak halleri düzenlemiştir.⁴³⁸ Madde metninde 4 ayrı husustan bahsedilmektedir. Bunlardan ilki “*çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi*”,⁴³⁹ ikincisi “*işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi*”,⁴⁴⁰ üçüncüsü “*bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması*”⁴⁴¹ ve sonuncusu “*her ne şekilde olursa olsun ücretten eksiltme yapılamaması*”dır.⁴⁴²

⁴³⁸ İşK m. 62, “*Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz.*”

⁴³⁹ Çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı indirilmesinde ücrette indirime gidilemeyeceği yasağı, işverenin tek taraflı olarak yapacağı indirimler için geçerlidir. Bu nedenle, TİS veya bireysel iş sözleşmesi ile ücrette indirime gitmek her zaman mümkündür. AKYİĞİT, Cilt II, s. 1886; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 879. Ancak iş hukukunda, işçinin işveren karşısındaki konumu göz önün alındığında, buna ihtiyatla yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira işçi, işini kaybetme korkusuyla veya başka baskı araçlarıyla, ücrette indirime gitme yolunu kabul etmek zorunda bırakılmış olabilir. Bu durumda ise, yapılan değişikliğe geçerlilik tanımamak gerekir. Ücrette indirimin kararlaştırıldığı anlaşmanın yapılma şekli de geçerlilik ve ispat konusunda büyük önem taşır. Anılan sözleşmenin, yazılı ve açık bir şekilde yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Anılan sözleşmenin örtülü yapılması her ne kadar mümkün görünse de İşK’nun 22’nci maddesi de göz önüne alındığında, anılan sözleşmenin yazılı ve açık bir şekilde yapılmadığı sürece, geçersiz olacağına karar vermek gerekir. Aksi görüş için bkz. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 879.

⁴⁴⁰ Anılan kavram oldukça geniş bir kavramdır ve kanun koyucunun bu madde hükmünden neyi ifade etmek istediği tam anlaşılmamaktadır. Öte yandan madde gerekçesinde de maddeye açıklık getirecek bir açıklama yapılmamıştır. Ancak akla gelen ilk örnek, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü kapsamında yapmış olduğu masrafları, işçinin ücretinden kesemeyeceği şeklindedir.

⁴⁴¹ “*İşverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi*” unsurunda bahsedilen kavram belirsizliği ve genişliği, maddede belirtilen üçüncü unsur olan “*bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması*” için de geçerlidir. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 879-880.

⁴⁴² Madde metninde belirtilen son unsur ise, kanun koyucu tarafından karmaşık bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira maddede, “[...] sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz.” hükmündeki “her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz” ifadesi, madde metninde belirtilen unsurların sonucu olarak ücretten indirime gidilemeyeceğini mi, yoksa sebebi ne olursa olsun, hiçbir şart altında ücrette indirime gidilemeyeceğini mi düzenlemiştir? Kanımızca, madde metninde düzenlenmek istenen, maddede belirtilen üç durumun sonucuna bağlı olarak ücrette indirime gidilemeyeceğidir. “*Her ne şekilde olursa olsun ücretten indirime gidilemeyeceği*” ifadesi ise, temel olarak, kesintinin ne şekilde yapıldığının bir öneminin olmayacağını belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, işçiye sağlanan aynı yardımların azaltılması veya taşıma hizmetinin haftada 5 günden 3 güne düşürülmesi gibi durumların da bu kapsamda bir indirim olarak değerlendirilmesi anlamına gelir. Nitekim öğretideki bir görüş, madde metnindeki “[...] her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz.” ifadesinden, eksiltmenin yapılaş şeklinin önemli olmadığını belirtmiştir. Yine aynı görüşe göre, eksiltmenin “geniş anlamda ücret” kavramını kapsadığını, bu nedenle aynı ödemelerde dahi bir eksiltme yapılamayacağını savunmuştur. ÇENBERCİ, s. 906; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 880. Kanımızca bu görüş isabetlidir ve ücretten indirim yapılamayacağı kuralı, geniş anlamda ücreti kapsar ve bu kesintinin ne şekilde yapıldığının bir önemi yoktur.

İşK m. 62'ye benzer hükümler BİK m. 25'te⁴⁴³, DİK'nda ise m. 48'de⁴⁴⁴ düzenlenmiştir. Ancak TBK'nda ücretten indirim yapılamayacağına dair bir hüküm yoktur. Böyle bir hükmün olmaması, TBK'na tabi işçilerin ücretlerinden indirim yapılabileceği anlamına gelmez. Zira ücret, iş sözleşmesinin esaslı bir unsurudur ve işverenin tek taraflı olarak bu unsuru değiştirmesi hukuka aykırıdır. Ücretin indirilmesi, İşK'na tabi işçiler için, İşK m. 22'de belirtilen usul çerçevesinde mümkündür ancak diğer kanunlara tabi işçiler için tarafların karşılıklı anlaşması gerekir.

İşverenin hukuka aykırı bir şekilde ücretten indirim yapması, işçinin ücretinin belirli bir kısmının ödenmemiş olmasına sebep olacağı için, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını, *“Ücretin Belirli Bir Kısmının Ödenmemesi Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi”* başlığında incelediğimiz esaslar çerçevesinde kullanabilmelidir. Ancak burada belirtilmesi gereken husus, kanunun koyduğu açık yasak karşısında ücrette indirime giden işverenin davranışının ne şekilde nitelendirileceğidir.

İşveren İşK m. 62 hükmünde belirtilen yasaklara rağmen ücretten indirime giderse, işverenin anılan yasağa bilerek ve isteyerek aykırı davrandığı kabul edilebilir. Buna bağlı olarak, ücretten yapılan indirim miktarına ve anılan miktarın işçi açısından önemine bakılmaksızın işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği görüşündeyiz. Diğer bir ifadeyle, ücrette indirime giden işverenin, bunun hukuka aykırı olduğunu bilmesi ve ona göre davranması gerekir. Buna rağmen indirime giderse, bu davranışın doğuracağı çalışmaktan kaçınma hakkının sonuçları ile karşı karşıya kalır.

Bu noktada neden aynı kabulün, ücret kesme cezasında kabul edilmediği sorusu sorulabilir. Ancak ücret kesme cezasında, işverenin hukuki sınırlar dışına çıkması hayatın olağan akışında gerçekleşmesi muhtemel bir durumdur ve işverenin bu gibi durumlarda muhakkak hukuka aykırı davrandığını bildiğinden bahsedilemez. Bu nedenle ücretten indirim yapılması durumlarında, daha katı bir esas benimsenmelidir.

2.1.4.6.11.4. Ücretin Takasa Konu Edilmesi

2.1.4.6.11.4.1. Bireysel İş Kanunlarına ve Türk Borçlar Kanunu'na Tabi İşçilerin Ücretinin Takasa Konu Edilmesi

⁴⁴³ BİK m. 25, “Bu Kanunun uygulanması neticesi olarak işverene terettüp eden vecibeler, gazetecilerin ücret ve sair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.”

⁴⁴⁴ DİK m. 48, “Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara hâlel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.”

Takas,⁴⁴⁵ muaccel ve karşılıklı aynı tür iki tür borcun, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesini sağlayan, bozucu yenilik doğuran bir haktır.⁴⁴⁶ İş hukukunda takas, TBK m. 407/2 hükmünde, “İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁴⁷

TBK m. 407/2 hükmünün ilk cümlesine göre, işçinin rıza göstermesi durumunda, işverenin takas hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Ancak madde metninde, takasa tabi tutulacak miktarın ne kadar olduğuna dair bir düzenleme getirilmemiştir.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Takas, TBK m. 139/1’de, “İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.” şeklinde düzenlemiştir. Anılan hükme göre, takasın gerçekleşebilmesi için, takas edilecek borçların karşılıklı olması, takas edilecek borçların para borcu veya özdeş borç olması (aynı tür borç) ve bu borçların muaccel olması gerekir. Bunun dışında maddede düzenlenmeyen ancak takasın gerçekleşebilmesi için gereken bazı olumlu ve olumsuz şartlar daha vardır. Takasa tabi tutulacak alacakların geçerli olması ve dava edilebilir olması, takas hakkının kullanıldığına dair bildirimin varlığı takasın olumlu şartları iken, takas hakkının sözleşme ile ortadan kaldırılmamış olması (takastan feragat) takasın olumsuz şartıdır. Takasın şartlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 1207-1230; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1014-1020; **ARAL, Fahrettin**, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Yetkin, Ankara, 2010, s. 41-126; **EREN**, P. 4016-4038; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1849-1875. Bazı durumlarda, takas hakkının kullanımı için yukarıda aranan şartların gerçekleşmesi yetmez. Karşı tarafın onayı da takasın gerçekleşmesi için aranır. Nitekim TBK m. 144’te, hangi alacaklarda takasın karşı tarafın onayına bırakıldığı düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacakların, haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacakların, nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacakların takasa tabi tutulabilmesi için, takas hakkının doğumundan sonra, alacaklıların rızası gerekir. Nitekim iş ilişkilerinde takası düzenleyen TBK m. 407/2 hükmü de işverenin, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemeyeceğini düzenlemiştir.

⁴⁴⁶ **ARAL**, s. 21; **EREN**, P. 4011; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1021; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1845.

⁴⁴⁷ Öğretideki bir görüş, TBK’nun yeni düzenlemesinin, takas hakkının iş hukukundaki kullanımını oldukça güçleştirdiğini veya imkânsız hale getirdiğini belirtmiştir. Bkz. **CENTEL**, TBK’nda Ücret, s. 12; **ÇOPUROĞLU**, s. 151. Anılan görüşün haklı olduğu nokta vardır, zira bizce de takas hakkının kullanımı oldukça güçleştirilmiştir. Ancak anılan değişimin haklı gerekçelerle yapıldığını da söylememiz gerekir. İş hukukunun işçiyi koruyan yapısı, işçinin işveren karşısındaki güçsüz konumu ve ücretin, işçinin ve ailesinin geçimindeki önemi göz önüne alındığında, daha farklı bir sonuca gidilemeyeceği, diğer bir ifadeyle anılan hakkın kullanımının güçleştirilmesinin yerinde bir değişiklik olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁴⁸ Konunun, 818 sayılı BK m. 333’teki halinde ise, ücretin takası “İşçi ücretinin tediyesi, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunduğu takdirde; işçinin muvafakatı olmaksızın iş sahibi ücreti kendi alacağı ile mahsup edemez.” şeklinde düzenlenmişti. 6098 sayılı TBK’ndan farklı olarak, 818 sayılı BK’nda, işçinin rızasının aranmayacağı takasın alanı daha geniştir. Zira TBK’nda işçinin rızası olmaksızın yapılacak takas, işçinin sadece kasten sebebiyet verdiği ve yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar bakımından mümkündür. 818 sayılı BK bakımından ise, işçinin rızası aranmaksızın yapılacak takas iki halde mümkündür. İlki, yukarıda da bahsettiğimiz, işçinin kasten verdiği zarardan doğan alacakların takas, ikincisi ise ücretin, işçinin ve ailesinin geçimi için zorunlu olmadığı hallerde de yapılacak takastır. İşçinin rızasının aranmayacağı ücretin takasındaki sınır ise, işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulunan kısım olarak değerlendirilmekteydi. Diğer bir ifadeyle, işveren işçiden olan alacağına karşı takas hakkını kullanmak istediğinde, işçinin rızasını almak zorunda değildi, ancak bu durumda, takas, işçinin ve ailesinin geçimi için zorunlu olan miktarın takasın dışında tutulması halinde mümkündü. İşçinin onay vermesi halinde ise, ücretin tamamının takasa tabi olabileceği belirtilmekteydi. Detaylı bilgi için bkz. **AKYİĞİT**, II, 1589-1590; **CENTEL**, Ücret, s. 339; **REİSOĞLU**, s. 194; **GÜNEŞ/MUTLAY**, s. 253; **ÇOPUROĞLU**, s. 153

Takas hakkının kullanılmasında, işçinin rızası ile ücretin tamamının takasa tabi tutulabileceğini kabul etmek, kanun koyucunun ücretin korunmasına ilişkin getirmiş olduğu düzenlemelere uygun değildir. Ayrıca, madde metninin ikinci cümlesinde düzenlenen ve işçinin kasten verdiği ve yargı kararıyla sabit zararlardan doğan alacaklarda bile⁴⁴⁹ takası, işçinin ücretinin dörtte biriyle⁴⁵⁰ sınırlandıran kanun koyucunun, işçinin onayı halinde yapılacak takasta sınır belirtmemiş olduğu düşüncesi, birbiriyle örtüşmemektedir. Bu nedenle, öğretide kabul edildiği gibi, bizce de işçinin takas için onay vermesi halinde dahi ücretin dörtte birinden fazlası takasa tabi tutulmamalıdır.⁴⁵¹

Yukarıda da görüldüğü üzere, takas hakkı, sadece TBK’nda düzenlenmiştir. Bu nedenle, anılan hükümlerin, İŞK’na, DİK’na ve BİK’na uygulanıp uygulanmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Öğretideki bir görüşe göre, 1475 sayılı İŞK m. 31’de düzenlenen ücretin alıkonulması (ücretten zarar karşılığı kesinti)⁴⁵², 4857 sayılı İŞK’nda düzenlenmemesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Bu nedenle, TBK m. 407/2’nin, İŞK’na tabi işçilere uygulanmaması

⁴⁴⁹ Maddenin ikinci cümlesi ise, işçinin rızasının aranmayacağı bir hali düzenlemiştir. Bu hal ise, işçinin kasten sebebiyet verdiği, yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar bakımından takasın uygulanmasıdır. Bu durumda, işverenin takas hakkını kullanabilmesi için, işçinin rızası aranmaz, ancak kanun koyucu takasa, ücretin haczedilebilir kısmı miktarında bir sınır getirmiştir. Bu sınır ise, TBK m. 410’da düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, işçinin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez. Bu nedenle, TBK m. 407/2 hükmünde belirtilen ve işçinin rızasının aranmadığı takas halinde de diğer bir ifadeyle işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklarda takasa tabi tutulabilecek miktar, işçinin alacağı ücretin dörtte birinden fazla olamaz. **SOYER, Polat**, “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2012, s. 179; **SÜZEK**, s. 377-378; **CENTEL**, TBK’nda Ücret, s. 12; **ÇOPUROĞLU**, s. 151.

⁴⁵⁰ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 333’üncü maddesinde, işçinin kasten verdiği zarardan doğan alacaklarda takasa tabi tutulacak miktar için belirli bir sınır düzenlenmemiştir. Bu nedenle, öğretideki bir görüş, anılan alacaklara karşı yapılacak takaslarda, ücretin dörtte biri sınırının burada uygulanmaması gerektiğini belirtmekteydi. Detaylı bilgi için bkz. **CENTEL**, Ücret, s. 340-341. Diğer bir görüş ise, ücretin tamamen takas edilmesinin, BK m. 333’te düzenlenen işçinin ve ailesinin asgari geçimini sağlanmasını amaçlayan kanun koyucunun amacına aykırı olacağını belirtmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **REİSOĞLU**, s. 194.

⁴⁵¹ **SÜZEK**, s. 378; **DOĞAN YENİSEY**, Hizmet Sözleşmesi, s. 318-319; **ÇOPUROĞLU**, s. 153;

⁴⁵² Aslında anılan madde tam olarak TBK m. 407/2 hükmüne karşılık gelmemektedir. Zira anılan hükümde, işçinin daha işverene zarar vermeden, teminat amacıyla işçinin ücretinden yapılan en fazla 10 günlük ücret kesintisi düzenlenmiştir. İşçi, bu kesintiden sonra, işverene zarar verirse, teminat olarak kesilen miktardan takas yapılır. 1475 sayılı İŞK m. 34; “(1) Hizmet akitleriyle işverenin tazminat karşılığı, işçi ücretlerinden geçici olarak alıkoyacağı miktar on haftada eşit taksitlerle kesilmek üzere işçinin on günlük ücreti tutarından fazla olamaz. Tazminat karşılığı bu kesintiler, bütün iş süresi içindir ve bundan bir miktar mahsup edilince yeniden aynı esaslar dairesinde kesinti yapılabilir. (2) Tazminat kesintileri, mahsup yapılmasını gerektirecek bir zarar yapılmadan işten ayrılma hallerinde işçiye kesintisiz olarak geri verilir. Tazminat karşılığı geçici olarak alıkonulan paradan, mahsup yapılması gerektiği zaman işçi isterse işveren kendisine mahsubun hangi esaslara göre yapıldığını anlatmak ve buna ait hesaplarla fatura ve başka belgeleri göstermek zorundadır. (3) Tazminat karşılığı alıkonulan paradan ancak o işçi tarafından yapılan zarar için mahsup yapılır. (4) Tazminat karşılığı kesilen paralar en çok üç ay içinde milli bir bankaya yatırılır. İşçi işinden ayrıldığında kesilen para faiz ve diğer gelirleri ile işçiye iade olunur.” Detaylı bilgi için bkz. **ESENER**, s. 181-182; **CENTEL**, İş Hukuku, s. 161

gerekir. Yine aynı görüş, ücretten indirimle gidilemeyeceğini düzenleyen 4857 sayılı İşK m. 62'nin, TBK m. 407/2'nin İşK'na tabi işçilere uygulanmasını engellediğini belirtmiştir.⁴⁵³

Anılan görüşe yönelteceğimiz ilk eleştiri noktası, İşK m. 62'nin, TBK m. 407/2 hükmünün İşK'nda tabi işçiler için uygulanmamasının nedeni olarak gösterilmesidir. Kabul etmek gerekir ki, işçinin kasten verdiği ve yargı kararıyla sabit olan bir zarardan doğan alacak için, işverenin takip yolunu kullanarak, işçinin ücretinin dörtte birine haciz konulmasını sağlaması gayet olasıdır. Bu durumda ise, İşK m. 62'nin, buna engel olacağını söylemek güçtür. Ayrıca İşK m. 62, her türlü durumda işçinin ücretinden indirim yapılamayacağını değil, madde metninde belirtilen durumların sonucuna dayanılarak indirim yapılamayacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, İşK m. 62'nin, TBK m. 407/2 hükmünün İşK'na tabi işçilere uygulanmasını engellemeyeceği kanaatindeyiz.

Kanımızca kanun koyucunun, ücretin takasa tabi tutulmasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye, İşK, DİK veya BİK'nda yer vermemesi bilinçli değildir. Anılan kanunlarda, konuya ilişkin düzenleme olmadığı açıktır ve takas hükümlerinin anılan kanunlara tabi işçilere uygulanmaması için geçerli hiçbir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle, TBK m. 407/2 hükmünün bütün işçilere uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim öğretide de anılan hükmün tüm iş ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir.⁴⁵⁴

2.1.4.6.11.4.2. Hukuka Aykırı Takasın Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Edilmesinin Değerlendirilmesi

Takas hakkının hukuka aykırı kullanılması durumunda, işçinin eline geçmesi gereken ücretten daha azı geçeceği için, ücretin belirli bir kısmı ödenmemiş olacaktır. Bu nokta ise, takas hakkı ile çalışmaktan kaçınma hakkının birlikte değerlendirilmesi gereken husustur.

Konuyu çeşitli ihtimaller üzerinden değerlendirecek, ortaya çıkabilecek ilk ihtimalde, yargı kararıyla sabit olmayan bir zarardan doğan alacağı takasa tabi tutan işverene karşı işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi gerekir. Zira takas hakkının kullanılması için, gerekli şartlar oluşmamış ve buna bağlı olarak işçinin ücreti daha az ödenmiştir. İkinci ihtimalde ise, işçinin kasten vermiş olduğu ve yargı kararıyla sabit olan bir zarardan doğan alacağı karşı işveren takas hakkını kullanmıştır. Ancak takasa tabi tutulabilecek sınırın üzerinde bir takas yapılmış ise, işçinin ücretinin ödenmesi gereken kısmı ödenmemiş olacağı için, işçinin yine çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği kanaatindeyiz.

⁴⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 696.

⁴⁵⁴ SOYER, Hizmet Sözleşmesi, s. 180.

Göz önüne alınması gereken diğer bir ihtimal ise, işçinin rızası ile yapılacak takaslarda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. Örneğin, işçiden olan alacağına karşı takas hakkını kullanmak isteyen işveren, ücretin yarısı için işçi ile anlaşmış ve işçi onay vermiştir. Bu durumda, yapılan takas, dörtte birlik sınıra uyulmadığı için hukuka uygun olmayacaktır ve dolayısıyla, işçiye ödenmesi gereken ücretten daha az bir ücret ödenmiş olacaktır. Ancak bu durumda işçinin çalışmaktan kaçınmayacağı kanaatindeyiz. Zira işçinin önce, hukuka aykırı olsa da takasa rıza göstermesi daha sonra ise, ücretinin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınması, çelişkili davranış olacaktır. Bu davranışın ise, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını söylemek gerekir. Şüphesiz, varmış olduğumuz bu sonucun, işçinin rızasının baskı altında olmadan ve özgür iradesi doğrultusunda verildiğinin kabulü ile mümkündür.

İfade etmek gerekir ki işveren, takas hakkını miktar olarak gerekli sınırlara uygun bir şekilde kullanmış olsa dahi, işçinin takasa vermiş olduğu rıza iradesinin, hata, hile veya tehdit ile sakatlığa uğratılmış olması durumunda, işçinin ücretinin belirli bir kısmının ödenmediğini kabul etmek gerekir. Buna bağlı olarak, yapılan takas çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilir.

Çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin yukarıda vermiş olduğumuz esaslar, sadece TBK'na tabi işçiler için değil, İŞK, DİK⁴⁵⁵ ve BİK'na tabi işçiler için de uygulanmalıdır.

2.1.4.6.12. Asgari Geçim İndiriminin Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

2.1.4.6.12.1. Asgari Geçim İndirimi'nin Hukuki Niteliğinin Önemi ve Yargıtay Kararlarındaki Yaklaşım

Asgari geçim indiriminin detaylıca incelenmesi konumuzun sınırlarını aşmaktadır. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkını doğrudan ilgilendirdiği için, AGİ'ye ilişkin incelenmesi gereken bir husus vardır. Bu husus ise, AGİ'nin niteliğinin ne olduğudur. Zira AGİ, ücret niteliğinde kabul edilirse, söz konusu ödemenin yapılmaması sebebiyle işçinin çalışmaktan

⁴⁵⁵ DİK m. 32'de, gemi adamının ücretinin ayda 240 lirasının haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu noktada, DİK'na tabi çalışan işçiler için, takasa tabi tutulabilecek miktarın, ücretin 240 lirası dışında kalan kısmının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. TBK m. 407/2'deki dörtte birlik takas sınırının, DİK hükmüne göre işçi açısından dezavantajlı olduğu ve DİK m. 32'nin uygulanması gerektiği savunulabilir. Ancak DİK'nda düzenlenen 240 liralık haczedilemeyecek sınırın, günümüz koşullarında pek bir değerinin olmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, yeni olan TBK m. 410 hükmünün, eski olan ve miktar olarak bir fayda sağlamayan DİK m. 32 hükmünün uygulanmasını ortadan kaldırdığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle, TBK m. 410'da düzenlenen sınırın, DİK'na tabi işçilere de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Öğretide de kanunlar arasında yeknesaklığın sağlanması adına DİK m. 32'in değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. **KAR**, s. 240

kaçınabileceğini savunmak gerekir. Ancak AGİ, ücret niteliğinde kabul edilmezse, çalışmaktan kaçınma hakkına da konu edilemez.

Asgari geçim indirimi, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun⁴⁵⁶ 32'nci maddesinde düzenlenmiş idi.⁴⁵⁷ Ancak söz konusu hüküm 7349 sayılı Kanun⁴⁵⁸ m. 3 ile ilga edilmiştir. Zira 2022 yılı itibariyle, 193 sayılı Kanun m. 23/1-18⁴⁵⁹ gereği asgari ücretten gelir vergisi alınmayacağı düzenlendiği için, asgari ücretle çalışan işçilerin AGİ'den faydalanması da mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, asgari ücretten fazla ücret alanlar da AGİ'den faydalanamayacaktır.

Durum böyle olmakla birlikte, konumuz açısından önemli olan nokta 2022 yılı öncesinde doğan ancak halen ödenmemiş AGİ sebebiyle işçinin kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağıdır.

193 sayılı Kanun'un mülga 32'nci maddesinde asgari geçim indiriminin tanımı yapılmamış, daha çok AGİ'nin ne şekilde uygulanacağı düzenlenmiş idi. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda AGİ'yi, bireyin veya ailenin asgari geçim düzeyini sağlayacak bölümünün toplam gelirden düşülerek vergi dışı bırakılması suretiyle işçiye Devlet tarafından sağlanan kanuni ve nakdi bir yardım şeklinde tanımlamıştır.⁴⁶⁰

AGİ'nin niteliğine yönelik Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlar vardır. Örneğin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararda, zamanaşımına ilişkin inceleme yaparken, "*Asgari geçim indirimi alacağı da geniş anlamda ücret alacağı niteliğinde olup, beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.*" ifadesini kullanarak AGİ'nin geniş anlamda ücret

⁴⁵⁶ RG, T. 6.1.1961, S. 10700.

⁴⁵⁷ 193 sayılı Kanun m. 32: "(1) Ücretin gerçek usûlde vergilendirilmesinde asgarî geçim indirimi uygulanır. (2) Asgarî geçim indirimi; ücretin elde edildiği takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgarî ücretin yıllık brüt tutarının; mükellefin kendisi için % 50'si, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için % 10'u, çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere; ilk iki çocuk için % 7,5, üçüncü çocuk için %10, diğer çocuklar için % 5'idir. Gelirin kısmî döneme ait olması halinde, ay kesirleri tam ay sayılmak suretiyle bu süreye isabet eden indirim tutarları esas alınır. Asgarî geçim indirimi, bu fıkra göre belirlenen tutar ile 103 üncü maddedeki gelir vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranın çarpılmasıyla bulunan tutarın, hesaplanan vergiden mahsup edilmesi suretiyle uygulanır. Mahsup edilecek kısmın fazla olması halinde iade yapılmaz."

⁴⁵⁸ RG, T. 25.12.2021, S. 31700.

⁴⁵⁹ 193 sayılı Kanun m. 23/1 18 numaralı alt bent: "Hizmet erbabının, ödemenin yapıldığı ayda geçerli olan asgari ücretin aylık brüt tutarından işçi sosyal güvenlik kurumu primi ve işsizlik sigorta primi düşüldükten sonra kalan tutarına isabet eden ücretleri (Şu kadar ki, istisnayı aşan ücret gelirinin vergilendirilmesinde verginin hesaplanacağı gelir dilim tutarları ve oranları, istisna kapsamındaki tutarlar da dikkate alınarak belirlenir. Ödenecek vergi tutarı, bu suretle bulunan vergi tutarının içinde istisna tutara isabet eden kısım düşülmek suretiyle hesaplanır. İstisna nedeniyle alınmayacak olan vergi ilgili ayda aylık asgari ücret üzerinden hesaplanması gereken vergiyi aşamaz. Birden fazla işverenden ücret alanlarda bu istisna sadece en yüksek olan ücrete uygulanır.)."

⁴⁶⁰ Y.7.HD. E. 2013/4101, K. 2013/11443, T. 18.06.2013. (www.legalbank.net)

niteliği taşıdığını belirtmiştir.⁴⁶¹ Yine aynı Daire, AGİ'ye uygulanacak faizin belirlenmesinde daha önce vermiş olduğu kararlarda (2015 yılı kararları) asgari geçim ücretini, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti gibi ücret niteliğinde olduğunu ve bu nedenle AGİ'nin gününde ödenmemesi halinde AGİ'ye mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁶² Ancak anılan daire, daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve AGİ'nin ücret niteliğinde olmadığını ve bu nedenle yasal faizin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁶³

9. Hukuk Dairesi ise, faize ilişkin vermiş olduğu kararlarda, AGİ'nin ücret niteliğinde olmadığını ve ödenmemesi halinde AGİ'ye yasal faizin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁶⁴ Anılan Daire'nin zamanaşımına ilişkin vermiş olduğu kararlar ise, sonuç bakımından, 22. Hukuk Dairesi ile benzer olarak, AGİ'nin 5 yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, 9. Hukuk Dairesi, 22. Hukuk Dairesi'nden farklı olarak, 5 yıllık zamanaşımına vurgu yaparken, AGİ'nin ücret niteliğinde olduğunu belirtmemekte, sadece TBK m. 147/1'e değinmektedir.⁴⁶⁵

Kıdem tazminatının hesabında AGİ'nin giydirilmiş ücrete dahil edilip edilmeyeceği hukuki sorununu ise, Yargıtay şu şekilde karara bağlamıştır; *“Asgari geçim indirimi, ücret olmadığı gibi ücretin eki de değildir. Asgari geçim indirimi, bireyin ya da ailenin asgari geçim düzeyini sağlayacak bölümünün toplam gelirden düşülerek vergi dışı bırakılmasıdır. Bu nedenle, asgari geçim indirimi, net ücrete ya da brüt ücrete ilave edilemez, aynı şekilde asgari geçim indirimi, giydirilmiş ücret tespit edilirken, çıplak ücrete giydirilecek bir kazanç unsuru da değildir. Hüküm altına alınan alacaklar hesaplanırken ücrete asgari geçim indiriminin eklenmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”*⁴⁶⁶

⁴⁶¹ **Y.22.HD.** E. 2016/24649, K. 2019/22284, T. 03.12.2019. Diğer kararlar için bkz. **Y.22.HD.** E. 2017/17340, K. 2018/24380, T. 14.11.2018 (www.legalbank.net)

⁴⁶² **Y.22.HD.** E. 2015/2167, K. 2015/6155, T. 19.02.2015; **Y.22.HD.** E. 2015/2453, K. 2015/6159, T. 19.02.2015; **Y.22.HD.** E. 2015/2166, K. 2015/6154, T. 19.02.2015; **Y.22.HD.** E. 2015/2164, K. 2015/6152, T. 19.02.2015; **Y.22.HD.** E. 2015/2168, K. 2015/6156, T. 19.02.2015 (www.legalbank.net)

⁴⁶³ *“Asgari geçim indirimi ücret niteliğinde bir alacak değildir. Çalışanların gelirinin asgari geçimini sağlayacak bölümünün gelirden düşülerek vergi dışı bırakılmasıdır. Davacının hüküm altına alınan asgari geçim indirimi alacağına yasal faiz uygulanması gerekirken en yüksek banka mevduat faizi hükmedilmesi de hatalıdır.”* **Y.22.HD.** E. 2017/29628, K. 2020/6432, T. 11.06.2020. Aynı yönde kararlar için bkz. **Y.22.HD.** E.2016/19233, K. 2019/16994, T. 23.09.2019; **Y.22.HD.** E. 2017/29628, K. 2020/6432, T. 11.06.2020. (www.legalbank.net)

⁴⁶⁴ **Y.9.HD.** E 2016/13801, K. 2020/2610, T. 19.02.2020; **Y.9.HD.** E. 2017/14819, K. 2017/4154, T. 16.03.2017; **Y.9.HD.** E. 2016/6182, K. 2019/16023, T. 17.09.2019; **Y.9.HD.** E. 2016/5641, K. 2016/5695; T. 10.03.2016; **Y.9.HD.** E. 2015/6854, K. 2017/367, T. 19.01.2017; **Y.9.HD.** E. 2015/118, K. 2016/15443, T. 28.06.2016; **Y.9.HD.** E. 2012/32940, K. 2014/26030, T. 10.09.2014; **Y.9.HD.** E. 2012/7121, K. 2012/42018, T. 10.12.2012; **Y.9.HD.** E. 2012/7119, K. 2012/42016, T. 10.12.2012. (www.legalbank.net)

⁴⁶⁵ **Y.9.HD.** E. 2014/33788, K. 2015/1541, T. 20.01.2015; **Y.9.HD.** E. 2014/33790, K. 2015/1543, T. 20.01.2015. (www.legalbank.net)

⁴⁶⁶ **Y.9.HD.** E. 2015/28028, K. 2019/1811, T. 21.01.2019. (www.legalbank.net)

AGİ'nin ödenmemesinin veya eksik ödenmesinin feshe konu olması noktasında da Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar AGİ'nin niteliğinin tespiti açısından önemlidir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir kararda, AGİ'nin geniş anlamda ücret niteliğinde olduğunu ve bu nedenle sözleşmenin İŞK m. 24/II-e çerçevesinde feshedilebileceğini ifade etmiştir.⁴⁶⁷ Aynı şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, *“Davacı işçinin ödenmeyen asgari geçim indirimi alacağı hükmü altına alındığına göre davacının iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-e maddesine göre haklı nedenle feshettiği anlaşıldığından, davacının kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”* ifadesiyle, AGİ'nin ödenmemesinin, ücret niteliğinde olduğunu kabul edip, İŞK m. 24/II-e bendinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁶⁸

2.1.4.6.12.2. Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Zamanaşımı bakımından değerlendirme yapacak olursak, TBK m. 147/1'de düzenlenen ifade, *“ücret gibi diğer dönemsel edimlerin”* 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle buradaki vurgu, ücret olmasa bile, ücret gibi dönemsel olan ödemelerin de 5 yıllık zamanaşımına tabi olacağıdır. AGİ'nin de ücret gibi dönemsel bir edim olduğu göz önüne alındığında 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararların isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, 22. Hukuk Dairesi'nin asgari geçim indirimini, *“geniş anlamda ücret”* içerisinde değerlendirip 5 yıllık zamanaşımına tabi tutması, zamanaşımı süresi bakımından yerinde olsa da AGİ'nin nitelendirilmesi bakımından isabetli değildir kanaatindeyiz.

Aynı şekilde kanımızca, AGİ, Yargıtay'ın kıdem tazminatına ilişkin vermiş olduğu karara benzer olarak,⁴⁶⁹ ücret olmadığı gibi ücret eki de değildir. AGİ, işçinin ücretinin belirli bir kısmının vergi dışı bırakılması sonucu, işçiye ödenmesi gereken miktarı ifade eder. Diğer bir ifadeyle AGİ, devlet tarafından işçinin ücretinden kesilecek verginin, istisna kapsamına sokularak, işçiye geri ödenmesi gereken dönemsel parayı ifade eder.

Nitekim bu kabul doğrultusunda, AGİ'nin ödenmemesi, işçiye İŞK m. 24/II-e kapsamında sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkı da vermemelidir. Bu durumda, işçinin derhal fesih için başvurabileceği hukuki dayanak, İŞK m. 24/II-f hükmü gereği, çalışma koşullarının uygulanmamasıdır. Bu noktada Yargıtay'ın, AGİ'nin ücret niteliğinde olmaması

⁴⁶⁷ **Y.22.HD.** E. 2014/20553, K. 2015/33548, T. 03.12.2015; *“[...] ücretlerin düzenli ödenmemesi ve geniş anlamda ücret içinde yer alan asgari geçim indirimi ve giyim yardımının yapıldığının da ispatlanamaması karşısında, 4857 sayılı Kanun'un 24/II-e bendince, işçinin haklı fesih şartlarının oluştuğu gözetilmeden, hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi yanlış olmuştur.”* (www.legalbank.net)

⁴⁶⁸ **Y.9.HD.** E. 2015/32248, K. 2019/2580, T. 04.02.2019. (www.legalbank.net)

⁴⁶⁹ **Y.9.HD.** E. 2015/28028, K. 2019/1811, T. 21.01.2019. (www.legalbank.net)

nedeniyle, AGİ'ye yasal faizin uygulanması gerektiğini belirten kararlarına katıldığımızı belirtmemiz gerekir.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda ulaşılan diğer sonuç ise, ücret niteliğinde olmayan AGİ'nin, çalışmaktan kaçınma hakkına da konu edilemeyeceğidir. İşçinin tabi olduğu kanun da vardığımız bu sonucun değişmesini gerektirecek bir husus değildir. Bu nedenle İŞK, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilerin, AGİ'nin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının olduğu söylenemez.

2.1.4.6.13. Sosyal Sigorta Primlerinin Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

2.1.4.6.13.1. Sosyal Sigorta Primlerinin Ödenmemesinin “Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 60'ıncı maddesi ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkının⁴⁷⁰ hayata geçirilmesi için, hukukumuzda üç farklı teknik vardır. Bunlar sosyal sigortalar, sosyal yardımlar ve sosyal hizmetlerdir.⁴⁷¹ Sosyal güvenlik hakkının hayata geçirilmesi için yapılan harcamalar ve buna araç olan kurumların giderlerinin sağlanması, sosyal güvenliğin finansmanı konusunu oluşturur. Konumuzla bağlantılı olan sosyal sigorta tekniğinin finansmanı ise, çoğunlukla çalışanlardan ve işverenlerden alınan primler aracılığıyla sağlanır. Nitekim 5510 sayılı SSGSSK m. 79/1, “*Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır.*” hükmünü düzenleyerek, anılan finansmanın, primler aracılığıyla karşılanacağını belirtmiştir.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Sosyal güvenlik hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **GÖKÇEOĞLU, Şebnem**, Sosyal Güvenlik Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994, s. 36 vd.; **GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem**, Sosyal Güvenlik Hakkı Açısından Yaşlı Bakımı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 7 vd.; **GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 1-3, 13-46; **TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta, 21. Baskı, İstanbul, 2021, s. 1-5, 62-76, 104-109.

⁴⁷¹ **TUNCAY/EKMEKÇİ**, s. 19-22; **GÖKÇEOĞLU BALCI**, s. 10-13; **ARICI, Kadir**, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 19-25.

⁴⁷² **İZVEREN, Adil**, Sosyal Politika ve Sosyal Haklar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 189-190; **GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU**, s. 62, 226; **TUNCAY/EKMEKÇİ**, s. 168; **CANİKLİOĞLU, Nurşen**, Sosyal Sigortalarda Prim Teşvikleri, Beta, İstanbul, 2011, s. 5-6; **SÖZER, Ali Nazım**, İşçi, Bağımsız ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigorta Hukuku, Beta, İstanbul, 2019, s.203; **ARICI**, s. 205-206; **KABAKCI, Mahmut**, Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk, Beta, İstanbul, 2019, s. 7.

Konumuz açısından önemli olan husus ise, işçinin sosyal sigorta primlerinin ödenmemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilip edilemeyeceğidir. Bu hukuki sorunun çözümü ise ancak, primin hukuki niteliğinin tespiti ile mümkündür.

Öğretide, sosyal sigorta primlerinin hukuki niteliğine yönelik çeşitli görüşler mevcuttur. Mevcut görüşlerden ilki, sosyal sigorta primlerini, işçinin kazandığı ücretin belirli bir kısmının sosyal sigorta harcamalarına ayrılması sebebiyle, ücret niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Yine bu görüşteki yazarlar, primleri, “geri bırakılmış ücret”, “sosyal sigorta ücreti”, “dolaylı ücret” olarak ifade etmektedir.⁴⁷³

Başka bir görüş ise, primlerin yasalarla belirlenmesi, zorunlu oluşu, matrahının seçiminin kişiye bırakılmamış olması, toplanmasının devlet yaptırımları ile güvence altına alınması ve sadece tahsis edildiği amaca özgü kullanılması sebepleriyle, matrahı ücret olan özel bir vergi niteliğinde olduğunu belirtmiştir.⁴⁷⁴ Başka bir görüş ise, işçilerden alınan primin, ücretin bir parçası olduğunu, bu nedenle ücret niteliği taşıdığını ancak aynı zamanda bunun zorunlu olarak işçilerden alınması, işçinin ödediği primler ile kişisel rizikosu ve sosyal sigortalardan sağladığı menfaatler arasında denge bulunmaması nedeniyle vergi niteliği de taşıdığını belirtmiştir.⁴⁷⁵

Yine benzer bir görüşe göre, sosyal sigortaların sağladığı yardımlar ile işçiden alınan prim arasında bir karşılıklılık ilişkisi mevcut olsa da bu ilişki çok zayıftır. Bu durum ise, tıpkı vergilerle devletin sağladığı hizmetlerden yararlanma arasındaki ilişkiye benzetilmektedir. Bu nedenle, primlerin vergi niteliğinin daha kuvvetli olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷⁶ Bu görüş, primlerin ücretin bir parçası olarak da değerlendirilmesinin mümkün olduğunu da ifade etmiştir. Anılan görüşe göre, işçinin primi, işçiye sonra ödenecek bir ücret parçasıdır, işverenin primi ise, faktör geliri olarak ücretin, işçi yerine sosyal sigortaya ödenen bir kısmıdır. Aynı yazar, primlerin vergilerden daha üstün olabileceğini de belirtmektedir. Buna göre, güvence altına alınan riskler meydana geldiğinde, ödenen primlerin karşılığının, nasıl ve ne kadar bir destek olarak alınabileceğinin bilinmesi, ödenen primlerin sağlanan güvence karşısında karşılaştırılamayacak kadar az oluşu, primi vergiden üstün kılmaktadır. Bu nedenle

⁴⁷³ Detaylı bilgi için bkz. **DİLİK, Sait**, Sosyal Güvenlik, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, s. 219, dn.29’da belirtilen yazarlar; **TUNÇOMAG, Kenan**, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beta, İstanbul, 1990, s. 84.

⁴⁷⁴ **TALAS, Cahit**, Sosyal Ekonomi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 359; **TUNCAY/EKMEKÇİ**, s. 170, **ALPER, Yusuf**, “5510 Sayılı Kanun’da Primlerin Karşılık Olma Özelliği ve Çırakların ve Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, Haziran 2010, s. 176. Öğretide **Sümer** ise, primlerin teknik anlamda vergi olmadığını, vergi benzeri bir ödeme olduğunu belirtmiştir. **SÜMER, Haluk Hadi**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 108.

⁴⁷⁵ **DİLİK**, s. 220.

⁴⁷⁶ **YAZGAN, Turan**, Sosyal Sigorta, Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, İstanbul, 1977, s. 89.

yazar, primlerin ne vergi olduğunu ne de ücret olduğunu, kendine özgü özellikleri olan bir finansman vasıtası olduğunu ifade etmiştir.⁴⁷⁷

Primlerin, hukuki niteliğinin tespiti açısından incelenmesi gereken diğer bir husus, primlerden kimlerin sorumlu olduğudur. Zira aşağıda incelendiği üzere, prim kavramı içerisinde sadece işçinin ücretinden kesilen miktar yoktur. Bu kapsamda, iş sözleşmesi ile çalışanlar, kural olarak, 5510 sayılı Kanun'un 4/1-a maddesi kapsamında sigortalı olurlar. Anılan kişiler, genel sağlık sigortası, kısa vadeli ve uzun vadeli sigorta kolları ve işsizlik sigortası kapsamında sigortalı olurlar ve bunlar için ayrı ayrı prim oranları ve buna ilişkin de sorumlular belirlenmiştir. SSGSSK'nun "*Prim oranları ve Devlet katkısı*" başlıklı 81'inci maddesine göre prim oranı, kısa vadeli sigorta kolları için sigortalının, yani konumuz bakımından işçinin, prime esas kazancının %2'sidir ve bunun tamamı işveren tarafından ödenir. Uzun vadeli sigorta kolları bakımından, prime esas kazancın %20'sidir ve bunun %9'u işçinin, %11'i işverenin payıdır. Genel sağlık sigortası için, prime esas kazancın %12,5'udur ve bunun %5'i sigortalı, %7,5'u işveren tarafından ödenir. İşsizlik sigortası kapsamında ödenecek prim oranı ise, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu⁴⁷⁸ m. 49'a göre, prime esas kazancın %4'üdür, bunun %1'i işçi, %2'si işveren tarafından ödenir, geri kalan %1 ise devlet payı olarak alınır.⁴⁷⁹

Görüldüğü üzere, Kuruma ödenmesi gereken prim kavramı içerisine, sadece işçiden alınan miktar değil, işverenin kendi ödemesi gereken pay da dahildir. Bu noktada, kısa vadeli sigorta kolları bakımından, işçinin ödemesi gereken prim payının olmadığı bile görülmektedir. Bu durumun ise, yukarıda, primin vergi niteliğini savunan görüşe destek olduğunu ifade etmek isteriz.

Ödenecek prim üzerinde işçinin veya işverenin bir tasarruf yetkisinin olup olmadığı da primin niteliğinin tespiti bakımından önemlidir. Bu noktada ifade edilmelidir ki, işçinin de işverenin de prim olarak tahsil edilen veya tahsil edilmesi gereken tutar üzerinde bir işlem yapma yetkisi yoktur.⁴⁸⁰ Anılan miktar, direkt olarak kaynaktan kesinti şeklinde gerçekleşir⁴⁸¹ ve kesilen miktar hiçbir zaman işçinin eline geçmez.

⁴⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. **YAZGAN**, s. 90-91.

⁴⁷⁸ RG, T. 08.09.1999, S. 23810

⁴⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. **GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU**, s. 227-233; **SÖZER**, s. 216-221; **ARICI**, 211-213.

⁴⁸⁰ Bu noktada, bireysel iş kanunlarında ve TBK'nda, ücreti korumak için getirilen, işçinin ücret üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan hükümler, karşı görüş olarak ileri sürülebilir ve işçinin tasarrufunda olmayan kısmın da ücret niteliğinde olduğu ifade edilebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, anılan hükümlerde, işçinin tasarrufu sadece belirli bir ölçüde kısıtlanmakta ve sadece belirli hukuki işlemlerin önüne geçilmektedir. Prim için yapılan kesintilerde ise, anılan kısım üzerinde ne işçinin ne işverenin hiçbir şart altında tasarruf yetkisi yoktur. Bu nedenle ücretin korunmasına ilişkin hükümlerdeki "tasarruf yetkisinin kısıtlanması" ile burada bahsedilen "tasarruf yetkisinin kısıtlanması" farklı kavramları ifade etmektedir.

Bu noktada Yargıtay'ın sözleşmenin sosyal sigorta primlerinin ödenmemesi nedeniyle işçi tarafından haklı nedenle feshine ilişkin vermiş olduğu bazı kararların da primin niteliği bakımından incelenmesini faydalı olacağı kanaatindeyiz. Verilen bazı kararlarda Yargıtay, sigorta primlerinin yatırılmamasını, eksik yatırılmasını veya düşük ücretten yatırılmasını, ücretin ödenmemesi şeklinde değerlendirerek, sözleşmenin İşK m. 24/II-e bendi çerçevesinde haklı nedenle feshedildiğini⁴⁸², bazı kararlarında ise, anılan durumu çalışma koşullarının yerine getirilmemesi şeklinde değerlendirerek, İşK m. 24/II-f haklı nedenle feshedildiğini karara bağlamıştır.⁴⁸³

Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararlardan hangisinin kabul edileceği, çalışmaktan kaçınma hakkına yakından ilgilendirmektedir. Zira sigorta primlerinin ödenmemesi, İşK m. 24/II-e çerçevesinde kabul edilirse, aynı durumda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını da kullanabileceği kabul edilir. Ancak Yargıtay, vermiş olduğu başka bir kararda, sigorta primlerinin ödenmemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilemeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir; “Mahkemece yapılacak değerlendirmede, sigorta primlerinin eksik veya düşük ücretten yatırılmasının ya da ücretlerin zamanında ödenmemesinin Dairemizin istikrar kazanmış kararlarına göre işçiye ancak haklı fesih imkânı verdiği, ücretin ödenmesi gereken tarihten itibaren 20 gün içinde ödenmemesi halinde işçinin iş görme ediminden kaçınma hakkı olduğunu ve toplu bir nitelik kazanması halinde dahi bunun kanun dışı grev sayılamayacağını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinin, sigorta primleri eksik ödenen ya da ücreti zamanında ödenmeyen işçiye iş görme ediminden kaçınma hakkı verdiği şeklinde genişletilemeyeceği de göz önünde tutulmalıdır.”⁴⁸⁴

⁴⁸¹ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 315-317; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 233; CENTEL, Tankut, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 83-84; KABAKCI, s. 9.

⁴⁸² Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlar, sigorta primlerinin yatırılmamasını, eksik yatırılmasını veya düşük ücretten yatırılmasını dolaylı olarak İşK m. 24/II-e bendi kapsamında değerlendirmektedir. Şöyle ki anılan kararlarda, işçinin sözleşmeyi fesih sebebi, sigorta primlerinin ödenmemesi veya eksik ücret üzerinden gösterilmesi dışında bazı işçilik alacaklarının ödenmemesine de dayanmaktadır. Bu gibi durumlarda, Yargıtay, konuyu sadece İşK m. 24/II-e bendi çerçevesinde değerlendirerek, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkının olduğuna bağlamaktadır. Ancak bunun net olarak 24/II-e'ye mi yoksa 24/II-f'ye mi dayandığı noktasında bir açıklık belirtilmemektedir. Kanımızca, feshe sebep olan her durumun ayrı ayrı incelenmesi ve bunların hangi hüküm çerçevesinde değerlendirileceğinin ayrı ayrı belirtilmesi gerekir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar için bkz. Y.9.HD. E. 2020/1521, K. 2020/6778, T. 01.07.2020; Y.9.HD. E. 2010/13886, K. 2012/19879, T. 07.06.2012; Y.7.HD. E. 2015/24399, K. 2016/1015, T. 25.01.2016. Sözleşmenin fesih sebebinin sadece sigorta primlerinin ödenmemesi, eksik ödenmesi ya da eksik ücretten gösterilmesi durumlarında, Yargıtay'ın durumu doğrudan İşK m. 24/II-e bendi kapsamında değerlendirdiği kararlar da bulunmaktadır. Bkz. Y.9.HD. E. 2016/29129, K. 2016/18068, T. 18.10.2016; Y.9.HD. E. 2015/9980, K. 2015/13941, T. 13.04.2015; Y.9.HD. E.2009/16464, K.2011/17203, T. 09.06.2011;

⁴⁸³ Y.9.HD. E. 2016/1417, K. 2019/6588, T. 25.03.2019; Y.9.HD. E. 2016/10231, K. 2019/21683, T. 04.12.2019; Y.9.HD. E. 2017/14099, K. 2020/2109, T. 12.02.2020; Y.9.HD. E. 2016/3679, K. 2019/13248, T. 12.06.2019.

⁴⁸⁴ Y.7.HD. E. 2016/13760 K. 2016/10198 T. 05.05.2016 (www.legalbank.net)

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görülmektedir ki prim, her ne kadar bazı durumlarda belirli bir kısmı işçinin ücretinden oluşmaktaysa da ücret kavramına dahil değildir. Özellikle, işçinin anılan miktar üzerinde tasarruf yetkisinin olmaması, bunun bir kamu alacağı olması, primin sadece işçiden alınan miktarla sınırlı olmaması, primin vergi niteliği taşıdığını gösteren hususlardır.

Yargıtay'ın, sigorta primlerinin ödenmemesini, ücretin ödenmemesi şeklinde kabul edip, İşK m. 24/II-e çerçevesinde değerlendiren kararlarının yerinde olmadığını, anılan hukuki dayanağın, İşK m. 24/II-f olması gerektiğini belirtmek isteriz. Ancak prim, niteliği itibariyle ücret olmadığı için, Yargıtay'ın, sigorta primlerinin ödenmemesi durumunda işçinin İşK m.34 çerçevesinde kaçınmayacağını belirten görüşe katıldığımızı da ifade etmeliyiz.

Sigorta primlerinin hiç ödenmemesi, eksik ödenmesi veya gerçek ücret üzerinden gösterilmeyerek ödenmesi, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması bakımından farklı bir sonuç doğurmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, primlerin hiç ödenmemesi durumunda, çalışmaktan kaçınma hakkı olmayan işçinin, primlerin gerçek ücret üzerinden gösterilmemesi veya eksik ödenmesi durumunda da çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığını kabul etmek gerekir.

2.1.4.6.13.2. Sosyal Sigorta Primlerinin Ödenmemesinin Geniş Anlamda “Çalışmaktan Kaçınma Hakkı” Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Yukarıda, sosyal sigorta primlerinin ücret kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle işçinin İşK m. 34 çerçevesinde çalışmaktan kaçınmayacağı ifade edilmiştir. Sigorta priminin niteliği işçinin tabi olduğu kanuna göre değişmeyeceği için, aynı durum, TBK m. 97 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için de geçerlidir.

Bu noktada cevaplanması gereken başka bir soru ortaya çıkmaktadır; işverenin sigorta primlerini ödeme borcu, işçinin iş görme borcunun kamu hukukunda doğurduğu bir sonucu olarak değerlendirilebilir mi ve bu kapsamda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı TBK m. 97 çerçevesinde kabul edilebilir mi? Farklı bir ifadeyle, işçinin iş görme borcunun özel hukukta doğurduğu sonuç işverenin ücret ödeme borcu, kamu hukukunda doğurduğu sonuç ise sosyal sigorta primi ödeme borcu olarak kabul edilip, prim ödeme borcunun, iş görme borcu ile sinallagmatik ilişki içerisinde olduğu söylenebilir mi? Eğer bu soruya olumlu cevap veriliyorsa, o zaman işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olduğu da kabul edilebilir mi?

Bu hususun detaylıca incelenmesi konumuzun sınırlarını aşmaktadır ancak kanımızca, işçinin iş görme borcunun karşılığı özel hukuk bakımından ücret; kamu hukuku bakımından

ise, sosyal sigorta primlerinin ödenmesidir. Bu bakımdan primlerin ödenmesi, sosyal güvenlik hakkının belirli bir kısmını oluşturan sosyal sigortalara erişim bakımından oldukça önemlidir.

Önemle belirtmek gerekir ki işçinin priminin ödenmemiş olması sigortalılık niteliğine hak kazanması bakımından önem arz etmemektedir. Nitekim SSGSK m. 7/1'e göre sigortalılık niteliği fiili çalışma⁴⁸⁵ ile başlar. Bu nedenle primlerin ödenmemiş olması sigortalılığa hak kazanmak için bir engel teşkil etmese de sigortalılığın kısa veya uzun vadede getirdiği sağlık yardımlarından ve parasal yardımlardan sorunsuz bir şekilde faydalanabilmek için primlerin eksiksiz ve tam zamanında ödenmesinde işçinin menfaatinin olduğu açıktır. Bu nedenle işçinin sosyal sigorta primlerinin ödenmesi ile iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişkinin kurulduğu kanaatindeyiz.⁴⁸⁶

Ayrıca sosyal sigorta primleri ödenmeyen işçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedilebileceği kabul edilmişken⁴⁸⁷ iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesinden daha hafif bir yaptırım olan ve işverenin anılan primleri ödemesi için baskı aracı olarak kullanabilecek bir hak olan çalışmaktan kaçınmanın (TBK m. 97 kapsamında) kullanılamayacağını kabul etmek de mümkün görünmemektedir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında primler, niteliği itibarıyla ücret olmadıkları için İşK'na tabi işçiler, İşK m. 34 veya TBK m. 97 çerçevesinde "ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının" olmadığını kabul etsek de tabi olduğu kanuna bakılmaksızın, bütün işçilerin primlerin ödenmemesi nedeniyle TBK m. 97 gereği ödemezlik def'i ileri sürerek çalışmaktan kaçınabilecekleri kanaatindeyiz. Temel olarak burada ifade etmek istediğimiz husus, işçilerin sigorta primlerinin ödenmemesi nedeniyle TBK m. 97 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkının olduğu, ancak bu hakkın, ücretin ödenmemesine bağlı ortaya çıkan çalışmaktan kaçınma hakkı olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle bu sigorta

⁴⁸⁵ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 155; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 155; CENTEL, Sosyal Güvenlik, s. 111. Öğretide ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, fiili çalışmaya başlamamış olmakla beraber, işverenin emir ve talimatına hazır beklenilmesi halinde de fiili çalışma şartının gerçekleşmiş olduğu ve sigortalılık niteliğinin kazanıldığı kabulü gerekir. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 156; CENTEL, Sosyal Güvenlik, s. 111.

⁴⁸⁶ Gerçekten de iş sözleşmesi ile kurulun ilişki, sadece özel hukuku ilgilendiren sonuçlar ortaya çıkarmaz. Zira sözleşmenin tarafı olmasa da bazı konular bakımından devlet de bu ilişkiye dahil olmaktadır. Sigortalılık ve sigorta primlerinin ödenmesi bunun en önemli örneklerindendir. Özel hukuk kapsamında iş sözleşmesi ile işveren, ücret ödeme borcu, işçi ise iş görme borcunu üstlenir. Bu borçlar arasında ise karşılıklı ilişki olduğu açıktır. Kamu hukuku kapsamında ise, iş sözleşmesi ile işçi iş görme borcu altına girer, işveren ise bunun karşılığında devlete prim ödeme borcu altına girer. Prim ödeme borcu ise, kamu hukukundan doğan bir borç olup, anılan borcun alacaklısı devlet olsa dahi, bundan faydalanacak kişi sigortalıdır. Konumuz açısından değerlendirilecek olursak anılan kişi, işçidir.

⁴⁸⁷ Y.9.HD. E. 2016/1417, K. 2019/6588, T. 25.03.2019; Y.9.HD. E. 2016/10231, K. 2019/21683, T. 04.12.2019; Y.9.HD. E. 2017/14099, K. 2020/2109, T. 12.02.2020; Y.9.HD. E. 2016/3679, K. 2019/13248, T. 12.06.2019.

primlerinin ödenmemesine bağlı çalışmaktan kaçınma hakkı, daha geniş bir başlık olan “çalışmaktan kaçınma hakkı” içinde yer alan bir haktır.⁴⁸⁸

2.1.4.6.14. İş Sözleşmesi Devam Ederken Ortaya Çıkabilecek Tazminat Niteliğindeki Alacakların (Sendikal Tazminat, Ayrımcılık Tazminatı) Ödenmemesi Sebebiyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

Öncelikle ifade etmek isteriz ki konunun bir üst başlığı “Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Olabilecek ve Olamayacak Ücretlerin Değerlendirilmesi” olduğu için, belirli tazminatlara ilişkin değerlendirmenin bu başlık altında incelenmesi teknik olarak uygun değildir. Ancak konunun başka bir başlık altında incelenmesi uygun olmadığından, tarafımızca böyle bir tercih yapılmıştır.

Bilindiği üzere, işçilik alacaklarının bazıları, örneğin; ücret, fazla çalışma ücreti, prim, ikramiye, sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatı, iş sözleşmesi devam ederken, bazı işçilik alacakları ise, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkar. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, sözleşmenin sona ermesiyle beraber ortaya çıkan yıllık ücretli izin alacağı ücreti bunlara örnek gösterilebilir. İş sözleşmesi devam ederken ödenmeyen ücretlerden dolayı, gerekli şartlar sağlandığı takdirde, işçi çalışmaktan kaçınabilecektir. Ancak ücret niteliğinde olmayan ve iş sözleşmesi devam ederken de ortaya çıkabilen, sendikal ve ayrımcılık tazminatlarının çalışmaktan kaçınma hakkına konu olup olamayacağının ayrıca incelenmesi gerekir.⁴⁸⁹

Bu noktada konumuzun sınırlarını fazla aşmamak adına sendikal tazminat⁴⁹⁰ ve ayrımcılık tazminatına⁴⁹¹ ilişkin bilgi burada verilmemiştir. Ancak ifade etmeliyiz ki,

⁴⁸⁸ İşe giriş bildirgesinin SGK’na verilmesi fakat işçinin primlerinin ödenmemesi durumunda, sigortalılık niteliği tescil edilmiş ancak sadece primleri yatırılmamış olacaktır. Ancak işçi, sigortalı olarak SGK’na bildirilmediği takdirde, sistemde sigortalı olarak bile görülmeyecektir. Şüphesiz işçi, SSGSSK m. 7 gereği, fiili çalışma ile sigortalılık niteliğini kazanmış olacaktır, ancak anılan Kanun kapsamında sağlanan sağlık ve parasal yardımlarından faydalanmak için, hizmet tespit davası açmak durumunda kalabilecektir. Çalışmaktan kaçınma hakkı konusu çerçevesinde ise, işçinin primlerinin ödenmemesi ile sigortalılık girişinin yapılmaması arasında bir fark olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin sigortalılık girişi yapılmadığı takdirde veya sigorta primleri ödenmediği, eksik ödendiği veya eksik ücret üzerinden gösterildiği durumlarda, TBK m. 97 kapsamında bütün işçiler anılan hakkı kullanabilecektir.

⁴⁸⁹ Şüphesiz sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatı sadece iş sözleşmesi devam ederken ortaya çıkmaz. Örneğin, işçinin iş sözleşmesi ayrımcılık yapılarak sona erdirilirse, işçi ayrımcılık tazminatına hak kazanır. Aynı şekilde işçinin iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilirse, işçi sendikal tazminata hak kazanır. SÜZEK, s. 455, 530-531.

⁴⁹⁰ Sendikal tazminat, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25’inci maddesinde düzenlenmiştir. Sendika özgürlüğünün güvencesi başlıklı anılan maddenin ilk üç fıkrasında, işverenin sendikal nedenle ayrımcılık yapamayacağı haller düzenlemiştir, dördüncü fıkrasında ise, anılan yasağa uymamanın yaptırımını düzenlenmiştir. Anılan yaptırım ise, işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere ödenmesi gereken sendikal tazminattır. Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere, sendikal tazminatın doğabilmesi, ayrımcılık tazminatında olduğu gibi, sözleşme devam ederken de mümkündür. İfade etmek gerekir ki, ayrımcılık tazminatına sadece İşK’na tabi işçiler hak kazanabilirken, sendikal tazminata, tabi olduğu kanun fark etmeksizin,

sendikal tazminat, temelde, ayrımcılık tazminatının özel olarak düzenlenmiş halidir. Nitekim, anılan tazminatlara aynı anda hükmedilememesi de bu durumu açıkça göstermektedir.⁴⁹² Bu nedenle, sendikal tazminat veya ayrımcılık tazminatı için çalışmaktan kaçınma hakkı kapsamında ulaşacağımız sonuç diğer tazminat için de geçerli olacaktır.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, çalışmaktan kaçınma hakkı, iş görme ve ücret ödeme borcu arasındaki sinallagmatik ilişkiden kaynaklanır. Aradaki sinallagmatik ilişki gereği, çalışmaktan kaçınma hakkı, ücret ödeme borcuna aykırı davranmanın yaptırımı olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılık ve sendikal tazminatlar ise, işverenin ayırım yapmama yasağına aykırı davranmasının yaptırımlarındandır. Diğer bir ifadeyle anılan tazminatlar, işçinin iş görme borcunun karşılığı değildir. Bu nedenle, anılan tazminatlar ile iş görme borcu arasında sinallagmatik ilişkiden bahsedilemez.

Konunun değerlendirilmesinde göz önünde tutulması gereken diğer bir husus ise İşK m. 34 metnidir. Zira anılan maddeye göre, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için ödenmemiş “ücret” borcunun varlığı gerekir. Sendikal ve ayrımcılık tazminatı ise, düzenlendiği maddelerde açıkça “tazminat” olarak nitelendirilmiştir. Bu noktada anılan tazminatların, iş sözleşmesi devam ederken ortaya çıkması, ücret ödeme borcu ile bir bağlantısı olduğu anlamına da gelmez.

Savunmuş olduğumuz görüşü destekleyen diğer bir husus ise, öğretide yer alan ve işverenin eşit davranma borcuna ve ayırım yasağına aykırı davranmasına karşı, işçinin iş

bütün işçiler hak kazanabilir. Sendikal tazminata ilişkin detaylı bilgi için bkz. **SÜZEK**, s. 629-633; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 750-753, 1082-1084; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 903-913; **BASKAN, Şükriye Esra**, 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 167-176; **SÜMER, Haluk Hadi**, “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. 2, Beta, İstanbul, 2011, s. 1654-1659; **ÖZKARACA,ERCÜMENT**, “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 200-210; **BOYDAK, Alptekin Burak**, 6356 Sayılı Kanun Bağlamında Sendika Özgürlüğünün Güvencesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 155-161; **KÜÇÜK, Doğukan**, Sendika Özgürlüğünün Güvencesi Bağlamında Sendikal Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 182 vd.; **ÇOBAN, Nazlı**, İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması, Seçkin, Ankara, 2019, s. 193-199.

⁴⁹¹ Ayrımcılık tazminatı, sadece İşK’nun 5’inci maddesinde düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, TBK’na, DİK’na ve BİK’na tabi işçiler için, ayrımcılık tazminatı söz konusu değildir. İşK m. 5/6’ya göre, *iş ilişkisinde veya sona ermesinde*, anılan maddenin ilk beş fıkrasında belirtilen hususlara aykırı davranılması durumunda işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatı ve yoksun bırakıldığı hakları talep edebilir. Madde metni, ayrımcılık tazminatını sadece iş ilişkisinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde ortaya çıkabileceğini kabul etmiştir. Bu nedenle, işverenin, işe alım sırasında eşit davranma borcuna aykırı davranması sebebiyle ayrımcılık tazminatından sorumlu olacağı söylenemez. Ayrımcılık tazminatına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **SÜZEK**, s. 454-458; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 745-750; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 469-471; **DOĞAN YENİSEY, Kübra**, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 76-81; **GÜLMEZ, Mesut**, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, S. 25, 2010/2, s. 247-250; **YILDIZ, Eşit İşlem**, s. 328-342.

⁴⁹² **SÜZEK**, s. 456.

görmekten kaçınma hakkını olduğunu belirten görüşten çıkmaktadır.⁴⁹³ Kanımızca da işverenin anılan borçlara aykırı davranması durumunda işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Bu durumda ise, ayrımcılık içeren davranışa veya işleme iki farklı yaptırım bağlanmış olur, bunlardan biri çalışmaktan kaçınma hakkı, diğeri ise ayrımcılık tazminatı veya sendikal tazminattır. İki farklı yaptırımın aynı anda uygulanmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır.⁴⁹⁴ Ancak, ayrımcılık içeren davranışın yaptırımlarından birinin, yani anılan tazminatlardan birinin ödenmemesinin, diğeri yaptırımın, diğeri bir ifadeyle çalışmaktan kaçınma hakkının kaynağı olamayacağını kabul etmek gerekir.

İfade etmemiz gerekir ki işverenin işçiler arasında ayrımcılık yasağına aykırı olacak şekilde ücret farklılığı yaratması da doğacak ayrımcılık veya sendikal tazminatlarının ücret ile bağlantısı olduğu anlamına gelmez. Zira, yaratılan haksız ücret farklılığı, yapılan ayrımcılığın bir göstergesidir. Farklı bir ifadeyle, sendikal tazminat veya ayrımcılık tazminatı, haksız ücret farklılığının ayrımcılığa dayanması sebebiyle ortaya çıkar. İşçi böyle bir durumda, ayrımcılık temeline dayanan düşük ücret uygulaması nedeniyle, çalışmaktan kaçınabilir.⁴⁹⁵ Ancak söz konusu durumda, işçinin kaçınması ayrımcılık yasağına aykırı davranılmasına dayanabileceği gibi, ücretin eksik ödenmesine de dayanabilir. Diğeri bir ifadeyle işçi, sadece ayrımcılık yasağına aykırı davranılması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir veya yapılan ayrımcılık işçinin düşük ücret almasına neden oluyorsa, ücretin eksik ödenmesi nedeniyle de çalışmaktan kaçınabilir.

İşverenin ayrımcılığa dayanan ücret farklılığı içeren işlemi sona erdirmiş olması da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında önemli değildir. Önemli olan, işçinin alamadığı ücretlerin ödenip ödenmediğidir. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki buradaki kaçınma hakkının dayanağı “ayrımcılık yasağına aykırı davranılması” değil, işçinin alması gereken ücretten daha az ücret almasıdır.

Sonuç olarak, ücret olarak nitelendirilmeyen ve iş görme borcu ile sinallagmatik ilişkisi bulunmayan sendikal tazminatın veya ayrımcılık tazminatının ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı kanaatindeyiz. Ancak işçi

⁴⁹³ **TUNCAY, Can**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 226-228; **YILDIZ**, Eşit İşlem, s. 323-325; **MANAV ÖZDEMİR**, Ayrımcılık, s.166; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 224-227.

⁴⁹⁴ Ayrımcılık yasağına aykırı davranmaya bağlı olarak kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı, ayrımcılık içeren davranış veya işlem devam ettiği sürece işçi tarafından kullanılabilirken, ayrımcılık tazminatı, şimdiye kadar yapılan ve/veya yapılmaya devam eden ayrımcılık içeren davranış veya işlemin bir yaptırımıdır. Diğeri bir ifadeyle, işçi sona ermiş ayrımcılık yasağına aykırı davranış için kaçınma hakkını kullanamaz ancak, uğramış olduğu ayrımcılık sebebiyle ayrımcılık tazminatı talep edebilir.

⁴⁹⁵ **PREIS, Ulrich/TEMMING, Felipe**, Arbeitsrecht-Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Auflage, 2020, N. 1655

ayrımcılık yasağına aykırı davranılması sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca yapılan ayrımcılık işçinin düşük ücret almasına neden oluyorsa, işçi ücretin ödenmemesi nedeniyle de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

2.1.4.7. Ücretin Ödenmesine ve Ücretin Dayanağına İlişkin Diğer Hususların Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

2.1.4.7.1. Asıl Ücretin Ödenme Şeklinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi

Bu başlık altında incelenmek istenen husus, asıl ücretin ödenme şekline ilişkin yasaklara aykırı davranmanın, çalışmaktan kaçınma hakkını ne şekilde etkileyeceğidir. Örneğin, işçinin asıl ücretinin senetle, altınla veya kripto para birimleriyle ödendiği durumda, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek midir? Bu hususlara ilişkin bir sonuca varılabilmesi için, asıl ücretin ödenme şekline ilişkin kurallar incelenmelidir.

İşK m. 32/4, ücretin emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde yapılamayacağını düzenlemiştir. 1475 sayılı Kanun'da, ücretin ödenmesine ilişkin, İşK m. 32/4'e benzer bir düzenleme olmadığı için, öğretide, ücretin parayı temsil eden çekle veya senetle ödenmesinin, senedin veya çekin paraya çevrilmesinde güçlük olmadığı takdirde mümkün olduğu kabul edilmekteydi.⁴⁹⁶ Başka bir görüş ise, 1475 sayılı İşK m. 26'da asıl ücretin para ile ödenmesi gerektiği vurgulandığı için ve senetle veya çekle ödenmesi işçi açısından olumsuz olabileceği için, bunun mümkün olmadığını ifade etmiştir.⁴⁹⁷

ILO'nun 95 No'lu Ücretlerin Korunma Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde de nakit olarak ödenmesi gereken ücretlerin, emre muharrer senetle, bono ile kuponla veya parayı temsil eden herhangi bir belge ile ödenmesinin yasak edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, zorunlu hallerde, toplu iş sözleşmesiyle, hakem kararıyla veya ilgilinin rızasıyla anılan şekillerde ödemenin mümkün olduğu düzenlenmiştir.⁴⁹⁸ 4857 Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, çekle veya senetle asıl ücretin ödenmesi açıkça yasaklandığı için, öğretide bunun artık mümkün olmadığı ifade edilmekle birlikte⁴⁹⁹ ILO'nun

⁴⁹⁶ EKONOMİ, s. 141; CENTEL, Ücret, s. 318.

⁴⁹⁷ ESENER, s. 177; İZVEREN, s. 142.

⁴⁹⁸ ILO, Co. 95 Madde 3, "(1) Nakit olarak ödenmesi gereken ücretler, münhasıran tedavülü mecburi olan para ile ödenecek ve emre muharrer senetle, bono ile, kuponla veya tedavülü mecburi parayı temsil ettiği iddia olunan diğer herhangi bir şekilde ödeme yasak edilecektir. (2) Ücretlerin bir banka üzerine çekilen çekle yahut posta çeki veya havalesiyle tediyesi teamülden olduğu veya özel vaziyetler dolayısıyla zaruri bulunduğu veya bir kollektif mukavele veya hakem kararıyla bu şekillerde ödemenin derpiş edildiği yahut bunların hiçbirisi mevcut bulunmadığı takdirde ilgili işçi rıza gösterdiği hallerde, yetkili makam, ücretin, sözü edilen şekillerde ödenmesi müsaade veya hükmedilebilir."

⁴⁹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s.651; SÜZEK, s. 365.

yukarıda verilen maddesi doğrultusunda ve olması gereken hukuk açısından, sınırlı koşulları dahilinde, ücretin senetle veya parayı temsil eden kıymetli evrakla ödenmesinin mümkün olduğu da savunulmuştur.⁵⁰⁰

Kanımızca da olması gereken hukuk açısından sınırlı şartlar altında, ücretin senetle veya parayı temsil eden kıymetli evrak ile ödenmesi mümkün kılınmalıdır. Anılan sınırlar ise, işçinin buna rıza göstermesi ve senedin veya parayı temsil eden kıymetli evrakın paraya çevrilmek istendiği an çevrilmesinin mümkün olmasıdır. Diğer bir ifadeyle işçi, ücret yerine almış olduğu senedi veya kıymetli evrakı paraya çevirmek istediği an çevirebilmelidir. Aksi takdirde, ücretin ilk andan itibaren ödenmemiş olduğu kabul edilmelidir. Böylelikle öğretide belirtilen, işçinin senedi veya kıymetli evrakı paraya çevirmede yaşayacağı sıkıntının da önüne geçilmiş olur.⁵⁰¹

Bu noktada farklı görüşler ortaya çıkabilir. İlk görüşe göre, yürürlükteki mevzuat gereği, işverenin senetle veya kıymetli evrakla asıl ücreti ödemesi mümkün değildir. Bu nedenle işverenin anılan şekilde bir ödeme yapmaya çalışması ve işçinin de hukuken geçerli olmayan bu ödemeyi kabul etmemesi halinde, ücret borcu ifa edilmemiş sayılmalı ve buna bağlı olarak işçi çalışmaktan kaçınmalıdır.

Aşağıda vermiş olduğumuz ortaya çıkabilecek görüşlerde ise, mümkün olmamakla birlikte, gerçekleşmesi ihtimali göz önüne alınarak, işçinin asıl ücretinin senetle veya kıymetli evrakla ödenmesini kabul ettiği varsayımından hareket etmekteyiz.

Bu çerçevede ortaya çıkabilecek ilk görüşe göre, İşK m. 32/4, açıkça ücretin ödenme şekline ilişkin bir sınırlama getirdiği için, işverenin bu yasağa uymaması ve işçinin de ödemeyi hukuki olmamasına rağmen kabul etmesi halinde, ücret borcu gereği gibi ifa edilmemiş olacaktır ve işçi buna bağlı olarak çalışmaktan kaçınabilecektir. Zira işveren ücretin ödenme şekline ilişkin mutlak emredici hüküm⁵⁰² olan İşK m. 32/4'e aykırı davranmıştır.

Ortaya çıkabilecek diğer görüş ise, dürüstlük kuralına aykırı olduğu için, senetle veya kıymetli evrakla asıl ücretin ödenmesinin kabul edilmesi, fakat daha sonra ücretin ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının mümkün olmaması şeklinde olabilir.

⁵⁰⁰ Detaylı bilgi için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 650-651.

⁵⁰¹ Anılan görüş için bkz. **ESENER**, s. 177

⁵⁰² Mutlak emredici hükümlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **DOĞAN YENİSEY, Kübra**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, 2014, s. 75 vd.; **ÖZDEMİR, Erdem**, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD, Y. 2005, S. 3, s. 95 vd.

Her ne kadar, İşK m. 32/4 açık bir yasak getirmiş olsa da ikinci görüşün daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira işçinin önce anılan şekillerde ücretin ifasını kabul etmesi ancak daha sonra İşK m. 32/4 gereği ücretin ödenmediğinden bahisle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması çelişkili davranış olacak, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Şüphesiz, işçinin anılan şekillerde ödemeyi kabul etmesi, fakat senedi veya kıymetli evrakı paraya çevirememesi halinde, ücret ödenmemiş kabul edileceği için, işçi bu durumda çalışmaktan kaçınabilecektir.

Asıl ücretin değerli maden ile (altınla veya gümüşle) ödenmesinin İşK m. 32/4 kapsamındaki yasağa dahil olup olmadığının ve buna bağlı olarak konunun, çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilişkisinin de incelenmesi gerekir. Kanımızca asıl ücretin para ile ödenmesi kuralının mutlak emredici olması karşısında, asıl ücret, altın veya gümüş gibi değerli madenlerle de ödenememelidir. Zira altın veya gümüş gibi madenlerin Türk lirası karşılığı değeri sürekli olarak değişebildiği için, işçinin değerli madeni, paraya çevirene kadar kendi ücretinin bir kısmını kaybetme riski olacaktır. Bu bakımdan senet veya kıymetli evrakla asıl ücretin ödenmesi durumunda çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin belirttiğimiz esasların, burada da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

İşçinin asıl ücretinin kripto para birimleriyle, diğer bir ifadeyle “coin” olarak adlandırılan ve herhangi bir devlet tarafından regülasyona tabi tutulmayan sanal varlıklar aracılığı ile ödenmesi mümkün müdür? Kripto para birimleri, gün içerisinde değeri oldukça değişen sanal varlıklardır. Bu nedenle sanal olmayan, paraya çevrilmesi oldukça kolay olan ve karşılığı daha az değişken olan değerli madenlerle bile asıl ücretin ödenemeyeceği kabul edilmişken, kripto para birimlerinin, asıl ücretin karşılığı olarak ödenemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak sözleşme ile, primin veya ikramiyenin kripto para birimi olarak kabul edilmesi durumunda, buna imkan tanımak gerekir. Bu durumda, kripto para olarak ödenmesi gereken ikramiye veya primin ödenmemesi, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilir. Ancak asıl ücretin kripto para birimleri ile ödenmesi halinde, yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslar uygulanmalıdır.

2.1.4.7.2. Ücret Tespit Sisteminin ve Üçüncü Kişilerce Ödenmesi Gereken Ücretin Ödenmemesinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İfade etmek gerekir ki, çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilen asıl ücretin hangi ücret tespit sistemine göre belirlendiğinin, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının var olup olmadığının değerlendirilmesinde bir önemi yoktur. Ücret; zamana göre, verime göre, yüzde

usulüne veya bahşişlere göre belirlenmiş olabilir. Önemli olan, ödenmesi gereken ücretin tespit sistemi değil, ödenmesi gereken ücretin varlığıdır.⁵⁰³

TBK m. 83 ve İşK m. 32 gereği, ücret, sadece işveren tarafından değil, üçüncü kişiler tarafından da ödenebilir. Ücret, üçüncü kişiler tarafından ödenmediği takdirde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

İfade etmek gerekir ki söz konusu durumlarda, ücretlerin ödenmesi, her ne kadar üçüncü kişiler tarafından yerine getirilse de asli yükümlü işverendir. Bu nedenle üçüncü kişilerin ücreti ödememesi, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması yönünde bir engel teşkil etmez. Örnek verilecek olursa, asıl ücretin, yüzde usulüne veya bahşişlere göre belirlendiği bir iş ilişkisinde asıl ücret, üçüncü kişiler tarafından ödenecek, ancak ücret ödemenin asıl borçlusu yine işveren olacaktır. Taraflarca anlaşılan veya kanun gereği belirlenen ödeme zamanında, asgari ücretten az olmamak şartıyla, sözleşmede kararlaştırılandan veya duruma göre emsal ücretten daha az bir ücret alındığı durumda işveren, ücretin eksik kalan kısmını tamamlamakla yükümlüdür. Bu nedenle, ücretin eksik kalan kısmı, işveren tarafından ödenmediği takdirde, işçi, diğer şartların da sağlandığı varsayımında, çalışmaktan kaçınabilir.

2.1.4.7.3. Dar Anlamda veya Geniş Anlamda Ücretin Dayandığı Sözleşmenin Önemi

Öğretide, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ödenmeyen ücret borcunun, mevcut iş ilişkisinde doğmuş olması gerektiği ifade edilmiştir. Anılan görüşe göre, aynı işverenin başka bir işyerinde veya aynı işverenin aynı işyerinde sona ermiş bir iş sözleşmesinden doğan ücret borcunun ödenmemesine dayanarak işçinin, yeni iş sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu iş görme borcundan kaçınması mümkün değildir.⁵⁰⁴

Gerçekten de aynı işverenin başka bir işyerinde veya aynı işyerinde daha önce çalışan işçinin sona eren sözleşmesinden doğan bir ücretin ödenmemesi nedeniyle, yeni veya aynı işyerindeki iş sözleşmesinden doğan iş görme borcundan kaçınamayacağı kanaatindeyiz. Ancak, eski iş ilişkisinin sona ermediği ve anılan ilişkinin yeni işyerinde veya aynı işyerinde devam ettiği kabul edilebilirse, bu durumda, eski döneme ait ödenmeyen ücretten dolayı işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

Aynı işverene ait farklı işyerlerinde iki farklı kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan (veya biri tam, diğeri kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan) bir işçinin, bir işyerindeki

⁵⁰³ Ödenmesi gereken ücretin, Türk lirası üzerinden veya döviz üzerinden ödenecek olmasının da bir önemi yoktur. bkz. **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 18.

⁵⁰⁴ **AKYİĞİ**, Kaçınma Hakkı, s. 18-19; **DULAY YANGIN**, s. 211-212.

çalışmasından dolayı ücretinin ödenmemesi durumunda, işçinin ücretinin ödendiği diğer iş sözleşmesinde üstlendiği iş görme borcundan kaçınıp kaçınamayacağını tespit etmek gerekir. İşçi her ne kadar aynı işveren için çalışıyor olsa da burada farklı iş sözleşmeleri ve farklı çalışma koşulları mevcuttur. Aynı şekilde, işverenin ve işçinin her bir iş sözleşmesi için üstlendiği borçlar da farklıdır ve aralarında sözleşmenin tarafları dışında bir bağlantı yoktur. Bu bakımdan, işverenin bir iş sözleşmesinde yüklendiği ücret ödeme borcuna aykırı davranması, işçinin diğer iş sözleşmesi ile yüklendiği iş görme borcundan kaçınmasını haklı göstermemelidir. Böyle bir durumda işçinin sadece ücretinin ödenmediği iş ilişkisine ait iş görme borcundan kaçınması hukuka uygun olacaktır.

2.1.4.7.4. Geçersiz Sözleşme Hükmüne Dayanan Alacağın Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi

Hukuka aykırı bir alacağa dayanılarak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı, incelenmesi gereken diğer bir husustur. Örneğin, 6772 sayılı Kanun Ek Madde 1 ve 2 ile işçilere ödenecek ikramiye sayısına ve ikramiyenin miktarına ilişkin bir sınır getirilmiştir. Buna göre Ek Madde 1, Kanun kapsamına giren işçilere toplu iş sözleşmesiyle en fazla 2 kez ikramiye verilebileceğini ve bu ikramiye miktarının en fazla bir istihkak tutarını geçemeyeceğini düzenlemiştir. Ek Madde 2 ise, 6772 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan işyerlerinde çalışan işçilerin, toplu iş sözleşmeleri ile en fazla dört, yer altında çalışan işçilerin ise en fazla beş ikramiye alabileceğini düzenlemiştir.⁵⁰⁵ Bu noktada toplu iş sözleşmesiyle özel sektörde çalışan ve yer altında çalışmayan bir işçinin yılda 5 defa ikramiyeye hak kazanacağı düzenlenmiş olsun. 6772 sayılı Kanun gereği anılan işçi toplu iş sözleşmesiyle en fazla 4 ikramiyeye hak kazanabilir. Bu noktada beşinci ikramiyeyi talep etmesi mümkün olmamalıdır. İşçi toplu iş sözleşmesinde ödenmesi kararlaştırılan beşinci ikramiyeyi alamaması nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek midir?

Kanımızca burada mutlak olarak getirilen bir yasağın aşılması söz konusudur. Bu nedenle toplu iş sözleşmesiyle de olsa, söz konusu işçinin beşinci ikramiyeyi talep etme hakkı yoktur. Bu nedenle, işçinin anılan ikramiyenin ödenmemesi nedeniyle kaçınması da mümkün değildir. Her bir ikramiyenin miktarı, yasal sınırın üzerinde belirlenmiş olduğu durumda da işçi yasal miktarın üzerindeki kısmı talep edemeyecek ve anılan miktarın ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacaktır.

⁵⁰⁵ SÜZEK, s. 356-357; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 627-628; UŞAN/ERDOĞAN, s. 126; ÇOPUROĞLU, s. 26

2.1.5. Ödenmesi Gereken Ücretin Belirli Bir Süre Ödenmemiş/Gecikmiş Olması (Bekleme Süresi)

2.1.5.1. Bekleme Süresinin Başlangıcı

2.1.5.1.1. Genel Olarak

İşK m. 34, “*Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde [...] ödenmeyen işçinin [...] kaçınma hakkı olduğunu düzenlemiştir. Anılan yirmi günlük süre, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması açısından diğer bir şarttır ve öğretide “bekleme/gecikme süresi” olarak ifade edilmektedir.*⁵⁰⁶ Görüleceği üzere, söz konusu süre, İşK’nda doğrudan düzenlenmiştir, ancak TBK, DİK ve BİK kapsamında çalışan işçiler bekleme süresine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle TBK, DİK ve BİK’na tabi işçiler için ayrı bir değerlendirme yapılacaktır. Her ne kadar söz konusu kanunlara tabi işçiler için geçerli olacak bekleme süresi ayrıca belirlenecek olsa da anılan sürenin başlangıcı bakımından bir farklılık yoktur. Diğer bir ifadeyle, tüm kanunlara tabi işçiler için bekleme süresinin başlangıcı aynıdır.

Bekleme süresinin başlangıcına ilişkin öğretide iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, söz konusu süre, ücretin muacceliyet tarihinden itibaren başlar. Diğer bir ifadeyle ücretin ödenmesi gereken gün, 20 günlük sürenin içerisindeydir.⁵⁰⁷ Diğer görüşe göre ise, yirmi günün hesabında, ücret ödeme günü hesaba katılmaz. Farklı bir ifadeyle, bekleme süresi, ücretin muaccel olduğu günü takip eden günden itibaren başlar.⁵⁰⁸

Kanımızca bekleme süresi, kaçınmanın dayanağı olan ücretin muaccel olduğu günde ödenmemesi halinde, muacceliyet tarihinin sona erdiği günün bir sonraki gününde başlar. Örneğin, ücretin ödenmesi gereken son gün 1 Ocak ise ve anılan gün içerisinde ücret ödenmezse, bekleme süresi 2 Ocak’ta başlar. Bu nedenle çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilebilecek ücretlerin ödeme zamanının belirlenmesi konumuz açısından büyük önem taşır.

Bekleme süresinin başlangıcı incelenirken, ödenme zamanı ile yakından ilgili olduğu için “önce ifa yükümlülüğü” ve “ücret ödeme aralıkları” hususları da çalışmaktan kaçınma hakkı çerçevesinde incelenmiştir. Daha sonra ise bekleme süresinin hesaplanması, farklı kanunlara tabi işçiler için ayrı ayrı değerlendirilmiş ve anılan süreye ilişkin öğretide yer alan görüşler ve kendi görüşümüz aktarılmıştır.

2.1.5.1.2. İş Sözleşmelerinde Önce İfa Yükümlülüğünün Hangi Tarafa Ait Olduğu

⁵⁰⁶ GÜZEL, s. 128; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 663; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 398; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 619; GÜNAY, Ücret, s. 43; DULAY YANGIN, s. 213; UÇUM, s. 61; KARACAN, s. 18

⁵⁰⁷ GÖKTAŞ, s. 84; TOPUZ, s. 469.

⁵⁰⁸ ENGİN, s. 82; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 661; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 20; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 122.

İş sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü, bağımlı bir şekilde iş görme, işverenin asli edim yükümlülüğü ise, ücret ödemedir. İşverenin asli edim yükümlülüğü, ani nitelik taşıırken, işçinin asli edim yükümlülüğü, süreklilik niteliği taşıdığından, iki edimin aynı anda ifa edilmesi imkânsızdır. Bu nedenle iş sözleşmelerinde, taraflardan biri, asli edim yükümlülüğünü diğer taraftan önce yerine getirmek zorundadır. Hangi tarafın, asli edim yükümlülüğünü daha önce yerine getireceği ise, kural olarak, tarafların iradesine bırakılmıştır.

Hangi tarafın önce ifa ile yükümlü olduğu kararlaştırılmamışsa, işverenin asli edim yükümlülüğü olan ücret ödeme borcu, kural olarak, iş görme borcundan sonra ifa edilir. Diğer bir ifadeyle ana kural “*önce iş, sonra ücrettir*”.⁵⁰⁹ Öğretideki bir görüşe göre, işçinin önce iş görmesinin, daha sonra ücrete hak kazanmasının nedeni, işçi tarafından görülen her küçük iş parçasının hemen ardından, görülen işin karşılığı olan ücretin ödenmesinin pratikte imkânsız olmasıdır.⁵¹⁰ Kanımızca verilen bu neden, işçinin daha önce iş görmek zorunda olduğunun gerekçesi değil, tarafların aynı anda ifa yapamamasının gerekçesidir. İşçinin kural olarak, önce iş görmesi daha sonra ücrete hak kazanması, işçi sınıfının ortaya çıkmasıyla başlayan ve günümüze kadar gelen sistemin bir dayatmasıdır.

Söz konusu “*önce iş, sonra ücret*” kuralının tek istisnası BİK m. 14’te düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, “*Kararlaştırılan ücret, her ay peşin olarak ödenir.*” Diğer bir ifadeyle, BİK’na tabi bir işçi önce ücrete hak kazanır, daha sonra iş görme borcunu yerine getirir. Anılan düzenlemenin mutlak emredici olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur ancak bizim de katıldığımız öğretideki görüşe göre, söz konusu düzenleme mutlak emredicidir ve bu nedenle BİK’na tabi işçiler için, ücretin sonradan ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yapılamaz.⁵¹¹

Gerçekten de 212 sayılı Kanun⁵¹² ile değiştirilmeden önce, BİK’nun 14’üncü maddesi “*Kararlaştırılan ücret, hilâfına mukavele yapılmış olmadıkça, her ay peşin olarak ödenir.*” şeklindeydi. Ancak “*hilâfına mukavele yapılmış olmadıkça*” kısmının madde metninde çıkarılması, anılan hükmün, haklı olarak, mutlak emredici olduğu şeklinde yorumlanmasına

⁵⁰⁹ TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 879; TUNÇOMAĞ, Esaslar, s. 123; EKONOMİ, s. 143-144; İZVEREN, s. 142

⁵¹⁰ TUNÇOMAĞ, Özel Hükümler, s. 879; TUNÇOMAĞ, Esaslar, s. 123; CENTEL, Ücret, s. 297; ÇOPUROĞLU, s. 90.

⁵¹¹ ÖZEK, Çetin, “Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri ile İşverenler Arasındaki Hukuki Münasebet”, İÜHFİM, C. 28, S. 1, Y. 1962, s. 72-73; ULUCAN, Basın İş Hukuku, s. 42; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 118; GÖKÇEK KARACA, s. 134; UÇUM, Mehmet/KARATAŞ, Hüseyin, “Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu – Basın İş Kanunu Karşılaştırması”, Legal İHSGHD, Y. 2007, S. 14, s. 582;

⁵¹² RG, T. 10.01.1961, S. 10703.

neden olmuştur.⁵¹³ Ayrıca BİK'na tabi iş ilişkilerini, diğer iş ilişkilerinden ayıran en temel özelliklerden biri, ücretin ne zaman ödeneceğine ilişkindir. Bu nedenle böylesine esaslı bir unsurun mutlak emredici olduğu söylenebilir.

Durum böyle olmakla birlikte, Yargıtay'ın, BİK'na tabi bir işçinin iş görme borcunu önce ifa ettiği bir iş ilişkisinde, anılan durumun işyeri uygulaması haline gelebileceğini kabul ettiği bir kararı vardır.⁵¹⁴ Ancak kanımızca bu karar, anılan maddenin mutlak emredici niteliğine uygun değildir. Ayrıca, işyeri uygulaması sadece işçi lehine olabileceği için,⁵¹⁵ Yargıtay'ın vermiş olduğu karara katılmamaktayız.

2.1.5.1.3. Dar Anlamda Ücretin Ödenme Zamanı ve Ücret Ödeme Aralıkları

2.1.5.1.3.1. Ücretin Ödenme Zamanı

TBK m. 406/1'in ilk cümlesinde, asıl ücretin ödenme zamanı düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, aksine adet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Şüphesiz taraflar kendi aralarında anlaşarak ücretin ayın herhangi bir gününde ödenmesini kararlaştırabilirler.

Ödeme gününün resmî tatile geldiği durumda nasıl bir yol izlenilmesi gerektiği de incelenmelidir. TBK m. 93/1'e göre, "*İfa zamanı veya sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer.*" Anılan hüküm gereği, eğer, ücretin ödenme zamanı, tatil gününe denk gelirse, ödenme zamanı anılan günü izleyen ve tatil olmayan ilk gün olacaktır ve bu nedenle, beklenilmesi gereken süre de ödeme gününden bir sonraki gün başlayacaktır.

İfade etmek gerekir ki, TBK m. 93/2'de düzenlenen, "*Aksine anlaşma geçerlidir.*" hükmü gereği, taraflar başkaca bir düzenleme getirebilirler. Ancak bu hükmün iş hukukundaki uygulaması nispi emredici⁵¹⁶ şekilde olmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle, tarafların kendi aralarında düzenleyeceği "*ücretin ödenme gününün tatil gününe denk gelmesi durumunda, ücretin ödenmesi tatilden sonraki 3 iş günü içerisinde yapılır*" şeklindeki hükme geçerlilik tanınmamalıdır. Ancak taraflar kendi aralarında anlaşarak, "*ücretin ödenme gününün tatil gününe denk gelmesi durumunda, ücretin ödenme günü bir sonraki güne geçmez, ücret tatil günlerinde de ödenir*" şeklinde bir hüküm düzenleyebilirler.

⁵¹³ ÖZEK, s. 73.

⁵¹⁴ Y.9.HD. E. 2000/11993, K. 2000/17057, T. 21.11.2000. (www.legalbank.net)

⁵¹⁵ SÜZEK, s. 663-664; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 90; ALP, Mustafa, "Olumsuz İşyeri Uygulaması ile Bir İkramiyenin Kaldırılması -Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının İncelenmesi", DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 3088.

⁵¹⁶ Nispi emredici normlar hakkında detaylı bilgi için bkz. DOĞAN YENİSEY, Emredicilik, s. 87-92.

Nitekim tatil günlerinde bile ücretin banka aracılığıyla ödendiği işyerlerinde, ücretin ödenme gününün artık bir sonraki güne geçtiğinden bahsedilemez. Zira artık anılan günlerde de ücretin ödenebileceği yönünde bir işyeri uygulaması oluşmuştur. Buna bağlı olarak, bekleme süresinin başlangıcında da bir değişiklik olmaz.

2.1.5.1.3.2. Ücret Ödeme Aralıkları

İfade etmek gerekir ki ücret ödeme aralıkları ve ücret ödeme zamanı birbiriyle bağlantılıdır ancak farklı kavramları ifade etmektedir. TBK m. 406/1'in ikinci cümlesi, ücret ödeme aralıklarını *“Aksine adet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir.”* şeklinde düzenlemiştir. Görüldüğü üzere maddenin ilk cümlesi, ücret borcunun ifa edilmesi gereken zamanı düzenlerken, maddenin ikinci cümlesinde, daha kısa ödeme sürelerinin belirlenebileceği düzenlenmiştir.

Aslında maddenin ilk cümlesi tek başına değerlendirildiğinde, anılan hükmün doğrudan ücretin ödenme zamanını düzenlediği, ancak ikinci cümle ile birlikte değerlendirildiğinde, ilk cümlenin de ücret ödeme aralıklarını düzenlediği görülecektir. Zira önce ücretin her ayın sonunda ödeneceğini düzenlemek, daha sonra ise *“ancak daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir”* ifadesini kullanmak, kanun koyucunun ilk cümlede de ücret ödeme aralığının birer aylık süre olarak düzenlenmek istediğini gösterir. Vardığımız sonuç, pratik anlamda bir değişiklik yaratmasa da kanun koyucunun iradesinin ortaya koyulması noktasında önemlidir.

Bu noktada ücret ödeme aralığı, işçinin ücretinin hangi gün ödeneceğini değil, kaç günde bir ödeneceğini ifade eder. Örneğin, ücretin ayda bir ödenmesi ücret ödeme aralığını ifade ederken, anılan ücretin her ayın 10'unda ödeniyor olması, ücretin ödenme zamanını ifade eder. Aynı örnekten hareket edersek, ücretin ödenmesi için işverene belirli bir aralık verilmiş ise, örneğin, *“ücret ayın 10 ila 15 arasında ödenir”* şeklinde kararlaştırılmışsa, işverene tanınan süre, ücret ödeme zamanını ifade eder ve ücret, en geç ayın 15'inde ödenir.⁵¹⁷

⁵¹⁷ İfade edilmesi gereken diğer bir husus ise, ücretin ayda bir ödenmesi ile maktu ücret arasındaki farktır. Ücretin ayda bir ödenmesi halinde, ücretin hangi ücret tespit sistemiyle belirlendiği önemli olmaksızın, ayda bir ödenen bir ücret vardır. Bu ücret içerisinde ise, işçinin çalıştığı veya çalışmış gibi sayıldığı süreler toplanır ve ücret ayda bir ödenir. Bu durum, verime göre ücret ve yüzde usulü ücret için de geçerlidir. Ayda bir ödenen bu ücret içerisinde, işçinin çalışmadığı süreler kural olarak, bulunmaz. Maktu ücrette ise, işçinin çalışıp çalışmadığı süreler bakılmaksızın, her ay, aynı ücreti alması söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, işçinin ücreti her ay için sabittir ve bunun içerisinde, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti dahildir. SÜZEK, s. 352; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 842.

Benzer düzenlemeler bireysel iş kanunlarında da yer almaktadır. Buna göre, İşK m.32/5'te, ücretin en geç ayda bir ödeneceği, yani ödeme aralığının bir aylık periyotlar olduğu düzenlenmiştir. DİK m. 29/3'te de ücret ödeme devresinin bir aydan fazla olamayacağı, BİK m. 14/1 ile ise, ücretin ayda bir peşin ödeneceği düzenlenmiştir.⁵¹⁸

2.1.5.1.3.3. Ücret Ödeme Aralıklarının Alt ve Üst Sınırları

Yukarıda, TBK, İşK, DİK ve BİK'nda ücret ödeme aralıklarının kural olarak ayda bir olması gerektiğini ifade ettik. Bu noktada, anılan ödeme aralıklarının taraflarca azaltılmasının veya arttırılmasının mümkün olup olmadığı, mümkün ise, bunun sınırları incelenmelidir.

TBK'nda, ücretin ödenme aralığına ilişkin bir üst sınır veya alt sınır doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 406/1'in ilk cümlesi hem ücretin ödenme zamanını hem de ücretin ödenme aralığını düzenlemiştir. Anılan hüküm gereği, ücretin ödenme zamanını mutlak bir şekilde her ayın sonu olarak düşünmek mümkün görünmese de ücret ödeme aralığının ayda biri geçecek şekilde belirlenememesi mümkün olmamalıdır.

İşK m. 32/5 ve DİK m. 29/3 ücretin ödenmesine ilişkin üst sınırın bir aydan fazla olamayacağını doğrudan düzenlemiştir. Bu durum İşK'nda, "*Ücret en geç ayda bir ödenir.*", DİK'nda ise, "*Ücret ödeme devresi bir aydan fazla olamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. BİK'nda ise, ücretin sadece ayda bir peşin olarak ödeneceği düzenlenmiş, üst sınıra ilişkin bir hüküm düzenlenmemiştir. Ancak burada da yukarıda verilen üst sınırlardan ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. İşçinin geçimini sağlayabilmesi için, ücretin en geç ayda bir ödeneceği, BİK için de üst sınır olarak kabul edilmelidir.

Sonuç olarak ücretin ödeme aralıklarına ilişkin, taraflar, üst sınıra, yani 1 aylık sınıra uymak şartıyla istedikleri aralıkları belirleyebilirler. Bu nedenle, ücretin kırk günde bir ödeneceği şeklinde anlaşma yapılamaz. Eğer bu şekilde bir anlaşma yapılırsa, tarafların iradesine en yakın üst sınır, ödeme aralığı olarak kabul edilmelidir. Bu sınır ise bir ay olduğu için, ücret ödeme aralığı ayda bir şeklinde belirlenmiş olur.

Ücret ödeme aralıklarına ilişkin tek alt sınır, İşK'nda m. 32/5'te, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle ödeme süresinin bir haftaya kadar indirilebileceği, şeklinde hükme bağlanmıştır.⁵¹⁹ Bu nedenle İşK'na tabi bir işçinin ücreti gündelik biçiminde veya belirlenen

⁵¹⁸ Peşin ödense bile, BİK'na tabi işçiler için bir aydan daha fazla ücret ödeme aralıkları belirtilemez. Bu yöndeki görüş bkz. **AKYİĞİT**, Gazeteci, s. 11.

⁵¹⁹ Ücretin ödenme zamanına ilişkin 4857 sayılı Kanun'da yer alan hükmün aynısı 1475 sayılı İş Kanunu'nda, iki fıkra halinde düzenlenmişti. (1475 s.K. m. 26/2-3) Bkz. **ESENER**, s. 175; **EKONOMİ**, s. 143-144.

alt sınırdan daha az ödeme aralıklarında olacak şekilde ödenemez.⁵²⁰ Ancak öğretideki bir görüşe göre, anılan hüküm mutlak emredici nitelikte değildir ve bu nedenle, işverenin zor durumda olmadığı hallerde, işçinin ücreti haftada birden daha az zaman aralıklarında ödenebilir.⁵²¹ Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, ücretin bir haftadan daha az sürelerde ödenebileceğine imkân vermiştir.⁵²²

TBK m. 406/1’de, ücret ödeme aralıklarına ilişkin bir alt sınır belirtilmemiş, iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme sürelerinin belirlenebileceği düzenlenmiştir.⁵²³ Anılan madde, ücretin ödeme aralıklarına ilişkin bir alt sınır belirtmediğinden, kanımızca, TBK’na tabi bir işçinin ücreti gündelik şeklinde ödenebilir. Ayrıca DİK’nda ve BİK’nda da ücret ödeme aralıklarına ilişkin bir alt sınırı bulunmadığından, anılan kanunlara tabi işçilerin ücretinin gündelik şekilde ödenebileceği ileri sürülebilir. Nitekim öğretide, BİK’na tabi işçinin ücretinin, peşin ödenmek şartıyla, 15 günde bir ödenebileceğinin mümkün olduğu belirtilmiştir.⁵²⁴

Ne var ki öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, ücretin ayda birden daha kısa sürelerde ödenmesi kararlaştırıldığında, özellikle BİK tabi işçiler için geçerli olan peşin ödeme kuralının bir anlamı kalmayacaktır.⁵²⁵ Bu nedenle BİK m. 14, “ücret ayda bir ödenir” lafzını kullandığı için, BİK’na tabi işçiler için ayda birden daha kısa ödeme sürelerinin belirlenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.⁵²⁶ Ancak DİK’nda, alt sınıra ilişkin doğrudan bir düzenleme olmadığı için, anılan kanuna tabi işçiler için, ücretin gündelik olarak ödenebileceği kararlaştırılabilir.

Sonuç olarak, yukarıda açıklanan alt ve üst sınırlara uygun şekilde taraflarca bir ödeme zamanı kararlaştırıldığında, anılan zamanın dolmasıyla birlikte ücret muaccel olur.⁵²⁷ Taraflarca, üst sınır veya alt sınır aşılma suretiyle bir belirleme yapıldıysa, taraf iradelerine en yakın hukuki alt sınır veya üst sınır ödeme aralıkları olarak belirlenir.⁵²⁸ Örneğin, ücretin her 45 günde bir ödeneceği kararlaştırılmış ise, taraf iradesine en yakın hukuki üst sınır belirlenir ve geçersiz sayılan hüküm ayda bir şeklinde kabul edilir. Aynı şekilde ücretin gündelik şekilde ödenmesinin yasak olduğu iş ilişkilerinde, ücretin gündelik olarak ödeneceği

⁵²⁰ CENTEL, Ücret, s. 300; ÇOPUROĞLU, s. 92.

⁵²¹ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1486.

⁵²² Y.9.HD., E. 2006/13004, K. 2006/17679, T. 19.06.2006 (naklen AKYİĞİT, Cilt II, s. 1486.)

⁵²³ ÇOPUROĞLU, s. 91-92.

⁵²⁴ AKYİĞİT, Gazeteci, s. 11;

⁵²⁵ ULUCAN, Basın İş Hukuku, s. 42.

⁵²⁶ ÖZEK, s. 73; ULUCAN, Basın İş Hukuku, s. 42; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 118-119.

⁵²⁷ SÜZEK, s. 379; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 167-168; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s. 303; CENTEL, İş Hukuku, s. 156-157.

⁵²⁸ ÇENBERCİ, s. 690

kararlaştırılmış işe, taraf iradelerine en yakın alt sınıra geçerlilik tanınmalı, yani ücret ödeme aralığı haftada bir şeklinde kabul edilmelidir.⁵²⁹

2.1.5.1.4. Geniş Anlamda Ücrete Dahil Ücretlerin Ödenme Zamanı

Asıl ücret dışında işçiler, şartların oluşmasıyla birlikte fazla çalışma ücretine, hafta tatili ücretine, ulusal bayram ve genel tatil ücretine, prime, ikramiyeye vb. ücret alacaklarına ve aynı ödemelere hak kazanabilirler. Anılan aynı ve nakdi ödemelerin gecikmesine bağlı olarak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı olduğu için, anılan ödemelerin ne zaman muaccel olduğu tespit edilmelidir.

İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m. 10'a göre, fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, işçiye, normal çalışmalarına ait ücreti ile birlikte ödenir.⁵³⁰ Yani, anılan ücretler/menfaatler, hangi ödeme döneminde doğduysa, o dönemin asıl ücreti ile birlikte ödenir.⁵³¹ Eğer işçi, fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma yaptıysa ve işçinin ücreti haftada bir ödeniyorsa, anılan fazla çalışmaya/fazla sürelerle çalışmaya ilişkin ücret, anılan çalışmanın geğtiği haftanın asıl ücreti ile birlikte muaccel olur. şüphesiz, işçinin asıl ücreti ayda bir ödeniyorsa, fazla çalışma/fazla sürelerle çalışmanın geğtiği ayın asıl ücreti ile birlikte muaccel olur. Aynı durum, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri için de geçerlidir.⁵³²

BİK'na tabi işçilerin fazla çalışma ücretini alacağı zamana ilişkin, Kanun'da ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Bunun sebebi ise, anılan kanuna tabi çalışanların ücretinin peşin ödenmesidir. BİK ek madde 1'in sekizinci fıkrasına göre, fazla çalışmalara ait ücretin, bir sonraki aya ait asıl ücret ile birlikte ödenmesi mecburidir.⁵³³

şüphesiz bu kuralın uygulama alanı sadece BİK'na tabi olan işçilerle sınırlı değildir. TBK, İşK ve DİK'na tabi işçilerin asıl ücretin peşin ödendiği iş ilişkilerinde de diğer bir ifadeyle işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu iş ilişkilerinde, işverenin fazla çalışma ücretini peşin olarak ödemesi düşünülemez. Zira ücretin peşin ödendiği iş ilişkilerinde, işçinin fazla

⁵²⁹ ÇOPUROğLU, s. 92.

⁵³⁰ Fazla Çalışma Yön. m.10: "İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir."

⁵³¹ AKYİğİT, "Normali Aşan Çalışma", s. 15; ASTARLI, s. 219

⁵³² AKYİğİT, Cilt II, s. 1680, 1742-1743.

⁵³³ OğUZMAN, Kemal, "Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması", İÜHFM, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 872; EYRENCİ, Fazla Çalışma, s. 79; GÖKÇEK, Fazla Çalışma, s. 9

çalışma yapması, ücretin ödenmesinden sonra gerçekleşeceğinden, fazla çalışmanın karşılığı olan ücret, ancak bir sonraki aya ait asıl ücretle birlikte ödenebilir.

TBK m. 406'nın ikinci fıkrasında, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, aracılık ücretinin her ayın sonunda ödeneceği; anılan maddenin üçüncü fıkrasında ise asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi durumunda, pay belirlenir belirlenmez; cirodan veya kardan pay verilmesi durumunda ise, payın, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir.⁵³⁴ Dolayısıyla, taraflarca anlaşma yapılmışsa, taraflarca belirlenen zaman; anlaşma yapılmamışsa maddede belirtilen zaman ücret ödeme zamanı olarak kabul edilir.

İşçilerin yıllık ücretli izni, 4857 sayılı İşK m. 53-60'ta ve anılan Kanun'un 60'ıncı maddesine dayanarak çıkarılan Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.⁵³⁵ İfade edelim ki; yıllık ücretli izin hakkı, sadece İşK'nda değil, Türk Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar için TBK m. 422-426⁵³⁶, 5953 sayılı BİK'na tabi çalışanlar için BİK m. 21⁵³⁷ ve 854 sayılı DİK'na tabi çalışanlar için DİK m. 40'ta⁵³⁸ düzenlenmiştir.⁵³⁹

⁵³⁴ TBK m. 406/2-3; “(2) Daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine âdet yoksa, aracılık ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, işlemlerin yapılması altı aydan daha uzun bir süre gerektirdiği takdirde, aracılık ücreti asıl ücrete ek olarak kararlaştırılmışsa, yazılı anlaşmayla ödeme daha ileri bir tarihe bırakılabilir. (3) Asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde, ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kardan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde ise payın, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi şarttır.”

⁵³⁵ SÜZEK, s. 826; TULUKÇU, Dinlenme Hakkı, s. 234-235; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2019, s. 377; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 179. İşK m.53'e göre deneme süresi de içinde olmak üzere, işyerinde işe başladığı günden itibaren en az bir yıl (Bir yıllık çalışma şartına ilişkin detaylı bilgi için bkz. TULUKÇU, Dinlenme Hakkı, s. 255-280; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 179-181; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 336-340.) Belirtmek gerekir ki, İşK m.53/3 gereği, niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik ve kampanya işlerinde ve İşK m.10 gereği süreksiz işlerde yıllık ücretli izin hükümleri uygulanmaz. Detaylı bilgi için bkz. TULUKÇU, Dinlenme Hakkı, s. 276-279, 297-308; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2019, s. 381; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 340-341. İşçinin işyerindeki kıdemi 1 yıldan 5 yıla kadar (5 yıl dahil) ise en az 14 gün, 6 yıldan 14 yıla kadar (14 yıl dahil) ise en az 20 gün ve 15 yıl veya daha fazla ise en az 26 gün yıllık ücretli izin verilir. İşK m.53/4'e göre, kıdeme göre belirlenen yıllık ücretli izin hakkı süresi, eğer işçi yer altında çalışıyorsa 4 gün arttırılarak uygulanır. Ayrıca yine aynı maddenin 5. fıkrasında 18 yaşından küçük işçilere ve 50 yaşın üstündeki işçilere verilecek yıllık ücretli izin hakkı süresi 20 günden az olamaz. Bunların yanında, İşK m.53/6'ya göre bu süreler asgari olup toplu iş sözleşmesi ile veya bireysel iş sözleşmesi ile arttırılabilir, bkz. SÜZEK, s. 826-827; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s. 710-711; ÖZVERİ, Murat, “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları”, Legal İHSGHD, 15, 2007, s. 922-923; BİNGÖL, Serkan, Yıllık Ücretli İzin, Seçkin, İstanbul, 2012, s. 60; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 342.

⁵³⁶ TBK'na tabi çalışanların yıllık ücretli izin hakkı süresi ise, en az bir yıl çalışanlar için en az 2 haftadır. Anılan süre, 18 yaşından küçükler ve 50 yaşından büyükler için en az 3 haftadır. DİK'na tabi çalışanlardan aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç iş sözleşmesine dayanarak en az 6 ay çalışanlar yıllık ücretli izine hak kazanır. Hizmet süresi 6 aydan 1 yıla kadar olanların yıllık ücretli izin hakkı süresi en az 15 gün, bir yıldan fazla hizmeti olanlar için ise en az 1 aydır. Anılan süreler, madde metninden de anlaşılacağı üzere nispi emredici niteliktedir. Bu yüzden toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesi ile arttırılabilir, bkz. AKYİĞİT, Ercan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011, s. 60; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2019, s. 382. İşyeri uygulaması ile de verilen yıllık ücretli izin sürelerinin arttırılması mümkündür, bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 852.

TBK m. 425 ve İŞK m. 57'ye göre, yıllık izin dönemine ait ücret, işçiye, izine başlamasından önce peşin ödenir. BİK ve DİK'nda yıllık izin ücretinin ne zaman ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yer almadığından, TBK m. 425 hükmü, BİK ve DİK'na tabi işçiler için de uygulanır. Diğer bir ifadeyle, hangi kanuna tabi olursa olsun, işçilerin yıllık izin ücretinin en geç, izin gününün başlayacağı günden bir önceki günde ödenmesi gerekir.⁵⁴⁰ Örneğin işçinin izin süresi 30 Ekim'de başlıyorsa, yıllık izin ücretinin peşin olarak ödenmesi gereken son gün, 29 Ekim'dir.

Yukarıda belirtilen alacaklar dışında yapılan ayni veya nakdi ödemelerin ifa zamanı taraflarca kararlaştırılan zamandır. Bu zaman, iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle belirlenmiş olabileceği gibi, taraflarca sözlü bir şekilde de belirlenmiş olabilir. Örneğin, satış işlerinde çalışan bir işçinin, 100 birim satış yaptığı takdirde, 5 birim prime hak kazanacağı belirlenmişse, anılan satış sayısına ulaşılması durumunda, primin ödenmesi gerekir. Ancak sözleşme ile farklı bir ifa zamanı da belirlenebilir.⁵⁴¹ Örneğin, Ramazan Bayramlarında, 1000 TL ikramiye dağıtılan bir işyerinde, sözleşmede aksi belirlenmemişse, genel uygulamaya bakılmalıdır. Bu durumda anılan ikramiyenin en geç Ramazan Bayramından önceki son iş gününde ikramiyenin ödenmesi gerektiği söylenebilir.

Boşta geçen süreye ilişkin 4 aylık ücretin de ne zaman muaccel olduğu tespit edilmelidir. İŞK m. 21 hükmü gereği, feshin geçersizliğinin tespiti davası lehine sonuçlanan işçi, İŞK m.21/5 uyarınca işverene süresi içinde işe alınmak için başvuru yaptığında, boşta geçen dört aylık ücret alacağı ile diğer haklarının işverence ödenmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle anılan alacak, işçinin işverene süresi içinde başvurmasıyla birlikte

⁵³⁷ BİK'na tabi çalışanların yıllık ücretli izin hakkı süresi belirlenirken aynı işyerinde geçirdiği çalışma süresi değil, kıdem tazminatı hesabında olduğu gibi, gazetecilik mesleğinde geçirmiş olduğu toplam süre göz önünde tutulur. Ancak gazetecinin günlük çıkan gazetede (sürelili yayın) çalışması ile günlük çıkmayan gazetede çalışması da farklı yıllık ücretli izin sürelerine tabi tutulmuştur. BİK m.21'e göre; günlük bir gazetede çalışan gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak kaydıyla, yılda 4 hafta yıllık ücretli izin verilir. Gazetecilik mesleğindeki kıdemi 10 yıldan fazla ise yıllık ücretli izin hakkı 6 hafta olur. Ancak gazeteci günlük olmayan bir gazetede çalışıyor ise yıllık ücretli izin hakkı çalışmış olduğu her 6 ay için 2 haftadır. Kanun'da belirtilen sürelerin asgari olduğuna dair bir ibare bulunmamaktadır. Ancak öğretide kabul edilen görüşe göre, anılan süreler asgari olup toplu iş sözleşmesi ile veya bireysel iş sözleşmesi ile arttırılabilir, konuya ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. **SÜMER**, Basın İş Hukuku, s. 264-265; **GÖKTAŞ**, İzin Süreleri, s. 94-96.

⁵³⁸ Maddeye göre, kıdemi 6 aydan 1 yıla kadar olan gemi adamları için en az 15 gün, kıdemi 1 yıldan fazla olanlar içinse en az 1 ay olacak şekilde düzenlenmiştir, bkz. **BEDÜK, Mehmet Nusret**, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2012, s. 203-203.

⁵³⁹ **SÜZEK**, s. 826; **ÇOPUROĞLU, ÇAĞLAR**, Ücret ve Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 77.

⁵⁴⁰ **SÜMER**, Basın İş Hukuku, s. 268.

⁵⁴¹ Prim için belirlenecek ifa zamanı kural olarak tarafların iradesine bırakılmıştır. Ancak primler, işçinin asıl ücretinin belirli bir kısmını veya tamamını oluşturuyorsa, primlerin ödenebileceği zaman, asıl ücretin ödenebileceği zamana ilişkin kanunla getirilen sınırlamalara tabidir.

muaccel hale gelir.⁵⁴²

2.1.5.2. Bekleme Süresinin Hesaplanması ve Uzunluğu

2.1.5.2.1. Bekleme Süresinin Hesabında Dikkate Alınacak Günler

İşK m. 34'te 20 günlük süre, işgünü olarak belirtilmediği için, anılan süre takvim günü olarak hesaplanmalıdır.⁵⁴³ Diğer bir ifadeyle, takvim günü olarak hesaplanması gereken 20 günlük süre içerisinde, işçinin çalıştığı veya çalışmadığı bütün günler, işçinin izin veya hastalık sebebiyle işe devam edemediği günler, tatil günleri dikkate alınır.

Örnek üzerinden anlatacak olursak, son ödeme günü 01.01.2021 olan ücretin ödenmemesi sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi, en erken 22.01.2021 tarihinde gerçekleşebilir, zira 1 Ocak günü, ücretin ödenmesi gereken son gündür. Bu nedenle, beklenilmesi gereken 20 günlük süre 2 Ocak gününden itibaren başlayacaktır. 21 Ocak günü ise, beklenilmesi gereken sürenin 20'nci günüdür. 21 Ocak gününün de geçmesiyle, yani 22 Ocak 2021 tarihinde, işçi çalışmaktan kaçınabilecektir.

2.1.5.2.2. 4857 sayılı İş Kanunu'na Tabi Çalışan İşçiler İçin Bekleme Süresinin Değerlendirilmesi

2.1.5.2.2.1. Bekleme Süresine İlişkin Öğretideki Görüşler

İşK m. 34 “*Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir*” hükmünü düzenlemiştir. Öğretide, anılan hükmün getiriliş amacının, iyiniyetli olarak ücretin ödenmesinde geçici bir güçlüğü düşen işvereni, ufak gecikmelerde, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması ile karşı karşıya bırakmamak olduğu ifade edilmiştir.⁵⁴⁴

Kanunun Tasarı metninde bu süre, 10 gün olarak düzenlenmişti.⁵⁴⁵ Ancak Kanun'un son halinde anılan süre, 20 güne çıkarılmıştır.⁵⁴⁶ Öğretide, anılan sürenin 20 güne çıkarılması, geçimini ücret ile sağlayan işçinin bu kadar süre bekletilmesinin adil olmayacağı ve bu düzenlemenin işveren tarafından kötüye kullanılabileceği sebepleriyle eleştirilmiştir.⁵⁴⁷

⁵⁴² MUTLAY/İŞÇİ, s. 1543

⁵⁴³ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1567; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 20; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 619; ÇOPUROĞLU, s. 214; DULAY YANGIN, s. 213

⁵⁴⁴ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 661; SÜZEK, s. 372; GÜNAY, Ücret, s. 43; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 121; DULAY YANGIN, s. 212.

⁵⁴⁵ Tasarı hakkında detaylı bilgi için bkz. ENGİN, s. 77-93.

⁵⁴⁶ DULAY YANGIN, s. 212.

⁵⁴⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 155; GÜZEL, s. 128; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 620; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 398; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1277-1278.

Öğretideki bir görüşe göre, işçinin daha ağır bir yaptırım olan sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi için bekleme süresi öngörülmemişken, daha hafif bir yaptırım olan çalışmaktan kaçınma hakkı için 20 günlük bekleme süresi öngörmesi çelişkilidir. Yine aynı görüşe göre, İşK m. 34 düzenlemesi getirilmeden önce, işçilerin çalışmaktan kaçınmak için ödemezlik def'i hükümlerine başvurması yeterli olduğundan, işçiler için bekleme süresi söz konusu değildi. Bu nedenle **Çil**, 1475 sayılı Kanun döneminde, bekleme süresi olmaksızın çalışmaktan kaçınabilen işçilerin, 4857 sayılı Kanun döneminde anılan hakkı kullanabilmek için 20 günlük bekleme süresini doldurmak zorunda olmasını eleştirmiştir.⁵⁴⁸

İfade edelim ki bizce de anılan hakkı kullanmak için beklenilmesi gereken 20 günlük süre oldukça fazladır. Ancak İşK m. 34 düzenlemesi olmasaydı, işçilerin anılan hakkı kullanmak için belirli bir süre beklemeyeceği görüşüne katılmamaktayız. Öğretide isabetle belirtildiği üzere, ücretin gününde ödenmemesi durumunda, işçinin hemen çalışmaktan kaçınma yoluna gitmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.⁵⁴⁹ Bu nedenle, süresi tartışmaya açık olmakla beraber, kaçınmadan önce karşı tarafa belirli bir sürenin verilmesi, anılan hakkın şartlarından biridir. Nitekim çalışmaktan kaçınma hakkının doğrudan düzenlenmediği Alman öğretisinde de işçilerin bu hakkı kullanabilmesi için belirli bir süre beklemeleri gerektiği belirtilmiştir.⁵⁵⁰

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, ancak bekleme süresinin dolmasıyla mümkün olacağından, sürenin dolmasına kadar geçen zamanda, işçinin iş görme borcu devam edecektir.⁵⁵¹ Şüphesiz anılan sürenin dolmasıyla birlikte, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmamayı tercih edebilir.⁵⁵² Ancak çalışmaktan kaçınma hakkına konu edilen ücret ödenmediği sürece, anılan hakkın varlığı da devam eder.⁵⁵³

2.1.5.2.2.2. Bekleme Süresinin Son Gününün Tatile Denk Gelmesi veya Gerekli İşlemler Yapılmasına Rağmen Ödemenin Bekleme Süresinin Son Günü Tamamlanmaması

Beklenilmesi gereken son günün, tatil gününe denk gelmesi halinde, sürenin, tatil olmayan bir sonraki güne geçtiğinden bahsedilemez. Anılan madde iş günü olarak düzenlenmediği için, tatil günlerinde de bu süre işlemeye devam edecektir. Öte yandan günümüz koşullarında, internet bankacılığı kullanımının ve ATM'lerin yaygınlığı göz önüne

⁵⁴⁸ **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1277.

⁵⁴⁹ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 661-662.

⁵⁵⁰ **HAASE**, Zurückbehaltungsrecht, s. 18; **HAASE**, DB, s. 709; **SÖLLNER**, ZfA, s. 11; **DEHMEL**, s. 199-203.

⁵⁵¹ **ENGİN**, s. 82.

⁵⁵² **DULAY YANGIN**, s. 214

⁵⁵³ **SÜZEK**, Ücretin Ödenmemesi, s. 211; **ENGİN**, s. 83, **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 619; **ÇOPUROĞLU**, s. 214; **DULAY YANGIN**, s. 214.

alındığında, işverenler, ödenmesi gereken ücreti tatil günlerinde de rahatlıkla ödeyebilirler. Nitekim öğretide de bu görüş savunulmaktadır.⁵⁵⁴ Bu nedenle, hâlihazırda 20 gün boyunca ücretin ödenmesini bekleyen işçiyi, bir gün daha bekletmenin, hakkaniyete uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

Durum böyle olmakla birlikte, öğretideki bir görüşe göre, ücretin elden ödendiği işyerlerinde, 20 günlük sürenin sonunun tatil gününe denk gelmesi halinde, ücret, tatil olmayan bir sonraki iş günü içerisinde ödenmezse, işçi çalışmaktan kaçınabilir.⁵⁵⁵ Ne var ki İşK m. 34 hükmü bekleme süresini “iş günü” olarak düzenlemediğinden, bu görüşün yerinde olmadığı kanaatindeyiz. 20 günlük sürenin sonu tatil gününe denk geliyorsa işçi, tatilden sonraki iş gününde işe gitmeyerek çalışmaktan kaçınabilir. Fakat işveren işçiye ulaşarak, ücreti ödemeye hazır olduğunu bildirerek, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının önüne geçebilir. Diğer bir ifadeyle işveren, bekleme süresinin son günü olan tatil gününde veya tatilden sonraki ilk iş günü, işçiye ulaşarak, ücreti işyerinde elden ödemeye hazır olduğunu bildirerek, işçinin tatilden sonraki iş gününde çalışmaktan kaçınma hakkını etkisiz hale getirebilir. Şüphesiz işverenin ücreti ödeyeceğine dair bu beyanı samimi ve gerçek olmalıdır.

İşverenin ücretin ödenmesi için gerekli işlemleri başlatmasına rağmen, arada geçen sürede bekleme süresi dolarsa, işçinin çalışmaktan kaçınmaması gerekir. Zira ücretin ödenmesi için gerekli talimatların verilmesi ile ücretin ödenmesi arasında belirli bir zaman geçmesi hayatın olağan akışına uygundur. Bu durumda ödenmeyen veya eksik ödenen ücretin eksiksiz ödenmesine yönelik bir baskı aracı olarak kullanılan bu hakkın amacının tamamlandığı ve artık çalışmaktan kaçınmanın haklı olmadığı savunulabilir.

Şüphesiz arada geçen bu sürenin 3-4 gün olması hayatın olağan akışına uygun değildir. Ancak işverenin bekleme süresinin 20. gününde ücretin ödenmesi için işlemleri başlatmasına rağmen, ücretin ertesi gün mesai bitimine doğru yatması durumunda, durumdan haberi olmayan işçinin anılan gün içinde çalışmaktan kaçınması mümkündür. Bu durumda işveren, işçiye ücretin ödenmesi için gerekli işlemleri başlattığını bildirmelidir. Aksi takdirde işçi, 21. gün çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

2.1.5.2.2.3. Ücret Ödeme Aralıklarının Değişmesinin Bekleme Süresine Etkisinin Değerlendirilmesi

⁵⁵⁴ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1568; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 20; ÇOPUROĞLU, s. 214; DULAY YANGIN, s. 213; BOZKURT, s. 60-61; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 122.

⁵⁵⁵ BOZKURT, s. 61; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 122.

Kanun koyucu, 20 günlük süreyi tespit ederken, ücretin ödeme aralıklarını göz önünde tutmadan hareket etmiştir. Farklı bir ifadeyle, ücretin ödeme aralıklarının haftada bir veya on beş günde bir olması durumunda da kanun koyucu, 20 günlük süre benimsemiştir. Bu bakımdan anılan hakkın, sadece ücreti ayda bir ödenen işçiler tarafından kullanabileceği şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır.⁵⁵⁶

Öğretideki bir görüşe göre, ödeme aralıklarının ayda birden daha az olacak şekilde belirlendiği takdirde, bekleme süresi azaltılmalıdır. Anılan görüşe göre, ödemenin 10 günlük aralıklarla yapılması durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınması için, 20 gün beklemesi, dolayısıyla iki ödeme periyodunun daha geçmesini beklemesi gerekecektir. Bu durum, işçileri anılan haktan mahrum bırakacağı ve maddenin sağlamak istediği amaçla uyumlu olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁵⁵⁷

Bekleme süresinin bir bütün halinde, diğer bir ifadeyle herhangi bir şarta bağlı olmaksızın kısaltılması gerektiğini düşünmekle birlikte, anılan sürenin, ücretin ödeme aralıklarına göre azaltılması görüşüne katılmamaktayız. Zira ücreti haftada bir ödenen işçinin 20 gün beklemesi, ücreti ayda bir ödenen işçinin 20 gün beklemesinden daha iyi bir durum olarak değerlendirilebilir. Örnek üzerinden anlatacak olursak, ücreti 10 günde bir ödenen işçinin en son ücretini 1 Ocak'ta aldığı ve bir sonraki ücretinin de 11 Ocak'ta ödenmediği varsayımında, 20 günlük bekleme süresi sonrasında işçinin çalışmaktan kaçınabileceği ilk gün 1 Şubat olacaktır. Diğer bir ifadeyle işçi, çalışmaktan kaçındığı gün itibarıyla, en son 31 gün önce ücret almış olacaktır. Aynı durumu, işçinin ayda bir ücrete hak kazandığı olaya uygularsak, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için bu sürenin toplamı 51 gün olacaktır.⁵⁵⁸ Zira 1 Ocak'ta en son ücreti alan işçinin, bir sonraki ücret ödeme zamanı 1 Şubat olacaktır. İşçinin çalışmaktan kaçınabileceği ilk gün ise 22 Şubat olacaktır. Bu nedenle, ayda bir ücrete hak kazanan işçinin daha kötü konumda olduğu kanaatindeyiz. Şüphesiz, belirttiğimize görüşe, ayda bir ücret alan işçinin son aldığı ücretin 1 aylık ücreti olduğu, 10 günde bir ücret alan işçinin aldığı son ücretin ise 10 günlük ücret olduğu, diğer bir ifadeyle daha az bir ücret elde ettiği sebebiyle aralarında mukayese yapılamayacağı şeklinde eleştiri getirilebilir. Ancak, süre bazında değerlendirildiğinde, ayda bir ücrete hak kazanan işçinin daha dezavantajlı olacağı tartışmasızdır.

Öte yandan, 10 günde bir ücret alan işçinin, 20 gün beklemesinin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasını imkânsızlaştırmayacağını da düşünmekteyiz. Zira 20 günlük

⁵⁵⁶ NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 619-620.

⁵⁵⁷ ALBAYRAK GÜL, s. 123-124

⁵⁵⁸ Diğer bir ifadeyle işçinin son kez ücret aldığı tarih ile çalışmaktan kaçınabileceği tarih arasındaki gün sayısı 51 gün olacaktır.

bekleme süresi içerisinde başka ödeme zamanlarının girmesinin, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması anlamında bir değişiklik yapmayacaktır.

Ayrıca, ücret ödeme aralıklarının, haftada birden, ayda bire kadar değişkenlik gösterebileceği göz önüne alındığında, her ödeme aralığı için farklı bir bekleme süresinin belirlenmesinin de doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Zira haftada bir (7 günde bir) ile ayda bir ödeme arasında, günlük olarak değişen, toplam 26 farklı ödeme periyodu belirlenebilir. Bu durumda ise, mutlak bir dağıtımın yapılmasının mümkün olmadığı, ayrıca böyle bir dağıtımın eşitlik ilkesine de aykırı olacağı, zira bu dağıtımı haklı kılacak herhangi bir nedenin bulunmadığı, bu nedenle de tüm işçiler için aynı sürenin uygulanması gerektiği ifade edilmelidir.

2.1.5.2.2.4. İşverenin İyi Niyetinin Bekleme Süresine Etkisi ve Anılan Süre Dolmadan İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Değerlendirilmesi

Kanun koyucunun belirlemiş olduğu 20 günlük süre, en ufak gecikmede dahi işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasına karşı, işverenleri korumak amacıyla getirilmiştir. Nitekim bu durum, İşK m. 34'ün tasarı metnine göre hazırlanan gerekçesinde, anılan sürenin “iyi niyetli” işverenleri korumaya yönelik getirdiği ifade edilmiştir.

İfade etmek gerekir ki gerekçede belirtilen “iyi niyet” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belli değildir. Kanun koyucu, anılan sürenin uygulanmasını sadece işverenin “iyi niyetli” olmasına mı bağlamıştır, yoksa bu sürenin kural olarak bütün işverenlere uygulanmasını, ancak işverenin “iyi niyetli” olmadığına anlaşılması durumunda, bekleme süresinin işvereni koruyan kalkanının ortadan kalkmasını mı istemektedir?

Kanımızca burada “iyi niyet” kavramı yerine “dürüstlük kuralı” kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır. Zira aşağıda detaylıca anlatılacağı üzere işveren, bekleme süresini, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullandığı zaman bekleme süresinin kendisine sağladığı korumadan mahrum kalacaktır. Diğer bir ifadeyle, maddenin gerekçesinde ifade edilen husus, TMK m. 3 gereği işverenin iyi niyetine bir sonuç bağlanması değil, TMK m. 2 gereği, anılan süreyi açıkça kötüye kullanan işverenin hukuk düzeni tarafından korunmamasıdır.

Sonuç olarak, anılan süre kural olarak bütün işverenler için geçerlidir. İşverenin “iyi niyetli” olması veya olmaması sonucu değiştirmez. Ancak işverenin anılan süreyi TMK m. 2'ye aykırı bir şekilde kullanması, yani dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanması, bu sürenin sağladığı korumanın ortadan kalkmasına sebep olur ve işçi bekleme süresinin dolmadan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

Bekleme süresi dolmadan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, kural olarak, hukuka aykırı olur. Nitekim Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, ücretin on gün kadar gecikmesi sonucunda, işçilerin işyerindeki makinaları durdurup, işyerinin belirli bir bölümünde toplantı yapmalarını, bekleme süresinin dolmaması nedeniyle, haklı fesih sebebi olarak değerlendirmiştir.⁵⁵⁹ Verilen başka bir kararda ise, Mayıs ayı ücretinin 18 Haziran'da ödenmiş olması, yani 18 günlük bir gecikme, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması bakımından yeterli görülmemiştir.⁵⁶⁰

Esas kural, bekleme süresi dolmadan işçinin çalışmaktan kaçınmayacağı şeklinde olmakla birlikte, öğretide de kabul edildiği üzere, ücreti ödemeyeceğini önceden belirten veya ücreti ödemeyeceği/ödeyemeyeceği hal ve durumdan anlaşılan işverene karşı, anılan sürenin beklenilmesine ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz.⁵⁶¹ Aynı şekilde, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, 20 günlük süreyi kötüye kullanan işverene karşı da anılan sürenin beklenilmesinin zorunlu yoktur.⁵⁶²

Önemle ifade etmek gerekir ki burada ifade edilen husus ile ücret alacağı muaccel olmadan işverenin ücreti öde(ye)meyeceğini belirttiği veya söz konusu durumun işverenin içinde bulunduğu koşullardan anlaşıldığı durumlar birbirinden farklıdır. Birinde işveren, ücreti ödemeyeceğini veya ödeyemeyeceğini borç muaccel olduktan sonra belirlemektedir (veya bu durum işçi tarafından anlaşılmaktadır), diğesinde ise, borç daha muaccel olmadan işveren, ücreti ödemeyeceğini veya ödeyemeyeceğini işçiye bildirmektedir veya bu durum işçi tarafından anlaşılmaktadır.

Öğretideki başka bir görüş ise, işverenin ödemeyi kasten yapmadığı veya ileride ödemeyi yapmayacağı/yapamayacağı durumlarda, etik olanın işçinin sözleşmesinin gerekli tazminatlar ödenerek feshedilmesi olduğunu belirtmiştir. Aksi takdirde işçinin ücretini alamayacağı kesin olan bir işte çalışmasının söz konusu olacağı ve bu durumun angarya yasağına aykırılığı ifade edilmiştir.⁵⁶³

Ancak öğretide, bunun aksi de savunulmuştur. Anılan görüşe göre, işveren keyfi biçimde de olsa işçinin ücretini geciktirdiğinde, işçinin anılan 20 günlük süreyi beklemesi gerekecektir.⁵⁶⁴ Nihayet konuya ilişkin başka bir görüş ise, işverenin kasten ödeme yapmaktan kaçındığının veya gelecek ödemeleri yapmayacağının önceden işçi tarafından

⁵⁵⁹ **Y.9.HD.** E. 2005/23047, K. 2005/29849, T. 14.09.2005. (www.legalbank.net)

⁵⁶⁰ **Y.9.HD.** E. 2006/22919, K. 2006/31264, T. 27.11.2006. (www.legalbank.net)

⁵⁶¹ **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 620

⁵⁶² **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 155; **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 662; **SUR**, Kaçınma Hakkı, s. 398; **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 620; **DULAY YANGIN**, s. 213

⁵⁶³ **TUNCAY**, Kaçınma Hakkı, s. 653.

⁵⁶⁴ **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 19; **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1567.

tespitinin zor olduğunu, öte yandan 20 günlük bekleme süresi geçmeden çalışmaktan kaçınan işçinin, beklenilmesi gereken süreyi neden tamamlamadığını ispat etmekle yükümlü olacağını belirtmiştir. İspat yükünü yerine getiremeyen işçinin ise, iş görme borcunu yerine getirmemesi sonucuyla karşı karşıya kalacağı ve bunun hukuki sonuçlarının işçinin aleyhine olacağı sebebiyle, 20 günlük sürenin beklenilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir.⁵⁶⁵

Son belirttiğimiz görüşün ifade ettiği ispat sorununa biz de katılmakla birlikte, söz konusu süreyi açıkça kötüye kullanan işveren karşısında, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını 20 gün dolmadan kullanamayacağı görüşünün yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

2.1.5.2.2.5. İşverenin Önce İfa ile Yükümlü Olduğu İş İlişkilerinde Bekleme Süresi

Yukarıda anlatılan hususların, işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde geçerli olduğu açıktır. Zira iş hukukundaki esas kural, işçinin önce ifa yükümlülüğü altında olması şeklindedir. Bu noktada ise, işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde, İşK m. 34'te belirtilen 20 günlük sürenin uygulanmasının mümkün olup olmadığı hukuki sorunu ortaya çıkmaktadır.

Kanımızca burada da esas kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. İşverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde, esas hareket noktası yine ücretin muaccel olduğu an olacaktır. Diğer bir ifadeyle, İşK m. 34, işçinin veya işverenin önce ifa ile yükümlü olmasından değil, ücretin muaccel olma anından hareket etmiştir. Bu bakımdan ister işçi ister işveren önce ifa ile yükümlü olsun, ücretin ödenme gününden itibaren 20 günlük bekleme süresi dolduktan sonra işçiler çalışmaktan kaçınabilir.

2.1.5.2.3. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu Tabi İşçiler İçin Bekleme Süresinin Değerlendirilmesi

2.1.5.2.3.1. Bekleme Süresine İlişkin Öğretideki Görüşler ve Görüşümüz

İşK m. 34'te, ücretin ödenme zamanından sonra, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için gereken bekleme süresi 20 gün olarak düzenlenmiştir. Ancak, anılan 20 günlük süre, sadece İşK'na tabi işçiler için geçerlidir. Zira TBK, DİK veya BİK'nda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin doğrudan bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, TBK, DİK ve BİK'na tabi çalışan işçilerin çalışmaktan kaçınabilmesi için beklenilmesi gereken süresinin tespiti gerekir. Ancak ifade etmek gerekir ki, sürenin uzunluğu dışında, yukarıda vermiş olduğumuz esasların tamamı, TBK, DİK ve BİK'na tabi çalışan işçiler için de geçerlidir.

⁵⁶⁵ GÖKTAŞ, Kaçınma Hakkı, s. 84-85.

Kabul edilebilecek görüşlerden bir tanesi, İşK m. 34'te belirlenen 20 günlük sürenin, diğer kanunlara tabi çalışan işçiler için de uygulanmasıdır. Nitekim **Sümer**, BİK'na tabi işçiler için de 20 günlük bekleme süresinin geçerli olduğunu belirtmiştir.⁵⁶⁶ Bu görüş doğrultusunda TBK ve DİK için de aynı kuralın kabul edilmesi durumunda, tabi olduğu kanuna bakılmaksızın, iş sözleşmesiyle çalışanlar için tek bir süre belirlenmiş olur. Bu noktada, tek bir sürenin geçerli olması, yeknesaklığın sağlanması açısından olumludur.

Savunulacak diğer bir görüş ise, anılan Kanunlarda çalışmaktan kaçınma hakkı açıkça düzenlenmediği için, dolayısıyla bekleme süresine ilişkin bir düzenleme de olmadığı için, bu Kanunlara tabi işçiler için bekleme süresinin uygulanmamasıdır.⁵⁶⁷ Diğer bir ifadeyle, ücretin ifa zamanının dolması, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için yeterlidir. Nitekim öğretideki bir görüş, İşK m. 34'ün, TBK m. 97'den (BK m. 81) farklı olarak, işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, belirli şartları aradığını ve bu nedenle daha kısıtlayıcı olduğunu belirtmiştir.⁵⁶⁸

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İşK m. 34'ün anılan kanunlara tabi işçiler için uygulanabilmesi için, anılan kanunlarda kanun boşluğu bulunmalıdır. Bu bakımdan her ne kadar DİK ve BİK'nda konuya ilişkin düzenleme bulunmasa da anılan kanunlara tabi iş ilişkilerine ilk önce TBK hükümleri (bu durumda ödemezlik def'i ve işverenin temerrüdü hükümleriyle) kıyasen uygulanacağından, İşK m. 34'te düzenlenen 20 günlük süre, anılan kanunlara tabi işçilere uygulanamaz.

Ayrıca, İşK dışındaki kanunlara tabi çalışan işçiler için, bekleme süresinin 20 gün olarak belirlenmesi, İşK m. 34'ün olumsuz yanlarından birinin, diğer kanunlara tabi işçiler için de uygulanması anlamına gelir. Bu süre ise, çoğunlukla tek geçim kaynağı ücret olan işçi için oldukça fazladır. Bu nedenle İşK m. 34'ün en çok eleştiri alan noktalarından birinin ve anılan hakkın kullanımını oldukça güçleştiren söz konusu sürenin, diğer kanunlara tabi işçilere de uygulanmasını kabul etmek, kanımızca, uygun bir yaklaşım değildir.

İkinci görüş ise, kanımızca iş hukukunun yapısına uygun değildir, zira anılan görüş kabul edildiği takdirde, ücreti kısa bir süre için olsa dahi ödeyemeyen işverenler mağdur edilmiş olur ve işin işleyişi, en ufak ücret gecikmelerinde dahi aksar. Bu durum ise, işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesinin bozulmasına sebep olur.

⁵⁶⁶ **SÜMER**, Gazetecinin Ücreti, s. 108; Öğretide Ulucan ve Gökçek Karaca ise, gazetecilerin kaçınma hakkını kullanabilmesi konusunda, İşK m. 34'teki imkanlardan yararlanabileceğini belirtmektedir. Ancak bekleme süresinin 20 gün olduğunu doğrudan ifade etmemişlerdir. Bkz. **ULUCAN**, Basın İş Hukuku, s. 43; **GÖKÇEK KARACA**, Gazetecinin Hakları, s. 144.

⁵⁶⁷ **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1277. Çil, bu görüşü aslında 1475 s.K. döneminde, İş Kanunu'na tabi işçiler için belirtmişti. Fakat o dönemde de anılan işçilerin 818 s. BK hükümlerine göre çalışmaktan kaçınma hakkı olduğu için, günümüzde TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için de aynı görüşü savunduğu kabul edilebilir.

⁵⁶⁸ **SUR**, Kaçınma Hakkı, s. 397-398.

Sonuç olarak, bekleme süresi olmaksızın hakkın kullanılması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır.⁵⁶⁹ Bu nedenle, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için, ücretin ödenme gününün geçmesinden sonra belirli bir süre beklenilmesi gerektiğini kabul etmekteyiz. Nitekim daha önce de ifade ettiğimiz üzere, çalışmaktan kaçınma hakkının doğrudan düzenlenmediği Alman⁵⁷⁰ hukukunda da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce, belirli bir süre geçmesi gerektiği savunulmaktadır.

2.1.5.2.3.2. Bekleme Süresinin Tespiti

Borçlar hukuku kurumlarının, iş hukukuna uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir.⁵⁷¹ Bu bakımdan, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği her ne kadar ödemelik def'i olsa da ve bekleme süresi, ödemelik def'i için bir şart olmasa da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için beklenilmesi gereken süre bir şarttır. Zira işçi tarafından görülen işin sürekliliği, işyerinde üretilen malın veya hizmetin sürekliliği açısından oldukça önemlidir. Bu nedenle, en ufak gecikmelerde dahi, bu hizmetin kesilmesi hem işyerini hem de işyerinde çalışan işçileri doğrudan etkileyecektir. Bu nedenle ücretin ödenme zamanı geçtikten sonra, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce belirli bir süre beklemesi taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması açısından önemlidir.

Şüphesiz anılan süre belirlenirken, işçi ve işveren arasındaki hassas dengenin korunması, ancak hassas denge korunurken, işletmenin ekonomik riskinin işçi üzerinde bırakılmaması gerekir. Bu nedenle, İşK m. 34'te düzenlenen 20 günlük süre, kanımızca, fazladır. Zira 20 günlük bekleme süresinin geçerli olduğu durumlarda, işçinin en son ücret aldığı tarih ile çalışmaktan kaçınabileceği tarih arasında, duruma göre 50-51 günlük bir süre olacaktır. Bu süre içerisinde işçinin hiç ücret alamamış olması ise, işletmenin ekonomik riskinin işçiye yüklenmiş olduğunun göstergesidir. Örneğin, şubat ayı ücretini en son 28 Şubat tarihinde alan işçinin mart ayı ücreti, 31 Mart'ta ödenmezse, işçinin kaçınabilmesi ancak 21 Nisan'da mümkün olur. Diğer bir ifadeyle, işçi en son 28 şubatta yani, 51 gün önce ücret almıştır.

İfade etmemiz gerekir ki, bekleme süresine ilişkin kesin bir süre vermek her zaman eleştiri noktası olacaktır. Zira öğretilerde, bekleme süresinin daha fazla olması gerektiğini veya daha az olması gerektiğini belirtecek görüşler daima olacaktır.

⁵⁶⁹ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 661.

⁵⁷⁰ HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 18; HAASE, DB, s. 709; SÖLLNER, ZfA, s. 11; DEHMEL, s. 199-203.

⁵⁷¹ SÜZEK, s. 39

Anılan süre belirlenirken işçinin ekonomik durumu, ailevi durumu, kazandığı ücret, yaptığı iş gibi unsurlar üzerinde durulması gerektiği, yani her somut olayı kendi içerisinde değerlendirilerek bir sonuca gidilmesi gerektiği de bir düşünce olarak ortaya çıkabilir. Ancak bunun getireceği en büyük sorun, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçinin sözleşmesinin, işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesine sebep olabileceği gerçeğidir. Zira bu durumda, hukuki belirlilik olmadığı için, işçiler, anılan hakkı kullanmaya çekinir veya gerekli süreyi beklemediği için, sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine neden olabilir. Bu nedenle, beklenilmesi gereken sürenin tespiti her somut olay açısından, yargıya bırakılmamalıdır. Yukarıda anlatılanlar ışığında, beklenilmesi gereken sürenin, İşK m. 34'te olduğu gibi veya Tasarı metinde olduğu gibi kesin olarak düzenlenmesi, işçinin, anılan hakkı kullanabilmesi için büyük önem taşır. Anılan kesinlik, içtihatı birleştirme kararıyla veya yasal düzenlemeyle de sağlanabilir.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, İşK'nun Tasarı metninde düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için gereken 10 günlük bekleme süresi, işverenin ücret borcunu ifa etmesi için yeterli ve işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce işverene tanınması gereken makul süreyi karşılar niteliktedir.

Kısaca toparlamak gerekirse, İşK m. 34'te düzenlenen 20 günlük sürenin fazla olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, TBK, DİK ve BİK açısından anılan hak her bir kanunda ayrı ayrı düzenlenmeli ve bekleme süresi 10 gün olarak belirlenmeli, İşK'nda düzenlenen süre ise 10 güne düşürülmelidir. Kanun yapma tekniği açısından uygun bulmasak da kanunlar arasında yeknesaklığın sağlanması adına, ilk önce İşK m. 34'teki sürenin 10 güne düşürülmesi, daha sonra ise 6663 sayılı Kanunla İşK m. 74'e eklenen *“Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır.”* şeklindeki ifadenin aynısı, İşK m. 34'e de eklenebilir.

Bir üst başlıkta belirttiğimiz ve bekleme süresinin işçinin veya işverenin önce ifa ile yükümlü olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacağı sonucunun, TBK, BİK ve DİK'na tabi işçiler için de geçerli olduğunu ifade etmemiz gerekir. Zira hakkın hukuki niteliği her ne kadar ödemezlik def'i olsa da TMK m. 5 gereği anılan kurumlar, iş hukukuna uygun düştüğü ölçüde uygulanacağından, bekleme sürelerinin işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

2.1.5.3. Bekleme Süresinin Sözleşme ile Değiştirilmesi veya Belirlenmesi

2.1.5.3.1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İŞK'na tabi işçiler için beklenilmesi gereken süren 20 gündür. TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için ise, doğrudan süre düzenlenmemiştir. Anılan kanunlara tabi işçiler için bu sürenin 10 gün olarak uygulanması gerektiği yukarıda incelenmiştir. Bu başlık altında incelenecek husus ise, İŞK m. 34'te düzenlenen 20 günlük sürenin veya TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için belirtmiş olduğumuz 10 günlük sürenin değiştirilip değiştirilemeyeceğidir.

2.1.5.3.2. İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından

Bekleme süresinin değiştirilmesine yönelik öğretide farklı görüşler belirtilmiştir. Öğretideki bir görüş, anılan hükmün nispi emredici olduğunu ve bu nedenle, 20 günlük sürenin, işçi lehine azaltılabileceğini,⁵⁷² başka bir görüş ise, anılan sürenin azaltılmasının mümkün olduğunu ancak işveren lehine uzatılmasının tartışmaya açık olduğunu ifade etmiştir.⁵⁷³

Madde metni veya tasarı metnine göre hazırlanan madde gerekçesi incelendiğinde, anılan sürenin mutlak emredici olduğuna yönelik kanun koyucunun bir ifadesi bulunmamaktadır. Bu nedenle anılan sürenin değiştirilebileceği kanaatindeyiz. Ancak madde gerekçesinde yer alan, *“Bu süre geçtikten sonra⁵⁷⁴ işçinin çalışmaya zorlanmasının ise Anayasa ile güvence altına alınan angarya yasağına aykırılık oluşturacağı düşünülmüştür”* ifadesinden, anılan sürenin daha fazla uzatılamayacağı, aksi takdirde angarya yasağına aykırılık teşkil edeceği anlaşılmaktadır.⁵⁷⁵ Ayrıca zaten uzunluğu nedeniyle öğretide eleştirilen 20 günlük sürenin, işveren lehine uzatılması, hakkın kullanılmasını daha da güç getireceğinden, anılan hüküm, nispi emredici olarak kabul edilmelidir.

20 günlük sürenin ne kadar azaltılabileceği veya tamamen kaldırılıp kaldırılamayacağı ise ayrı bir hukuki sorundur. Ancak anılan sürenin tamamen ortadan kaldırılmasının, kanun koyucunun imkân tanımak istediği bir durum olmadığı görüşündeyiz. Zira Bilim Komisyonu'nca hazırlanan tasarıda yer alan maddenin ilk haline ilişkin gerekçe de bu görüşü destekler niteliktedir. Anılan gerekçe şu şekildedir; *“[...] işçilerin en kısa bir gecikmede hemen işi bırakmaları olasılığı ve bu yoldan ortaya çıkabilecek olumsuzluklar önlenmeye çalışılmıştır.”* Bu noktada, kanun koyucunun sağlamak istediği amaç karşısında, en ufak

⁵⁷² SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 661; GÖKTAŞ, s. 86; DULAY YANGIN, s. 214; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 123.

⁵⁷³ AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 20; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1568.

⁵⁷⁴ İfade etmemiz gerekir ki gerekçe, 10 günlük bekleme süresi göz önüne alınarak hazırlanmıştır. Bu nedenle 10 günden daha fazla beklemenin bile angarya yasağına aykırı olduğu düşünülebiliyorsa, 20 günlük süre için bu durum evleviyetle kabul edilmelidir.

⁵⁷⁵ DULAY YANGIN, s. 214.

gecikmelerde dahi, işyerindeki işleyişin aksamasına sebep olabilecek böyle bir değişikliğin mümkün olmayacağını belirtmek isteriz.

Anılan hükmün nispi emredici yapısı göz önüne alındığında, 20 günlük sürenin azaltılmasının imkân dâhilinde olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada bekleme süresinin alt sınırını belirlerken, hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması esastan hareket edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, işçinin, dürüstlük kuralına uygun bir şekilde, çalışmaktan kaçınabileceği en erken sürenin tespiti gerekir.

Kanımızca, hayatın olağan akışında, ücretin ödenmesinin durumun koşullarına göre makul sayılabilecek bir süre gecikebileceği gayet olasıdır. Bu noktada, anılan sürenin 5 güne kadar düşürülebileceği kabul edilebilir. Şüphesiz, öğretide, bu sınırın daha aşağıda ya da daha yukarıda olması gerektiğini belirten görüşler çıkacaktır, ancak hem maddenin sağlamak istediği amacın hayata geçirilmesi, hem de işyerinin, işletmenin ekonomik riskinin işçi üzerinde bırakılmaması göz önünde tutulduğunda, 5 günlük bir sürenin uygun olabileceği kanaatindeyiz.

Belirtmiş olduğumuz görüş, dürüstlük kuralına uyduğu takdirde,⁵⁷⁶ ücreti 5 gün geciken işçinin sözleşmesini feshedebileceği fakat çalışmaktan kaçınamayacağı sebebiyle eleştirilebilir. Ancak kanun koyucunun madde hükmüyle sağlamak istediği, sözleşmenin ayakta tutulması ve en ufak gecikmelerde sözleşmenin feshedilmemesi amaçları göz önünde bulundurulduğunda, başka bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir. Öte yandan, İŞK m. 34'ün şu anki halinde de 20 günlük bekleme süresi dolana kadar işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir ancak 20 günlük süre dolmadan kaçınamaz.

Sonuç olarak, bekleme süresinin yukarıda belirtilen sınırlar dahilinde işçi lehine olacak şekilde, iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle değiştirilebileceği kanaatindeyiz.

İfade etmek gerekir ki, bekleme süresinin iş sözleşmesiyle veya TİS'yle 5 güne düşürüldüğü durumlarda, işverenin ücreti her ay 3-4 gün geciktirmesi halinde, işverenin anılan süreyi kötüye kullandığı kabul edilebilir. Bu nedenle, belirtmiş olduğumuz 5 günlük sınıra bakılmaksızın, işçi çalışmaktan kaçınabilmelidir.

2.1.5.3.3. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından

⁵⁷⁶ Burada ifade edilmek istenilen husus 5 günlük gecikmenin dürüstlük kuralı uyarınca işçiye fesih hakkı verip vermediğidir. Örneğin, işyerinde ücretin sürekli 4, 5 günlük bir gecikmenin yaşandığı durumlarda, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedileceği kabul edilmelidir. Ancak, ücretin sürekli olarak düzenli ve zamanında ödendiği bir işyerinde, ücretin tek sefer için 5 günlük gecikmesi, dürüstlük kuralı gereği, işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermeyebilir. SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 216.

TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için, çalışmaktan kaçınma hakkı açıkça düzenlenmediği için, taraflar, beklenilmesi gereken süreyi sözleşme ile kararlaştırabilirler. Eğer taraflarca bir belirleme yapılmamışsa, yukarıda belirtmiş olduğumuz 10 günlük süre geçerli olmalıdır.

Ayrıca taraflar, bireysel veya TİS ile veya kendi aralarında sözlü olarak anlaşarak, bekleme süresini en az 5 gün olarak belirleyebilirler. Zira daha az bir sürede işçinin çalışmaktan kaçınması, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağından, yukarıda vermiş olduğumuz esas, burada da geçerli olacaktır.

TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için anılan sürenin üst sınırına ilişkin bir değişiklik yapıp yapılamayacağı da ayrı bir hukuki sorun olacak karşımıza çıkmaktadır. Olması gereken hukuk açısından yerinde bulmasak da bekleme süresinin TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için arttırılabileceği kanaatindeyiz. Zira anılan sürenin 10 günün üzerinde belirlenmesini engelleyecek bir yasak bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, anılan kanunlara tabi işçiler için, her ne kadar beklenilmesi gereken sürenin 10 gün olması gerektiği ifade edilmişse de konuya ilişkin açık bir hüküm olmadığı için, bekleme süresinin üst sınırının, bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle, 10 günün üzerinde belirlenmesinin mümkün olduğu kanısındayız. Ancak üst sınır olarak İŞK m. 34'te belirtilen 20 günlük süre uygulanmalıdır. Zira, anılan sürenin 20 günden daha fazla arttırılması, oldukça katı şartlara tabi olan bu hakkın kullanımını, neredeyse imkânsız hale getirir ve işçinin 20 günden fazla beklemesi angarya yasağına aykırılık teşkil edebilir.

2.1.5.4. 20 Günlük Bekleme Süresinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı İçin Bir Ön Koşul mu Olduğu yoksa İşverene Ücret Ödemesi İçin Ek Bir Süre mi Tanındığı Tartışması

İŞK m. 34'te düzenlenen 20 günlük sürenin, işverene ücret ödeme borcunu ifa etmesi için tanınan bir ek süre mi, yoksa işçinin çalışmaktan kaçınması için beklemesi gereken bir süre mi, yani anılan hakkı kullanabilmesi için bir ön koşul mu olduğunun tespiti gerekir.

Öğretideki bir görüşe göre, anılan süre, işçinin beklemesi gereken bir süre olmakla birlikte, işverene tanınan ek süre niteliğini de taşır. Nitekim aynı yazar, çalışmaktan kaçınma hakkının ve gününde ödenmeyen ücrete uygulanacak faizin aynı maddede düzenlenmesi sebebiyle, ücrete ilişkin faizin de ancak anılan 20 günlük süreden sonra başlayacağını belirtmektedir. Bu görüşe göre, faizin başlangıcı 20 günlük bekleme süresinin sonu olduğu için, işverenin temerrüde düşürülmesi zorunlu değildir.⁵⁷⁷ Öğretideki diğer bir görüş ise,

⁵⁷⁷ DEMİR, İş Hukuku, s. 194-195; DEMİR, Fevzi, "İş Hukukunda Ödenmeyen Ücret Faizinin Başlangıcı ve Faiz Oranları", Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 1, 2006, s. 80

anılan sürenin işverene ücret ödemesi için ek süre tanımadığını, anılan sürenin, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için bir şart olduğunu belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, bekleme süresi borcun vadesinde bir değişiklik yapmaz. Anılan süre, hakkın kullanılması için bir ön koşuldur.⁵⁷⁸

Eğer anılan sürenin, işverene ücret ödemesi için ek bir süre niteliği taşıdığı kabul edilirse, ihtara gerek olmadığı varsayımında, ücrete ilişkin faiz, bekleme süresinin sonunda başlayacak, diğer görüş kabul edilirse, yani 20 günlük sürenin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanılabilmesi için bir ön şart olduğu kabul edilirse, ücrete ilişkin faiz, ihtara gerek olmadığı varsayımında, ücret ödeme zamanından sonraki gün başlayacaktır.

Öğretide iki farklı görüşü savunan yazarlar olmakla beraber, kanımızca, 20 günlük sürenin sadece çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için bir ön koşul olduğu kabul edilmelidir. Zira 20 günlük sürenin ek süre olduğu kabulünde, nispi emredici olarak düzenlenen ve ücretin en geç ayda bir ödenmesini düzenleyen İşK m. 32/5 hükmü ihlal edilmiş olacaktır ki kanun koyucunun iradesinin bu yönde olmadığı açıktır.

Öte yandan maddenin gerekçesinde de anılan sürenin “iyi niyetli” işverenlerin geçici ödeme zorluğu içinde olabileceği düşünülerek getirildiği ve işçilerin en ufak gecikmede çalışmaktan kaçınma hakkını kullanarak ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu nedenle bekleme süresinin işverene ücreti ödemek için ek bir vade sunduğu da söylenemez.⁵⁷⁹

Yargıtay da belirtmiş olduğumuz görüş çerçevesinde, anılan sürenin ücretin ödenmesi için işverene tanınan bir süre olmadığına, 20 günlük sürenin iş görme ediminden kaçınmak için doldurması gereken süre olduğuna karar vermiştir.⁵⁸⁰

Çalışmaktan kaçınma hakkı ile faizin aynı maddede düzenlenmesi sebebiyle, ücrete uygulanacak faizin 20 günlük sürenin sonunda başlayacağı görüşünün de yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira ücretin ödenme zamanı, kural olarak, belirli bir vadeye bağlanmıştır. Bu nedenle, işverenin temerrüde düşmesi için ihtara gerek yoktur ve ücret ödeme zamanı geçtiğinde faiz işlemeye başlar.⁵⁸¹ Ancak anılan görüş kabul edilirse, ücretin ödenmesine

⁵⁷⁸ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1568; AKYİĞİT, Kaçınma, s. 20; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 620-621; GÖKTAŞ, s. 86, ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 126

⁵⁷⁹ ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 126.

⁵⁸⁰ Y.22.HD. E. 2014/20017, K. 2015/33808, T. 07.12.2015; Y.7.HD. E. 2013/25339, K. 2014/7206, T. 01.04.2014.

⁵⁸¹ ÇOPUROĞLU, s. 187; YENER, Mehmet Zahid, İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt, Yetkin, Ankara, 2020, s. 160. Durum böyle olmakla birlikte, Yargıtay’ın bir kararına göre, ücretin ödenmesine ilişkin bir belirleme iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde yapılmamış ise, faizin işlemeye başlaması için, işverenin bir ihtar ile temerrüde düşürülmesi gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Y.9.HD. E. 2004/12959, K. 2004/22023, T. 5.10.2004, (Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2005, S 1, C 18, s. 26-27); Benzer

ilişkin belirli bir vade olsa dahi, faiz ancak 20 günün sonunda başlayacaktır. Bu durumun ise TBK m. 117/2 hükmüne aykırı olduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle ücretin ödenmemesinin sonuçlarından biri olan faizin de ihtara gerek olmadığı varsayımında, ücretin ödeme zamanının geçmesiyle işlemeye başlayacağını kabulü gerekir. Nitekim öğretideki baskın görüş de bu yöndedir.⁵⁸²

İfade etmek gerekir ki, konuya ilişkin öğretide yer alan görüş ayrılığı, “*çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması açısından*” sadece teorik bir tartışmadır. Zira sürenin niteliğinin ne olduğu, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabileceği zamanı değiştirmemekte, sadece ücrete ilişkin faizin hangi tarihten itibaren işletileceğini ya da işverenin hangi tarihte temerrüde düşürülebileceğini değiştirmektedir.

Sonuç olarak anılan süre, işverene ücreti ödemesi için ek bir süre tanımamakta, ücretin ödenmesi gereken gün dolduktan sonra, işçi, ihtara gerek olmadığı varsayımında, ücrete faizi ile birlikte hak kazanmakta, ancak çalışmaktan kaçınabilmesi için 20 günlük sürenin dolmasını beklemek zorundadır.

Anılan sürenin niteliği, TBK, DİK ve BİK’na tabi çalışanlar için de aynı şekildedir. Diğer bir ifadeyle, anılan Kanunlara tabi işçiler için belirlemiş olduğumuz 10 günlük sürenin de işverene ücreti ödemesi için tanınan ek süre olarak değil, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için bir ön koşul olarak değerlendirilmesi gerekir.

2.1.6. Ödememenin Mücbir Sebep Dışında Bir Sebebe Dayanması

2.1.6.1. Genel Olarak

4857 sayılı Kanun’un 34’üncü maddesine göre, anılan hakkın kullanılabilmesi için, ödenmesi gereken ücretin 20 gün içerisinde, “*mücbir sebep*” dışında bir sebep nedeniyle ödenmemiş olması gerekir. Farklı bir ifadeyle, ücretin ödenmemesi mücbir sebebe dayanıyorsa, işçi çalışmaktan kaçınamaz.⁵⁸³

Bu noktada özellikle “*mücbir sebep*” kavramından ne anlaşılması gerektiği ve mücbir sebep ile benzerlik gösteren kavramlar, konunun incelenmesinde oldukça önemlidir. Zira mücbir sebep kavramının sınırlarının bilinmesi hem işçiye hem de işverene, hakkın

yönde kararlar için bkz. **Y.9.HD.** E. 2008/2285, K. 2010/8948, T. 01.04.2010; **Y.22.HD.** E. 2015/33017, K. 2018/15246, T. 19.06.2018 (www.legalbank.net)

⁵⁸² **EYRENCİ**, Değerlendirme, s. 39. **SÜZEK, Sarper**, “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, AÜHFD, C. 56, S. 4, 2007, s. 209-2010; **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1568; **AKYİĞİT**, Kaçınma, s. 20; **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 620-621; **GÖKTAŞ**, s. 75-76. Karşı görüş için bkz. **DEMİR**, İş Hukuku, s. 194-195

⁵⁸³ Bilim Komisyonu Taslağında, çalışmaktan kaçınabilmek için ödememenin mücbir sebep dışında bir sebebe dayanması şartı yer almamaktaydı. Ücretin ödenmemesi, sebebi ne olursa olsun, diğer şartların da sağlandığı durumlarda, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için yeterliydi.

kullanılması ve sınırlarının bilinmesi açısından büyük kolaylık sağlayacaktır. İşçi veya işveren anılan sınırların ne olduğunu bilirse, hukuka aykırı bir işlem yapmayacak ve istenmeyen sonuçlar ortaya çıkmayacaktır.

Ödememenin mücbir sebep dışında bir sebebe dayanması şartı sadece 4857 sayılı Kanun'da düzenlendiği için, anılan şartın veya buna benzer bir şartın TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için de geçerli olup olmadığı da tespit edilmelidir. Daha sonra ise, mücbir sebep kavramının ispatı ve mücbir sebebe ilişkin önem arz eden durumlar incelenecektir.

2.1.6.2. Mücbir Sebep ve Umulmayan Hal Kavramları

2.1.6.2.1. Mücbir Sebep

Mücbir sebebin tanımı ne bireysel iş kanunlarında ne de TBK'nda yapılmıştır.⁵⁸⁴ TDK'nun Güncel Türkçe Sözlüğü'ne göre mücbir sebep, *“Herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaylar”* şeklindedir.⁵⁸⁵ Öğretide de mücbir sebep, TDK'nun yapmış olduğu tanıma benzer bir şekilde, genel olarak öngörülemeyen ve karşı konulamayan bir olay olarak tanımlanmıştır.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ Mücbir sebebin tanımını yapmamış olmakla birlikte, mücbir sebep olarak nitelendirilebilecek olayları belirten ve bu olayların hangi şartlar altında mücbir sebep olarak kabul edileceğini belirten hüküm için bkz. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 10; *“Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:*

a) Doğal afetler.

b) Kanuni grev.

c) Genel salgın hastalık.

d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı.

e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.”

⁵⁸⁵ Mücbir sebep kavramı İngilizce'de, “act of god (vis major)” veya “force major”, Almanca'da ise “höhere Gewalt” şeklinde kullanılmaktadır. Anılan tanımların Türkçe karşılığı temelde, tanrının işi/eylemi, üstün güç, üstün otorite şeklindedir. Kullanılan bu terimler, mücbir sebebin öngörülemezliğini ve kaçınılmazlığını vurgulamaktadır.

⁵⁸⁶ **TANDOĞAN**, s. 464; **GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat**, Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1977, s.24; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1002-1004; **EREN, Fikret**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 176; **EREN, P.** 1730; **ANTALYA**, Cilt II, , s. 301; **HATEMİ, Hüseyin**, Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 54; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1345; **SELİÇİ, Özer**, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, 1980, s. 63-67; **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1569.

Yapılan bir tanıma göre, mücbir sebep, “*sorumlunun veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır.*”⁵⁸⁷

Verilen tanımlar doğrultusunda, bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle olağandışı bir olay meydana gelmelidir. Diğer bir ifadeyle, bir olayın gerçekleşme ihtimalinin veya riskinin olması, anılan olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir, olay gerçekleşmiş olmalıdır.⁵⁸⁸ Bu olay, doğa olayı olabileceği gibi, hukuki veya beşerî bir olay da olabilir. Örneğin kar fırtınası, deprem, toprak kayması gibi durumlar doğa olaylarına; ithalatın yasaklanması veya sınırların kapatılması gibi durumlar hukuki olaylara, devrim veya savaş ise beşerî olaylara örnek gösterilebilir.⁵⁸⁹

Mücbir sebebin diğer unsurları ise öğretide şu şekilde belirtilmiştir; haricilik, kaçınılmazlık ve öngörülemezlik. Haricilik, gerçekleşen olayın, işletmenin ya da faaliyetin sınırları dışında gerçekleşmesini ve bu olayın yapılan faaliyet ile veya kişinin sorumluluk alanı ile bağlantılı olmamasını ifade eder. Diğer bir ifadeyle anılan unsur gerçekleşen zararın/hasarın, harici bir etki ile meydana gelmiş olmasıdır. Bu nedenle işyerindeki kazanın patlaması veya elektrik tesisatının yangına sebep olması mücbir sebep olarak nitelendirilemez.⁵⁹⁰

İfade edilmesi gereken bir diğer husus ise, haricilik unsurunun belirlenmesinde, faaliyet ve işletme kavramları geniş anlamda değerlendirilmesidir. Ayrıca işletmenin faaliyetine yarayan veya faaliyetinde yer alan insanlar, hayvanlar, makineler, ürünler ve benzeri tüm araçlar bu kapsama girmektedir.⁵⁹¹

Kaçınılmazlık unsuru, olayın şiddetinin kaçınılamayacak derecede büyük bir şiddet ve yoğunlukta olmasını ifade eder. Anılan unsur kendi içerisinde, karşı konulamazlık ve önlenemezlik unsurlarını da içerir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, genel kabul gören görüşe göre, buradaki kaçınılmazlık objektif ve mutlak olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, olayın kaçınılmazlığı nispi olmamalıdır. Kaçınılmazlık, sadece borçlu bakımından değil, herkes için geçerlidir. Gerekli bütün önlemlerin alınmış olması durumunda dahi, olayın sonuçlarının engellenememesi halidir.⁵⁹²

⁵⁸⁷ EREN, P. 1731.

⁵⁸⁸ TANDOĞAN, s. 464.

⁵⁸⁹ EREN, İlliyyet Bağ, s. 177-178; EREN, P. 1733.

⁵⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK, s. 36; TANDOĞAN, s. 464-465.

⁵⁹¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 36; EREN, İlliyyet Bağ, s. 179-180; EREN, P. 1736-1737.

⁵⁹² GÖZÜBÜYÜK, s. 39; TANDOĞAN, s. 465; SELİÇİ, 65-67; EREN, İlliyyet Bağ, s. 181-183; EREN, P. 1741; ANTALYA, Cilt II, s. 303;

Öngörülemezlik⁵⁹³ unsuru ise olayın, normal şartlar altında, böyle bir sonuç yaratacağını öngörememeyi, diğer bir ifadeyle, olayın öngörülemezliğini değil, olayın doğuracağı sonuçların öngörülemezliğini ifade eder.⁵⁹⁴ Örnek verecek olursak, günümüz koşullarında artık hava olaylarının önceden yüksek ihtimalle tahmin edilmesi mümkündür. Bu nedenle gerçekleşme ihtimali olan bir fırtınanın artık öngörülemez olduğundan bahsetmek güçtür. Ancak yine de gerçekleşecek olayın sonuçlarının ne olacağının öngörülmesi pek mümkün olamayabilir.

Öğretide deprem, deprem dalgası, çığ, kasırga ve volkan patlaması gibi doğa olayları ile savaş, ihtilal, isyan ve nükleer santral patlaması gibi beşerî veya beşerin sebep olduğu olaylar mücbir sebep olarak ifade edilmektedir.⁵⁹⁵ Ancak anılan olayların hukuki olarak değerlendirmeye alınabilmesi için, yukarıda verilen özellikleri taşıması yeterli değildir. Mücbir sebep olarak nitelendirilen olay ile bir norm veya sözleşmenin ihlalinin gerçekleşmiş olması da gerekir. Yani mücbir sebep olarak nitelendirilen olay veya bu olayın sebep olduğu zarar ile borcun ihlali arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

Örneğin; yıldırım düşmesi sonucu işyerinde yangın çıkması ve bu sebeple, ücretlerin ödenmesinin gecikmesi halinde, yıldırım düşmesi ve yangın mücbir sebep olarak değerlendirilir. Ancak yıldırım sebebiyle ortaya çıkan yangının çok küçük olması ve hemen etkisiz hale getirilmesi durumunda, yıldırım veya yangın mücbir sebep olarak değerlendirilemez. Verilen örnekte, her ne kadar gerçekleşen olay harici, kaçınılmaz ve ortaya çıkan zarar öngörülemez olsa da bu olayın sebep olabileceği bir borcun ihlalinden söz etmek güç olacaktır. Şüphesiz, anılan küçük yangında ertesi gün teslim edilecek malların telef olması durumunda, yıldırım ve yangın mücbir sebep olarak değerlendirilebilir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, mücbir sebep olarak nitelendirilen olay ile borcun ihlali arasındaki uygun illiyet bağının detaylıca araştırılması gerekir.

Öğretide, olayların mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi noktasında, iki teori ortaya çıkmıştır. Sübjektif teoriye göre, bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için, anılan olayın bütün önlemlerin alınmış, gerekli özenin gösterilmiş olmasına rağmen ortaya çıkması gerekir. Eğer kişi, gerekli özeni göstermemiş ve gerekli önlemleri almamış ise, olayın mücbir olduğundan bahsedilemez.⁵⁹⁶ Bu teoride, kişinin gerekli özeni gösterip göstermediğine bağlı olarak hâkim, diğer durum ve koşulları da göz önünde

⁵⁹³ Öğretideki bir görüş, öngörülemezlik unsurunun, kaçınılmazlık unsurunun içinde olduğunu, bu nedenle ayrı bir unsur olarak incelenmemesi gerektiğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, s. 465-466.

⁵⁹⁴ **EREN**, P. 1743; **ANTALYA**, Cilt II s. 303.

⁵⁹⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1004; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 26; **EREN**, P. 1733; **ANTALYA**, Cilt II, s. 302.

⁵⁹⁶ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 31; **EREN**, İlliyet Bağı, s. 175.

bulundurarak, gerçekleşen olayın mücbir sebep olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verecektir.⁵⁹⁷ Diğer bir ifadeyle, gerekli önlemlerin alındığı ve özen yükümlülüğünün sona erdiği yerde, mücbir sebep başlar.⁵⁹⁸

Öğretideki baskın görüş ise, mücbir sebebin açıklanmasında, objektif teorinin daha isabetli olduğu yönündedir. Mücbir sebebe ilişkin yukarıda verilen unsurlar da objektif teori esas alınarak belirlenmiştir. Bu teoriye göre, olayların meydana geliş şekli, şiddeti, hayatın normal akışında gerçekleşmesinin olağan dışı olması ve harici bir sebepten kaynaklanması, olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesi için gereklidir.⁵⁹⁹ Diğer bir ifadeyle, objektif teoride, gerekli önlemlerin alınıp alınmasına bağlı olmaksızın, gerçekleşen olayın şiddeti, büyüklüğü ve sonuçların öngörülemezliği göz önüne alınarak, bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verilir. Görüleceği üzere, objektif teori, olayın niteliğinden ve niceliğinden hareket ederken, sübjektif teori, olayla birlikte kişi (borçlu) üzerinden de hareket etmiştir.

Kanımızca da objektif teori, mücbir sebebin açıklanması noktasında daha isabetlidir. Zira sübjektif teori kabul edildiğinde, gerçekleşen olayın mücbir sebep olup olmadığının değerlendirilmesi hâkime bırakılmış olur. Ayrıca, anılan teorinin mücbir sebebin açıklanmasında borçlunun/sorumlunun alması gereken önlemler dışında hiçbir kriter getirmemiş olması da anılan kavramın muğlak kalmasına neden olmaktadır.

Durum böyle olmakla birlikte, herhangi bir durumun sürekli ve mutlak olarak mücbir sebep olduğunun söylenmesi de güçtür. Diğer bir ifadeyle, mücbir sebebin sürekli olarak bir mutlaklık taşıdığından bahsedilemez. Bazı durumlarda nispilek taşıdığı da görülmektedir.⁶⁰⁰

Örneğin; işyerine yıldırım çarpması, harici, engellenemez ve sonuçları öngörülemez bir olaydır. Bunun neticesinde bir zararın ortaya çıkması durumunda ise, objektif teorinin getirdiği unsurlar çerçevesinde, gerçekleşen olayın mücbir sebep olduğu kanaatine varılır. Ancak işyeri, yıldırımların sürekli gerçekleştiği bir fırtına bölgesinde yer alıyorsa, olayın kaçınılmaz ve doğacak sonucun kısmen öngörülemez olduğu kabul edilebilse de öngörülemez zararı azaltacak önlemler alınmalıdır kanaatindeyiz. Zira anılan bölgede yıldırımlar sürekli gerçekleşmekte, buna bağlı doğacak zararlar kısmen de olsa öngörülebilmektedir. Bu noktada, işveren, paratoner kullanmak gibi, yıldırımın etkilerini azaltacak veya tamamen ortadan kaldıracak önlemler almalıdır. Bu noktada gerekli önlemler

⁵⁹⁷ GÖZÜBÜYÜK, s. 30-31; EREN, P. 1730.

⁵⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK, s. 31.

⁵⁹⁹ EREN, P. 1730.

⁶⁰⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1003-1004; ÖZTÜRK, Tuba, İş Hukukunda Mücbir Sebep, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 44-45.

alınmış olmasına rağmen, yine de yıldırım sonucu işyerinde bir zarar ortaya çıkıyorsa, bu olay mücbir sebep kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle, benzer olayların mücbir sebep olup olmadığı, gerçekleştiği yere ve şartlara, o zamanın durumuna ve özelliklerine göre değişebilir.⁶⁰¹

Öğretideki bir görüşe göre, işletme sahibi tarafından alınacak önlemlerin belirlenmesinde, sadece alınacak önlemler ile gerçekleşecek olayın istenmeyen sonuçlarının önlenilecek olması hususuna bakılmamaktadır. Gerekli tedbirlerin alınması, işletme sahibinden makul olarak beklenebilmelidir. Ayrıca, alınacak tedbirler ile elde edilmek istenilen sonuç arasında da orantısızlık olmamalıdır.⁶⁰² Örneğin küçük bir ahşap atölyesi işleten işletme sahibinden, paratoner kullanması beklenemez.

2.1.6.2.2. Umulmayan Hal

Konumuz açısından incelenmesi gereken diğer bir kavram ise, “umulmayan hal”dir. Zira mücbir sebep ve umulmayan hal kavramları birbirlerine oldukça benzemektedir. Bu nedenle, ücretin ödenmemesinin nedeni umulmayan hal olduğu durumlarda işçinin anılan hakkı kullanıp kullanamayacağının incelenmesi ihtiyacı doğmuştur.

Umulmayan hal, temelde, mücbir sebepten çok farklı bir kavram değildir. Zira ikisi de tesadüfi gerçekleşen olayları ifade eder. Hatta öğretilde, iki kavramın eşanlamı olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, iki kavramın da hukuken hükümleri aynıdır ve bu nedenle pratik bakımdan iki kavram arasında fark aramaya da gerek yoktur.⁶⁰³ Öğretideki bir tanıma göre umulmayan hal; “*borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan olaydır.*”⁶⁰⁴

Her ne kadar iki kavramın tanımı birbirine benzese de ileride görüleceği üzere, çalışmaktan kaçınma hakkı kapsamında değerlendirildiğinde umulmayan hal ile mücbir sebep kavramlarının doğuracağı sonuçlar farklı olacaktır. Bu noktada ifade edilmesi gereken husus ise, umulmayan hal ile mücbir sebep arasındaki farklardır.

⁶⁰¹ Nitekim öğretide de deprem bölgesinde bulunmayan bir işletmenin maruz kaldığı deprem mücbir sebep olarak kabul edilebilecekken, deprem bölgesinde bulunan bir işletmenin maruz kaldığı depremin mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Aynı şekilde sık sık isyan ve ihtilallerin olduğu bir coğrafyada, isyanın veya ihtilalin mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1004. Terör saldırılarına ilişkin benzer durumlar için de aynı sonuca varan görüş için bkz. **ÖZTÜRK**, s. 95-96.

⁶⁰² **SELİÇİ**, s. 66-67.

⁶⁰³ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 24.

⁶⁰⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1345.

Öğretiye⁶⁰⁵ ve Yargıtay⁶⁰⁶ kararlarına göre, mücbir sebebe yol açan olay, umulmayan hale göre daha büyük bir yoğunluk ve kaçınılmazlık içerir. Yani mücbir sebepte kaçınılmazlık öyle yoğundur ki, kişi hangi tür önlemi alırsa alsın, olayın ortaya çıkaracağı zarar engellenemez. Diğer bir ifadeyle, mücbir sebepte mutlak ve objektif bir kaçınılmazlık hali vardır. Aynı zamanda, mücbir sebepte gerekli önlemlerin alınması sadece borçludan değil, hiç kimseden beklenemez. Diğer bir fark, mücbir sebep olarak nitelendirilen olay, sorumlu kişinin işletme ve faaliyeti dışında bir gerçekleşen bir olay iken, umulmayan halde olay, sorumlu kişinin işletme veya faaliyeti içinde de gerçekleşebilir.⁶⁰⁷

Anılan konuların bu şekilde incelenmesi noktasında, her ne kadar konudan uzaklaşıyor görünsek de gerçekleşen olayın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanımını haklı veya haksız olarak niteleyebilme boyutu dikkate alındığında, mücbir sebep ve umulmayan hal kavramlarının, anılan hakkın kullanımı konusunda oldukça önemli olduğu ortaya çıkmaktadır.

2.1.6.3. Mücbir Sebebin ve Umulmayan Halin İş Hukuku ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

2.1.6.3.1. İş Hukukunda Mücbir Neden, Zorunlu Neden ve Zorlayıcı Neden Kavramları

Öncelikle belirtmek istediğimiz husus, iş hukukunda “mücbir neden” kavramı, İşK’nun sadece 34’üncü maddesinde kullanılmıştır. İşK’nda mücbir neden dışında, “zorlayıcı nedenler” ve “zorunlu nedenler” kavramları da kullanılmıştır.⁶⁰⁸ Anlam olarak birbirine bu kadar yakın kavramların aynı kanunda düzenlenmesi ve tanımlarının yapılmaması, bu kavramların incelenmesi ihtiyacını doğmuştur.

Bireysel iş kanunlarında, “zorlayıcı neden” kavramının tanımı yapılmamakla birlikte, birçok maddede anılan kavram kullanılmıştır.⁶⁰⁹ Anılan kavramın tanımı ise sadece “*Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik*”⁶¹⁰ m. 3/1-h’de yapılmıştır. Anılan hükme göre zorlayıcı sebep; “*İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile*

⁶⁰⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1003; TUNCAY, A. Can, “Kurumun İşverene Rücuu – Olayda Kaçınılmazlık Durumu” Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 4, s. 187

⁶⁰⁶ YHGK, E. 2015/1100, K. 2018/1185, T. 13.06.2018; YHGK, E. 2012/1141, K. 2013/282, T. 27.02.2013; Y.4.HD., E. 1980/14082, K.1981/217, T. 16.01.1981; Y.17.HD., E. 2015/1604, K. 2015/11066, T. 22.10.2015. (www.legalbank.net)

⁶⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, s. 166; EREN, P. 1741; ANTALYA, Cilt II, s. 304-305.

⁶⁰⁸ Zorlayıcı neden kavramı, DİK m. 42’de de düzenlenmiştir ancak BİK’nda zorlayıcı neden ve zorunlu neden kavramları kullanılmamıştır.

⁶⁰⁹ İşK m. 7/2-e, 24/III, 25/III, 40, 42, 46/4-5, 55/1-d.

⁶¹⁰ RG, T. 30.04.2011, S. 27920.

sonuçlanan dışsal etkilere kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları ifade eder.”

Madde metninde zorlayıcı sebep için gösterilen deprem, heyelan ve salgın hastalık gibi örnekler, öğretide ve Yargıtay kararlarında mücbir sebep için de kabul edilen örneklerdir. Ancak anılan Yönetmeliğin dayanağının⁶¹¹ İşK olmadığı göz önüne alınca, madde metninde yer alan tanımın aynı şekilde İşK için geçerli olacağını kabul etmek doğru olmayacaktır. Yine de ifade etmek gerekir ki, Yönetmeliğin dayanağı olan 4447 sayılı Kanun’un, ek 2’nci maddesinde, İşK’nun 24’üncü ve 40’ıncı maddeleri de geçmektedir. Anılan maddelerde de “zorlayıcı nedenler” kavramının olduğu göz önünde alındığında, anılan yönetmelik ile İşK arasındaki bağın göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim öğretide, bu nedenle, yapılan bu tanımın, iş hukukuna etkisinin tamamlayıcı şekilde olacağı yönünde bir görüş belirtilmiştir.⁶¹²

Zorlayıcı nedenler kavramı dışında, İşK m. 42’de, “zorunlu nedenler” kavramı da kullanılmıştır. Anılan maddenin başlığı, “Zorunlu nedenlerle fazla çalışma” şeklindedir. Madde metninde belirtilen durumların gerçekleşmesi durumunda, fazla çalışmanın yaptırılacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, madde metninde verilen bu durumlar, “zorunlu nedenler” kavramının içeriğini oluşturur. Bu içeriğe göre, işçiye şu hallerde fazla çalışma yaptırılabilir; “*Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, [...].*”⁶¹³

Görüldüğü üzere, madde metninde belirtilen zorunlu nedenler kavramı, 4 ayrı unsur içerir. Bu unsurlardan bir tanesi zorlayıcı sebepler, diğerleri ise işletmenin veya işyerinin bünyesinden kaynaklanabilecek arızalar ve acele işlerdir. Diğer bir ifadeyle, zorunlu nedenler kavramı içerisinde, hem işletmesel nedenlerden kaynaklanabilecek arızalar ve acele işler (haricilik unsuru barındırmayan nedenler) girmektedir hem de işletme dışı meydana gelebilecek zorlayıcı nedenler (haricilik unsuru barındıran nedenler) girmektedir. Eğer kanun koyucu, zorlayıcı sebepler kavramını kullanırken, harici olmayan nedenleri de bu kavram içerisinde belirtmek istemiş olsaydı, diğer unsurları, yani haricilik niteliği taşımayan unsurları (*arıza sırasında, arızanın mümkün görülmesi halinde, acele işlerde*) madde metninde belirtme

⁶¹¹ Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun “Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği” başlıklı Ek 2’nci maddesine dayanılarak çıkarılmıştır.

⁶¹² KAYIRGAN, Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 5-6.

⁶¹³ Zorunlu nedenler hakkında detaylı bilgi için bkz. KAYIRGAN, s. 28-31.

yolunu tercih etmezdi. Bu nedenle, zorlayıcı sebepler kavramının, mücbir sebepte olduğu gibi, harici niteliği öne çıkmaktadır.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, zorunlu nedenler kavramının, “zorlayıcı nedenleri” ve madde metninde belirtilen diğer üç durumu (arızalar ve acele işler) içerdiğini ifade etmemiz gerekir. Diğer bir ifadeyle, zorunlu nedenler kavramı, zorlayıcı nedenler kavramını içinde barındıran daha geniş ve kapsamlı bir kavramdır.⁶¹⁴ Şüphesiz zorunlu neden kavramı içerisinde, haricilik unsuru olmayan durumlar da bulunduğu için, zorunlu neden kavramı mücbir neden kavramı ile de örtüşmemektedir. Zira haricilik niteliği, mücbir nedenin ana niteliklerinden biridir.

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik m. 3/1-h’de verilen zorlayıcı sebep kavramının tanımı ve İşK m. 42’de belirtilen zorlayıcı neden kavramının zorunlu neden kavramı içerisindeki yeri birlikte değerlendirildiğinde, zorlayıcı neden kavramı ile mücbir neden kavramının eş anlamlı olduğunu, aynı durumları karşıladığı ortaya çıkar. Zira iki kavramın da nitelikleri aynı olup, aynı olayları nitelendirmek için kullanılmaktadır. Öte yandan, 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/III ve 16/III hükmünde (şimdiki m. 24/III ve 25/III), zorlayıcı neden ifadesi yerine, “esbabı mücbire” ifadesi kullanılmıştır.⁶¹⁵ Nitekim öğretide isabetle belirtildiği üzere zorlayıcı neden ifadesi, daha önce mücbir neden kavramının karşılığı olan olguların daha yeni kelimelerle ifade edilmesidir.⁶¹⁶ İfade etmeliyiz ki, öğretide, mücbir neden ile zorlayıcı nedenin aynı olmadığını belirten görüş de bulunmaktadır.⁶¹⁷ Ancak yukarıda açıkladıklarımız ışığında, iki kavramın eşdeğer olduğunun kabulü gerekir.

İş hukuku öğretisinde de zorlayıcı neden ile mücbir neden kavramları eşdeğer şekilde kullanılmaktadır. Hatta öğreti tarafından verilen zorlayıcı neden örneklerine bakıldığı zaman, mücbir neden ile aynı olduğu görülmektedir. Nitekim öğretideki genel kabul gören görüş, işçiye sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkı veren İşK m. 24/III’te belirtilen zorlayıcı sebepler içerisine, sadece işletme dışından kaynaklanan olayları dahil etmektedir. Bu nedenle, anılan madde kapsamında iş sözleşmesinin askı haline geçebilmesi için, işçinin işe gitmesini engelleyen, işyeri veya işletmenin çevresinde gerçekleşen harici bir olay, mücbir bir sebep (zorlayıcı neden) gerekir. Diğer bir ifadeyle, gerçekleşen olayda haricilik unsuru aranmaktadır. Bu nedenle, makinelerde meydana gelen arızalar, ihmali nedenlerle işyerinde

⁶¹⁴ **EKONOMİ, Münir**, “Telafi Çalışması”, Legal İHSGHD, S. 4, 2004, s. 1251.

⁶¹⁵ 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/III, “İşçinin çalıştığı işyerinde işin bir haftadan fazla müddetle tatil edilmesini mucib esbabı mücbire hadis olursa (bu bir haftalık bekleme devresinde işçi yarım ücret alır)” Detaylı bilgi için bkz. **AKDENİZ**, s. 107.

⁶¹⁶ **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1569; **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 21. Aynı görüşte bulunan diğer yazarlar için bkz. **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 618; **ALPAGUT**, Ücret, s. 57; **BOZKURT**, s. 64; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 127.

⁶¹⁷ **TUNCAY**, Kaçınma Hakkı, s. 651.

yangın çıkması gibi işletmenin içerisinde doğan nedenler, zorlayıcı neden (mücbir neden) olarak kabul edilmemektedir.⁶¹⁸

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, işyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenleri, zorlayıcı neden olarak kabul etmemiştir. Örneğin, işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmazken, sel, kar, deprem gibi doğa olayları nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık nedeniyle karantina uygulanması zorlayıcı nedene örnek gösterilmiştir.⁶¹⁹ Verilen başka bir kararda Yargıtay, Libya’da da gerçekleşen ve “Arap Baharı” olarak adlandırılan olayların, işveren açısından mücbir sebep olacağını kabul etmiştir.⁶²⁰ Başka bir kararda, işyeri hekimi olarak çalışan işçinin, yapılan kanun değişikliği nedeniyle artık çalışmasının mümkün olmaması durumunda, iş akdinin mücbir sebep dolayısıyla işçi tarafından feshedildiğini kabul etmiştir.⁶²¹ Şüphesiz son verilen kararda, aynı fesih işlemini işveren yapmış olsaydı, bu durum onun için de mücbir sebep olarak kabul edilecekti. Zira kanunla getirilen değişiklik sebebiyle işçinin işyerinde çalıştırılmasının yasaklanması, mücbir sebebin taşınması gereken bütün özellikleri taşımaktadır.

Kısaca tekrarlayacak olursak, zorlayıcı nedenler kavramı, mücbir sebep/neden kavramının güncel hali olarak kullanılmaktadır.⁶²² Bu noktada, kanun koyucunun, İşK m. 24/III ve 25/III’te zorlayıcı neden kavramını kullandıktan hemen sonra, madde 34’te, aynı olayları karşılamak üzere farklı bir kavrama yer vermesinin, kanun yapma tekniği açısından isabetli olmadığını belirtmemiz gerekir. Kanımızca kanun koyucu, zorlayıcı neden kavramı yerine, mücbir neden kavramını kullanarak, yeknesaklığı sağlamalıydı. Şüphesiz mücbir neden kavramı yerine zorlayıcı neden kavramı da tercih edilerek aynı sonuca ulaşılabilirdi.

2.1.6.3.2. Mücbir Neden ve Umulmayan Hal Kavramlarının Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

2.1.6.3.2.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Mücbir Neden Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İşK m. 34, ücretin mücbir neden ile ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığını düzenlemiştir. Mücbir nedeni, konumuz olan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı açısından değerlendirecek olursak, mücbir sebep olarak

⁶¹⁸ SÜZEK, s. 689; AKDENİZ, s. 107-108.

⁶¹⁹ Y.9.HD., E. 2016/7181, K. 2016/11452, T. 09.05.2016; Y.9.HD., E. 2007/16205, K. 2008/10253, T. 25.4.2008; Y.9.HD., E. 2016/7177, K. 2016/11448, T. 09.05.2016; Y.9.HD., E. 2016/9116, K. 2019/16141, K. 18.09.2019; Y.9.HD., E. 2016/7176, K. 2016/11447, T. 09.05.2016; Y.7.HD., E. 2013/15701, K. 2014/313, T. 15.01.2014 (www.legalbank.net)

⁶²⁰ Y.9.HD., E. 2016/8711, K. 2019/19750, T. 12.11.2019 (www.legalbank.net)

⁶²¹ Y.9.HD., E. 2012/38921, K. 2014/32325, T. 03.11.2014 (www.legalbank.net)

⁶²² AKYİĞİT, Cilt II, s. 1569; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 21.

nitelendirilen olay ile iş sözleşmesiyle üstlenilen ücret ödeme borcunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının mevcudiyeti şarttır.⁶²³ Diğer bir ifadeyle, öyle bir olay gerçekleşmelidir ki, harici ve kaçınılmaz olmalı, ortaya çıkaracağı zarar öngörülemez olmalı ve bu olay, ücretin ödenmemesi sonucunu doğurmaya elverişli olmalıdır.

Örneğin, meydana gelen çığ düşmesinden zarar gören bir kayak merkezi işletmesinde çalışan işçinin ücretlerinin ödenmemesi durumunda, çığ düşmesi, mücbir sebep olarak gösterilebilir. Şüphesiz gerçekleşen zarar ücretlerin ödenmesini engelleyecek nitelikte de olmalıdır. Ancak aynı şehirde olan fakat çığ düşmesinden etkilenmeyen bir işletmenin işvereni, işçilerin ücretlerini ödemediği durumda, çığ düşmesini mücbir sebep olarak gösteremez. Zira olay ile ücret ödememe arasında uygun illiyet bağı yoktur. Diğer bir ifadeyle, gerçekleşen zorlayıcı nedenin veya mücbir sebebin, borca aykırılığın nedeni olması gerekir. Verilen örnek üzerinden hareket edersek meydana gelen çığ, borca aykırılığın yani işverenin ücret ödeme borcunun nedeni olmalıdır. Eğer aralarında uygun illiyet bağı mevcutsa, işçi çalışmaktan kaçınamayacaktır.

Haricilik unsuru bakımından değerlendirecek olursak, işçilerin toplu bir şekilde sözleşmelerini feshetmesi durumunda, çalışmaya devam eden işçilerin ücretlerinin, işyerindeki işleyişin aksamaması nedeniyle ödenememesi, mücbir sebep olarak nitelendiremez. Zira işçilerin sözleşmelerini topluca feshetmesi, harici bir olay değil, işletmenin/işyerinin kendi bünyesinde gerçekleşen bir olaydır. Grev de toplu pazarlık sürecinde işvereni baskı altına almaya yarayan bir Anayasal hak olduğu ve haricilik unsuru taşımadığı için, işyerinin/işletmenin bünyesinden kaynaklandığı da göz önüne alınırsa, grevi de mücbir sebep olarak değerlendirmemek gerekir.⁶²⁴ Ancak öğretide genel grevin mücbir sebep olabileceğine yönelik görüş de bildirilmiştir.⁶²⁵

Tartışılması gereken başka bir durum ise, yaşanan ekonomik güçlükler veya ekonomik kriz nedeniyle ücretin ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınıp kaçınamayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, ekonomik riskin, kimin üstünde bırakılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira yaşanan küçük çaplı ekonomik güçlükler veya daha büyük, sektörel veya ülkesel ekonomik krizler, mücbir neden kabul edilirse, işletme rizikosunu işçinin üstünde bırakılmış olur. Aksi durumda ise, anılan risk işveren tarafından üstlenilmiş olur.⁶²⁶

⁶²³ GÖKTAŞ, s. 81;

⁶²⁴ ÇOPUROĞLU, s. 216.

⁶²⁵ TUNCAY, Kaçınma Hakkı, s. 652; DULAY YANGIN, s. 216

⁶²⁶ İşletme rizikosuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. SOYER, Polat, “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, Cilt: II, Sayı: 2, 1981, s. 102-117.

Öğretideki bir görüşe göre, işverenin bankadaki hesaplarına bloke konulması veya beklenen bir para havalesinin gerçekleşmemesi, işverenin kusuru bulunmaması sebebiyle mücbir sebep olarak kabul edilebilir.⁶²⁷ Verilen örneklerde her ne kadar işverenin kusurundan bahsedemezsek de anılan olayların mücbir sebebin taşınması gereken nitelikleri taşınamaması nedeniyle, mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim öğretideki bir görüşe göre, banka hesaplarının bloke edilmesi, mücbir sebep olarak kabul edilmemelidir.⁶²⁸ Ayrıca işverenin beklediği bir havalenin gerçekleşmemesi veya banka hesaplarına bloke konulması, işverenin öngörmesi gereken risklerdir/durumlardır. Aksi durumun kabulü halinde, işletme riski işçinin üzerinde bırakılmış olur.

Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararda, ekonomik kriz nedeniyle işin durdurulmasında, ekonomik kriz, mücbir sebep olarak kabul edilmiştir.⁶²⁹ Öğretide ise, krizin niteliğine göre, görüş farklılıkları bulunmaktadır. Öğretideki bir görüş, ekonomik krizin, mücbir sebebin haricilik ve kaçınılmazlık unsurlarını taşısa bile, öngörülemezlik unsurunu taşıyamayacağı için, mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁶³⁰ Yine benzer bir görüşü savunan **Engin** de ekonomik krizin, işverenin risk alanında olduğunu belirtmiştir.⁶³¹ Zira ekonomik kriz, işverenin işletmeyi kurarken öngörmesi gereken bir işletme rizikosudur. Aksi takdirde, işverenin taşınması gereken işletme rizikosu işçilere yüklenmiş olur. Bunun ise, iş hukukunun ve İşK'nun sağlamak istediği amaçla uyumlu olmadığını kabul etmek gerekir.⁶³²

Başka bir görüş ise ekonomik krizin, mücbir sebep olarak kabul edilmesinin, krizin olağanüstü boyutta olmasına bağlamıştır.⁶³³ Son olarak, en son belirttiğimiz görüşün üstüne, ekonomik krizin beklenmedik olması şartıyla mücbir sebep olarak değerlendirilebileceğini ve bunun da çok istisnai olduğunu ifade eden görüş de bulunmaktadır.⁶³⁴

Görüleceği üzere, öğretide, ekonomik krizin niteliğine ve büyüklüğüne göre öğretide çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Ancak bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, ekonomik

⁶²⁷ **ŞAHLANAN**, Ücretin Ödenmemesi, s. 3 **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1278.

⁶²⁸ **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 618.

⁶²⁹ **Y.9.HD.**, E. 2000/11076, K. 2000/16101, T. 13.11.2000; **Y.9.HD.**, E. 1995/ 24809, K. 1996/ 685, T. 24.1.1996. (www.kazanci.com.tr) **AKYİĞİT**, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21;

⁶³⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 834-835.

⁶³¹ Belirtmeliyiz ki **Engin**'in bu ifadesi, kaçınma hakkının şartlarından olan “mücbir sebep” için ifade edilmemiştir. Zira ifadenin geçtiği eser, Kanun'un tasarı metnine göre kaleme alınmıştır. Tasarı metinde ise “mücbir bir neden” şart olarak düzenlenmemiştir. Bkz. **ENGİN**, s. 78.

⁶³² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 834-835. Öğretideki bu görüşe paralel diğer görüşler için bkz. **TUNCAY**, Kaçınma Hakkı, s. 653-654; **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 664; **SÜZEK**, s. 372; **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 618; **SUR**, Kaçınma Hakkı, s. 400; **DULAY YANGIN**, s. 216-217; **KARACAN**, s. 4; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 129.

⁶³³ **EYRENCİ**, Değerlendirme, s. 39; **GÖKTAŞ**, s. 95; **ÇOPUROĞLU**, s. 217.

⁶³⁴ **UÇUM**, s. 62.

güçlük veya ekonomik kriz (sektörel, ülkesel veya küresel) mücbir neden olarak kabul edilmemelidir. Zira işletmenin işletilmesinden sağlanan faydaya sahip olan kişinin, işletme rizikosu içinde yer alan ekonomik kriz nedeniyle ortaya çıkabilecek zarara da katlanması gerekir. Bu noktada, ekonomik krizin büyüklüğünün bir önemi olmadığı kanısındayız. Ancak ifade etmek gerekir ki, ekonomik krize sebep olan başkaca sebepler var ise, bu durumun ayrıca tartışılması gerekir. Örneğin, işletmenin bulunduğu ülke ile başka bir ülkenin savaşa girmesi sonucu, savaştan doğrudan etkilenmese de savaşın yol açtığı ekonomik kriz mücbir neden olarak kabul edilebilir. Zira burada öngörülemez bir sonuç olan ekonomik kriz, kaçınılmaz ve harici olan savaşın ortaya çıkardığı bir sonuçtur. Başka bir örnek verecek olursak, depremden doğrudan etkilenmeyen ancak bu depremin bir sonucu olan ekonomik krizden etkilenen işletme için, ekonomik kriz, kanımızca, mücbir sebeptir.

Bu noktada, ekonomik krize sebep olan olayın, ekonomik krizin mücbir sebep niteliğini taşıyıp taşıyamamasındaki önemi büyüktür. Örneğin hammadde sıkıntısı nedeniyle ortaya çıkan bir ekonomik kriz, işletmeyi işleten kişi tarafından öngörülmesi gereken bir risktir. Bu nedenle, mücbir sebep kabul edilemez. Ancak küresel çapta ekonomiyi doğrudan etkileme kabiliyetine sahip ülkelerin arasında ortaya çıkan bir savaş nedeniyle, savaşa katılmasa bile savaşın doğurduğu ekonomik krizden ister istemez etkilenen bir ülkede yer alan işletme için, gerçekleşen ekonomik kriz, mücbir neden olarak kabul edilebilir.

Kısaca tekrarlayacak olursak, işverenin ekonomik güçlük veya ekonomik kriz nedeniyle ücretleri ödeyememesi, kural olarak, mücbir neden olarak kabul edilmemelidir. Zira yaşanan bu güçlükler veya ekonomik krizler, işyerinin veya işletmenin işletilmesinden doğan riski de bünyesinde barındırır. Bu nedenle işveren, basiretli davranarak, bu riskleri, bu risklerin sonuçlarını öngörmeli ve bunlara karşı önlemlerini almalıdır.⁶³⁵ Ancak ifade ettiğimiz üzere, ekonomik krize neden olan olay, işletme rizikosu içinde yer almıyorsa ve mücbir nedenin gerektirdiği diğer şartları da sağlıyorsa, anılan olay mücbir neden olarak kabul edilebilir.

2.1.6.3.2.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Umulmayan Hal Çerçevesinde Değerlendirilmesi

⁶³⁵ EYRENCİ, Değerlendirme, s. 39; SÜZEK, s. 372; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 664; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 691; SUR, Kaçınma Hakkı, s. 400; DULAY YANGIN, s. 216-217; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 129.

Umulmayan hal sebebi ile ücretin ödenmemesi durumunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olup olmadığının değerlendirilmesinde, ortaya çeşitli görüşlerin çıkabileceği kanaatindeyiz.

Ortaya çıkabilecek ilk görüş, ücretin umulmayan halde ödenmemesinin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanımını engelleyeceği yönünde olabilir. Bu görüş, anılan hakkın kullanımını daraltmakta ve madde metninde yer alan “mücbir neden” kavramını daha geniş yorumlamaktadır. Ancak, kanun koyucunun, İşK m. 34’te özellikle mücbir sebep kavramını kullanması karşısında, umulmayan hal sebebiyle ücretin ödenmemesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini savunmak gerekir. Öte yandan, hali hazırda kullanımı oldukça güç olan ve katı şartlara tabi tutulan bu hakkın, daha fazla sınırlandırılması, kanun koyucunun sağlamak istediği amaca da aykırıdır.

İfade etmeliyiz ki, madde metni açıkça “mücbir bir neden” ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle maddenin yoruma da ihtiyacı yoktur. Maddenin yoruma ihtiyaç duyduğu kabul edilse bile, yapılması gereken yorum işçi lehine yorum olacağından, bu durumda da umulmayan hal kavramının mücbir neden kavramı içerisinde dahil edilmemesi gerekecektir. Aksi takdirde, ücretin umulmayan hal sebebiyle ödenmemesinde de işçi çalışmaktan kaçınamayacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, kanaatimizce, İşK m. 34 açıkça ücretin mücbir bir neden nedeniyle ödenmemesi durumunda işçinin çalışmaktan kaçınabileceğini belirttiğinden, işçinin çalışmaktan kaçınmasını önüne geçebilecek tek durum, ücretin mücbir bir neden ile ödenmemesi halleridir. Diğer bir ifadeyle, işçinin ücretinin ödenmemesi, mücbir bir nedene dayanıyorsa, işçi çalışmaktan kaçınmaz, ancak ücretin ödenmemesinin sebebi umulmayan hal ise, işçi çalışmaktan kaçınabilir.

2.1.6.4. Ödememenin Mücbir Sebep Dışında Bir Sebebe Dayanması Şartının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi

2.1.6.4.1. İş Kanunu’na Tabi İşçiler Açısından

İşK m. 34’te mücbir sebebin bir şart olarak düzenlendiğine bir şüphe yoktur. Diğer bir ifadeyle, ödememenin nedeni mücbir sebebe dayanırsa, işçi kaçınmaz. Durum böyle olmakla birlikte, bu başlık altında incelemek istediğimiz husus, anılan şartın gerekliliğinin değerlendirilmesidir. Bu doğrultuda, borçlar hukukunun temel bazı kurallarından hareket ederek sonuca gidilmeye çalışılacaktır.

Bilindiği üzere ifa zamanı gelmesine rağmen, muaccel olan bir borcun ifasının borçlu tarafından ifa edilmemesi/edilememesi, borçlunun temerrüdü olarak ifade edilir.⁶³⁶ Borçlunun temerrüde düşmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir, ancak borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması bu şartlardan değildir.⁶³⁷ Diğer bir ifadeyle, borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi, kusura bağlı değildir.⁶³⁸

Ücret ödeme borcu, diğer bir ifadeyle para borcu,⁶³⁹ cins/çeşit borçtur.⁶⁴⁰ Çeşit borçlarında da çeşidin/türün, konumuz açısından ise paranın, yok olması mümkün olmadığı için, imkânsızlık hiçbir zaman söz konusu olmayacaktır.⁶⁴¹ Diğer bir ifadeyle, işveren, mücbir sebebin gerçekleşmesi nedeniyle, ücret ödeme borcunun imkânsızlaştığını hiçbir zaman iddia edemeyecektir. Bu nedenle, borçlunun yani işverenin, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, ücret ödeme borcu sona ermeyecek, anılan borç ifa edilmediği ve diğer şartlar sağlandığı takdirde, borçlu yani işveren temerrüde düşecektir.⁶⁴²

Borçlu temerrüdünde bazı sonuçların doğması için borçlunun kusurlu olup olmaması bir farklılık yaratmazken, bazı sonuçların doğabilmesi için kusurlu olmaması aranır. Örneğin temerrüt faizinin ödenmesi bakımından borçlunun kusursuz olması bir farklılık yaratmaz, ancak borçlunun borcun ödenmemesinden doğan aşkın zarardan sorumlu olmaması için, borçlu kusursuzluğunu ispat etmelidir.

Yukarıda bahsedilen bu durumlar, işverenin ücret ödeme borcu için de geçerlidir. Bu nedenle ücret zamanında ödenmezse işveren, temerrüde düşer ve kusura bakılmaksızın temerrüt faizinden sorumlu olur. İşverenin, ücretin ödenmemesinden doğan aşkın zarardan sorumlu olması ise, ancak kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda geçerlidir. Ancak ücret borcunun zamanında yerine getirilememesi beklenmeyen hale veya mücbir sebebe dayanıyorsa, işveren kusursuzluğunu ispatlamış olur.⁶⁴³

Şüphesiz para borcunun ödenmemesine bağlanan yaptırımlar sadece yukarıda anlatılan değildir. Farklı tür sözleşmeler için, para borcunun zamanında ifa edilmemesi durumunda,

⁶³⁶ TANDOĞAN, s. 468-469; EREN, P. 3398.

⁶³⁷ Borçlunun temerrüdüne ilişkin şartlar için bkz. TANDOĞAN, s. 470-480; EREN, P. 3404-3432.

⁶³⁸ TANDOĞAN, s. 480; EREN, P. 3432.

⁶³⁹ İşveren tarafından yapılan, aynı yardımları her ne kadar para borcu olmasa da parasal değerinin olması ve işverenin anılan aynı yardım yerine nakdi yardım yapması durumunun de geçerli kabul edilmesi nedeniyle, bu borcun konusunun da çeşit borç olduğunu kabul etmek gerekir.

⁶⁴⁰ Örneğin, ünlü bir kişi tarafından imzalanmış veya farklı bir unsuru bünyesinde barındıran bir para, parça borcu olarak kabul edilir. Zira paranın taşıdığı değer, anılan özellikler nedeniyle, alacaklı için daha fazla olacaktır. Çeşit borç ve parça borcu için bkz. EREN, P. 316-319, 3028.

⁶⁴¹ EREN, P. 4128; ENGİN, s. 78. Sınırlı çeşit borçlarında, sınırlı olarak belirlenen çeşit/tür yok olduğu takdirde edimin ifası imkânsız hale gelebilir. Bkz. EREN, 4128.

⁶⁴² BARLAS, s. 117.

⁶⁴³ BARLAS, s. 194.

borçlunun temerrüdüne farklı sonuçlar da bağlanmıştır.⁶⁴⁴ Aslında çalışmamızın konusu olan çalışmaktan kaçınma hakkı da işverenin borçlu temerrüdüne bağlanan özel bir sonuçtur. Anılan hakkı doğrudan düzenleyen İşK m. 34'te, bu hakkın doğabilmesi, ücret ödememenin mücbir sebep dışında bir sebebe dayanmasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınma hakkı sadece mücbir sebebin varlığı halinde engellenmiştir.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda, İşK m. 34'te düzenlenen, mücbir sebep şartının gerekliliğinin incelenmesi gerekir. Gerekli değerlendirmeyi yapabilmek için, bir an için İşK m. 34'ün var olmadığı noktasından hareket etmekteyiz. Böylelikle, anılan düzenleme olmasaydı nasıl bir sonucun ortaya çıkacağı da incelenmiş olur.

Konuya ilişkin iki farklı görüşün ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Bunlardan ilkinde göre, çalışmaktan kaçınma hakkı, borçlu temerrüdünün sonuçlarından olan temerrüt faizi ödenmesinde olduğu gibi, kusursuz sorumluluk halidir⁶⁴⁵ ve buna bağlı olarak, ücreti ödememenin sebebi mücbir sebep olsa dahi, işçi çalışmaktan kaçınabilir. Zira hakkın kısıtlanmasını gerektirecek bir yasal düzenleme olmadığı için, temerrüt faizinde olduğu gibi, ödememenin sebebine bağlı olmaksızın, işçi çalışmaktan kaçınabilmelidir. Nitekim İşK m. 34'ün taslak metindeki düzenlemesi de bu şekilde düzenlenmişti. Diğer bir ifadeyle, anılan hak ücreti ödememenin sebebinden bağımsız olarak kullanılabilir.

Ortaya çıkabilecek diğer bir görüş ise, aşkın zararı ödeme yükümlülüğünde olduğu gibi,⁶⁴⁶ beklenemeyen hal ve mücbir sebep nedeniyle ücretin ödenmemesinde, işçinin çalışmaktan kaçınmayacağı şeklinde olacaktır. Zira beklenemeyen hal ve mücbir sebep nedeniyle ücretin ödenmemesinde işverenin kusuru olmayacağı için, işçinin çalışmaktan kaçınması da mümkün değildir.

Bu noktada hangi görüşün tercih edileceği tamamıyla kanun koyucunun sosyal politika tercihi kalmıştır. Mevcut düzenlemede ise, kanun koyucu iki görüş arasında orta bir yol tercih ederek, mücbir sebep hallerinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasını engellemiş, diğer hallerde ise buna imkan tanımıştır.

Bu noktada ödemezlik def'i şartlarından hareket ederek belirli bir sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı da incelenmelidir. Daha önce incelendiği üzere, taraflardan birinin ödemezlik

⁶⁴⁴ Detaylı bilgi için bkz. **BARLAS**, s. 120-123.

⁶⁴⁵ Borçlu temerrüdünün sonuçları, sözleşmenin türüne, karşılıklı olup olmamasına ve para borcu olup olmamasına göre değişmektedir. Çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına bunlara değinmiyoruz. Para borçlarında ise, borçlu temerrüdünün, genel olarak, “temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü” ve “temerrüt faizini aşan zararın giderilmesi yükümlülüğü” sonuçları vardır. Temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün doğması için, borçlunun kusurlu olması şartı aranmazken, temerrüt faizini aşan zararın (aşkın zarar) giderilmesi yükümlülüğünün doğması için, alacaklının zarara uğramış olması veya borçlunun kusursuzluk kanıtı getirmemiş olması aranmaktadır. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 485, 489; **EREN**, P. 3438, 3467; **BARLAS**, s. 117-118.

⁶⁴⁶ **BARLAS**, s. 194.

def'i sürmesi karşı tarafın kusurlu olmasına bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle, ödemezlik def'i savunmasıyla karşı karşıya kalan taraf kusursuz olsa dahi, ödemezlik def'i ileri sürülebilir. Bu nedenle özel hukuk sözleşmelerinde uygulanmayan "mücbir sebep" şartının, özellikle iş hukukunda, işveren karşısında güçsüz konumda olan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında bir şart olarak aranmasının, hangi amaca hizmet ettiğini anlamak güçtür. Zira böyle bir durumda işçi, ya ücretini almadan çalışmaya devam edecek ya da sözleşmesini haklı nedenle feshedip, yeni bir iş aramak zorunda kalacaktır. Ayrıca ücretleri mücbir sebep nedeniyle ödeyemeyen işveren, işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi sonucu doğacak kıdem tazminatını da ödeyemeyecektir. Böyle bir durumda ise işçi, yasal yollara başvurmak durumunda kalır. Yasal yollarla başvuran işçinin ödenmeyen ücretini ve tazminatlarını ne zaman alabileceği ise, yargı üzerindeki yüke göre değişir.

Konuya ilişkin, mücbir sebep şartı ile bekleme süresi şartının birlikte incelenmesi de sonuca ulaşma hususunda oldukça önemlidir. Daha önce ifade edildiği üzere, bekleme süresi işçiye çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce belirli bir süre bekleme zorunluluğu getirmiştir. Bu sürenin getiriliş amacı ise, kanun koyucunun ifadesi ile "iyiniyetli" işverenleri en ufak gecikmelerde dahi çalışmaktan kaçınma hakkı ile karşı karşıya kalmasını engellemektedir. Diğer bir ifadeyle, bekleme süresi hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılabilmesi için işverene tanınması gereken belirli bir süredir.

Aslında İşK m. 34'te bekleme süresi doğrudan düzenlenmemiş olsaydı bile, dürüstlük kuralı çerçevesinde aynı sonuca ulaşılabirdi. Nitekim Alman hukukunda da her ne kadar bekleme süresine ilişkin bir düzenleme olmasa da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce belirli bir süre beklemesi gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁴⁷ Zira bu sürenin dayanağı hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılmasıdır. Diğer bir ifadeyle, ödemezlik def'i kurallarında "bekleme süresine" ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen, dürüstlük kuralı gereği, çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılmadan önce, işçinin belirli bir süre beklemesi gerektiği kabul edilmektedir.

Bu noktada mücbir sebep şartının getiriliş amacının ne olduğu sorusu doğmaktadır. Aslında mücbir sebep şartı da yine aynı amaç için getirilmiştir. Yani olağandışı bir olayın gerçekleşmesine bağlı olarak ücretin ödenmemesi veya ödenememesi halinde işverenin, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ile karşılaşmaması ve işyerindeki işleyişin aksamasının önüne geçilmesidir. Bu bakımdan değerlendirildiğinde ise, ücreti ödemeyen veya ödeyemeyen

⁶⁴⁷ HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 18; HAASE, DB, s. 709; SÖLLNER, ZfA, s. 11; DEHMEL, s. 199-203.

işverenin, işçiye karşı iki farklı şartla (hem bekleme süresi hem de mücbir sebep şartı ile) korunması sonucu doğmaktadır.

Alman ve İsviçre hukukunda ne öğretide ne de yargı kararlarında mücbir sebep şartına veya bu şarta benzer bir duruma ilişkin bir unsur gösterilmektedir. Gerçekten de aynı amaca hizmet eden iki şartın çalışmaktan kaçınma hakkı için getirilmiş olması, kanımızca uygun değildir.

Bekleme süresi dürüstlük kuralı sonucunda ulaşılabilen bir sonuç olmakla birlikte, aynı şeyi mücbir sebep şartı için söylemek mümkün değildir. Zira ücreti ödeyememe sebebinin mücbir sebep olduğu bir durumda, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce belirli bir süre bekleyen işçiye, mücbir sebebin varlığına bağlı olarak daha fazla çalışmaya mahkum etmek, İşK m. 34'ün gerekçesinde de belirtilen “angarya yasağına” aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca mücbir sebep nedeniyle 50 günden fazladır ücretini alamayan işçinin iş görmeye devam etmesini beklemek de dürüstlük kuralına aykırıdır. Böyle bir durumda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağı kabulü, işverenin üstlenmesi gereken riskin, işçinin üzerinde bırakılması, işçinin ve ailesinin ekonomik çöküntü içine düşmesi demektir.

Şüphesiz ücretin mücbir sebep nedeniyle ödenememesinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği görüşü, mücbir sebep nedeniyle zor duruma düşen işverenin, işçinin kaçınmasıyla birlikte daha da zor duruma düşeceği sebebiyle eleştirilebilir. Ancak bu görüş, işverenin üstlenmesi gereken riskin, mücbir sebep hallerinde tamamıyla işçinin üstlenmesi anlamına gelir. Ayrıca diğer özel hukuk sözleşmelerinde ödemezlik def'i ileri sürülebilmesi için böyle bir şart aranmazken, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında aranmasının haklı bir gerekçesi de yoktur.

Sonuç olarak, yukarıda açıklanan nedenlerle, İşK'ndaki “mücbir sebep” şartının, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını orantısız bir şekilde güçleştirdiği ve bu nedenle söz konusu şartın İşK m. 34'ten çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz.

2.1.6.42. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından

Daha önce de ifade edildiği üzere, çalışmaktan kaçınma hakkı doğrudan, sadece İşK m. 34'te düzenlendiğinden, anılan hakkın kullanımına ilişkin şartlar, kural olarak sadece, İşK'na tabi işçiler için geçerlidir. Bu bağlamda, “ücretin mücbir bir neden dışında ödenmemesi” şartının da sadece İşK'na tabi işçiler için geçerli olduğunu söylemek mümkün

olacak mıdır? Diğer bir ifadeyle, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için, ücretin mücbir bir neden dışında ödenmemesi şartı aranacak mıdır?

Konuya ilişkin, anılan hakkın, İşK m. 34'te olduğu gibi, mücbir sebep nedeniyle ücretin ödenmemesi halinde, işçinin çalışmaktan kaçınamayacağı şeklinde bir görüş ortaya çıkabilir. Zira anılan hakkın kullanılmasına ilişkin TBK m. 97'de düzenleme olmadığı için, İşK m. 34 bir kıstas olarak ele alınır ve böylelikle işçi, ücretin mücbir sebep nedeniyle ödenmemesi durumunda çalışmaktan kaçınır.

Ancak yukarıda detaylıca anlattığımız üzere, İşK m. 34'te açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, mücbir sebep şartı, hakkı orantısız şekilde güçleştirmektedir. Ayrıca ödemezlik def'inin ileri sürülmesi için böyle bir şartın olmaması, TBK m. 97 çerçevesinde kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkında da bu şartın aranmaması gerektiğini gösterir. Diğer bir ifadeyle TBK, DİK ve BİK'na tabi çalışanlar için çalışmaktan kaçınma hakkına yönelik doğrudan bir düzenleme olmadığı için, anılan hakkın böyle bir şartla kısıtlanması mümkün olmamalıdır.

2.1.6.5. Mücbir Sebebin Sözleşmeyle Belirlenmesi ve İşverenin Mücbir Sebepten Sorumlu Olup Olmayacağına Sözleşme ile Tespiti

Bu başlık altında incelemek istediğimiz esas konu, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını daraltacak veya genişletecek, mücbir sebebe veya umulmayan hale ilişkin bir kaydın, iş sözleşmesiyle düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Örneğin, ücretin umulmayan hallerde ödenmemesi durumunda işçinin çalışmaktan kaçınamayacağına ilişkin bir hüküm veya ücretin ödenmemesinin mücbir sebebe dayanması durumunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğine yönelik bir hüküm, sözleşmede düzenlenebilir mi? Bunun dışında, hangi hallerin mücbir sebep sayılacağına yönelik bir mücbir sebepler listesi, iş sözleşmesine eklenebilir mi?

Mücbir sebep kayıtları çalışmamızın sınırlarını aştığı için, detaylıca incelenmemiştir. Kısaca ifade etmemiz gerekir ki özel hukuk sözleşmelerine, sözleşme özgürlüğünün sınırları içerisinde kalmak üzere, mücbir sebep kayıtları konulabilir.⁶⁴⁸ Ancak iş hukukunun kendine özgü yapısı ve İşK m. 34'ün niteliği de dikkate alınarak konunun ayrıca incelenmesi gerekir.

⁶⁴⁸ Öte yandan sözleşmeye konulacak mücbir sebep kayıtlarının genel işlem koşulları (TBK m. 20-25) çerçevesinde de geçerliliğinin incelenmesi gerekecektir. Mücbir sebep kayıtlarına ve bunların geçerliliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ÖZÇELİK, Şemsi Barış**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilememesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009, s. 105-139.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, taraflar, bekleme süresi olan 20 günlük süreyi, işçi lehine değiştirebilirler. Ancak bu süre işçinin aleyhine olacak şekilde değiştirilemez. Zira anılan hüküm, nispi emredicidir. Mücbir sebep konusunda da yine aynı şekilde işçinin, umulmayan hal sebebiyle ödenmeyen ücrete bağlı olarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağına yönelik bir hükmün sözleşmeyle düzenlenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu durumda, ağır şartlara tabi tutulan bu hakkın kullanılması daha da güçleşecektir. Bu nedenle, işçi aleyhine yapılacak bir değişikliğin mümkün olmaması gerekir.

Bu noktada mücbir sebep şartının işçi lehine olacak şekilde değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı hukuki sorunu ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle, taraflar kendi aralarında, ücretin mücbir sebep nedeniyle ödenmemesi halinde dahi, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini yönünde anlaşılabilirler mi?

Anılan sorunun cevaplanmasında önem arz eden husus, İşK m 34 hükmünün emredicilik niteliğinde yatmaktadır. İşK m. 34'ün tasarı metninde, anılan hakkın kullanılması, mücbir sebebin yokluğu şartına bağlanmamıştı. Buna bağlı olarak, tasarı metnine göre ücreti ödeyememe mücbir nedene dayansa dahi, işçiler çalışmaktan kaçınabileceklerdi.⁶⁴⁹ Kanun koyucunun, daha sonradan özellikle böyle bir ifadeyi madde metnine eklemesi, kanımızca, mücbir sebep durumlarında işçinin çalışmaktan kaçınmamasını istemesinden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucunun iradesi böyle olmakla birlikte, bu hususun mutlak emredici olarak düzenlenip düzenlenmediği ne madde metninden ne de maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır. Bu noktada ortaya çıkabilecek görüşlerden biri, tarafların anlaşmasıyla, mücbir sebep nedeniyle ödenmeyen ücrete bağlı olarak, anılan hakkın kullanılabileceği yönünde olabilir.

Şüphesiz, öğretide bunun aksinin savunulabileceği de belirtilmelidir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ücretin ödenmemesine neden olan olay mücbir nedendir ve işveren kusursuzdur. Bu nedenle, mücbir neden yüzünden zaten zor duruma düşen işverenin, işçilerin çalışmaktan kaçınmasıyla birlikte, daha da zor duruma düşeceği ve çalışma barışının bozulacağı ileri sürülebilir. Aynı şekilde, mücbir sebep nedeniyle de olsa, ücreti ifa zamanında ödeyemeyerek, temerrüt faizi ile karşılaşacak olan işverenin, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması ile gereğinden fazla baskı altına alınmış olabileceği de belirtilebilir.

Kanun koyucu, çalışmaktan kaçınma hakkını mücbir nedenin yokluğuna bağlayarak bir tercih yapmıştır. Bu tercih ise, umulmayan hallerde ve işverenin kusurlu olduğu hallerde,

⁶⁴⁹ ENGİN, s. 82.

ortaya çıkan riski işverenin üstlenmesi, mücbir sebepte ise, ortaya çıkan riski işçinin üstlenmesi, işverenin ise her durumda, ödenmeyen ücretin temerrüt faizinden sorumlu olması şeklindedir. Ancak tarafların eşit olduğu sözleşmelerde bile ödemezlik def'inin ileri sürülmesi için, "mücbir sebep" şartının getirilmediği göz önüne alındığında, tarafların eşit olmadığı iş ilişkisinde, güçsüz olan işçiye böyle bir riskin üstlenilmesinin bırakılması, kanımızca uygun değildir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, bekleme süresi ve mücbir sebep şartı aynı amaca hizmet etmektedir. Bu nedenle, mevcut düzenleme karşısında, her ne kadar ücretin mücbir sebep dışında bir sebeple ödenmemesi İşK'na tabi çalışanların kaçınması için bir şart olarak kabul edilse de sözleşme ile bunun işçi lehine değiştirilmesinin veya anılan şartın tamamen kaldırılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Zira daha önce ifade ettiğimiz üzere, çalışmaktan kaçınma hakkının dayandığı kurum, ödemezlik def'idir ve ödemezlik def'i için "mücbir sebep" şartı aranmamaktadır. Sonuç olarak, madde metninde yer alan mücbir sebep şartının nispi emredici olduğu ve işçi lehine olacak şekilde değiştirilebileceği veya tamamen kaldırılabilirliği kanaatindeyiz.

2.1.6.6. Mücbir Sebebin İspatı

Yukarıda her ne kadar mücbir sebep şartının kaldırılması gerektiğini savunmuş olsak da mevcut düzenleme karşısında, ücretin ödenememesi mücbir bir sebebe dayanıyorsa, "sadece İşK'na tabi işçilerin", çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağını kabul etmek gerekir. Konumuz açısından önemli olan husus ise, anılan sebebin mücbir sebep olup olmadığının kim tarafından ispat edilmesi gerektiğidir.

TMK m. 6 gereği, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." 6100 sayılı HMK⁶⁵⁰ m. 190'da da benzer bir hüküm düzenlenmiştir. Ancak anılan düzenleme TMK m. 6'dan farklı olarak, ispat yükünün, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa olduğunu belirtmiştir.⁶⁵¹

Bu noktada ifade etmek gerekir ki mücbir sebebin varlığından kendi lehine hak çıkaran taraf işverendir. Zira ücretin ödenememesi mücbir sebep ise, İşK'na tabi işçiler çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacaktır. Diğer bir ifadeyle, mücbir sebebin varlığı, anılan hakkın hukuka uygunluğunu doğrudan etkileyecektir. Bu etki, işçinin ya çalışmaktan

⁶⁵⁰ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

⁶⁵¹ TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku Cilt I, Yetkin, Ankara, 2016, s. 780; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 343-344; ATALAY, Pekcanitez Usul, s. 1696-1697.

kaçınma hakkını kullanmasının önüne geçmesi ya da zaten halihazırda kaçınma eylemini gerçekleştiren işçinin kaçınmasını haksız hale getirmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Her durumda, bu durumdan lehine sonuç doğuran taraf işveren olacaktır.

Ayrıca, mücbir sebebin ispatına ilişkin kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı için, mücbir sebebin varlığını iddia eden tarafın, yani işverenin, bunu ispat etme yükümlülüğü olacaktır. Bu noktada ifade etmek istediğimiz husus ise, işverenin sadece mücbir sebebin varlığını ispatla yükümlü olduğudur. Yani işveren, mücbir sebebe neden olan olayları veya sebepleri ispat etmekle yükümlü değildir.⁶⁵² Ancak işveren, ücretleri ödeyememe sonucunun anılan mücbir sebep nedeniyle gerçekleştiğini ispat etmelidir.

2.1.6.7. Ücretin Ödenmemesinin Mücbir Sebebe Dayanması Durumunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Yukarıda da açıklandığı üzere, mücbir sebebin varlığı, ücret ödeme borcunun ileri bir tarihe ötelenmesini sağlamaz. Diğer bir ifadeyle mücbir sebep, ücretin ifa zamanında bir değişiklik yaratmaz. Bu nedenle, mücbir nedenin varlığı ücretin ödenmesine engel değildir. Mücbir sebep sadece İşK'na tabi işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasını engeller.

İşK m. 34 metninde, ücretin mücbir sebep nedeniyle ödenmediği durumda, işçinin iş görmeye ne kadar devam etmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme yoktur. Anılan madde mücbir sebebin süresine ilişkin herhangi bir sınırlama getirmediğinden, anılan maddeden, mücbir sebep devam ettiği sürece işçinin çalışmaktan kaçınamayacağı anlamı çıkmaktadır. Şüphesiz bu durumda, işçinin belirli olmayan süreliğine, ücretini alamadan⁶⁵³ çalışması gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkar. Ortaya çıkan bu sonuç ise, işçinin ekonomik olarak büyük bir yük altında kalması anlamına gelmektedir.

Ancak unutmamak gerekir ki işçi, ücretin ödenmemesi mücbir sebebe dayansa dahi sözleşmeyi, ücretin ödenmemesi nedeniyle her zaman feshedebilir (İşK m. 24/II-e, DİK m. 14/II-a, TBK m. 435). Bu nedenle, ücretin ödenmemesinin mücbir sebebe dayanması, işçiyi süresiz olarak iş görme borcunu yerine getirmeye zorlasa da iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmesini engellemez.

Bu kapsamda, anılan düzenleme her ne kadar sözleşmenin devamını sağlamak istese de daha ağır bir yaptırım olan haklı nedenle feshin önüne geçememektedir. İşçi bu gibi

⁶⁵² GÖZÜBÜYÜK, s. 97; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 618; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 127.

⁶⁵³ İşçi bu durumda ücrete hak kazanmakla birlikte, mücbir sebep devam ettiği sürece ücretini elde edemeyecektir. Zira mücbir sebep ücretin ödenmesini işveren açısından engellemektedir.

durumlarda ya sözleşmeyi haklı nedenle feshedecek ya da İşK m. 34 düzenlemesinin çalışmaktan kaçınma hakkına getirdiği sınır sebebiyle, ücreti ne zaman alacağını bilmeksizin iş görmeye devam edecektir.

İfade etmemiz gerekir ki olması gereken hukuk açısından mücbir sebep şartı İşK m. 34 metninden çıkarılmalıdır. Ancak mevcut düzenleme çerçevesinde değerlendirildiğinde, İşK m. 34'te mücbir sebep unsuru çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması bakımından bir şart olarak aransa da ücretin ödenmemesi mücbir sebebe dayansa dahi, ücretin ödenmemesinin belirli bir süreyi geçmesi halinde, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir. Aksi durumda, işçi iş görerek ücrete hak kazanacak ancak bu ücretleri mücbir sebebe nedeniyle elde edemeyecektir.

Şüphesiz böyle bir durumda işçinin kendisinin veya ailesinin geçimini nasıl sağlayacağı sorunu ortaya çıkar. Zira çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabileceği en erken süre bile en son ücretin ödenmesinden 51 gün sonrasıdır. Mücbir sebebin varlığı halinde ise, işçi 51 geçtikten sonra ya sözleşmesini haklı nedenle feshedecek ya da ücretini ne zaman alacağını bilmeden çalışmaya devam edecektir. Her iki durumda da işçi, ekonomik anlamda büyük bir yük altında kalır.

Anılan durumda işçi, sözleşmeyi feshedip, şartlar sağlanmışsa kıdem tazminatı talep edebilir ancak, geçmiş dönem ücretleri bile ödeyemeyen işverenin, kıdem tazminatını doğrudan ödemesini beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir. İşçi, sözleşmeyi feshetmeksizin, ödenemeyen ücretlerini dava veya takip yoluyla işverenden talep de edebilir. Zira mücbir sebep sadece işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını engellemekte, işçinin kazandığı ücretlerini diğer yasal yollarla talep etme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Ancak bu durumda bile, işçinin anılan ücretleri ne zaman alabileceği belirsiz olur. Ayrıca dava veya takip yolunun işçiye getireceği masraflar da vardır. Anılan masrafların fazla olmadığı ileri sürülebilse de 51 veya daha fazla günden beri ücretini alamayan işçi için, en ufak masraf bile büyük bir yük haline gelir.

Görülmektedir ki mücbir sebep şartı, 20 günlük bekleme süresinden sonra işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasını engellemektedir. İşçinin ne kadar süre çalışmak zorunda kalacağı ise ayrı bir hukuki sorundur. Ancak bu soruna kesin bir çözüm sunmak mümkün değildir. Zira anılan sürenin her zaman için daha fazla veya daha az olması gerektiğini belirten bir görüş ortaya çıkacaktır. Aslında bu belirsizlik de mücbir sebep şartının orantısız olduğunu ayrıca göstermektedir. Zira hukuki bir kesinlik olmadığı için, işçiler haksız kaçınmanın sonuçları ile karşılaşmaktansa, kaçınmamayı tercih edeceklerdir.

Sonuç olarak mücbir sebep şartının, anılan hakkı orantısız bir şekilde sınırlaması nedeniyle, madde metninden çıkarılması gerektiğini tekrar belirtmek isteriz. Bu nedenle, mücbir sebebin varlığı halinde işçinin bekleme süresinden sonra çalışmak zorunda olduğu sürenin tarafımızca belirtilmesi de uygun görülmemiştir. Ancak yapılacak bir düzenleme ile anılan sürenin ne kadar olması gerektiği belirtilebilir.

2.1.6.8. Bekleme Süresi Geçtikten Sonra Ortaya Çıkan Mücbir Sebebin Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi

Bu başlık altında incelenmek istenen husus, bekleme süresi dolduktan sonra ortaya çıkan mücbir sebebin, çalışmaktan kaçınma hakkını ne şekilde etkileyeceğidir. Bu husus iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. İlkinde, bekleme süresi geçmesine rağmen işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmamıştır ve mücbir sebep ortaya çıkmıştır, diğerinde ise bekleme süresi dolduktan sonra işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırken mücbir sebep ortaya çıkmıştır.

Böyle bir ihtimalde farklı görüşlerin ortaya çıkabileceğini ifade etmemiz gerekir. Ortaya çıkabilecek ilk görüş, çalışmaktan kaçınma hakkının sonlandırılması yönünde olacaktır. Bu görüş doğrultusunda, işveren istese dahi ücretleri ödeyemeyeceği için ve bu ücretleri ödeyememe mücbir bir sebebe dayandığı için, hukuka uygun olarak başlayan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımının sonlandırılması, aksi takdirde haksız kaçınmanın sonuçlarının doğacağı ileri sürülebilir.

Diğer bir görüş ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığı ilk an, gerekli şartların sağlanmış olmasının yeterli olması sebebiyle, sonradan ortaya çıkan mücbir sebebin, çalışmaktan kaçınma hakkına bir etkisinin olmayacağını savunabilir.

Bu hususta çok sübjektif üçüncü bir görüş de ortaya çıkabilir. Anılan durumda çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına ilişkin bir yargıya varmadan önce, işverenin ekonomik durumunun incelenmesi gerektiği ve işverenin mücbir sebep olmasaydı, ücretleri ödeyeceği ispatlanabilirse, çalışmaktan kaçınma hakkının sonlandırılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu durum ispatlanana kadar, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına son vermesinin de beklenmemesi gerekir. Bu nedenle, mücbir sebebin ortaya çıkması ile işverenin mücbir sebep olmasaydı ücretleri ödeyeceğini ispatlaması arasında geçen sürede kullanılan çalışmaktan kaçınma hakkı hukuka uygun kabul edilmeli, haksız kaçınmanın sonuçları ortaya çıkmamalıdır. Ancak işverenin, anılan sürede mücbir bir sebebin olmaması durumunda dahi ücretleri ödemeyeceği/ödeyemeyeceği anlaşıyorsa, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına devam edilebileceği ileri sürülebilir. Ancak ifade ettiğimiz üzere, bu görüşün

dayandığı nokta işverenin anılan ücretleri ödeyip ödemeyeceği hususuna dayandığı için ve bu durum bir belirsizlik ortaya çıkardığı için, anılan görüş kabul edilmemelidir.

Kanımızca bekleme süresi içinde ücretin ödenmemesinin mücbir bir sebebe dayanmaması çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için yeterlidir. Zira bekleme süresi dolduktan sonra ortaya çıkan mücbir sebep, ücretin bekleme süresi içindeyken mücbir sebep dışında bir nedenle ödenmediği gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için gerekli şartlar doğduktan sonra ücretin, yeni ortaya çıkan bir mücbir sebep nedeniyle ödenemediği gerekçesi isabetli değildir. Zira çalışmaktan kaçınma hakkının esas dayanağı, bekleme süresinin dolması ve bu süre içerisinde mücbir sebebin olmayışı ve buna dayanarak işçinin kaçınmasıdır.

Aksi görüşün kabulü halinde işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını sonlandırmak zorunda kalacak ve ücretini almamasına rağmen çalışmaya devam edecektir. Örneğin, bekleme süresi geçtikten sonra 15 gün boyunca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi, mücbir sebebin ortaya çıkması halinde işe geri dönecektir. Ancak işçi kaçınılan süre boyunca geçmiş dönem ücretleri de dahil olmak üzere ücretini elde etmemiş olacaktır. Sonuç olarak, vermiş olduğumuz örnekte, işçinin en son ücret aldığı tarih ile kaçınmayı sonlandırdığı tarih arasında 66 günlük bir süre olacaktır. Böyle bir durumun kabul edilebilir olduğunu söylemek ise oldukça güçtür.

Kanımızca aynı kabul, bekleme süresi geçmesine rağmen çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmaması ancak daha sonra mücbir sebebin ortaya çıkmasında da geçerlidir. Böylelikle bekleme süresi içerisinde ödememenin nedeni mücbir sebep olmadığı için, işçi bekleme süresi dolduktan sonra çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasa ve ortaya bir mücbir sebep çıksa bile, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

2.1.6.9. Mücbir Sebebin Sonradan Ortadan Kalkmasının Bekleme Süresine ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi

Bu başlık altında incelenmek istenen husus, mücbir sebebin bekleme süresi içerisinde veya bekleme süresinden sonra ortadan kalkmasının, çalışmaktan kaçınma hakkına ne gibi bir etkisinin olacağıdır.

Örneğin, ücretlerin 5 gün devam eden mücbir bir sebep nedeniyle ödenemediği durumda, bekleme süresi hangi gün başlayacaktır? Farklı bir ifadeyle, bekleme süresi, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra mı yoksa, ücretin normalde ifa edilmesi gereken günden sonra mı başlamalıdır hukuki sorunu ortaya çıkar.

Mücbir neden gerçekleşmiş olsa da ücret borcunun ifa zamanında bir değişiklik olmaz. Diğer bir ifadeyle işveren, mücbir nedenin gerçekleşmesine bağlı olarak, ücretin ifa

zamanının ileri bir tarihe atıldığını ileri süremez. Mücbir sebebin, belirli bir süre devam edip, daha sonra ortadan kalkması da durumda bir değişiklik yaratmamalıdır. Bu nedenle, ücreti zamanında ödeyemeyen işveren, diğer şartların varlığı halinde, borçlu temerrüdüne düşer. İşverenin kusursuz olması, yani ödememenin mücbir nedenden dolayı yapılamaması, işvereni borçlu temerrüdüne düşürmekten korumaz.⁶⁵⁴ Ayrıca, mücbir sebebin varlığı ücretin ödenmemesi için haklı bir sebep değil, sadece işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması engelleyen bir unsurdur.

Bekleme süresinin, mücbir sebebin ortadan kalkmasından itibaren başlayacağını kabulü halinde, anılan hakkın kullanımı oldukça güçleşecektir. Bu nedenle, mücbir sebebin süresine bakılmaksızın, bekleme süresinin başlangıcı, normal şartlar altında ücretin borcunun ifa edilmesi gereken son günün bitiminden itibaren başlar.

Ayrıca İşK m. 34 hükmünde, mücbir sebebin varlığının bekleme süresini durduracağı veya keseceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, mücbir sebebi, bekleme süresine etki eden bir olgu olarak değil, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında bir engel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle, mücbir sebep, bekleme süresinin başlangıcını değiştirmez, sadece çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasını engeller.

İncelenmesi gereken diğer bir ihtimal ise, mücbir sebebe dayanan ücret ödememenin 20 gün veya daha fazla sürmesi ve daha sonra mücbir sebebin ortadan kalkması durumunda bekleme süresinin başlangıcının değişip değişmeyeceğidir. Örneğin mücbir sebep dolayısıyla ücretin ödenmediği ve 24. gün mücbir sebebin ortadan kalktığı durumda, işçi çalışmaktan kaçınmak için 20 gün daha bekleyecek midir yoksa 24. gün içerisinde ücret ödenmediği zaman çalışmaktan kaçınabilecek midir?

Kanımızca burada da yukarıda vardığımız sonuçtan ayrılmayı gerektirecek bir husus yoktur. Diğer bir ifadeyle, 20 günlük sürenin başlangıcında herhangi bir değişiklik olmamalıdır. Ancak mücbir sebebin ortadan kalktığı gün işçinin kaçınması mümkün olmamalıdır. Vermiş olduğumuz örnek üzerinden hareket edecek olursak çalışmaktan kaçınma hakkının, mücbir sebebin ortadan kalktığı 24. gün kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Şüphesiz bu görüş, işçinin hâlihazırda 24 gündür ücretini almaksızın çalıştığı gerekçesiyle eleştirilebilir, ancak anılan ücretlerin mücbir sebebin ortadan kalktığı aynı gün ödenmesinin imkân dâhilinde olamayacağı ihtimalini ortaya çıkabilir. Bu nedenle her ne kadar işçi hâlihazırda ücretini almaksızın 24 gün çalışmış olsa da

⁶⁵⁴ TANDOĞAN, s. 480; EREN, P. 3432; BARLAS, s. 117.

anılan hakkın kullanılması mücbir sebebin ortadan kalktığı günün ertesi günü mümkün olmalıdır. Bu nedenle işveren, mücbir sebebin ortadan kalktığı gün işçilere ücretini ödemeli veya ertesi gün çalışma saati başlangıcına kadar ücretin işçilere ödeneceğini bildirmelidir.

2.1.7. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanıldığına Yönelik Bir Bildirimin (İrade Beyanının) Varlığı ve İşverene Makul Süre Verilmesi

2.1.7.1. İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından

2.1.7.1.1. Bildirim Yapma ve Makul Süreye İlişkin Öğretideki Görüşler ve Görüşümüz

Çalışmaktan kaçınma hakkının doğması için gerekli şartların sağlanması halinde, işçi çalışmaktan kaçınabilir. Ancak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığına veya kullanacağına dair bir bildirimin gerekip gerekmediğinin ayrıca incelenmesi gerekir.

İşK m. 34'te, hakkın kullanılmadan önce işverene bildirilmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Bu nedenle kural olarak, hakkın kullanılması için böyle bir bildirim gerek yoktur. Zira Kanun'da düzenlenmemiş bir unsurun, hakkın kullanılması için ön şart olduğunu kabul etmek hukuka uygun değildir. Durum böyle olmakla birlikte, öğretide konuya ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Öğretideki baskın görüşe göre, anılan hakkın kullanılacağı yönünde bir irade beyanının yazılı veya sözlü bir şekilde işverene bildirilmesine gerek yoktur, zira böyle bir yükümlülük kanunda düzenlenmemiştir.⁶⁵⁵ Fakat işçi, dilediği takdirde bu yönde bir bildirimde bulunabilir. Ancak bu bildirim hakkın kullanılması yönünde bir şart değildir.⁶⁵⁶ Bildirimin yapılmadığı durumlarda ise, işverenin anılan hakkın kullanıldığına yönelik objektif bir tespiti yapabiliyor olması gerekir.⁶⁵⁷

Söz konusu görüşe benzer diğer bir görüşe göre ise, işçinin sözleşmeyi feshetmediğinin, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığının işveren tarafından anlaşılıyor olması için, bir bildirimin yapılması faydalıdır. Bu noktada, yapılacak bildirimin yazılı olması şart olmamakla birlikte, yazılı yapılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Yine aynı görüş, bildirimin yapılmadığı durumlarda, işçinin çalışmaktan kaçınılan sürede ulaşılabilir olması gerektiğini de belirtmiştir. Aksi takdirde işveren, sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği sonucuna ulaşabilir.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 376.

⁶⁵⁶ KARACAN, s. 10.

⁶⁵⁷ AKYİĞİT, Cilt I, s. 1570-1571; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 22-23; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 664; TOPUZ, s. 468; BOZKURT, s. 75; DEĞER, s. 90; DULAY YANGIN, s. 218;

⁶⁵⁸ ÇOPUROĞLU, s. 219.

Öğretideki aksi yöndeki görüşe göre ise, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olması ve ödemezlik def'inin de teknik anlamda bir itiraz değil, bir def'i olması sebebiyle, ödemezlik def'inin yani çalışmaktan kaçınma hakkının işçi tarafından ileri sürülmesi gerekir. Bu görüşe göre, işçinin bildirim yapmadan diğer bir ifadeyle ödemezlik def'i ileri sürmeden çalışmaktan kaçınması, iş görme borcunu ihlal anlamına gelebilir ve bu durum, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshine sebep olabilir. Aynı şekilde bu durum, işveren tarafından işçinin sözleşmeyi eylemli olarak feshettiği şeklinde de anlaşılabilir.⁶⁵⁹

Aynı sonuca farklı sebeplerle ulaşan diğer bir yazar ise, işçinin yazılı bildirim yapmasının işveren tarafından ücretlerin ödenip ödenmeyeceğine ilişkin herhangi bir açıklama gelmemesi şartına bağlamıştır. Yani işveren veya işveren vekili tarafından ücretlerin geç ödenmesinin/ödenmemesinin nedenine ilişkin herhangi bir açıklama gelmemesi durumunda, işçi 20 günlük bekleme süresinin sonunda işverene yazılı bildirimde bulunarak anılan hakkı kullanabilir.⁶⁶⁰

Öğretideki başka bir görüşe göre ise, çalışmaktan kaçınma hakkının işverene bildirmesi gereken durumların olması muhtemeldir. Ancak bu durumda dikkat edilmesi gereken husus işçinin yaptığı işin önem derecesidir. Bu görüşü savunan yazara göre, bildirim yapmaksızın çalışmaktan kaçınılması, işverenin (işyeri araçlarının zarar görmesi vb.) veya işyerinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği anlamında zarara uğramasına neden olacaksa, işçi, işverene bildirimde bulunmalıdır. Örneğin güvenlik görevlisinin veya işyerinde hayati öneme sahip bir cihazın basınç seviyesiyle görevli olan bir işçinin veya maden işyerinde yer altında çalışanların güvenliğinden sorumlu olan işçinin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce, işverenin gerekli önlemleri alabilmesi için, işverene önceden bildirim yapması ve kaçınmadan önce belirli bir süre tanınması gerekir.⁶⁶¹

Kanımızca bildirimin yapılması, geçerlilik ve ispat şartı olarak ayrı ayrı ele alınmalıdır. İşK'na tabi işçilerin, işverene bildirim yapması veya çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce makul sürme vermesi, kural olarak, hakkın kullanılması bakımından bir geçerlilik şartı olarak kabul edilemez. Zira anılan hakkın kullanılması için böyle bir unsur, İşK m. 34'te düzenlenmemiştir. Bu nedenle, kanunda düzenlenmeyen bir unsurun, hakkın kullanılması için bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Ancak işçinin böyle bir bildirim yapmasının önünde herhangi bir engel yoktur.

⁶⁵⁹ GÖKTAŞ, s. 100.

⁶⁶⁰ UZUN, s. 167.

⁶⁶¹ ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1279-1280.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığına dair bir bildirimin yapılması, sözleşmenin işçi tarafından feshedilmediği, söz konusu hakkın kullanıldığı hususunda işçiye ispat kolaylığı sağlayacağı tartışmasıdır. Ancak yine de bildirimin yapılması, katı bir şekilde ispat şartı olarak değerlendirilemez. İşçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını, örneğin tanıklarla da ispatlayabilmelidir.

Durum böyle olmakla birlikte, iş ilişkisinin niteliği gereği ve dürüstlük kuralı çerçevesinde, işçiden bildirim yapması beklenebiliyorsa, işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce, işverene bildirim yapmalıdır. Örneğin, öğretilde haklı olarak belirtilen görüş doğrultusunda,⁶⁶² işçinin yaptığı işin niteliğine göre işverene veya işyerinde çalışanlara, çalışmaktan kaçınmanın doğuracağı “beklenen zararlar/sonuçlar” dışında, başkaca zarar vermesi ihtimalinin olduğu hallerde, işçinin işverene bildirim yapması ve makul bir süre tanınması gerekebilir. Zira aksi durumda, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmamış olur.

Ancak burada bahsedilen istisnai durumlar oldukça dar yorumlanmalıdır. Zira bekleme süresi boyunca ücretini alamayan işçiyi, ayrıca bildirim yükümlülüğü ve daha istisnai durumlarda makul süre verme yükümlülüğü altında bırakmak, adaletli bir yaklaşım olmayacaktır. Ayrıca bildirim yapma ve makul süre verme yükümlülüğü birlikte ele alınmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, makul sürenin verilmesi gereken durumlar, bildirimin yapılması gereken durumlardan daha istisnai durumları teşkil eder. Bu nedenle, her bir olay için, bildirim yapma ve makul süre verme yükümlülüğü ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Anılan istisnai durumlarda, işçi açısından en uygun yöntem, örneğin, hem bildirim hem de makul süre verme yükümlülüğünün mevcut olduğu bir olayda, 20 günlük bekleme süresi dolmadan makul bir süre önce işverene anılan ücretin ödenmemesi halinde 20 günün dolmasını takiben çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılacağına bildirilmesi şeklindedir. Diğer bir ifadeyle, anılan bildirimi işçi, 20 günlük süre dolmadan önce yaparak, bekleme süresinin dolmasından sonra makul bir süre daha beklemek zorunda kalmaz. Şüphesiz anılan bildirimin, 20 günlük süre dolduktan sonra da yapılması mümkündür, ancak işçinin işverene makul süre vermesi zorunluluğu ortaya çıkabileceğinden, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, işverene verilen makul süre kadar gecikir. Ancak işçinin, sadece bildirim yükümlülüğü olduğu kabul ediliyorsa, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını süre vermeksizin, işverene bildirebilir.

⁶⁶² ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1280.

Sonuç olarak, bildirim yapma şartının, işçinin işyerinde yaptığı işin niteliğine göre değişebileceği, eğer işçinin çalışmaktan kaçınması işyerinde çalışanları, iş sağlığı ve güvenliği anlamında tehlikeye atacaksa veya işverene beklenilenin ötesinde bir zarar verecekse, işverene bildirim yapılmasının ve gerekli önlemlerin alınması için makul süre verilmesinin hakkın kullanılması için bir şart olduğu kabul edilmelidir. Vermiş olduğumuz bu durumlar örnek niteliğinde olup, benzer olaylarda da işçinin bildirim yükümlülüğü ve/veya makul süre verme yükümlülüğü doğabilir. Anılan istisnai durumlar haricinde, çalışmaktan kaçınma hakkının kullandığına dair bir bildirim yapılması veya makul sürenin verilmesi İŞK m. 34'te düzenlenmediği için, İŞK'na tabi işçiler açısından bir geçerlilik veya ispat şartı olarak değerlendirilmemelidir.

Yukarıda, istisnai durumlar için varılan sonuç doğrultusunda, cevap verilmesi gereken iki hukuki sorun ortaya çıkar. Bunlardan biri makul sürenin ne kadar olması gerektiği, diğeri ise, yapılacak bildirimin şeklinin ne olacağıdır. Kanımızca işverene yapılacak bildirimin yazılı yapılması, ileride doğacak uyuşmazlıkların çözümünde kolaylık sağlaması açısından daha uygun olacaktır. Diğer bir ifadeyle ispat bakımından kolaylık sağlaması sebebiyle, yazılı bildirim tercih edilmelidir. Ancak sözlü bildirimin yapılmasının yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Makul süre noktasında ise, kesin bir sürenin verilmesi mümkün değildir. Her durum kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ancak anılan süre, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasını orantısız şekilde güçleştirmemelidir.

2.1.7.12. Olması Gereken Hukuk Açısından Bildirim Şartı

İŞK m. 34, bildirim yapmayı bir şart olarak düzenlememiş olsa da olması gereken hukuk açısından, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasından önce, yazılı veya sözlü bildirim şartının İŞK m. 34'e eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira işverenin ücretin eksik ödendiğinden veya hiç ödenmediğinden haberinin olmaması veya yanlışlıkla eksik bir ödeme yapılmış olması durumunda, bildirim yapılmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, işyerindeki işleyişinin aksamasına ve buna bağlı olarak işçi-işveren arasında olumsuzlukların ortaya çıkmasına neden olabilir. Basit bir sözlü veya yazılı bildirimle ortaya çıkacak olumsuzlukların önüne geçilmesi mümkün olduğundan, böyle bir düzenlemenin getirilmesine olumlu yaklaşılabilir. Ancak bu durum bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmemelidir.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, bildirimin bekleme süresinin dolmasından önce veya sonra yapılmasının da sonuca etki etmemesi gerekir. Ancak bildirimin önce yapılması hem işçi hem de işveren açısından daha uygundur. Zira işverenin ücretin ödenmediğinden veya

eksik ödendiğinden haberinin olmaması durumunda, bekleme süresi dolmadan yapılan bildirim ile işveren eksik ödenen veya ödenmeyen ücreti ödeyerek, işçinin mağduriyetini ortadan kaldıracaktır. Aynı şekilde, ücretin ödenmediğinden veya eksik ödendiğinden haberi olan işverene bildirim yapıldığı ve çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılacağı belirtildiğinde, işverenin vereceği cevaba göre, işçi bekleme süresinin dolmasını beklemeksizin çalışmaktan kaçınma hakkına da kullanabilecektir.

Alman hukukunda da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce işverene bildirim yapması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak bu bildirimin, işverenin durumdan haberinin olmadığı varsayımında geçerli olduğu belirtilmektedir.⁶⁶³ Kanımızca da işverenin ücretin eksik ödendiğinden veya ödenmediğinden haberdar olduğu durumlarda bildirim yapma şartının gerekli olmadığı kabul edilmelidir. Ancak bir üst başlıkta incelendiği üzere, işçinin işyerinde üstlenmiş olduğu işin önem derecesi göz önünde tutularak, işçinin bildirim yapma ve makul süre verme yükümlülüğünün olduğu ayrıca değerlendirilmelidir.

Son olarak, yapılacak bildirimin içeriği de incelenmelidir. Alman öğretisindeki bir görüşe göre, işverene bildirim yapılması, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacağına yönelik bilgi sahibi olması dışında, işverenin hangi alacak sebebiyle çalışmaktan kaçınıldığını öğrenebilmesi, anılan alacağa ilişkin bir ödeme yapıp yapamayacağını tespit edebilmesi veya bu doğrultuda önlem alabilmesi açısından oldukça önemlidir. Bu bakımdan bildirimin yapılmasının en önemli olduğu nokta, işverene çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasını önlemek için son bir fırsat/şans vermektir.⁶⁶⁴ Kanımızca da işçinin, hangi alacak sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını işverene bildirmesi, gerekli incelemenin yapılabilmesi ve işverene çalışmaktan kaçınma hakkından önce son bir şans verilmesi açısından önemlidir. Ancak bildirimin içeriğinin, çalışmaktan kaçınma hakkının geçerliliğini etkilememesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, işçinin yapmış olduğu bildirimde, ücretin veya ücretin miktarının bildirilmemiş olması, söz konusu hakkın hukuka uygunluğunu etkilemez.

2.1.7.2. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından

Yukarıda İŞK'na tabi işçilerin, kural olarak bildirim yapma ve makul süre verme yükümlüklerinin olmadığını ancak hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılabilmesi için, bazı durumlarda, işverene bildirim yapma ve makul süre verme yükümlülüğünün ortaya

⁶⁶³ HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 17-18; HAASE, DB, s. 708,709; SÖLLNER, ZfA, s. 11; DEHMEL, s. 193

⁶⁶⁴ DEHMEL, s. 194.

çıkabileceği ifade edilmiştir. İşK'na tabi işçilerin, kural olarak, bildirim yapma veya makul süre verme yükümlülüklerinin olmamasının dayanağı ise, İşK m 34'te anılan unsurların düzenlenmemiş olmasıdır. Ancak İşK m. 34, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilere uygulanmayacağından, anılan işçiler için ayrıca değerlendirme yapılmalıdır.

TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler çalışmaktan kaçınma hakkını TBK m. 97 çerçevesinde kullanacaklardır. Bu bakımdan öğretide belirtilen, ödemezlik def'inin teknik bir def'i olduğu ve bu nedenle ileri sürülmesi gerektiği görüşü doğrultusunda, anılan kanunlara tabi işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce karşı tarafa bildirim yapması gerektiği kabul edilebilir.

Gerçekten de olması gereken hukuk açısından ve çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılmadan önce son bir uzlaşma yolunun açılabilmesi için, bildirimin yapılmasının hem işçi hem işveren açısından faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Bu bakımdan yapılacak bildirimin yazılı veya sözlü yapılması yukarıda belirtmiş olduğumuz esas çerçevesinde değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bildirimin yazılı yapılması ispat kolaylığı bakımından tercih edilmeli ancak sözlü bildirimde de geçerlilik tanınmalıdır.

Yazılı veya sözlü bildirimi savunmamızdaki asıl sebepler, hem hakkın hukuki niteliğinin ödemezlik def'i olması ve işverenin işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığına ilişkin bilgi sahibi olmama ihtimali, hem de son bir uzlaşma yolunun açılmasıdır. Aynı şekilde, işveren ücretin eksik ödendiğinin veya hiç ödenmediğinin farkında da olmayabilir. Aksi takdirde, işveren durumu farklı değerlendirip, işçinin sözleşmesini feshedebilir. Bu sonuç ise, işçinin halihazırda zaten istemediği bir sonucun doğmasına sebep olur. Zira işçi sözleşmeyi feshetmek isteseydi, kaçınmak yerine sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yolunu seçebilirdi. Bu bakımdan işçinin amacı bir yandan sözleşmenin ayakta kalması diğer yandan ise, çalışmaktan kaçınarak işveren üzerinde baskı kurmaktır. Ancak işverenin bu durumu yanlış değerlendirip sözleşmeyi feshettiği durumda, işçinin istemediği sonuç olan, sözleşmenin sona ermesi ortaya çıkacaktır. Bu nedenle anılan sorunun önüne geçilmesi açısından sözlü veya yazılı bildirim yapılması hem İşK'na hem de TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için gereklidir. Ancak pozitif düzenleme karşısında, bildirim yükümlülüğünün, işçinin yapmış olduğu işe göre değişmekle birlikte kural olarak İşK'na tabi işçiler için geçerli olmadığını, ancak TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler açısından geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Anılan hakkın hukuki niteliği ödemezlik def'i olduğu için, bildirimin yapılması bir şarttır ancak işverene makul süre verilmesi ödemezlik def'inin bir şartı olmadığı için, ancak dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde, işçinin böyle bir şartı yerine getirmesi aranabilir.

Diğer bir ifadeyle, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilerin, İŞK'na tabi işçilerde olduğu gibi, yapmış oldukları işin niteliğine göre, karşı tarafa makul bir süre vermesi gerekebilir. Bu bakımdan hakkın kullanılmasının hukuka uygun olabilmesi ve işverenin gerekli önlemleri alabilmesi için işverene dürüstlük kuralı çerçevesinde makul sürenin tanınmasının, anılan kanunlara tabi işçiler için de geçerli olduğu kanaatindeyiz.

2.2. Ücretin Ödenmeyeceği Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılabilmesinin Şartları

2.2.1. Şartların Belirlenmesi

Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını ve bunun şartlarını doğrudan düzenleyen İŞK m. 34'ten farklı olarak, ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını ve şartlarını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan hakka dayanak olan TBK m. 98, anılan hakkın kullanımı için gereken şartların belirlenmesi için esas alınmalıdır.

TBK m. 98 kapsamında kullanılabilecek çalışmaktan kaçınma hakkı, genel olarak gelecek dönem ücretin ifa güçsüzlüğü nedeniyle tehlikeye düşmesine bağlıdır. Ancak birinci bölümde incelendiği üzere,⁶⁶⁵ işverenin ücreti ödemeyeceğini/ödeyemeyeceğini açıkça belirttiği veya bu durumun, işverenin içerisinde bulunduğu koşullardan açıkça anlaşıldığı durumlarda da diğer bir ifadeyle, TBK m. 98'de düzenlenen ifa güçsüzlüğü sebebine dayanmayan öncelenmiş borca aykırılık hallerinde işçi, TBK m. 98 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

İfade edilmesi gereken diğer bir husus ise, borçlar hukuku kurallarının iş hukukuna uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiğidir. Bu noktada, TBK m. 98'de yer alan ödemezlik def'inin ileri sürülmesi için gereken şartlar, iş hukukuna uygun düştüğü şekilde uygulanacaktır. Aksi takdirde, işçi ve işveren arasındaki hassas dengenin zarar görmesi söz konusu olabilir.

TBK m. 98 çerçevesinde belirlenen ve kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkının şartları şu şekildedir; “*çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek işçinin varlığı*”, “*işçinin önce ifa ile yükümlü olduğu bir sözleşmenin varlığı*”, “*ifa güçsüzlüğüne düşmüş bir işverenin varlığı*”, “*işverenin ifa güçsüzlüğü içinde olması nedeniyle tehlikeye düşmüş bir ücret alacağının varlığı*”, “*işverenin tehlikeye düşen ücret alacağı için teminat göstermemiş olması*” ve “*çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığına dair beyanın varlığı*”.

⁶⁶⁵ Bkz. §4, VI, 2.

2.2.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanabilecek İşçinin Varlığı

Konu, “Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılabilmesinin Şartları” üst başlığı altında bulunan “Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanabilecek İşçinin Varlığı” başlığında detaylıca incelendiğinden, burada ele alınmamıştır.

2.2.3. İşçinin Önce İfa ile Yükümlü Olduğu Sözleşmenin Varlığı

“İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Ödemezik Def'i Kavramı ve Şartları” başlığı altında belirttiğimiz üzere, ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezik def'inin ileri sürülebilmesi, tarafların aynı anda veya bir tarafın önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde mümkündür.⁶⁶⁶ Bu nedenle işçinin sonra ifa ile yükümlü, diğer bir ifadeyle işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde TBK m. 98 çerçevesinde ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının ortaya çıkması söz konusu değildir. Zira anılan hakkın kullanılabilmesi, işçinin iş görürken, işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesine ve bu ifa güçsüzlüğünün, iş görmekte olduğu döneme ait ücretini tehlikeye düşürmesine bağlıdır. İşverenin önce ifa ile yükümlü olduğu sözleşmelerde ise, işveren ücreti ödedikten sonra işçi iş görme borcunu ifa eder. İşçinin iş gördüğü bu süre içerisinde işveren ifa güçsüzlüğüne düşse bile, işçi hâlihazırda iş gördüğü döneme ait ücreti aldığı için, tehlikede olan bir ücret alacağı yoktur. Bu nedenle söz konusu işçiler TBK m. 98 kapsamında kullanılabilecek çalışmaktan kaçınma hakkından faydalanmazlar.

Örneğin, önce ifa ile yükümlü işverenin 1 Ocak'ta anılan aya ait ücreti ödediği, ancak ocak ayı içinde ifa güçsüzlüğü nedeniyle şubat ayı ücretini ödeyeme durumunun ortaya çıktığı bir halde, işçi şubat ayına ait ücretin tehlikede olması sebebiyle, ocak ayı içindeyken çalışmaktan kaçınamaz. Zira ocak ayı ücreti zaten ödenmiştir. Şubat ayı ücretinin muaccel olması 1 Şubat'ta gerçekleşeceği için, işverenin şubat ayı ücretini ödeyememesi durumunda, işçinin başvuracağı yol, tabi olduğu kanuna göre, ya İşK m. 34 olacaktır ya da TBK m. 97 olacaktır.

Aynı örnek üzerinden hareket edersek işçi, gelecek döneme ait “ücretin ödenmeyeceğinin” işveren tarafından açık bir şekilde bildirildiği veya ücretin ödenmeyeceğinin/ödenemeyeceğinin kesin olduğu durumlarda (TBK m. 98 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesi

⁶⁶⁶ WEBER, BK, OR Art. 83, N. 5; LEU, BSK, OR Art. 83, N. 1; VON TUHR/ESCHER, s. 66; OĞUZMAN/ÖZ, s. 346; SCHRANER, ZK, OR Art. 83, N.2, 21; KREN-KOSTKIEWICZ, JOLANTA, OFK, OR Art. 83, N. 2; EREN, P. 3118; ÇABRİ, s. 417; PEKMEZ, s. 373-374, dn. 342.

gerekir), yani gelecek döneme ait ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkında İŞK m. 34/TBK m. 97 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanılabilmesi için, işçinin önce ifa ile yükümlü olması gerekir. Zira bu durumda da işveren, ocak ayına ait kendi borcunu önce ifa etmiştir ve işçi o döneme ait iş görme borcunu yerine getirmek zorundadır ve bu nedenle bir sonraki döneme ilişkin ücretin yani şubat ayı ücretinin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınamaz.

2.2.4. İfa Güçsüzlüğüne Düşmüş İşverenin Varlığı

Ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının ikinci şartı, işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesidir. Ancak ifa güçsüzlüğü kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Hakkın dayanağı olan TBK m. 98’de ifa güçsüzlüğünün tanımı yapılmamıştır. Ancak madde metninde, kişinin iflas etmesi veya hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması, ifa güçsüzlüğü hallerine örnek olarak gösterilmiştir.

Öğretide ise, ifa güçsüzlüğü bir tarafın sözleşme ile üstlendiği borçlarını ifa edebilmek için gerekli kaynaklardan yoksun olması şeklinde tanımlanmış⁶⁶⁷ ve madde metninde belirtilen bu iki hal dışında da ifa güçsüzlüğünün ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle ifa güçsüzlüğüne ilişkin maddede belirtilen haller sınırlı sayıda değildir.⁶⁶⁸

Öğretide, borçlu hakkında geçici aciz vesikası verilmiş olması, borçlunun konkordato talebinde bulunması, borçlunun ticari işletmesinin kapatılması, çek, poliçe ve emre yazılı senetler için protesto çekilmiş olması, borçlunun ödemelerini tatil etmesi, borçlunun diğer borç ilişkilerinde sürekli ifada gecikmesi, borçlu hakkında ifanın ertelenmesine karar verilmesi, borçlunun borca batık olması gibi haller, ifa güçsüzlüğüne örnek olarak gösterilmiştir.⁶⁶⁹

Her ne kadar işverenin ifa güçsüzlüğüne düştüğünün resmi olarak tespiti, TBK m. 98 hükmünden yararlanmak için bir koşul değilse de ifa güçsüzlüğünün objektif olgularla ispatlanması gerekir.⁶⁷⁰ Bu bakımdan, işçinin gelecek döneme ait ücreti alıp alamayacağına

⁶⁶⁷ BECKER, BK, Art. 83, N. 1; WEBER, BK, OR Art. 83, N. 30; EREN, P. 3121, ANTALYA, Cilt III, s. 1115; ANTALYA, Gökhan/ÇAVDAR, Pelin, “İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, s. 1, Haziran 2020, s. 220-221.

⁶⁶⁸ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 752; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 834-835; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1122; WEBER, BK, OR Art. 83, N. 29; EREN, P. 3121; ANTALYA, Cilt III, s. 115; ANTALYA/ÇAVDAR, s. 221.

⁶⁶⁹ Konu hakkında bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Genel Hükümleri, s. 752; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 834-835; EREN, P. 3121; ÇABRİ, s. 420. Geçici aciz belgesi hakkında bkz. IŞIK, Melih, İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları (İİK m. 143, 105), On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 324 vd.

⁶⁷⁰ ÇABRİ, s. 420.

yönelik objektif olgulara dayanmayan endişesi, TBK m. 98 hükmünden yararlanmak için yeterli değildir.

İşverenin düştüğü ifa güçsüzlüğünün geçici değil, süreklilik niteliği taşıması gerekir. Bu nedenle işverenin bazı ödemelerinde kısa bir süre gecikmesi, işverenin ifa güçsüzlüğü içine düştüğü anlamına gelmez ve TBK m. 98'in uygulaması için yeterli değildir.⁶⁷¹ Bu noktada önemli olan husus, işverenin ekonomik durumu göz önüne alındığında, işçinin gelecek döneme ait ücretinin ödenmesinin mümkün olmaması veya ücretin ödenme ihtimalinin oldukça zayıf olmasıdır.⁶⁷²

İfa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'inin ileri sürüldüğü an, diğer bir ifadeyle işçinin ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçındığı an, ifa güçsüzlüğü mevcut olmalıdır.⁶⁷³ Bu bakımdan daha önce var olan ancak sonradan ortadan kalkan ifa güçsüzlüğüne dayanılarak, çalışmaktan kaçınılamaz. Diğer bir ifadeyle, eğer ifa güçsüzlüğü ortadan kalktıysa, işçinin TBK m. 98'e dayanan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması haksız olur ve bunun sonuçları doğar.

TBK m. 98 çerçevesinde ödemezlik def'inin ileri sürülebilmesi için, ifa güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından önce değil, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması bir şart olarak belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle ifa güçsüzlüğü sözleşme kurulmadan önce var olmamalıdır.⁶⁷⁴ Bu görüş doğrultusunda, iş sözleşmesinin kurulmasından önce işverenin ifa güçsüzlüğü içinde olduğunu bilmeyen işçinin TBK m. 98 hükmünden yararlanamayacağı düşünülebilir.

İfa güçsüzlüğünün sözleşme kurulmadan önce var olması durumunda, alacaklının yanılma veya aldatma hükümlerine dayanarak, sözleşmeyi iptal edebileceği öğretide belirtilmiştir.⁶⁷⁵ Ancak iptal hükümlerinin iş ilişkisinde uygulanması, tasfiyesi imkansız sonuçlar doğuracağından böyle bir yaptırımın uygulanması mümkün değildir. Öte yandan ifade etmemiz gerekir ki, TBK m. 98 hükmü, genel olarak tarafların eşit olduğu özel hukuk sözleşmeleri göz önüne alarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, iş sözleşmeleri gibi sözleşmenin taraflarından birinin zayıf olduğu veya karşı tarafın ifa güçsüzlüğü içinde olup olmadığının anlaşılmasının güç olduğu durumlarda, ifa güçsüzlüğünün sonradan öğrenilmesine ilişkin kural, katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Nitekim öğretide, sözleşmenin kurulması sırasında

⁶⁷¹ EREN, P. 3121; ANTALYA, Cilt III, s. 115.

⁶⁷² ÇABRİ, s. 424.

⁶⁷³ WEBER, BK, OR Art. 83, N. 41; EREN, P. 3122;

⁶⁷⁴ WEBER, BK, OR Art. 83, N. 41,42; SCHRANER, ZK, OR Art. 83, N. 15; EREN, P. 3122; ANTALYA, Cilt III, s. 115-116.

⁶⁷⁵ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 752; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1123; ÇABRİ, s. 425.

ifa güçsüzlüğünün olduğu ancak bu durumun sonradan öğrenildiği hallerde de TBK m. 98 (OR. Art. 83) çerçevesinde ödemezlik def'i ileri sürülebileceği kabul edilmiştir.⁶⁷⁶

Benzer bir düzenleme ödünç sözleşmelerinde yer almaktadır. Ödünç sözleşmelerinde ödünç verenin, ödünç alanın düştüğü ifa güçsüzlüğünü sonradan öğrenmesi durumunda, kendi edimini ifadan kaçınabileceğine ilişkin TBK m. 390/2'de düzenlenen kuralın,⁶⁷⁷ iş ilişkilerine de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle, sözleşmenin kurulmasından önce işverenin ifa güçsüzlüğü içinde olduğunu sözleşme kurulduktan sonra öğrenen işçi, TBK m. 98 gereğince, çalışmaktan kaçınabilecektir.

Peki işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesine neden olan olayın niteliği, TBK m. 98 kapsamında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkını etkiler mi? Diğer bir ifadeyle, işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesi, mücbir bir sebebe dayanıyorsa, İşK m. 34'te olduğu gibi, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı söylenebilir mi?

Madde metni, ifa güçsüzlüğüne neden olan olayın, ödemezlik def'inin ileri sürülmesine herhangi bir etkisi olacağını düzenlememiştir. Bu nedenle, işverenin ifa güçsüzlüğünün nedeni her ne olursa olsun, TBK m. 98 kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabileceği savunulabilecek görüşlerden biridir. Diğer bir görüş ise, mücbir bir sebebin varlığı halinde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığını ileri sürebilir.

Aslında ikinci görüşün kabul edilmesi, genel olarak İşK m. 34 ile TBK m. 98 çerçevesinde kullanılacak hakkın, benzer esaslara göre kullanılması anlamına da gelir. Durum böyle olmakla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, mücbir sebep, anılan hakkın kullanımını oldukça güçleştirmekte ve işletmenin ekonomik riskini işçinin üstünde bırakmaktadır. Ayrıca tarafların eşit olduğu diğer özel hukuk sözleşmelerinde bile, ifa güçsüzlüğünün sebebi ne olursa olsun, karşı taraf, TBK m. 98'i kullanabilirken, işveren karşısında güçsüz olan ve çoğunlukla tek geçim kaynağı ücret olan işçinin, kendi emeğini ifa güçsüzlüğüne düşmüş işverene sunmasının beklenemeyeceği kanaatindeyiz. Farklı bir ifadeyle işçi, ücretini alamayacağını bilmesine rağmen, çalışmaya mahkum edilmemelidir.

Çalışmaktan kaçınma hakkı ve mücbir sebebe ilişkin incelenmesi gereken diğer hususlar çalışmada daha önce incelenmiştir. Bu nedenle burada konu tekrardan ele alınmamıştır.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ WEBER, BK, OR Art. 83, N. 42a; ANTALYA/ÇAVDAR, s. 225

⁶⁷⁷ EREN, Özel Hükümler, P. 1753; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Han Kitabevi, Ankara, 2019, s. 369; YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 15. Baskı, İstanbul, 2015, s. 393; ZEVLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 398.

⁶⁷⁸ Bkz. §5, VI

2.2.5. İşverenin İfa Güçsüzlüğü İçinde Olması Nedeniyle Tehlikeye Düşmüş Ücret Alacağının Varlığı

İşverenin ifa güçsüzlüğü içinde olması, işçinin çalışmaktan kaçınması için yeterli değildir. İfa güçsüzlüğünün, işçinin gelecek döneme ait ücret alacağını tehlikeye de düşürmesi gerekir.⁶⁷⁹ Bu bakımdan, ifa güçsüzlüğü içinde olmasına rağmen, gelecek döneme ait ücret alacağı tehlikede olmayan işçi, çalışmaktan kaçınmayacaktır.

Bu noktada, söz konusu tehlikedeki ücret alacağı içerisine, sadece asıl ücret mi, yoksa İşK m. 34 ve TBK m. 97’de olduğu gibi, geniş anlamda ücret mi girmektedir hukuki sorunu ortaya çıkar. Ücrete ilişkin detaylı bilgi “Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Konu Olabilecek Ücretlerin Değerlendirilmesi” başlığı altında detaylıca incelendiğinden, ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkına konu olabilecek ücretler ayrıca burada ele alınmamıştır.⁶⁸⁰

Ancak ifade etmemiz gerekir ki geçmiş dönem ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkına konu olan her ücret, gelecek dönem ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkına da konu olabilir. Diğer bir ifadeyle, sadece asıl ücret değil, geniş anlamda ücrete dahil ayni ve nakdi ödemelerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Ücret alacağının tehlikede olduğunun kabul edilebilmesi, tehlikenin objektif, gerçek ve ciddi olmasına bağlıdır.⁶⁸¹ Bu bakımdan işçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için, ücretin ödenmeyeceğine dair bir şüphe veya ihtimal yeterli değildir.

İspat yükünün kural olarak, ödemezlik def’i ileri süren tarafta olduğu belirtilmektedir. Ancak sözleşme kurulduğu an ifa güçsüzlüğünün olduğu veya ekonomik durumun iyileştiği, ifa güçsüzlüğü içinde olan taraf tarafından ispat edilmelidir.⁶⁸² Fakat öğretide karşı tarafın edimi ifa edemeyeceğinin kesin olarak ispatlamasının aranmaması gerektiği de ifade edilmiştir.⁶⁸³

Gerçekten de işçinin, işverenin ifa güçsüzlüğü içinde olduğunu ispatlar nitelikte belgeleri toplayabilmesi oldukça güçtür. Bu noktada, ispat yükünün oldukça katı bir şekilde uygulanması, TBK m. 98 kapsamında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkının

⁶⁷⁹ **BECKER**, BK, Art. 83, N. 5; **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 44; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 835-836; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 752-753; **EREN**, P. 3124; **SCHRANER**, ZK, OR Art. 83, N. 24; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1125.

⁶⁸⁰ Ücret kavramı yukarıda “Ödenmesi Gereken Ücret Borcunun Varlığı” başlığında detaylıca incelendiğinden, anılan kavram burada ele alınmamıştır.

⁶⁸¹ **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 44; **SCHRANER**, ZK, OR Art. 83, N. 23; **EREN**, P. 3124.

⁶⁸² **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 79, 80; **SCHRANER**, ZK, OR Art. 83, N. 74; **WULLSCHLEGER**, CHK, OR Art. 83, N. 10; **LEU**, BSK, Art. 83, N. 5

⁶⁸³ **WEBER**, BK, OR Art. 83, N. 80; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt I, P. 1125.

imkansızlaşması anlamına gelir. Kanımızca, önemli olan, karşı edimin ifa edilmeyeceğinin, hayatın olağan akışı içerisinde, ciddi bir ihtimal olarak görülmesidir.⁶⁸⁴

2.2.6. Ücretin Öden(e)meyeceğinin İşveren Tarafından Açıkça Belirtilmesi veya Bu Durumun İşverenin İçinde Bulunduğu Durumdan Açıkça Anlaşıyor Olması

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, gelecek döneme ait çalışmaktan kaçınma hakkı temel olarak ikiye ayrıldığı için, bu başlık altında anlatılacak şart ile, “İfa Güçsüzlüğüne Düşmüş İşverenin Varlığı”⁶⁸⁵ ve “İşverenin İfa Güçsüzlüğü İçinde Olması Nedeniyle Tehlikeye Düşmüş Ücret Alacağının Varlığı”⁶⁸⁶ başlıkları altında anlatılan şartlar birlikte aranmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, eğer işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, TBK m. 98 çerçevesinde ifa güçsüzlüğüne dayanıyorsa, gelecek döneme ait ücretin aynı sebeple tehlikeye düşmüş olması da aranır. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için, bu iki şart birlikte aranır. Ancak, TBK m. 98’de düzenlenen ifa güçsüzlüğü dışında bir nedene dayanan ücretin ödenmeyeceği veya ödenemeyeceği bir durum mevcut ise, bu durumda, bu başlık altında anlatılan şart sağlanmalıdır.

Bu başlık altında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı da yine gelecek dönem ödenemeyecek veya ödenmeyecek ücrete dayanmaktadır ancak bu durum ya işveren tarafından açıkça belirtilmelidir veya ücretin öden(e)meyecek olması işverenin içinde bulunduğu koşullardan açıkça anlaşılıyor olmalıdır. Bu noktada, işverenin TBK m. 98 kapsamında bir ifa güçsüzlüğüne düşmesi aranmaz, zira anılan madde kapsamında bir ifa güçsüzlüğü mevcut ise, bu durumda, işçi yine TBK m. 98 kapsamında çalışmaktan kaçınacaktır ancak, kaçınmaya sebep olan olay farklılaşacaktır.

2.2.7. İşverenin Tehlikeye Düşen Ücret Alacağı İçin Teminat Göstermemiş Olması ve Bekleme Süresi

2.2.7.1. Teminata İlişkin Esaslar ve Bekleme Süresi

2.2.7.1.1. Teminat

TBK m. 98 kapsamında kullanılacak hakkın doğabilmesi, gelecek döneme ait ücretin tehlikeye düşmesine bağlıdır. İşçinin gelecek ücreti her ne kadar tehlikeye düşmüş olsa da muaccel olmamış bir ücretin ifasının istenmesi beklenemez. Diğer bir ifadeyle, işverenin düşmüş olduğu ifa güçsüzlüğü, işçinin gelecek döneme ait ücretini tehlikeye düşürmüş olsa da ücret muaccel olmadığı için, işverenin bunu ödemesine gerek yoktur. Ancak işçi gelecek

⁶⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1125.

⁶⁸⁵ Bkz. §6, IV.

⁶⁸⁶ Bkz. §6, V.

döneme ait ücret tehlikede olduğu için TBK m. 98 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyecektir. Bu durum ise kendi içerisinde bir kısır döngü yaratmaktadır. Bu noktada anılan kısır döngüyü ortadan kaldıracabilecek bir hususun olup olmadığı hukuki sorunu ortaya çıkar.

TBK m. 98 hükmüne göre, karşı taraf tehlike içinde olan alacağa karşılık bir teminat gösterirse, diğer taraf ödemezlik def'i ileri süremez.⁶⁸⁷ Bu durum, TBK m. 98/1'de şu şekilde ifade edilmiştir; “[...] *karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.*”

Anılan hükmün, iş ilişkilerinde de uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz. Bu bakımdan işverenden, muaccel olmamış ücretin ödenmesi beklenemeyeceği için, tehlikede olan ücrete karşı işverenin bir teminat göstermesi işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının etkisiz hale gelmesini sağlar. Farklı bir deyişle, işçinin TBK m. 98 kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi, tehlikede olan alacağa karşılık teminat gösterilmemiş olmasına bağlıdır.

İşverenin göstermesi gereken teminatların nasıl olması gerektiğine yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide TBK m. 98'e göre verilmesi gereken teminatın, rehin, ipotek gibi aynî teminat olabileceği gibi,⁶⁸⁸ kefalet gibi kişisel bir teminat olabileceği de belirtilmiştir. Aynı şekilde banka teminat mektubunun da yeterli olabileceği ifade edilmiştir.⁶⁸⁹

İş hukuku açısından ise, bankada bloke hesap oluşturulması, banka teminat mektubu gibi yöntemin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu noktada rehin ve ipotek şüphesiz gerekli güvenceyi sağlayacaktır ancak olası bir durumda, rehinin veya ipotegin paraya çevrilmesi uzun süreceği için, anılan güvencelerin işçi açısından pratik anlamda pek bir önemi olmayacaktır.

Teminatın uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, taraflar arasında uyuşmazlık çıkabilir. Anılan uyuşmazlık hâkim tarafından çözüme kavuşturulmalıdır.⁶⁹⁰ Bu durumda açılacak dava bir tespit davasıdır. Ancak mahkeme, teminatın yeterli olduğuna karar verse bile, karar verilene kadar geçen sürede işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmeli, karar verildikten sonra işçi derhal kaçınmaya son vermelidir. İşçi kaçınmaya son vermediği takdirde, haksız kaçınmanın sonuçları ile karşılaşabilir. Ancak genel kabul gören bir teminat

⁶⁸⁷ BECKER, BK, Art. 83, N. 8; WEBER, BK, OR Art. 83, N. 68; SCHRANER, ZK, OR Art. 83, N. 27; EREN, P. 3127.

⁶⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, P. 1125.

⁶⁸⁹ EREN, P. 3130.

⁶⁹⁰ BECKER, BK, Art. 83, N. 8; WEBER, BK, OR Art. 83, N. 68; SCHRANER, ZK, OR Art. 83, N. 29; EREN, P. 3130.

verilmesine rağmen, işçi bu teminatı kabul etmeyip kaçınırsa, artık burada kaçınmanın haksız olduğu kabul edilmelidir.

2.2.7.1.2. Bekleme Süresi

TBK m. 97’de olduğu gibi TBK m. 98’de de bekleme süresine ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle örneğin, alıcı, satıcının ifa güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle karşı alacağı tehlikeye düştüğü takdirde, ödemezlik def’i ileri sürebilir. Ancak alıcı, ödemezlik def’i ileri sürebilmek için, satıcıya belirli bir süre vermek zorunda değildir. Bu noktada ise, TBK m. 98 kapsamında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı için bekleme süresinin bir şart olarak aranıp aranmayacağı hukuki sorununu ortaya çıkar.

Öncelikle ifade edilmelidir ki TBK hükümleri, iş hukukuna uygun düştüğü ölçüde uygulanır.⁶⁹¹ Bu nedenle, TBK m. 97’de bekleme süresi bir şart olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, iş ilişkisinin yapısı ve çalışmaktan kaçınma hakkının dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması sebepleriyle, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce, belirli bir süre beklemesi gerektiği ifade edilmiştir. Konuya ilişkin detaylı bilgi yukarıda verildiğinden burada konunun detaylarına girmiyoruz.⁶⁹²

Öğretide **Korkusuz**, söz konusu durumda işçinin, tehlikedeki alacağa karşılık teminat gösterilinceye kadar kaçınma hakkının olması gerektiğini ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle anılan görüş, kaçınma hakkının kullanılması için karşı tarafa herhangi bir bekleme süresi verilmesi gerektiğinden bahsetmemiştir.⁶⁹³ Ancak, çalışmaktan kaçınma hakkının dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması ve TBK’nu hükümlerinin iş ilişkisine uygun düştüğü şekilde uygulanması gereklilikleri sebebiyle, TBK m. 436’da düzenlenen ve sözleşmeyi derhal feshetmenin bir şartı olan “uygun bir süre” şartı, TBK m. 98 çerçevesinde kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkında da kullanılmalıdır. Bu nedenle işçi, kaçınmadan önce işverene gerekli teminatın sağlanması için makul/uygun bir süre tanımalıdır. Anılan sürenin dolmasından sonra ise işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir. Diğer bir ifadeyle, gelecek dönem ücreti tehlikeye düştükten sonra işçi, işverene uygun bir süre içerisinde, TBK m. 98 kapsamında tehlikeye düşen ücret alacağına karşılık bir teminat göstermesini talep eder. Bu süre, aynı zamanda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması için bir “bekleme süresi” niteliğini de taşır. Böylelikle, alacağın her tehlikeye düşmesinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması engellenmiş olur ve işyerindeki hizmet veya mal üretiminin devamlılığı

⁶⁹¹ SÜZEK, s. 39.

⁶⁹² Bkz. §5, V, 3.

⁶⁹³ KORKUSUZ, s. 107

sağlanır. Ancak bekleme süresinde veya TBK m. 98’de belirtildiği şekilde, “uygun bir sürede” teminat verilmezse, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

TBK’nun ilgili hükümlerinde (m. 98/2 ve m. 436) “uygun bir süreden” bahsedilmektedir. Ancak bu süreden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. İsviçre hukukunda benzer düzenlemeler için (OR Art. 83/2 ve Art. 337a), öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş anılan sürenin 3-5 gün olabileceğini ancak 10 güne kadar uzatılabileceğini⁶⁹⁴, başka bir görüş ise bu sürenin kısa tutulması (birkaç gün) gerektiğini⁶⁹⁵, diğer bir görüş ise bu sürenin 3 gün ile en fazla 1 hafta arasında olabileceğini belirtmiştir.⁶⁹⁶ Son olarak, anılan sürenin somut olaya göre değişebileceği ve bu sürenin 3 gün ile 20 gün arasında olması gerektiği de ifade edilmiştir.⁶⁹⁷

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında, kesin bir sürenin belirlenmesi oldukça önemlidir. Bu nedenle, somut olaya göre değişebilecek bekleme süresinin, çalışmaktan kaçınma hakkının niteliğine uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu bakımdan, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının şartları içerisinde belirttiğimiz üzere,⁶⁹⁸ 10 günlük bir süre hem işçi hem de işveren açısından makuldür.

Bekleme süresine ilişkin ifade etmemiz gereken diğer bir husus ise, söz konusu sürenin, ücretin muaccel olduğu tarihi geçip geçemeyeceğidir. Örneğin, 1 Şubat’ta muaccel olacak ücretin 25 Ocak’ta tehlikeye düşmesi halinde ve işçinin teminat gösterilmesi için işverene 10 günlük süre verdiği durumda, bekleme süresinin dolacağı tarih, ücretin muaccel olacağı tarihi geçecektir. TBK m. 98 ise sadece muaccel olmamış tehlikeye düşen alacaklar için bir koruma getirdiği için, söz konusu durumda işçinin artık kaçınma hakkını kullanamayacağı söylenebilir mi? Zira böyle bir durumda hem işçi ücreti tehlikeye düşen döneme ait iş görme borcunu tamamlamış olacaktır aynı zamanda söz konusu ücret muaccel olacaktır.

Muacceliyet açısından ifade etmemiz gerekir ki TBK m. 98’in sağladığı kaçınma hakkından faydalanmak açısından, tehlikede olan alacağın muaccel olup olmadığı önemli değildir.

Söz konusu döneme ait iş görme borcunun ifa edilmesi noktasında ise, TBK m. 98’in uygulanması için gereken bir şartın incelenmesi gerekir. Öğretide ifade edildiği üzere, taraflardan biri, kendi borcunu ifa ettikten sonra, TBK m. 98 kapsamında ödemezlik def’i ileri

⁶⁹⁴ STAEHELIN ZK, OR Art. 337a, N. 6; EMMEL, CHK, OR Art. 337a, N. 2

⁶⁹⁵ MILANI, OFK, OR Art. 337a, N3.

⁶⁹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 337a, N 7.

⁶⁹⁷ ABEGG, Präjudizienbuch OR, Art. 337a, N. 1.

⁶⁹⁸ Bkz. §5, V, 3, b.

süremez. Diğer bir ifadeyle, hakkı tehlikeye düşen taraf, eğer kendi edimini ifa ettiyse, artık TBK m. 98'in getirdiği savunmadan faydalanamaz. Bu durumda başvurulacak kurum borçlunun temerrüdüdür.⁶⁹⁹ Şüphesiz söz konusu şart, örneğin tek edimli bir satış sözleşmesinde uygun sonuç doğmasını sağlamaktadır. Zira satış bedelini ödeyen tarafın, artık ödemezlik def'i ileri sürerek kaçınabileceği bir edimi ortada kalmamaktadır. Ancak sürekli edimli sözleşmelerde anılan şartın aranması, hakkı tehlikeye düşen tarafı TBK m. 98'in korunmasından mahrum bırakmaktadır.

Kanımızca söz konusu şartın iş sözleşmelerinde uygulanması, işçi açısından adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Farklı bir ifadeyle, işçi ücret alacağı tehlikede olan döneme ait iş görme borcunun tamamını yerine getirmesine bağlı olarak, TBK m. 98'in sağladığı savunmadan yararlanamamaktadır. Bu nedenle, işçi, her ne kadar anılan döneme ait iş görme borcunu ifa etmiş olsa da bir sonraki döneme ait iş görme borcundan kaçınabilmelidir. Zira iş görme ve ücret ödeme borçları sadece birer döneme ait bir karşılıklılık değil, bir bütün olarak karşılıklılık içeresindedir.⁷⁰⁰

Sonuç olarak, teminat için işverene verilen süre ücretin muacceliyet tarihini geçse ve işçi anılan döneme ait iş görme borcunun tamamını ifa etse dahi, TBK m. 98 çerçevesinde kaçınma hakkını kullanabilir. Şüphesiz, işverenin teminat sağlamadığı durumlarda işçi, TBK m. 97 veya İşK m. 34 çerçevesinde verilmesi gereken bekleme süresini doldurduktan sonra, kaçınma hakkının dayanağını olan TBK m. 98'i, İşK m. 34 veya TBK m. 97 olarak değiştirebilir.

2.2.7.2. Teminat Gösterilmemesinin Doğuracağı Diğer Sonuç

Tehlikede olan alacağa karşı bir teminat gösterilmemişse, diğer şartların da sağlanmasıyla birlikte işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Ancak teminat göstermemenin doğurduğu başka bir sonuç daha vardır.

TBK m. 98/2'de, "*Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.*" hükmü düzenlenmiştir. Bu bakımdan eğer uygun bir sürede, teminat gösterilmezse, karşı alacağı tehlikeye düşen taraf sözleşmeden dönebilir. Ancak, iş sözleşmelerinde, bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Zira sözleşmeden dönme, iş ilişkisinde tasfiyesi imkansız bir durum yaratacağı için, burada sözleşmenin ancak

⁶⁹⁹ EREN, P. 3125.

⁷⁰⁰ KANİTİ, s. 73-75; DEHMEL, s. 110-111; PEKMEZ, s. 349-350.

feshinden bahsedilebilir.⁷⁰¹ Bu nedenle, işçi TBK m. 98 gereği sözleşmeden dönemese de anılan hükmün iş hukukunda doğuracağı sonuç, işçinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı olarak kabul edilebilir.

Madde metninde güvencenin “uygun bir süre” içerisinde verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu sürenin ne kadar olması gerektiği tam olarak belirtilmemiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kanımızca bu süre 10 günden fazla olmamalıdır. Anılan sürede güvence gösterilmezse, işçi TBK m. 98 kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir veya sözleşmeyi TBK m. 98/2 çerçevesinde haklı nedenle derhal feshedebilir.

Aslında TBK m. 98/2 olmasaydı dahi, TBK m. 436’da düzenlenen hüküm gereği işçi, sözleşmeyi yine haklı nedenle feshedebilirdi. Anılan hükme göre, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Görüleceği üzere, aslında bu hüküm, TBK m. 98/2’nin iş ilişkisine uyarlanmış halidir.

İfade etmek gerekir ki ücretin öden(e)meyeceğinin açıkça belirtildiği veya bu durumun açıkça anlaşıldığı durumlarda da anılan alacak için güvence verilmediği durumda işçi, TBK m. 436 çerçevesinde fesih hakkını kullanabilmelidir.

Aynı hususun, İsviçre hukukunda da geçerli olduğu görülmektedir. İsviçre’de tehlikede olan alacağa güvence gösterilmediği zaman alacağı tehlikede olan tarafın sözleşmeyi geri alabileceğinin düzenlendiği hüküm OR Art. 83/2 maddesinde, işverenin ifa güçsüzlüğü nedeniyle ücret alacağına karşı güvence göstermemesi durumunda işçinin sözleşmeyi fesih hakkı, OR Art. 337a hükmünde düzenlenmiştir. Yine benzer şekilde, OR Art. 83/2’nin etkisi geçmişe yönelikken, OR Art. 337a ileriye etkilidir.⁷⁰² Yine aynı şekilde, OR Art. 83/2’de düzenlenen güvence ile OR Art. 337a de benzerdir. Bu nedenle öğretide, gösterilmesi gereken güvencenin, bankada oluşturulacak bloke hesap, banka teminat mektubu şeklinde olabileceği belirtilmiştir.⁷⁰³

2.2.7.3. Ücret Garanti Fonu’ndan Yararlanmanın, Teminat Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Yukarıda ifade edildiği üzere ücret alacağının güvence altına alındığı durumlarda, işveren ifa güçsüzlüğü içinde olsa dahi, işçi çalışmaktan kaçınmaz. Zira ücret alacağı

⁷⁰¹ SÜZEK, s. 60; GÜNEŞ/MUTLAY, s. 237.

⁷⁰² STAEHELIN, ZK, OR Art. 337a, N. 1.

⁷⁰³ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 337a, N. 4; STAEHELIN ZK, OR Art. 337a, N. 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 337a, N 6; EMMEL, CHK, Art. 337a, N.2; MILANI, OFK, Art. 337a, N 4.

güvence altında olduğu için, alacağın tehlikede olması söz konusu değildir. Peki işçilerin ücret garanti fonundan yararlanabiliyor olması, gelecek döneme ait ücretlerin güvence altında olduğu anlamına gelir mi?

Ücret Garanti Fonu, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun “İşverenin ödeme aczine düşmesi” başlıklı ek 1. maddesinde düzenlenmiştir.⁷⁰⁴ Ücret garanti fonunun detayları konumuzun sınırlarını aşmaktadır. Ancak kısaca ifade etmek gerekirse, ücret garanti fonu, işverenin bazı sebeplere bağlı olarak ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda,⁷⁰⁵ işçinin ödenmeyen son üç aylık ücretinin karşılanması sağlar.

Anılan fondan yararlanabilmek için, işverenin maddede belirtilen hallerden biri sebebiyle ödeme güçlüğüne düşmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, madde metni dışında sayılan haller dışında başka bir sebebe dayanan ödeme güçlüğü, işçinin ücret garanti fonundan yararlanmasının önünde engeldir.⁷⁰⁶ Bu durum madde de şu şekilde ifade edilmiştir; “*Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, [...]*”.

Madde metninde belirtilen ikinci şart ise, işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde, aynı işyerinde çalışmış olması zorunluluğudur. Bu bakımdan, ödeme güçlüğünden geriye doğru gidildiğinde, 1 yıldan daha az çalışanlar anılan fondan faydalanmazlar.⁷⁰⁷

Belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, ödenecek ücretin sadece temel ücret olduğudur. Bunlar dışında, “*işçinin işsizlik sigortası kapsamındaki işçilerden olması*”, “*işçinin başvurusu*” ve “*fonda para bulunması*” da ücret garanti fonundan yararlanabilmenin diğer şartlarıdır.⁷⁰⁸

Görülmektedir ki ücret garanti fonu, işçinin ücretine belirli bir güvence getirmektedir ancak bu güvenceye birçok yerden sınırlama da getirilmiştir. TBK m. 98’in uygulanması için işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinde herhangi bir sebep sınırlaması yokken, ek madde 1’de, ödeme güçlüğüne sebepleri maddede sınırlı şekilde belirtilmiştir. Ayrıca, TBK m. 98’in

⁷⁰⁴ Detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 379-380; KORKUSUZ, M. Refik, Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku’nda İşçilik Alacaklarının Korunması, Roma Yayınları, Ankara, 2004, s. 179-192; ÇİL, Ücretin Ödenmesi, s. 1291-1293; SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, “İşverenin Ödeme Aczi Halinde İşçilik Alacaklarının Korunması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’ e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s. 1476 vd.; YORULMAZ, Çiğdem, İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Halinde İşçilik Alacaklarının Korunması, Yetkin, Ankara, 2020, s. 267-286.

⁷⁰⁵ Ödeme güçlüğü’nün sebepleri 4447 sayılı Kanun ek madde 1 ile, “işverenin konkordato ilan etmesi”, “işveren için aciz vesikası alınması” ve “işverenin iflası veya iflasın ertelenmesi” şeklinde sınırlandırmıştır.

⁷⁰⁶ ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1292; ÇOPUROĞLU, s. 258.

⁷⁰⁷ SÜZEK, s. 380; ÇOPUROĞLU, s. 258.

⁷⁰⁸ ÇOPUROĞLU, s. 258, 259.

uygulanması için, anılan işyerinde belirli bir süre çalışma sınırı yokken, ücret garanti fonunda, işyerinde bir yıl çalışmış olma koşulu aranmaktadır. Son olarak ise, sadece temel ücretin değil, geniş anlamda ücret içerisine giren diğer ödemelerin ödenmemesi de TBK m. 98'in uygulanması için yeterlidir, ancak ücret garanti fonu, sadece temel ücreti 3 aya kadar güvence altına almaktadır. Diğer bir ifadeyle ücret garanti fonu, prim, ikramiye ve fazla çalışma gibi alacakları karşılamadığı gibi, tehlikede olan en fazla 3 aylık ücreti güvence altına almaktadır.⁷⁰⁹ Ayrıca fondan karşılanacak ücretin tavanına ilişkin bir sınır da düzenlenmiştir. Ek madde 1'de, işçiye ödenecek tutarın, SSGSSK m. 82'de düzenlenen üst kazanç sınırını aşamayacağı da belirtilmiştir.⁷¹⁰

Sonuç olarak, ücret garanti fonu, işçinin ücretini belirli bir ölçüde güvence altına almaktadır ve bu nedenle, kısmen de olsa, işçinin ücretinin tehlike altında olmadığı söylenebilir. Ancak işçinin temel ücreti dışındaki ödemeler veya o işyerinde bir yıl çalışma şartını sağlamayan işçilerin ücretleri güvence altında değildir. Ayrıca, şartların sağlanması halinde işçinin 3 aylık ücreti güvence altında olsa bile, 3 aydan sonra ödenmesi gereken ücretler yine güvence altında değildir.

Bu konunun değerlendirilmesinde, sözleşmenin haklı nedenle feshi üzerinden hareket edilmesinde fayda vardır. Yargıtay kararlarında⁷¹¹ ve öğretide,⁷¹² işçinin ücret garanti fonundan yararlanabilecek olmasının, işçinin haklı nedenle fesih hakkını ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, ücretin fon tarafından kısmen güvence altına alınmış olması, işçinin sözleşmeyi haklı feshini engelleyememektedir.

Bu sonuca bağlı olarak, işçinin ücret garanti fonundan yararlanacak olması, daha ağır bir yaptırım olan sözleşmenin feshini engelleyemezken, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının önünde bir engel olarak değerlendirilmemelidir. Ayrıca anılan fon, işçinin dar ve geniş anlamda ücreti için yeterli teminatı da sağlamamaktadır. Bu nedenle anılan fondan yararlanmak, ücretlerin tehlike içinde olmadığı anlamına gelmez ve diğer şartların da sağlanması halinde işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

⁷⁰⁹ **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1292.

⁷¹⁰ **SÜZEK**, s. 380.

⁷¹¹ Kararlar doğrudan, ücret garanti fonu ile sağlanan güvencenin fesih hakkına etkisini incelememekle beraber, kararlarda genel olarak anılan fondan sağlanan güvencenin, fesih hakkını ortadan kaldırmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Y.9.HD.** E. 2008/31907, K. 2010/20542, T. 25.06.2010; **Y.9HD.** E. 2008/14545, K. 2010/292, T. 18.01.2010. (www.legalbank.net)

⁷¹² **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1273.

2.2.7.4. Ücretin Öden(e)meyeceğinin Açıkça Belirtildiği veya Bunun İşverenin İçinde Bulunduğu Koşullardan Açıkça Anlaşıldığı Durumlarda Makul Sürenin/Bekleme Süresinin ve Teminat Gösterilmesinin Gerekliliğinin Değerlendirilmesi

Ücretin ödenmeyeceği veya ödenemeyeceği işveren tarafından açıkça belirtilirse, işverenden teminat istenmesine ve teminat verilinceye kadar uygun bir süre beklenilmesine gerek yoktur. Zira ücretin ödenmeyeceği veya ödenemeyeceği işveren tarafından açıkça belirtilmiştir. Böyle bir durumda, işverenin anılan alacağa karşı teminat göstermesi de beklenemez.

Ancak, ücretin ödenmeyeceği veya ödenemeyeceği işverenin içinde bulunduğu koşullardan açıkça anlaşılıyorsa, bu durum, işveren tarafından açıkça belirtilmediği için, işçi anılan alacağa teminat gösterilmesi için işverene uygun bir süre vermelidir. Uygun süre içerisinde teminat verilmezse, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir veya TBK m. 436 çerçevesinde, sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Diğer bir ifadeyle, anılan uygun süre veya bekleme süresi hem çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi hem de işçinin TBK m. 436 gereği sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için dolması gereken bir süredir.

2.2.8. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanacağına İlişkin İrade Beyanı

Bilindiği üzere, ödemezlik def'inin sonuç doğurabilmesi için, taraflarca bunun ileri sürülmesi gerekir. Bu durum, ise ancak bir irade beyanı ile gerçekleşir. Anılan irade beyanı sözlü olabileceği gibi yazılı da olabilir. Bu nedenle TBK m. 97'de olduğu gibi, TBK m. 98'de düzenlenen ödemezlik def'inin de sonuç doğurması ancak bir irade beyanı ile mümkündür.

Ancak ifade etmemiz gerekir ki, bu başlık altında bahsedilen irade beyanı, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığına ilişkin bir irade beyanından ziyade, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılacağına ilişkin bir ön bildirimdir. Zira, ücretin ödenemeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkında, kural olarak bildirimin yapılması gerektiğini ve tehlikedeki alacağa karşı teminat gösterilmesi için uygun bir süre verilmesini kabul etmek etmekteyiz.

TBK m. 97 ve İşK m. 34 çerçevesinde kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkında, bekleme süresi, ücretin ifa zamanından bir sonraki gün başlar. TBK m. 98'in uygulanması noktasında ise TBK m. 97 veya İşK m. 34'te olduğu gibi belirli bir gün yoktur. Zira, madde metni bu konuya ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle anılan sürenin ne zaman ve nasıl başlayacağı hukuki sorunu ortaya çıkar.

Anılan sürenin ne zaman ve nasıl başlayacağı hukuki sorunlarının cevabı birbiriyle bağlantılı olduğu gibi, bekleme süresi/makul süre ile de bağlantılıdır. Her ne kadar, TBK m. 98'de ödemezlik def'inin ileri sürülmesi için bekleme süresi veya ön bildirim şartı

düzenlenmemiş olsa da iş ilişkilerinde bu şartın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer bir ifadeyle, bekleme süresinin başlangıcı ve bekleme süresinin nasıl başlayacağı, işçinin işverene konuya ilişkin ön bildirim yapması ile sağlanır.

Bu noktada işçinin işveren makul sürede teminat gösterilmesi için bildirimde bulunması aynı zamanda makul sürede teminat verilmediği takdirde, kaçınma hakkını kullanacağı bilgisini de içermektedir. Bu nedenle kaçınma hakkı kullanılmadan önce tekrardan bir irade beyanına gerek duyulmamalıdır.

İşçi, yapılacak bildirimde, gelecek ücretinin tehlikede olduğu nedeniyle, makul bir sürede tehlikede olan ücret alacağına karşı teminat gösterilmemesi durumunda, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacağını veya sözleşmeyi feshedeceğini bildirmelidir. Makul sürenin sonunda gerekli teminat gösterilmemesi durumunda, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmayı veya sözleşmeyi feshetme yolunu seçebilir.

Ön bildirimin yapılması, bekleme süresinin başlangıcı dışında, ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi anlamında da oldukça önemlidir. Zira işveren makul süre içerisinde teminat göstererek, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını veya sözleşmeyi feshetme hakkını engelleyebilir ve işçi de tehlikede olan alacağına karşı bir güvence elde etmiş olur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÜCRETE BAĞLI ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KULLANMASI VE HAKKIN KULLANILMASININ SONUÇLARI

3.1. Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması ve Hakkın Kullanılmasının Sınırları

3.1.1. Genel Olarak

Çalışmaktan kaçınma hakkının doğrudan düzenlendiği İşK m. 34'te, hakkın doğması için gereken şartlar ve hakkın kullanılmasının sonuçları düzenlenmiş ancak hakkın nasıl kullanılması gerektiği düzenlenmemiştir. Anılan hakkın diğer dayanağı olan TBK m. 97'de ve gelecek döneme ait ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen TBK m. 98'de de hakkın nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Çalışmanın bu başlığında hem ücretin ödenmemesi hem de ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının kim tarafından kullanılacağı ve anılan hakkın kullanımı için kişisel kararın gerekip gerekmediği, hakkın kullanılma biçimi, sınırları ve uzun süre kullanılmaması konuları incelenmiştir.

Çalışmanın bu bölümünde özellikle geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı (İşK m. 34 ve TBK m. 97) üzerinden hareket edilmiştir. Ancak gerekli yerlerde, TBK m. 98'e dayanan çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin bilgiler de verilmiştir. Bu nedenle ayrıca belirtilmediği sürece aşağıda verilen bilgiler, hakkın niteliğine uygun düştüğü sürece, ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı (TBK m. 98) için de geçerlidir.

3.1.2. Çalışmaktan Kaçınmanın Hakkını Kullanacak Kişinin Tespit Edilmesi

Birinci bölümde detaylıca incelendiği üzere,⁷¹³ çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemezlik def'idir. Ödemezlik def'i ise, karşı haklar (def'i hakları) kavramı altında düzenlenen bir savunma aracıdır.

Def'i hakkı sahibi, kanunun veya sözleşmenin sağladığı özel bir nedene dayanarak anılan hakkı kullanarak, karşı tarafın ileri sürmüş olduğu hakkın hukuki bir sonuç doğurmasını geçici veya sürekli olarak engeller.⁷¹⁴

⁷¹³ Bkz. §4

⁷¹⁴ BUZ, s. 90; ANTALYA, Cilt 1, s. 42; ÇUKADAR, s. 19-20.

Def'iler tali haklardır ve kural olarak⁷¹⁵ sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilir.⁷¹⁶ Bu nedenle çalışmaktan kaçınma hakkının da sadece işçi tarafından ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. Bu noktada ise, 18 yaşını doldurmamış işçiler için de aynı sonucun geçerli olup olmayacağı hukuki sorunu ortaya çıkmaktadır.

İşK m. 71'de düzenlenen esas kurala göre, 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır.⁷¹⁷ Ancak maddenin devamında bu durumun iki ayrı istisnası düzenlenmiştir. İlk istisnaya göre, 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.⁷¹⁸ İkinci istisnaya göre ise, 14 yaşını doldurmamış çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler.

İfade etmek gerekir ki 18 yaşını doldurmamış ayırt etme gücüne sahip kişiler, sınırlı ehliyetsiz olduğu için, anılan kişilerin kendilerini borç altına sokacak hukuki işlem veya tasarruf işlemleri yapabilmesi, yasal temsilcinin iznine veya icazetine bağlıdır.⁷¹⁹ Buna bağlı olarak, 15 yaşını doldurmuş, ayırt etme gücüne sahip ancak 18 yaşını doldurmamış kişilerin iş sözleşmesi ile çalışması, yasal temsilcilerinin rızasına bağlıdır. Bu durum aynı zamanda 14 yaşını doldurmuş veya 14 yaşını doldurmamış çocuk işçiler için de geçerlidir.

Ödemezlik def'inin, kural olarak sadece hak sahibi tarafından ileri sürülmesi gerektiği yukarıda ifade edilmiştir. Bu noktada, çalışmaktan kaçınma hakkının da kural olarak sınırlı ehliyetsizler tarafından yasal temsilcilerinin rızası olmadan kullanmaları mümkündür. Zira anılan işlem, borçlandırıcı hukuki işlem veya tasarruf işlemi değildir. Yasal temsilcinin

⁷¹⁵ Bunun iki istisnası olduğu belirtilmiştir. İlk istisna, müteselsil borç ilişkilerinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, müteselsil borçlulardan her biri önce kendi şahsi def'ilerini alacaklıya karşı ileri sürebilir. Ancak müteselsil borçludan herhangi biri, alacaklıya karşı ortak def'ileri de ileri sürebilir (TBK m. 164). İkinci istisnai durum ise, kefalet ilişkilerinde düzenlenmiştir. TBK m. 591/1'e göre, kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise, asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile, anılan def'i kefil tarafından alacaklıya karşı ileri sürebilir. Bkz. **ÇUKADAR**, s. 65-66.

⁷¹⁶ **SEELIG, Hart**, Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden – heute und einst, Carl Heymanns Verlag, 1980, s. 65; **ÇUKADAR**, s. 104.

⁷¹⁷ İşK m. 71 hükmüne ve Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4'e göre, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış işçiler, genç işçi olarak adlandırılmaktadır. Yönetmelik için bkz R.G. T. 06.04.2004, s. 25425.

⁷¹⁸ İşK m. 71 hükmüne ve Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4'e göre, 14 yaşını bitirmiş ancak 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış işçiler, çocuk işçi olarak adlandırılmaktadır.

⁷¹⁹ **ANTALYA/TOPUZ**, s. 193.

rızasının arandığı kabul edilse bile, iş sözleşmesi kurulması için verilen rızanın, iş ilişkisinden doğan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için de verildiği kabul edilmelidir.

Her ne kadar ana kural, özellikle genç işçilerin bu hakkı kural olarak yasal temsilcilerinin rızası olmadan kullanmaları olsa da bazı durumlarda; örneğin, 14 yaşını doldurmamış ve sanat, kültür ve reklam işlerinde çalışan çocuğun, anılan hakkı kullanabilmesi mümkün olmayabilir. Bu noktada ise, çalışmaktan kaçınma hakkının yasal temsilci tarafından çocuk işçi adına kullanılmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Örneğin, 5 yaşındaki bir çocuk işçinin ödemezlik def'i ileri sürerek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini düşünmek, hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle, söz konusu savunma, çocuk işçinin yasal temsilcileri tarafından ileri sürülerek kullanılabilir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının başka biri tarafından kullanılması noktasında ortaya çıkabilecek diğer bir hukuki sorun ise, anılan hakkın bir kuruluşa, örneğin bir sendikaya veya başka bir kişiye devredilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınma hakkının şartlarının ortaya çıkması durumunda, anılan hakkın sendika tarafından ileri sürülebileceğine dair bir TİS veya bireysel sözleşme hükmü geçerli kabul edilebilir mi?

Kanımızca, yukarıda ifade edildiği üzere, çalışmaktan kaçınma hakkı kural olarak bizzat hak sahibi tarafından ileri sürülmelidir. Konuya ilişkin istisnaların sınırlı sayıda olduğu kabul edilmeli ve bu nedenle, anılan yönde TİS veya bireysel sözleşme hükmüne geçerlilik tanınmamalıdır.

3.1.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının İşçinin Kişisel Kararına Dayanması Sorunu

3.1.3.1. Genel Olarak

İşçinin çalışmaktan kaçınma eyleminin hukuka uygun olması, anılan hakkın kullanılması için gereken şartların sağlanmasına bağlıdır. Bu şartlar ise, çalışmanın ikinci bölümünde detaylıca incelenmiştir.⁷²⁰ İşK m. 34/I'nin ikinci cümlesi “*Bu nedenle **kişisel kararlarına** dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez*” hükmünü düzenlemiştir. Anılan hükümden çıkan anlama göre, çalışmaktan kaçınan işçilerin sayısının toplu nitelik taşıması, grev olarak nitelendirilmez.

Gerçekten de anılan hüküm ile toplu olarak kullanılan kaçınmaların yasa dışı grev olarak nitelendirilmemesi amaçlanmıştır. Nitekim bu husus, Maddenin tasarı metnine göre düzenlenen gerekçesinde de şu şekilde izah edilmiştir; “[...] Ayrıca toplu halde hak ettikleri

⁷²⁰ Bkz. §5, §6.

ücreti alamayan işçilerin kişisel kararlarına dayanarak işi bırakmaları halinde bu girişimleri toplu bir nitelik kazansa dahi grev sayılmayacağı hükme bağlanarak, hukuken geçerli bir girişimin yasa dışı grev olarak nitelendirilmesi engellenmiş ve [...]. Böylece ilkesel açıdan Borçlar Kanunu'nun 81 inci maddesindeki düzenleme ile uyum sağlanmıştır.” Bu düzenleme ile geçmişte yaşanan tartışmalara da son verilmek istenmiştir. Zira anılan düzenlemeden önce, öğretideki bir görüşe⁷²¹ ve Yargıtay kararına⁷²² göre ücretin ödenmemesi nedeniyle işçilerin çalışmaktan kaçınmaları yasadışı grev teşkil etmekteydi.

Kanun koyucunun anılan hükümde yer alan “**kişisel kararlarına dayanarak**” ifadesi ile kaçınmanın işçinin kişisel kararına dayanması gerektiğini bir şart olarak mı düzenlemeyi amaçladığı ise anlaşılmamaktadır.

Ayrıca kanun koyucunun “kişisel karar” kavramı ile neyi ifade etmek istediği de açık değildir. Bu nedenle ilk önce anılan kavramdan ne anlaşılması gerektiği, daha sonra ise konuya ilişkin ortaya çıkan iki temel hukuki sorun incelenmelidir. Bunlardan ilki, kişisel kararın çalışmaktan kaçınma hakkının “bireysel” olarak kullanılmasına etkisi, diğeri ise kişisel kararın hakkın “toplu” olarak kullanılmasına etkisidir. Konu, öğretide çoğunlukla hakkın toplu olarak kullanılması çerçevesinde incelenmiştir. Ancak konunun hakkın bireysel kullanılması çerçevesinde de incelenmesi gerekir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki kişisel karar, bir bireyin özgür iradesi ile bir konu hakkında almış olduğu karardır. Bu noktada kişisel kararın alınmasında çevresel faktörlerin etkisi olabileceği gibi, hiçbir etkinin söz konusu olmadığı durumlar da ortaya çıkabilir. Diğer bir ifadeyle, kişisel kararın alınması sürecinde, bireyi dış dünyadan tamamiyle soyutlamak mümkün değildir. Önemli olan husus, bireyin özgür iradesinin varlığıdır. Bu nedenle, başkaları tarafından uygulanan fiziksel veya psikolojik baskı nedeniyle kişinin özgür iradesinin söz konusu olmadığı durumlarda kişisel kararın varlığından bahsedilemez. Ancak diğer durumlarda alınan karar, başka kişilerin veya kurumların etkisi olsa da en nihayetinde kişinin kendi özgür iradesi çerçevesinde gerçekleşmektedir.

3.1.3.2. Kişisel Kararın Bireysel Olarak Kullanılan Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Etkisi

İşK m. 34/I'nin ikinci cümlesi, işçinin kişisel kararına dayanan toplu kaçınmaya yönelik bir düzenleme getirmiş ancak işçinin kişisel kararına dayanmayan bireysel kaçınmaya ilişkin

⁷²¹ AKYOL, s. 3; OĞUZMAN, İşçi-İşveren İlişkileri, s. 246-247; NARMANLIOĞLU, Grev, s. 86-87; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 613-614.

⁷²² Y.9.HD., E. 1975/25578, K. 1975/42855, T. 22.09.1975.

bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle kişisel kararın bireysel kaçınma çerçevesinde değerlendirilmesi hususunda genel olarak bir tartışma bulunmamakta, esas tartışma, grev çerçevesinde gerçekleşmektedir.

Grevin maddi unsuru, işçilerin topluca iş görmekten kaçınmaları olduğu için,⁷²³ bireysel kaçınmalarda, işçinin kişisel kararının olmamasının, anılan eylemi kanun dışı eylem haline getirmeyeceği belirtilmiştir.⁷²⁴ Bu bakımdan örneğin işyerinde çalışan sadece bir işçinin ücretinin ödenmediği ve anılan işçinin kişisel kararına dayanmayan şekilde çalışmaktan kaçınması, toplu nitelikte olmadığı için yasadışı grev olarak nitelendirilemez. Zira bu durumda, ifade ettiğimiz üzere, grevin maddi unsuru sağlanmamış olur.

Kişisel karara dayanmayan bireysel kaçınma, kanun dışı grev olarak kabul edilmese de anılan hakkın kullanılmasının hukuka uygun olmadığı söylenebilir mi? Diğer bir ifadeyle, kişisel kararın işçiden kaynaklanmamış olması, kaçınma hakkının işçinin kendi özgür iradesiyle kullanılmadığı anlamına gelir mi? Bu hususta ise, kişisel karar kavramından ne anlaşılacağı önem taşır. Eğer kişisel karar, dış etkenlerden tamamıyla soyutlanmış bir kavram olarak ele alınırsa, işçinin çevresinden etkilenerek anılan hakkı kullanması, hukuka aykırı olarak değerlendirilebilir. Ancak kişisel kararı, dış etkenlerden ayırmak mümkün değildir. Anılan kararın işçinin ailesinden veya arkadaşlarından kaynaklanmış olması veya çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında başkalarının görüşünden faydalanılması, anılan hakkın, işçinin özgür iradesi doğrultusunda kullanılmadığı anlamına gelmez. Ayrıca işçinin bu hakkı kullanırken, çevresindeki insanlardan etkilenmemesini beklemek, hayatın olağan akışına da aykırıdır.

Bu noktada işçinin üyesi olduğu veya olmadığı bir sendikanın tavsiyesi üzerine, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması durumunda da farklı bir sonuca ulaşılmamalıdır. Zira sendikanın işçinin özgür iradesini bağlayacak şekilde karar alması mümkün değildir. Sendika tarafından alınan karar ancak tavsiye şeklinde değerlendirilebilir. Bu nedenle, sendika kararının/tavsiyesinin mevcudiyeti, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını özgür iradesiyle kullanmadığı anlamına gelmez.

3.1.3.2. Toplu Olarak Kullanılan Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İfade ettiğimiz üzere, toplu kaçınmalarda, konunun altında yatan temel düşünce, kişisel karara dayanmayan çalışmaktan kaçınma hakkının grev olarak nitelendirilebilmesidir.

⁷²³ Grevin kolektif bir nitelik mi taşıması gerektiğine veya tek bir işçi ile de grevin mümkün olup olmadığına yönelik öğretide yer alan tartışmalar için bkz. NARMANLIOĞLU, Grev, s. 59-65; MANAV ÖZDEMİR, Grev, s. 65-67.; AKYİĞİT, Toplu İş, s. 557.

⁷²⁴ GÖKTAŞ, s. 97.

Öğretideki bir görüş, İşK m. 34 gereği çalışmaktan kaçınma kararının doğrudan işçinin kişisel iradesine dayanması gerektiğini, aksi takdirde bunun grev olarak değerlendirilebileceğini belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle anılan, görüşe göre ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma eyleminin bir sendikanın veya başka bir örgütün/kuruluşun veya başka bir işçinin/işçi grubunun kararına dayanması durumunda, bu eylem yasadışı grev teşkil eder. Bu nedenle anılan görüşe göre, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında bizzat işçinin kişisel kararı aranır.⁷²⁵ Nitekim bu doğrultuda öğretideki bazı yazarlar, “çalışmaktan kaçınma hakkının işçinin kişisel kararına dayanmasını”, çalışmaktan kaçınma hakkının şartları altında incelemiştir.⁷²⁶

Anılan görüşü savunan **Şahlanan’a** göre, işçilerin bir sendikanın kararına uyarak veya kendi aralarında anlaşıp işi bırakmaları, diğer şartlar sağlanmış olsa bile, kanunsuz grev olarak nitelendirilebilir. Bu yüzden, kişisel kararın varlığı gerekir.⁷²⁷ Benzer bir görüşü savunan **Göktaş** ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının bireysel karara dayanması gerektiğini düzenleyen yasanın isabetli olmadığını kabul etmekte, ancak hukukumuzda hak grevinin kabul edilmemesi sebebiyle, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını sayısal olarak toplu kullandıkları durumda “kişisel karar” unsurunun aranması gerektiğini, aksi takdirde toplu kaçınmanın kanun dışı grev olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Yazarın haklı olarak belirttiği üzere, işçilerin bu sırada hangi amaçla hareket ettiklerinin tespiti oldukça zordur. Bu nedenle toplu olarak kaçınmalarda, işçilerin kaçınmasının karine olarak bireysel karara dayandığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aksi takdirde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması kişisel karara dayansa bile, sadece aynı döneme denk gelmesi sebebiyle, anılan işçinin kaçınmasının kanun dışı grev olarak kabul edilmesinin önü açılmış olur.⁷²⁸ **Narmanlıoğlu’na** göre ise, genel olarak işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını topluca kullanmalarında bir sakınca yoktur ancak, işçilerin işi bırakma eyleminde izledikleri amaç önem taşır. Buna göre, eğer işçilerin “grev yapmak niyetiyle” iş görme edimini İşK m. 34’ün çerçevesinde bırakmaları uygun değildir.⁷²⁹

Soyer’e göre, çalışmaktan kaçınma kararının kişisel olması, üçüncü kişiye ait olması veya başka bir kuruluşa ait olması, kaçınma eylemini kanun dışı grev haline getirmez. Öte yandan, sendikaları çalışmaktan kaçınma hakkının dışında tutmak da isabetli bir yaklaşım

⁷²⁵ **ŞAHLANAN**, Ücretin Ödenmemesi, s. 3-4; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 155; **TUNCAY**, Kaçınma Hakkı, s. 653; **GÜNAY**, Ücret, s. 44-45; **ALPAGUT**, Ücret, s. 57, 62; **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1286; **GÖKTAŞ**, s. 97-98.

⁷²⁶ **ALPAGUT**, Ücret, s. 57; **GÖKTAŞ**, s. 95-100; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 129-130; **DULAY YANGIN**, s. 217-218

⁷²⁷ **ŞAHLANAN**, Ücretin Ödenmemesi, s. 4-5.

⁷²⁸ **GÖKTAŞ**, s.

⁷²⁹ **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 631.

değildir.⁷³⁰ Benzer şekilde **Sur'a** göre ise, sendikaların bu konuda bağlayıcı karar almaları mümkün değildir. Bu nedenle, sendikanın veya başka bir kuruluşun söz konusu kararı alması durumunda da bir değişiklik olmaz.⁷³¹ Zira esas fikir başka bir kurumdan, işçiden veya topluluktan çıksa bile, bu hakkın uygulanması, işçinin yine kendi özgür iradesi çerçevesinde mümkündür. Diğer bir ifadeyle önemli olan husus, işçinin özgür iradesiyle anılan hakkı kullanmak isteyip istemediğidir.⁷³²

Ancak bu görüşün aksini savunan **Alpagut'a** göre ise, bu konularda sendikaların bağlayıcı karar alamaması, anılan eylemlerin hak grevi veya kanun dışı grev olarak tanımlanmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, eğer sendikalar bu konuda bağlayıcı karar alabiliyor olsaydı, hak grevine imkan tanınmış olurdu. Bu nedenle, anılan görüşe göre, sendikanın kararına uyarak kullanılan çalışmaktan kaçınma hakkının kanun dışı grev kabul edilmesi, İşK m. 34'ün ve STİSK'nun (TİSGLK) kabul ettiği grev sistemine de uygundur.⁷³³

Kanımızca işçilerin ücretlerinin ödenmediği bir işyerinde, işçilerin hayatın olağan akışına uygun olarak kendi aralarında toplanıp çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları mümkündür. Aynı şekilde işçi, bu kararın alınmasında aile üyelerinden veya üçüncü kişilerden de görüş veya tavsiye almış olabilir. Bu noktada, her işçinin bu kararı kişisel olarak alıp almadığının hakkın kullanımına bir etkisi olmamalıdır. Bu durumun kim tarafından, nasıl ispat edilebileceği ise ayrı bir hukuki sorundur.

Daha önce ifade edildiği üzere, sendikaların çalışmaktan kaçınma hakkını kullanma yönünde bir karar alması, işçiler için en fazla tavsiye niteliğinde kabul edilebilir. Sendikanın böyle bir karar almasının, hak grevi yolunu açtığı görüşü de yerinde değildir.⁷³⁴ Zira ortada işçilere anılan hakkı kullanmak için kanun tarafından verilen bir hak vardır. Bunun toplu olarak kullanılması veya başka bir kuruluşun tavsiyesine dayanılarak kullanılmış olması, anılan hakkın niteliğini veya hukuka uygunluğunu etkilememelidir.

Ayrıca öğretilde belirtildiği üzere, sendikaları çalışmaktan kaçınma hakkını toplu kullanılmasının dışında tutmak, bağlayıcı olmasa bile bu konuda karar vermesinin önüne geçmek, çalışmaktan kaçınma hakkının uygulama alanını oldukça sınırlar.⁷³⁵ Zira sendikaların amacı işçilerin haklarını korumak ve geliştirmektir. Bu nedenle, sendikaların bu yönde bir tavsiyede bulunmamasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım değildir.

⁷³⁰ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 666-668.

⁷³¹ **SUR**, Kaçınma Hakkı, s. 399; **SUR, Melda**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2020, s. 431.

⁷³² **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 22; **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1570; **BOZKURT**, s. 83-84.

⁷³³ **ALPAGUT**, Ücret, s. 62.

⁷³⁴ **ALPAGUT**, Ücret, s. 62.

⁷³⁵ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 666-667.

İfade etmek gerekir ki kişisel kararın bir şart olarak aranması, beraberinde birçok hukuki sorun da getirecektir. Örneğin, sendikanın, başka bir kuruluş, örgüt veya topluluğun, böyle bir karar almasından önce çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen, ancak anılan hakkı, karardan sonra kullanan işçinin, kişisel kararının olmadığı sonucuna gidilebilir mi? Bu durumda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması haksız mı kabul edilecektir? Eğer kişisel karar bir şart olarak kabul edilirse, bunun ispatı kimin üzerinde olacaktır? Sendika kararından sonra çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin, karine olarak kişisel kararının olmadığı söylenebilecek midir? Şüphesiz bu soruların hepsi, kişisel kararın şart olarak kabul edilmesinin ortaya çıkaracağı hukuki sorunlardır.

Sonuç olarak ister bireysel ister toplu olarak kullanılsın, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında, işçinin bireysel/kişisel kararının aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu noktada sendika veya başka bir örgütün kararı veya tavsiyesine dayanılarak ya da işçilerin kendi aralarında anlaşmaları sonucunda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları, toplu kaçınmayı haksız hale getirmemelidir.

İfade etmemiz gerekir ki, anılan tartışmaların tamamı, İŞK m. 34'ten bağımsız olarak, TBK m. 97 ve 98 çerçevesinde kullanılacak kaçınma hakları için de yapılabilir. Ancak varılacak sonuç farklı olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını özgür iradesi ile kullandıktan sonra, kaçınma fikrinin nereden veya kimden kaynaklandığının veya hangi madde kapsamında söz konusu hakkın kullanıldığının bir önemi yoktur.

3.1.4. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılmasının Sınırları

3.1.4.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Dürüstlük Kuralı ve Sadakat Borcu Çerçevesinde Sınırlandırılması

TMK m. 2/1 hükmüne göre; herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Anılan hüküm gereği işçiler de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.⁷³⁶ Bu nedenle anılan hakkın sınırlarını çizen ilk kural, TMK m. 2/1'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır.

Anılan hak sadece dürüstlük kuralı ile değil, TBK m. 396 doğrultusunda, sadakat borcu ile de sınırlandırılmıştır. Zira işçi, işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu altındadır.⁷³⁷ Bu bakımdan, işçi ve işverenin menfaatleri değerlendirilerek, işçinin

⁷³⁶ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 661-662.

⁷³⁷ HAASE, DB, s. 708-709; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 57

dürüstlük kuralı ve sadakat borcu gereği çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağı söylenebilir ise, işçinin kaçınması haksız olur.

Örneğin, Yargıtay 2002 yılında vermiş olduğu bir kararda, ücretleri ödenmediği için iş görme borcunu yerine getirmeyen ve gece-gündüz vardiyalarına katılarak, çalışmak isteyen diğer işçilerin işyerine girmelerini engelleyen işçilerin sözleşmelerinin işveren tarafından feshinin haklı olduğunu ifade etmiştir.⁷³⁸ Ancak burada Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın gerekçesinin, iş görme borcunu yerine getirmeyen işçilerin diğer işçilerin çalışmasını engellemesi mi olduğu yoksa çalışmaktan kaçınma hakkının tanınmaması mı olduğu açık değildir. Benzer bir olaya yönelik, **Bakırcı** ise, anılan durumda 818 sayılı BK m. 81 uyarınca işçilerin çalışmaktan kaçınabileceğini ancak, söz konusu işçilerce gerçekleştirilen engellenmenin, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olduğunu belirtmiştir.⁷³⁹

Dürüstlük kuralı çerçevesinde işçinin uyması gereken ilk kural anılan hakkı yanlış zamanda kullanmamaktır. İşverenin işçinin emeğine aşırı ihtiyaç duyduğu⁷⁴⁰ bir anda, işçinin çalışmaktan kaçınması, işverene beklenilenin ötesinde ve orantısız bir zarar verecekse, anılan hak dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılmamış kabul edilmelidir. Hangi durumlarda beklenilen ötesinde ve orantısız bir zarar çıkabileceği, her somut olayın koşulları göz önüne alınarak belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle hem işçinin hem de işverenin menfaatleri ve hakları karşılıklı olarak değerlendirilmeli ve bu doğrultuda bir sonuca gidilmelidir. Bu nedenle bu konuya ilişkin, kesin bir ölçütün verilmesi uygun değildir.⁷⁴¹

Örneğin; bir inşaat işyerinde, hazırlanmış betonu dökmekle görevli işçinin, beton harcı tam hazırlandıktan sonra çalışmaktan kaçınması ve bunun neticesinde anılan betonun kullanılamaz hale gelmesi durumunda işçi anılan hakkı kullanarak, işverene beklenilenin ötesinde ve orantısız zarar vermiş olur. Bu nedenle anılan işçinin dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket ettiği söylenemez.⁷⁴² Benzer olarak, bir tatlıcıda tatlıların yapımında çalışan işçinin, siparişlerin aşırı yoğun olduğu Ramazan Bayramı öncesinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

Yine aynı şekilde, bir pilotunun, uçak havadayken çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, dürüstlük kuralına aykırı olacağından, hukuka aykırıdır. Bu bakımdan pilotun, ancak bulunduğu seferi (gidiş-dönüş) tamamladıktan sonra çalışmaktan kaçınma hakkını

⁷³⁸ **Y.9.HD**, E. 2001/20341, K. 2002/585, T. 22.01.2002. (www.legalbank.net)

⁷³⁹ **Y.9.HD**, E. 2001/20349, K. 2002/593, T. 22.01.2002. Karar ve görüş için bkz. **BAKIRCI**, Milli Komite, s. 187-188.

⁷⁴⁰ Şüphesiz, işveren sürekli olarak işçinin işgücüne ihtiyaç duymaktadır. Ancak burada vurgulanmak istenen, işverenin işçinin işgücüne duyduğu ihtiyacın normal miktarı aşması durumudur.

⁷⁴¹ **DEHMEL**, s. 204;

⁷⁴² **BÖTTCHER**, s. 43; **DEHMEL**, s. 203.

kullanması mümkündür. Pilotlar için varmış olduğumuz sonuç, kanımızca kabin memurları için de geçerlidir. Zira uçak seferleri, zaman bakımından görece kısa bir süre devam eder. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak için özellikle bu zamanı beklemesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Kabin memurlarından sadece bir işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacak olması ve bu nedenle, kabindeki işin aksamayacak olması da sonucu değiştirmemelidir. Zira verilen örnekte, kaçınmayı hukuka aykırı hale getiren, işlerin aksayıp aksamaması değil, işçinin özellikle işverenin kendisinin iş gücüne ihtiyaç duyacağı anı seçerek hakkı, dürüstlük kuralına uygun kullanılmamasıdır.

Her ne kadar pilotların ve kabin memurlarının, uçak seferindeyken çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağını kabul etsek de benzer bir durumda olan gemi adamları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira gemi seferleri, uçak seferlerinden zaman olarak çok daha fazla sürmektedir. Bu bakımdan gemide çalışan işçinin, görece daha uzun bir süre boyunca ücretini almadan çalışmaya devam etmesi, kabul edilebilir bir durum değildir. Bu nedenle, gemi adamlarının, kural olarak gemi seferindeyken kaçınma haklarının olduğu ifade edilmelidir.

Dürüstlük kuralı gereği öğretide çalışmaktan kaçınma hakkının diğer bir sınırı olarak belirtilen diğer bir durum ise, ücretin ödenmesinde yaşanan kısa süreli gecikmelerdir. Alman hukukunda genel kabul gören görüşe göre, ücretin kısa süre gecikeceği bekleniyorsa eğer, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı yoktur. Zira bu durumda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.⁷⁴³ Ancak gecikmenin kısa süreceği düşünülürken, daha sonra gecikmenin daha da uzayacağı ortaya çıkarsa, işçinin çalışmaktan kaçınması engellenemez. Şüphesiz bu noktada işçinin, uygun bir bekleme süresini de doldurması gerekecektir.⁷⁴⁴

Türk hukukunda ise, İşK m. 34'te bekleme süresi doğrudan düzenlendiği için kısa süreli gecikmeler, çalışmaktan kaçınma hakkının kapsamı içerisine alınmamıştır. Aslında bu süre düzenlenmemiş olsaydı bile, kısa süreli gecikmelerde, işçinin sadakat borcu ve dürüstlük kuralı gereği, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı sonucuna varılabilirdi. Nitekim TBK m. 97 kapsamında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkında da doğrudan bir bekleme süresi düzenlenmemiş olmasına rağmen, kısa süreli gecikmelerde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

⁷⁴³ HAASE, Zurückbehaltungsrecht, s. 21; HAASE, DB, s. 710; JOCH, s. 36; NIKISCH, s. 375; DEHMEL, s. 201-202.

⁷⁴⁴ DEHMEL, s. 202

Dürüstlük kuralı ve sadakat borcunun getirdiği diğer bir sınırlama ise, işveren tarafından ödenmeyen/geciktirilen ücretin önemsiz olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, anılan sınır, işçi açısından önemsiz olan bir kısmın ödenmemesi durumunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının olmamasıdır. Ancak çalışmanın daha önceki kısımlarında ücretin önemsiz bir kısmının ödenmemesi⁷⁴⁵ durumlarında işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin detaylı bilgi verildiğinden burada anılan konulara değinilmemiştir.

3.1.4.2. Son Çare İlkesinin (Ultima Ratio) Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Çalışmaktan kaçınma hakkının sınırlarına ilişkin öğretide belirtilen hususlardan bir diğer ise, anılan hakkın “son çare” olarak kullanılmasıdır. Anılan görüş, TMK m. 2/1 hükmünün, dürüstlük kuralını somutlaştıran bir ölçüt olarak değerlendirilmesini ve çalışmaktan kaçınma hakkının “son çare” ilkesi çerçevesinde tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁴⁶

Alman hukukunda da benzer bir görüş mevcuttur. Anılan görüşe göre, toplu iş uyuşmazlıklarında, grev hakkının ultima ratio olarak uygulanması ilkesi, çalışmaktan kaçınma hakkı için de geçerlidir.⁷⁴⁷ Aksi yöndeki görüşe göre ise grev hakkı için uygulanan ve yazılı olmayan ultima ratio ilkesinin çalışmaktan kaçınma hakkı için uygulanması, doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıca iş görme borcunun ifa edilmemesi, son bir çare de değildir. Zira çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, ödenmeyen ücretlerin ödenmesi açısından işverene bir zorunluluk yüklememektedir. İşveren bu durumda, ücretleri ödeme yolunu tercih edebilir veya işçinin çalışmaktan kaçınmasının haksız olduğu iddiası ile yasal yollara başvurabilir.⁷⁴⁸

Yine benzer bir görüş savunan **Dehmel'e** göre, ultima ratio ilkesi, çalışmaktan kaçınma hakkının uygulanabilirliğini oldukça daraltmaktadır.⁷⁴⁹ Ayrıca, toplu iş uyuşmazlıklarında greve son çare olarak başvurulması, işveren üzerinde doğurabileceği etkilerden kaynaklanmaktadır. Ancak işveren, toplu iş uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın bir tarafı olarak yasaya aykırı davranış sergilememektedir. Bu nedenle, uyuşmazlığın giderilmesi

⁷⁴⁵ Bkz. §5, 6.

⁷⁴⁶ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 661-661; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 96-97.

⁷⁴⁷ **HAASE**, Zurückbehaltungsrecht, s. 17; **HAASE**, DB, s. 708-709.

⁷⁴⁸ **CAPODISTRIAS**, Streik un Zurückbehaltung s. 124. Benzer yönde bkz. **SÖLLNER**, ZfA, s. 12. **BÖTTCHER**, s. 40-41.

⁷⁴⁹ **DEHMEL**, s. 193. Bu noktada özellikle, kaçınma hakkının varlığına ilişkin işverene yapılacak bir bildirim, kaçınma hakkı kullanılmadan önce işverenle yapılacak bir müzakere aşaması ve işverene uygun bir süre tanınması ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılması gereken bir adımlar olarak gösterilmektedir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **DEHMEL**, s. 194-203.

için diğer bütün yolların tüketilmiş olması aranır. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkında, işveren sözleşmeyi ihlal etmektedir. Bu nedenle çalışmaktan kaçınma hakkının doğuracağı sonuçlar ölçülü olarak değerlendirilmektedir. **Dehmel** her ne kadar çalışmaktan kaçınma hakkının, ultima ratio ilkesi çerçevesinde -çok katı olduğu gerekçesiyle- uygulanmasını uygun görmese de anılan hakkın kullanılmasının ölçülülük ilkesine⁷⁵⁰ uygun şekilde kullanılması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁵¹

Yine aynı şekilde **Joch'a** göre, sözleşmeyi işveren ihlal etmesine rağmen, hukuki anlamda tecrübesiz olan işçiye, zaman baskısı altındayken, çalışmaktan kaçınma hakkını son çare ilkesi kapsamında kullanma değerlendirmesini ve bunun risklerini yüklemek, kabul edilebilir değildir. Aynı yazara göre, alacaklı konumunda olan işçinin, anılan alacağını istediği şekilde; çalışmaktan kaçınma hakkı veya diğer yasal yollarla talep etme özgürlüğü vardır.⁷⁵²

Öncelikle ifade etmek gerekir ki Türk hukukunda, grev hakkına başvurmadan önce, diğer çözüm yollarına başvurulması zorunluluğu kanunda düzenlenmiştir.⁷⁵³ Diğer bir ifadeyle grev, zaten kanun zoruyla son çare olarak kullanılabilen bir anayasal haktır. Ne işçilerin ne de sendikaların bu noktada bir seçim hakkı vardır. Bu nedenle sendikalar, grev kararı almadan önce anılan hakkın son çare ilkesine uygun olup olmadığını incelemek zorunda değildir.

Türk iş hukukunda son çare ilkesinin görünümü, uygulamada⁷⁵⁴ ve öğretide,⁷⁵⁵ geçerli fesih yapılmadan önce başka bir yolun olup olmadığını işverence incelenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, esas amaç iş sözleşmesinin ayakta kalmasını sağlamaktadır. Çalışmaktan kaçınma hakkında ise, işçi zaten sözleşmeyi feshetmemekte, söz konusu hakkı kullanarak sözleşmenin devamını sağlamaktadır. Ayrıca işçi, zaten dürüstlük kuralı gereği, ücretin ödenmesi için bekleme süresini doldurarak üstüne düşeni fazlasıyla yapmaktadır. Yine aynı şekilde bazı özel durumlarda işçi, kaçınma hakkını kullanacağını önceden işverene bildirmektedir.

⁷⁵⁰ Ölçülülük ilkesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **UGAN ÇATALKAYA, Deniz**, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta, İstanbul, 2019, s. 7 vd.

⁷⁵¹ **DEHMEL**, s. 191-192.

⁷⁵² **JOCH**, s. 37-38

⁷⁵³ Bkz. 6356 sayılı STİSK Kanun m. 49, 50, 60.

⁷⁵⁴ **YHGK**, E. 2013/316, K. 2013/1355, T. 18.09.2013 **Y.9.HD.**, E. 2009/30454, K. 2010/171, T. 18.01.2010; **Y.9.HD.**, E. 2021/2965, K. 2021/7592, T. 05.04.2021; **Y.9.HD.**, E. 2019/5425, K. 2021/2596, T. 27.01.2021; **Y.9.HD.**, E. 2020/2410, K. 2020/10362, T. 05.10.2020; **Y.22.HD.**, E. 2020/2492, K. 2020/9367, T. 09.07.2020; **Y.22.HD.**, E. 2020/2536, K. 2020/8635, T. 02.07.2020; **Y.9.HD.**, E. 2016/19171, K. 2020/6880, T. 01.07.2020; **Y.9.HD.**, E. 2007/22216, K. 2007/34564, T. 19.11.2007; **Y.9.HD.**, E. 2008/19902, K. 2008/16026, T. 16.06.2008. (www.legalbank.net)

⁷⁵⁵ **CENTEL**, İş Güvencesi, s. 143-144; **SÜZEK**, s. 581; **TAŞKENT, Savaş**, “Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 21, s. 16-17.

İlk görüş kabul edildiği takdirde, başka bir deyişle çalışmaktan kaçınmanın son çare olarak kullanılması kabulünde, işçinin bu hakkı kullanmadan önce başvurması gereken bazı durumların olabileceği kabul edilmiş olur. Bu durumda ise, kanunda yer almayan bir şartın işçi tarafından yerine getirilmesi zorunluğu söz konusu olur. Diğer bir anlatımla, anılan hakkın ancak son çare olarak kullanılabileceğinin kabulünde, hakkın kullanımı, kanunda düzenlenmeyen bir şarta bağlanmış olacaktır ki bu durumun mümkün olmaması gerekir. Bu doğrultuda kaçınma hakkına son çare olarak başvurmayan işçinin kaçınması, haksız kaçınma olarak değerlendirilebilecek ve işçi bunun sonuçlarına katlanmak durumunda kalabilecektir. Böyle bir durumda haklı olan işçi, son çare olarak kullanılmayan kaçınma hakkı nedeniyle işverenin haklı nedenle feshine maruz kalabilecek ve kaçınmak yerine sözleşmesini feshetseydi elde edebileceği kıdem tazminatına da (diğer şartların da varlığı halinde) hak kazanamayacaktır. Aynı zamanda **Joch'un**⁷⁵⁶ belirttiği üzere, son çare ilkesi çerçevesinde yapılacak değerlendirmeyi ve bunun riskini işçi üzerinde bırakmayı haklılaştıracak bir durum da mevcut değildir.

Ayrıca ücreti ödenmeyen işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi son çare ilkesi çerçevesinde değerlendirilmezken, sözleşmenin haklı nedenle feshinden daha hafif bir yaptırım olan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının son çare ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi de uygun değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, çalışmaktan kaçınma hakkının “son çare ilkesi” çerçevesinde kullanılması gerektiği görüşü, kanımızca uygun olmayıp, anılan görüşün kabulü, halihazırda oldukça güç olan bu hakkın kullanımı daha da güçleştirir.

3.1.4.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Kullanan İşçinin İşe Dönmesinin Değerlendirilmesi

Kaçınma hakkının sınırına ilişkin tespit edilmesi gereken diğer husus, kaçınma hakkını kullanan işçinin, tekrardan işe başlayıp başlayamayacağıdır? Gerçekten de kaçınma hakkını kullanan işçinin, ücretin ödenmemesine rağmen tekrardan işe dönmek istemesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda işverenin işçiyi işe kabul etmemek gibi bir hakkı olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Benzer bir tartışma grev hakkının kullanılmasında da vardır. Bu durumun ortaya çıkmasının esas sebebi ise, grev hakkını kullanan işçilerin ücrete hak kazanmamalarıdır. Bu nedenle ücrete hak kazanmaya devam etmek isteyen işçiler, grevden vazgeçip çalışmak

⁷⁵⁶ JOCH, s. 38.

zorundadır. Grev hakkında olduğu gibi çalışmaktan kaçınma hakkında da anılan tartışma, özellikle çalışmaktan kaçınılan sürede ücrete hak kazanılamayacağını kabul edilmesi durumunda önem arz eder. Zira, kaçınılan sürede ücrete hak kazanmaya devam eden işçinin, çalışmaya devam etmek istemesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Kanımızca işçi, kaçınılan sürede ücrete hak kazanacaktır, ancak işverenin işe dönmek isteyen işçiyi kabul edip etmeyeceği tartışması, anılan görüşten bağımsız olarak değerlendirilecektir.

Anılan konuya ilişkin bireysel iş kanunlarında veya TBK’nda doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Durum böyle olmakla birlikte, 6356 sayılı Kanun m. 64/1, greve katılan ancak bundan vazgeçip işyerinde çalışmak isteyen işçilere yönelik bir düzenleme getirmiştir.

6356 sayılı Kanun m. 64/1’e göre, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin işyerinde çalışmaları hiçbir şekilde engellenemez. Ancak anılan maddenin hemen bir sonraki cümlesinde, işverenin anılan işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğu ifade edilmiştir.⁷⁵⁷ Öğretide de konuya ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Öğretideki bir görüşe göre, işveren, anılan işçileri çalıştırıp çalıştırmama konusunda özgürdür. Ancak işveren anılan işçileri çalıştırmama hakkını kullanırken eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır. Diğer bir ifadeyle, işverenin anılan kararı alırken tam bir serbestiye sahip olduğu söylenemez.⁷⁵⁸ Öğretideki diğer bir görüş göre ise, işverenin greve katılmayan veya önce greve katılıp sonradan vazgeçen işçileri çalıştırmama hakkı yoktur. İşveren anılan işçileri çalıştırmak zorunda olup, çalışıp çalışmama konusunda karar verecek taraf işçidir.⁷⁵⁹ Kanımızca, anılan maddenin ikinci cümlesindeki düzenleme karşısında, ikinci görüşe katılmak mümkün değildir. Ancak olması gereken açısından, anılan hakkın işverene değil işçiye verilmesi daha uygun olacaktır.

Her ne kadar anılan hakkın işverene ait olduğu kabul etsek de bu hakkın sınırsız olduğu söylenemez. Zira her hak gibi, bu hakkın da dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerekir. Bu nedenle anılan hakkın belirli sınırları olduğu kabul edilmelidir.

⁷⁵⁷ Benzer bir düzenleme 275 sayılı Kanun m. 24’te olduğu gibi 2182 sayılı Kanun m. 38’de düzenlenmiş idi. Ancak ne 275 sayılı Kanun’da ne de 2182 sayılı Kanun’da, 6356 sayılı Kanun’da yer alan “*Greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçenlerin işyerinde çalışmaları hiçbir şekilde engellenemez.*” ifade düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu 6356 sayılı Kanun ile anılan işçileri çalıştırmama hakkını işverenden almak istemiş ancak son anda bundan vazgeçerek yine aynı hakkı işverene tanımıştır.

⁷⁵⁸ **TUNCAY, Can/SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu**, Toplu İş Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 423-424; **ŞAHLANAN, Fevzi**, “İşe İadesine Karar Verilen İşçinin Grevdeki İşyerine İşe Başlatılma Talebi”, *Tekstil İşveren Dergisi*, Y. 2014, S. 89, Temmuz-Ağustos, s. 3; **ŞAHLANAN, Fevzi**, Toplu İş Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 585-586; **EKMEKÇİ, Ömer**, Toplu İş Hukuku Dersleri, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 460; **SUR**, s. 469; **KANDEMİR, Murat**, “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları”, *AÜHFD*, Y. 2005, C. 54, S. 4, s. 189.

⁷⁵⁹ **ULUCAN, Devrim**, “İş Mücadelesinin Hizmet Akdine Etkisi”, *İş ve Hukuk Dergisi*, C. II, S. 2, Nisan-Haziran, 1992, s. 175; **GÜZEL, Ali**, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 425; **MANAV ÖZDEMİR, A. Eda**, *Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 284.

Kanımızca madde ile sağlanmak istenen amaç da anılan sınırlardan biridir. Öğretide de ifade edildiği üzere, anılan maddenin getiriliş amacı, grev olan işyerinde bazı işçilerin çalışmasının işveren için bir anlam ifade etmemesi, diğer bir ifadeyle işe devam etmek isteyen veya grevden vazgeçen işçilerle işyerinde faaliyetin sürdürülmesinin imkan dahilinde olmaması veya bunun gereksiz işletme giderlerine sebep olabilmesidir.⁷⁶⁰ Bu amaç doğrultusunda, greve katılmayan veya grevden vazgeçen işçilerle işyerinde faaliyet yürütülmesi imkan dahilindeyse ve gereksiz işletme giderlerine sebep olmuyorsa, işveren bu hakkı kullanamamalıdır.

Varılan sonuç doğrultusunda, anılan hükmün, kaçınma hakkına uygulanabilirliği değerlendirilmelidir. İfade etmemiz gerekir ki yukarıda bahsedilen sınır, grev hakkı için getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, işçilerin toplu olarak iş bırakma eylemi gerçekleştirdiklerinde işçilerin işe geri dönmek istemesi durumunda geçerlidir. Bu nedenle işveren, bireysel kaçınma hakkının kullanılmasında, işçinin işe dönmesinin kendisi açısından bir anlam ifade etmeyeceği veya gereksiz giderlere sebep olacağını iddia edemez. Zira tek bir işçinin veya toplu niteliğe varmayan sayıda işçinin kaçınma hakkını kullanması birçok ihtimalde işyerindeki faaliyetin durmasına neden olacak bir husus değildir. Bu nedenle, bireysel olarak kaçınma hakkını kullanan veya toplu kaçınma niteliğine varmayan durumlarda, işverenin işçiye işe kabul etmeme gibi bir hakkının olduğu söylenemez.

Ayrıca kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemelik def'i olduğu göz önüne alındığında ve ödemelik def'i ileri süren taraf istediği zaman bu savunmadan vazgeçebileceğinden, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçi de bu imkandan faydalanabilmelidir. Sonuç olarak, toplu nitelik taşımayan çalışmaktan kaçınmalar açısından, işe geri dönmek isteyen işçinin/işçilerin, işveren tarafından kabul edilmemesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim öğretide de benzer şekilde, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasına, ücret ödenmese bile, işçi tarafından, istediği zaman son verilebileceği belirtilmiştir.⁷⁶¹ Ancak işverenin söz konusu işçileri tekrar işe almadığı durumda, sözleşmenin işveren tarafından haksız feshedildiği kabul edilir.⁷⁶²

Kaçınma hakkının toplu kullanılmasında ise, farklı görüşlerin ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Örneğin, işyerindeki bütün işçilerin kaçınma hakkını kullanması durumunda, işe dönmek isteyen birkaç işçinin, işveren tarafından işe kabul edilmesi zorunlu mudur? Yoksa söz konusu durumda, grev hakkında olduğu gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerinin değerlendirilmesi mi gerekir? Kanımızca, kural olarak işverenin işçiye işe almak zorunda

⁷⁶⁰ SAHLANAN, Çalıştırmama Hakkı, s. 3; EKMEKÇİ, Toplu İş, s. 459.

⁷⁶¹ AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 24; ÇİL, Ücret, s. 689.

⁷⁶² SÜZEK, s. 373; SOYER, Kaçınma Hakkı, 675-676; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 26; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 632.

olduğu kabul edilmelidir. Zira çalışmaktan kaçınma hakkı, niteliği itibariyle grev hakkından farklıdır. Bu nedenle işçinin işe dönmek istemesi durumunda, işveren bunu sağlamak zorundadır. Ancak, işyerindeki faaliyetin tamamen durduğu bir durumda, işverenin anılan işçiyi veya işçileri tekrardan işe başlatması imkan dahilinde olamayabilir veya anılan işçilerin başlatılması işveren için çok büyük bir yük anlamına gelebilir. Böyle bir durumda, artık işçilerin işe başlatılıp başlatılamayacağını, grev hakkında olduğu gibi, işverenin tasarrufunda olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca grev hakkının kullanılmasından farklı olarak, çalışmaktan kaçınma hakkında işçiler, kaçınılan dönemde iş görmeksizin ücrete hak kazanacakları için, ücret anlamında işçilerin işe başlatılması veya başlatılmaması noktasında bir fark da olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle ister işveren işçiyi işe başlatsın ister başlatmasın, işverenin alacaklı temerrüdü devam edecektir ve işçi kaçındığı/çalışmadığı süreye ilişkin ücretine hak kazanacaktır.

Konuya ilişkin cevaplanması gereken diğer bir soru ise, kaçınma hakkını kullanan işçinin, işe başladıktan sonra tekrar kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. Örneğin, işçi geçmiş dönemde ödenmeyen bir ikramiyeye dayanarak çalışmaktan kaçındıysa ve anılan ikramiye ödenmemesine rağmen tekrardan işe döndüyse, işçinin, anılan alacak için kaçınma hakkını kullanamayacağı söylenebilir mi? Kanımızca burada aynı alacak için önce kaçınma hakkının kullanılması, sonra işe geri dönülmesi ve daha sonra yine kaçınma hakkının kullanılması, dürüstlük kuralına uygun değildir. Ancak öğretideki bir görüşe göre, bir süre çalışan işçinin ücreti ödenmediği sürece yeniden çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.⁷⁶³ Kanımızca işçinin işe geri dönmesi, işverenin ücreti ödeyeceğine dair beyanı sonrası gerçekleştiyse ve ücret makul sürede ödenmediyse, işçi kaçınma hakkını kullanabilmelidir. Ayrıca işçinin daha önceki kaçınması başka bir alacağa dayanırken, tekrar kaçınmak istemesi yeni bir alacağa dayanıyorsa, işçinin burada da kaçınmasına imkan tanınmalıdır. Yine yukarıdaki örnek üzerinden devam edecek olursak, işçinin tekrar kaçınması, ödenmeyen ikramiye alacağına dayanamasa da işveren muaccel olan başka bir ücret alacağını, örneğin asıl ücretini ödememesi durumunda işçi, diğer şartların da sağlanması halinde kaçınma hakkını kullanabilmelidir.

Öğretide işverenin söz konusu işçileri tekrar işe almadığı durumda, sözleşmenin işveren tarafından haksız feshedildiğinin kabul edileceği belirtilmiştir.⁷⁶⁴ Kanımızca bu görüş tartışmaya açıktır. Zira bir taraftan işverenin sözleşmeyi eylemli bir şekilde feshettiği ileri

⁷⁶³ ÇİL, Ücret, s. 689.

⁷⁶⁴ SÜZEK, s. 373; SOYER, Kaçınma Hakkı, 675-676; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 26; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 632.

sürülebilir, ancak diğer taraftan işverenin sözleşmeyi fesih iradesi olmadan böyle bir sonuca varılmasının pek isabetli olmayacağı da söylenebilir. Buna bağlı olarak, her durumda, somut olayın koşulları göz önünde tutularak bir sonuca gidilmesi gerekeceği görüşündeyiz.

3.1.5. Grev Hakkına Getirilen Sınırlamaların Çalışmaktan Kaçınma Hakkına Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

3.1.5.1. Sürekli ve Geçici Grev Yasakları

6356 sayılı Kanun'un 62'nci maddesi, belirli durumlarda grev ve lokavta ilişkin yasaklar getirilmiştir. 62'nci maddenin ilk fıkrası, sürekli grev yasağını düzenlemişken, ikinci fıkrası geçici grev yasağını düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde, grev ve lokavt yapılamaz. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, *“Cumhurbaşkanı, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir.”* hükmü düzenlenmiştir. Üçüncü fıkra ise, başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Çalışmanın konusu şüphesiz grev ve lokavt yasaklarını incelemek değildir.⁷⁶⁵ Ancak, uluslararası sözleşmelerle ve Anayasa ile güvence altına alınmış grev hakkının bile kullanılmasının sürekli veya geçici olarak yasaklandığı hallerde, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılıp kullanılamayacağının ayrıca incelenmesi gerekir.

Anılan konuya ilişkin öğretide de iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Buna göre **Sur**, grev yasaklarının, grevin ertelenmesi kısıtlamalarının, çalışmaktan kaçınma hakkında uygulanmayacağını belirtmiştir.⁷⁶⁶ Benzer yönde **Şahlanan** ise, tartışılabilir olmakla birlikte, grev yasağına ilişkin işler ve işyerlerinde İşK m. 34 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabileceğini belirtmiştir.⁷⁶⁷ Bu görüşün aksini savunan **Soyer** ise, **Sur** tarafından belirtilen görüşün tartışmaya açık olduğunu belirterek, toplu kaçınmanın greve benzer etkiler

⁷⁶⁵ Grev ve lokavt yasaklarına ilişkin bkz. **ŞAHLANAN**, Toplu İş, s. 557-560; **AKYİĞİT, Ercan**, Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 560-574; **SUR**, s. 444-447; **CANIKLIOĞLU, Nurşen**, “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 4, s. 299 vd.

⁷⁶⁶ **SUR**, Grev, s. 85.

⁷⁶⁷ **ŞAHLANAN**, Toplu İş, s. 545.

yaratabileceğini, grev yasakları ile kamu düzeninin⁷⁶⁸ ve üçüncü kişilerin üstün menfaatinin korunmasının amaçlandığını ve bu nedenle, greve ilişkin yasakların kaçınma hakkının toplu kullanılmasında da geçerli olacağını savunmuştur.⁷⁶⁹

Kanımızca konunun incelenmesinde iki farklı husus üzerinden hareket edilmelidir. Bunlardan ilki, 62'nci madde ile getirilen yasakların mutlaklığıdır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, getirilen yasaklar ile sadece “grev hakkı”nı mı, yoksa grev hakkı gibi işçinin iş bırakma eylemini içeren diğer durumları da mı yasaklamak istemiştir? Diğer husus ise, anılan madde ile getirilen yasakların toplu iş bırakma eylemleriyle birlikte bireysel iş bırakma eylemlerini de kapsayıp kapsamadığıdır

Sürekli grev yasakları yaşamsal ve temel hizmetler alanına yönelik olarak, kamu menfaati göz önüne alınarak getirilmiştir.⁷⁷⁰ Zira anılan hizmetlerin kamu açısından devamlılığı oldukça önemlidir. Bu nedenle, kanun koyucunun iradesinin, anılan hükmü mutlak emredici olarak düzenleme iradesi içinde olduğunu kabul etmek gerekir. Bu bakımdan, başka bir kanun hükmüne dayanarak veya sözleşme ile aksi kararlaştırılarak, anılan yasağa aykırı davranılamaz.

Ancak, normal zamanlarda olduğu gibi, sürekli ve geçici grev yasaklarında da çalışan işçilerin ücretlerinin eksiksiz ve zamanında ödenmesi esastır. Diğer bir ifadeyle, üstün kamu menfaati nedeniyle işçilerin grev hakkının kullanılması engellenmiş olsa dahi işveren, işçilerin ücretlerini ödemeye devam etmek zorunadır. Bu nedenle, işçinin ücreti ödenmediği takdirde, anılan işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Kamu menfaatinin korunuyor olması, işçinin sözleşmeyi feshetmesinin önünde bir engel değildir. İşveren, işyerinde çalışan işçilerin tamamının veya toplu kabul edilebilecek sayıda işçinin ücretini ödemediği takdirde de ücreti ödenmeyen işçilerin tamamı sözleşmelerini haklı olarak feshedebilirler. Bu durumda da kamu menfaatinin korunuyor olması bir değişiklik yaratmaz. Aksi durumda, işçi grev yasakları nedeniyle çalışmak zorunda bırakılacak ve buna rağmen işveren ücreti ödememiş olacaktır. Böyle bir durumun ise angarya yasağına aykırı olduğu açıktır.

Sonuç olarak, sürekli grev yasağının bulunması, işçilerin sözleşmeyi ücretin ödenmemesi nedeniyle derhal feshetmesini engelleyemezken, derhal fesihten daha hafif bir yaptırım olan kaçınma hakkının kullanımını da engelleyememelidir. Kaçınma hakkının bireysel veya toplu olarak kullanılması veya bu süreçte kamu menfaatinin zarar göreceği olması da bir değişiklik yaratmaz.

⁷⁶⁸ Kamu düzenine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **DOĞAN YENİSEY**, Emredicilik, s. 153 vd.

⁷⁶⁹ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 671. Aynı yönde bkz. **ERKANLIBAŞBÜYÜK**, s. 146.

⁷⁷⁰ **AKYİĞİT**, Toplu İş, s. 560; **CANIKLIOĞLU**, Grev Yasakları, s. 299-300.

6356 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin ikinci fıkrasında ise geçici grev yasakları düzenlenmiştir. Anılan hüküm ile Cumhurbaşkanına,⁷⁷¹ genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanının gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilme yetkisi verilmiştir. Şüphesiz bu hüküm ile engellenmek istenen durum, işçilerin toplu olarak iş bırakma eylemi yapmalarıdır. Ancak idare hukukunda yetkisizlik kuralı, yetkili olma ise istisna olduğundan, yetki kuralları dar yoruma tabi tutulur, farklı bir ifadeyle geniş yoruma tabi tutulamaz.⁷⁷² Cumhurbaşkanı'na ise, gerekli durumlarda sadece "grev ve lokavtı yasaklayabilme yetkisi" verildiği için, Cumhurbaşkanı, diğer şartların gerçekleşmesi halinde dahi, toplu veya bireysel kaçınma hakkını yasaklayamamalıdır.

6356 sayılı Kanun m. 62/3, grev yasağına ilişkin özel bir düzenleme de getirmiştir. Bu düzenleme gereği, başladığı seferi yurtiçindeki varış yerinde bitirmemiş denizyolu, havayolu, demiryolu ve karayolu ulaştırma araçlarında, grev ve lokavt yapılamaz.⁷⁷³ Anılan hüküm ile işyerinin niteliği göz önüne alınarak grev hakkının kullanılmasına geçici bir süreliğine yasak getirilmiştir. Anılan durumlarda, işçinin kaçınma hakkının belirli bir ölçüde kısıtlanabileceği kanaatindeyiz. Ancak bunun dayanağı, anılan hükmün mutlak oluşu veya toplu kaçınma eylemlerinin anılan hüküm ile yasaklanmış olması değildir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kaçınma hakkının kullanılması, dürüstlük kuralı gereği sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, anılan işyerlerinde bireysel veya toplu olarak çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilerek, sonuca gidilmelidir. Eğer anılan araçlarda yapılan sefer, görece kısa bir zaman süreceyse, işçi kaçınma hakkını kullanamamalıdır. Ancak yapılacak sefer uzun süreceyse, örneğin gemi seferinin 8 ay süreceği olması durumunda, işçi kaçınma hakkını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanabilmelidir.

⁷⁷¹ Daha önce Bakanlar Kurulunda olan bu yetki, 2/7/2018 tarih ve 700 sayılı "Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 197'nci maddesiyle, Cumhurbaşkanı'na verilmiştir.

⁷⁷² "İdare Hukuku"nda "yetki", idareye Anayasa ve yasalarla tanınmış olan karar alma gücünü ifade etmektedir. Bu yönüyle idari işlemin en temel unsurunu oluşturan "yetki", yasayla hangi makama verilmiş ise ancak onun tarafından kullanılabilir. İdare Hukukunda "yetkisizlik kuralı, yetkili olma istisna"dır. Bu istisna ise, yetkinin, yalnızca yasayla gösterilen hallerde ve yine yasayla gösterilen idari merciler tarafından kullanılmasıdır. Bu nedenle "yetki" yasanın açık izni olmadan devredilemez. Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca, kuruluş ve görevleri yasayla düzenlenmek durumunda olan idarenin kendi düzenleme yetkisi de yasalarla sınırlı olduğundan, yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz." **DİDDK**, E. 2010/2072, K. 2010/1467, T. 04.11.2010, (DD, S. 126, s. 39-40). Aynı yönde bkz. **AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2021, s. 371-372.

⁷⁷³ **AKYİĞİT**, Toplu İş, s. 570-573.

3.1.5.2. Kanuni Grev ve Lokavta Katılamayacak İşçiler

6356 sayılı Kanun m. 62 ile grev ve lokavtın sürekli ve geçici olarak yasak olduğu işleri ve işyerlerini düzenlemişken, anılan Kanun'un 65'inci maddesi, kanuni greve ve lokavta katılamayacak işçileri düzenlemiştir.⁷⁷⁴ Anılan madde ile sağlanmak istenen amaç, işyerindeki düzenin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işyerinde bulunan hayvanların, bitkilerin ve bozulmaya müsait yarı mamul ve mamul maddelerinin korunmasıdır.⁷⁷⁵ Bu nedenle, bu başlık altında, maddede belirtilen işçilerin, toplu veya bireysel kaçınmalarda, kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı incelenenektir.

Öğretideki bir görüşe göre, grev ve lokavt esnasında, greve veya lokavta katılamayacak işçilerin ücretinin ödenmemesi durumunda, anılan işçiler kaçınma hakkının kullanabilmelidir.⁷⁷⁶ Yine benzer bir görüş, greve ve lokavta katılamayacak işçileri düzenleyen hüküm ile İşK m. 34'te düzenlenen hükümde korunan menfaatlerin farklı olduğunu ancak işçinin bireysel iş hukukuna dayanan kaçınma hakkını kullanabileceğini ifade etmiştir.⁷⁷⁷

Benzer şekilde **Manav Özdemir** de greve ve lokavta katılamayacak işçilerin, ücretlerinin ödenmesi gerektiğini, ücretlerin ödenmemesi durumunda işçinin kaçınma hakkını kullanabileceğini ve işverenin kaçınan işçinin yerine başka bir işçi çalıştırmasının mümkün olmadığını da belirtmiştir.⁷⁷⁸

⁷⁷⁴ Hangi işçilerin kanuni greve ve lokavta katılamayacağı anılan maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir; “Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır.” Kanuni grev veya lokavt sırasında hangi işçilerin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerektiğini belirlenmesi ve diğer hususlar maddenin devamı fıkralarında düzenlenmiştir. Bkz. “(2) Grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin niteliği, sayısı ve yedekleri, işveren veya işveren vekili tarafından toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı iş günü içinde işyerinde yazı ile ilan edilir ve bu ilanın bir örneği taraf işçi sendikasına tebliğ edilir. Bu tebliğden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası mahkemeye itirazda bulunmazsa ilan hükümleri kesinleşir. İtiraz hâlinde mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir. (3) Grev ve lokavta katılamayacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde tespit edilmemiş ise işveren veya işçi sendikası çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da görevli makamdan isteyebilir. Görevli makam bu tespiti en kısa zamanda yaparak taraflara tebliğ eder. Gerekli hâllerde görevli makam resen tespitte bulunabilir. Görevli makamın tespitine karşı, taraflardan her biri mahkemeye altı iş günü içinde itiraz edebilir. Mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir. (4) Grev ve lokavtın uygulanacağı dönemde hangi işçilerin işyerinde çalışmaya devam edecekleri görevli makamca grev ve lokavt kararının bildirilmesinden itibaren üç iş günü içinde resen tespit edilerek ilgili işverene ve işçilere yazı ile bildirilir. O işyerinde çalışan ve toplu görüşmede taraf olan işçi sendikası ve şubesinin yöneticileri bu hükme tabi tutulamaz. (5) İşveren, grev ve lokavta katılamayacak işçilerden herhangi bir nedenle çalışmayanların yerine görevli makamın yazılı izni ile yeni işçi alabilir.”

⁷⁷⁵ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, Toplu İş, s. 425.

⁷⁷⁶ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1569.

⁷⁷⁷ GÖKTAŞ, s. 128.

⁷⁷⁸ MANAV ÖZDEMİR, Grev, s. 316-317.

Kanımızca da her ne kadar madde metninde, kanuni greve ve lokavta katılamayacak işçiler düzenlenmiş olsa da anılan hükmün kaçınma hakkına uygulanabilir olması mümkün değildir. Zira sürekli ve geçici grev yasaklarında olduğu gibi, kanuni greve ve lokavta katılamayacak işçilerin de çalıştıkları süre boyunca ücretlerini eksiksiz ve zamanında almaları esastır. Bu noktada anılan işçilerin, şartları gerçekleştiği durumda, sözleşmelerini derhal feshetmeleri de mümkündür. Bu nedenle, kanuni bir grev veya lokavt sırasında, çalışmak zorunda kalan işçi, sözleşmesini feshedebileceği gibi, geçmiş dönem ücretlerinin ödenmemesi ve gelecek dönem ücretinin tehlikeye düşmesi nedeniyle kaçınma hakkını kullanması da mümkündür.

3.1.5.3. Kanuni Grev ve Lokavtın Ertelenmesi ile Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılmasının Değerlendirilmesi

6356 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesine göre, karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt; genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Cumhurbaşkanı bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir.⁷⁷⁹ Kanuni grev veya lokavtın Cumhurbaşkanı tarafından ertelenmesinin uygunluğu ve madde metninde kullanılan "genel sağlık ve milli güvenlik" ifadelerinin muğlaklığı ayrı bir tartışmanın konusudur ve çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır. Aynı şekilde Cumhurbaşkanı tarafından verilen bu kararın yargı denetimi konu edilebilirliği de çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır.

Konumuz kapsamında değerlendirilmesi gereken esas hukuki sorun ise; Cumhurbaşkanının, yine aynı gerekçelere dayanarak diğer bir ifadeyle, toplu olarak kullanılan çalışmaktan kaçınma hakkını, "genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu" nitelikte olduğuna dayanarak erteleyip erteleyemeyeceğidir. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, idare hukukunda esas olan yetkisizlik, istisna olan yetkidir.⁷⁸⁰ Anılan madde ile sadece grevin ertelenmesine ilişkin bir yetki Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bu nedenle kaçınma hakkı toplu kullanılsa dahi, Cumhurbaşkanının anılan eylemi erteleme yetkisi yoktur.

3.1.6. Çalışmaktan Kaçınma Şekli

3.1.6.1. Genel Olarak

⁷⁷⁹ Genel sağlık ve milli güvenlik unsurlarına yönelik detaylı bilgi için bkz. **AKYİĞİT**, Toplu İş, s. 593-595; **UŞAN, Fatih/KAYA, Cemil**, "Danıştay Kararları Işığında Bakanlar Kurulunun Grev Erteleme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, C. 2, 2011, s. 1727-1733.

⁷⁸⁰ **DİDDK**, E. 2010/2072, K. 2010/1467, T. 04.11.2010, (DD. S. 126, s. 39-40). Aynı yönde bkz. **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 371-372.

Çalışmaktan kaçınan işçinin, anılan eylemi ne şekilde gerçekleştireceği ne İşK m. 34'te ne de TBK'nda düzenlenmiştir. Bu nedenle öğretide konuya ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu başlık altında öncelikle konuya ilişkin öğretide yer alan görüşler, daha sonra ise konuya ilişkin görüşlerimiz anlatılacaktır.

Söz konusu hakkın kullanılması işçinin iş görme borcunu ifa etmemesi şeklinde gerçekleşmelidir. Örneğin, Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, kaçınma hakkının, işyerindeki makinaları durdurmak şeklinde kullanılamayacağına karar vermiştir.⁷⁸¹ Karar metninden somut olayın detaylarına ulaşılamasa da makinaların durdurulması diğer çalışanların kendi iş görme edimini yerine getirmesini engelleyebileceğinden, Yargıtay'ın böyle bir karar verdiği kanaatindeyiz.

Kanımızca kaçınma hakkının kullanılmasının şekli bakımından dikkat edilmesi gereken husus, dürüstlük kuralıdır. Eğer dürüstlük kuralı gereği, işçinin iş yaptığı makineyi kapatması gerekiyorsa, bu noktada söz konusu kaçınma hakkı iş görme borcunu yerine getirmeme ve çalışan makinelerin kapatılması şeklinde olmalıdır. Ancak işyerindeki makinelerin kapatılması işyerinde üretimi kaçınma hakkının sonucundan beklenilenin ötesinde etkileyecekse, bu noktada söz konusu işçi makinaları kapatmadan, sadece kendi iş görme edimini işverene sunmayarak kaçınma hakkını kullanmalıdır.

3.1.6.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kısmen Kullanılıp Kullanılamayacağına Değerlendirilmesi

3.1.6.2.1. Öğretideki Görüşler

Öğretideki bir görüşe göre, kaçınma hakkının, her gün birkaç saat çalışmak veya haftanın bazı günleri çalışmamak şeklinde kullanılması mümkün değildir. Zira bu görüşe göre, kaçınma hakkının anılan şekillerde kullanılması, bölünebilir bir edim olmayan iş görme borcunun, bölünmesi anlamına gelmektedir.⁷⁸² Benzer yöndeki diğer bir görüşe göre, işi yavaşlatma veya kısmi çalışma gibi davranışlar, çalışmaktan kaçınma olarak değerlendirilmez, iş görme borcundan tamamen kaçınılmalıdır.⁷⁸³ Yine aynı yöndeki diğer bir görüş, mülga TSGLK m. 25/3'te düzenlenen "iş yavaşlatma ve verimi düşürme" eylemlerinin

⁷⁸¹ **Y.9.HD.**, E. 2005/23047, K. 2005/29849, T. 14.09.2005.

⁷⁸² **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 665.

⁷⁸³ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 376; **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 622; **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 23; **ALPAGUT**, Ücret, s. 57; **BAŞTERZİ, Süleyman**, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara, 2007, s. 192; **GÖKTAŞ**, s. 103; **DEĞER**, s. 91; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 151-152.

kanun dışı grev sayılması sebebiyle, çalışmaktan kaçınma hakkının da ancak işin tamamen bırakılması şeklinde gerçekleşebileceğini belirtmiştir.⁷⁸⁴

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, kaçınma hakkının hukuka uygun şekilde kullanılmış kabul edilebilmesi için, iş görme borcunun tamamından kaçınılması gerektiğini, işi yavaşlatma şeklinde yapılan kaçınmanın İşK m. 34 kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁷⁸⁵

Öğretideki aksi yöndeki görüşe göre ise, çalışmaktan kaçınma eylemi, işin tamamen bırakılması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, işin kısmen yerine getirilmemesi veya işin yavaşlatılması şeklinde de gerçekleştirilebilir.⁷⁸⁶ Bu görüşü savunan **Çil'e** göre işçinin çalışmaktan kısmen kaçınması işverenin daha lehinedir, bu nedenle, işçi örneğin iş günü içerisinde öğlene kadar çalışıp, öğleden sonra çalışmaktan kaçınabilir.⁷⁸⁷

Anılan tartışmada bir sonuca varabilmek için, öncelikle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği olan, ödemezlik def'inin kısmi olarak ileri sürülüp sürülemediği hususunun incelenmesi ihtiyacı doğmuştur.

3.1.6.2.2. Ödemezlik Def'inin Kısmi Olarak İleri Sürülüp Sürülemediği

Bu başlık altında sadece TBK m. 84 çerçevesinde kısmen ifanın gerçekleşmesi durumunda değil, aynı zamanda hiç ifanın gerçekleşmediği durumlarda, karşı tarafın kısmi ödemezlik def'i ileri sürüp süremeyeceği incelenecektir. Bu noktada ilk olarak ifade etmek istediğimiz husus, bölünemez edimlerde kısmen ifa mümkün olmadığı gibi, ödemezlik def'ine konu olan edim bölünemez ise, anılan edimden ancak bir bütün halinde kaçınılabılır.⁷⁸⁸ Diğer bir ifadeyle, ödemezlik def'inin kısmi olarak ileri sürülüp sürülemediği ilk olarak, kaçınılacak edimin bölünebilir olup olmadığına bağlıdır.⁷⁸⁹ Örneğin bir satış sözleşmesinde, satış bedelinin yarısı teslim edildiğinde, satıcının sözleşmeye konu olan parça borcunu (örneğin tabloyu vs.) bölerek ödemesi mümkün olmadığından, satıcı kendi ediminin tamamından kaçınabilecektir. Şüphesiz aradaki güven ilişkisin göre, satıcı kendi edimini ifa etme yolunu da tercih edebilir.

⁷⁸⁴ DULAY YANGIN, s. 219.

⁷⁸⁵ Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. Y.22.HD., E. 2014/1158, K. 2014/3273, T. 20.02.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (E.T. 02.08.2021)

⁷⁸⁶ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1571; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 23; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1279; ÇİL, Ücret, s. 686.

⁷⁸⁷ ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1279; ÇİL, Ücret, s. 686.

⁷⁸⁸ WEBER, BK, OR Art. 82, N. 169; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 831; SCHRANER, ZK, OR Art. 82, N. 132.

⁷⁸⁹ PEKMEZ, s. 233.

Konuya ilişkin diğerk önemli bir husus ise, edimin hiç ifa edilmediğı durumlarda, bölünebilir karşı edim borçlusu kendi ediminin tamamının ifasından kaçınabileceğı gibi, kendi ediminin ifasından kısmen de kaçınabilir. Zira bunun önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğın, bir satış sözleşmesinde, televizyonu teslim etmeyen satıcıya karşı, alıcı hiç bedel ödemek zorunda olmadığı gibi, bedelin bir kısmını ödeyip geri kalanının ifasından da kaçınabilir.

Karşılıklı edimlerin bölünebilir olduğu durumda ise, TBK m. 84 (OR Art. 69) gereğı, kısmen ifayı kabul, borcun tamamı belli ve muaccel ise, kural olarak zorunlu olmadığı için, alacaklı kısmen ifayı reddedip, kendi ediminin tamamından kaçınabilir.⁷⁹⁰ Şüphesiz eğer ödenmeyen kısım, önemsiz bir miktarsa, karşı tarafın ödemezlik def'i ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.⁷⁹¹

Karşı tarafın kısmen ifayı kabul ettiği hallerde ise iki farklı durum ortaya çıkar. Eğer karşı taraf, kısmen ifayı, geri kalan kısmı saklı tutmaksızın kabul ederse, bu durumda sözleşmenin iki bölüme ayrıldığı ve kabul edilen kısım bakımından artık def'inin ileri sürülemeyeceğı kabul edilmektedir. Eğer karşı taraf, geri kalan kısmı saklı tutarsa, bu durumda, ödemezlik def'inin edimin tamamına karşı ileri sürülebileceğı belirtilmektedir. Ancak kısmen ifayı gerçekleştirmek isteyen borçlu, karşı tarafın saklı tutmasını kabul etmez ise ve alacaklı, kısmen ifayı buna rağmen kabul ederse, artık sadece ifa edilmeyen kısım için ödemezlik def'i ileri sürülebilir.⁷⁹²

Alman hukukunda ise, kısmen ifanın yapıldığı durumlarda, karşı edim borçlusunun, edimin tamamından kaçınabileceğı kabul edilmektedir.⁷⁹³ Zira anılan durumlarda, ödemezlik def'inin de orantılı olarak ileri sürülmesi, def'inin baskı fonksiyonunu azaltacaktır.⁷⁹⁴ Ödenmeyen kısmın önemsiz olduğu durumlarda ise, ödemezlik def'inin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağından ve ayrıca BGB §320 II bunu doğrudan yasakladığından,

⁷⁹⁰ **WEBER**, BK, OR Art. 82, N. 165; **SIMMEN**, s.69; **PEKMEZ**, s. 192-193.

⁷⁹¹ **SIMMEN**, s. 69-70

⁷⁹² **PEKMEZ**, s. 227-233.

⁷⁹³ **JENS**, **Johannsen**, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Teilleistungen, Berlin, 1936, s. 40-41; **RIEBLE**, **Volker**/ **SCHWARZE**, **Roland**, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), 16. Auflage, 2020, Berlin, §320, N. 50, **GERNHUBER**, s. 343. Durum böyle olmakla birlikte, **Schwarze**, bu kabulün sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini de kabul etmekte ve dürüstlük kuralının getirdiğı ölçüde, karşı edimin tamamından kaçınılmaması gerektiğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **SCHWARZE**, **Roland**, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Auflage, De Gruyter, 2017, N. 10.

⁷⁹⁴ **SCHWARZE**, Staudinger K., §320, N. 50.

öğretide ödemezlik def'inin ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir.⁷⁹⁵ Ancak öğretideki bir görüşe göre, BGB 320/II olmasaydı dahi, BGB §242⁷⁹⁶ gereği, aynı sonuca varılabilirdi.⁷⁹⁷

İsviçre öğretisinde **Simmen'in** belirttiği üzere, kısmen ifayı kabul ettikten sonra, karşı edimin tamamından kaçınılması, borçlu olan tarafı kısmen ödeme yapmamış olsaydı bulunacağı konumdan daha kötü bir konuma getirecektir. Zira borçlu hem kısmen ödeme yaptığı için hem de karşı edimin tamamından kaçınıldığı için baskı altında olacaktır. Bu nedenle, kısmen ödeme yapıldığı durumlarda, karşı edimin tamamından kaçınılacağına kabulü, borçlunun kısmen ödeme yapmasını mantıksız kılacaktır.⁷⁹⁸

Kanımızca da karşı edimin bölünebilir olduğu veya istisnai olan kısmen ifanın alacaklı tarafından kabul zorunluluğu olduğu durumlarda,⁷⁹⁹ kısmen ödeme kabul edildiği takdirde, edimin tamamından değil, sadece ifa edilmeyen kısmına denk gelen kısmından kaçınılabilir. Bu noktada çalışmamız kapsamında incelenmesi gereken husus ise, iş görme ediminin bölünebilir olup olmadığıdır.

3.1.6.2.3. İş Görme Ediminin Bölünebilir Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Öğretide, edim konusunun bir değişiklik olmaksızın bölünebilir olması durumunda, söz konusu edimin bölünebilir edim olduğu, aksi takdirde edimin bölünemez olduğu belirtilmektedir.⁸⁰⁰ Ancak edimin bölünebilirliğinin tespitinde, borç ilişkisinin ve edimin tümü göz önünde tutulur.⁸⁰¹

Öğretide, bir edimin bölünebilir olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, bazı ölçütlere başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ölçütler; “objektif – organik”, “objektif-ekonomik”, “amaçsal-fonksiyonel”, “sübjektif” ve “hukuki” ölçütlerdir. Eğer edim, anılan ölçütlerin tamamına uygunsa, edimin bölünebilirliğinden bahsedilir.⁸⁰² Diğer bir ifadeyle

⁷⁹⁵ BGB §320 II: “Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.” JENS, s. 41-42.

⁷⁹⁶ BGB § 242 Leistung nach Treu und Glauben; “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

⁷⁹⁷ GERNHUBER, s. 343.

⁷⁹⁸ SIMMEN, s. 70-71.

⁷⁹⁹ Kısmi ifayı kabul yükümlülüğünün olduğu durumlar hakkında detaylı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, Feride, Kısmi İfa, Yetkin, Ankara, 2018, s. 195-216; EREN, P. 2844-2850.

⁸⁰⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.11-12; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 66-67; EREN, P. 305, 308, ANTALYA, Cilt 1, s. 55.

⁸⁰¹ EREN, P. 306.

⁸⁰² Öğretide, anılan ölçütlerin 3'e ayrıldığı da belirtilmektedir. Serozan'a göre, ilk ölçüt nesnel-organik, ikinci ölçüt nesnel-ekonomik ölçüttür. Son ölçüte göre ise sözleşmeyle izlenen amacın ve özel menfaatler durumunun, edimin bölünebilirliğine uygun olması gerekir. Bkz. SEROZAN, İfa, §9, N. 1-2.

edim, anılan ölçütlerin bazıları bakımından bölünebilir olsa dahi, örneğin hukuki ölçüt bakımından bölünebilir değilse, anılan edim bölünemez edim olarak kabul edilir.⁸⁰³

Objektif-organik ölçüte göre bir edim, özünden herhangi bir şey kaybetmeden parçalara ayrılabiliriyorsa, bölünebilir niteliktedir.⁸⁰⁴ Örneğin canlı bir hayvanın bölünerek teslimi anılan ölçüte göre mümkün değildir. Objektif-ekonomik ölçüte göre, bir edim, sözleşme ile belirlenen değerinden herhangi bir şey yitirmeden bölümlere ayrılabiliriyorsa, bölünebilir niteliktedir. Şüphesiz, anılan edim bölündüğü için ekonomik değerinde oransal olarak bir azalma olacaktır ancak bunun dışında bir eksilmenin olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bölümlere ayrılmış edimlerin toplamı, sözleşme ile üstlenilen edimin ekonomik değerine eşit olmalıdır.⁸⁰⁵

Amaçsal-fonksiyonel ölçüt açısından ise, bir edimin bölünebilir olması, sözleşme ilişkisi ile ulaşılmak istenilen amaca ve taraf menfaatlerine olumsuz bir etkisinin olmamasıdır. Farklı bir ifadeyle, edimler organik veya ekonomik olarak bölünebilir olsa dahi, amaçsal olarak bir bütünlük arz edebilir.⁸⁰⁶ Örneğin, bir ansiklopedi seti kural olarak bir bütün olarak amaçsal ve fonksiyonel bir anlam taşır. Ansiklopedi setindeki her bir kitabın ayrı bir ekonomik değeri vardır ve ekonomik olarak bölünebilir kabul edilebilir ancak anılan set, kural olarak bir bütün olarak bir anlam ifade etmektedir.

Sübjektif ölçüte göre, edimin bölünemezliği tarafların iradelerinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, objektif olarak bölünmesine bir engel bulunmamasına rağmen, taraflarca bunun bölünebilirliği taraf menfaatine uygun değilse, edim bölünemezdir. Örneğin, arabasının bir lastiği patlayan kişinin, tek bir lastik satın alması mümkündür. Zira her bir lastik tek başına ekonomik bir değer taşır ve satış sözleşmesine konu edilebilir. Ancak 4 adet lastiğe ihtiyacı olan alıcıya, 3 adet lastik teslim edilmesi, arabanın kullanılması bakımından elverişli olmayacaktır. Bu nedenle lastiklerin, satıcı açısından bölünemez olduğu kabul edilebilir.

Edim, yukarıda bahsedilen bütün ölçütlere göre, bölünebilir olsa dahi, edimin bölünmesinde hukuki engeller olabilir. Örneğin, tarımsal arazilerin bölünebilirliğine ilişkin bir engel 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu⁸⁰⁷ m. 8/2'de düzenlenmiştir.

⁸⁰³ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 73-84.

⁸⁰⁴ **SEROZAN**, İfa, §9, N. 1.

⁸⁰⁵ **DEMİRBAŞ**, s. 74-75.

⁸⁰⁶ **DEMİRBAŞ**, s. 76-78.

⁸⁰⁷ RG, T. 19.7.2005, S. 25880.

İş görme edimi, yukarıda belirtilen organik, ekonomik, amaçsal ve hukuki ölçütler çerçevesinde değerlendirilirse, bölünebilir bir edim olduğu sonucuna varılır. Ancak sübjektif ölçüt çerçevesinde değerlendirildiğinde, iş ilişkilerinde iş görme edimi bölünebilir bir edim olarak değerlendirilmemelidir. Özellikle, işçinin iş görme edimine sürekli ve kesintisiz ihtiyaç duyulduğu hallerde, işveren açısından, iş görme edimi bölünemez kabul edilebilir. Şüphesiz bu durumlarda bile, geçici ifa imkansızlığı nedeniyle, işçinin kısmen ifa yapması mümkündür. Örneğin, vardiyalı bir şekilde güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin, birkaç gün işe gitmemesi, işveren açısından birçok soruna sebep olabilir ancak, imkansızlık nedeniyle işçi anılan günlerde işe gidememektedir. Aynı şekilde, işyeri çevresinde meydana gelen zorlayıcı bir sebep nedeniyle işçinin işe gidemediği durumlarda (İşK m. 24/III) da işçinin iş görmesi geçici imkansızlığa uğrar ve anılan günlerde işçi iş görme edimini sunamaz. İşçinin iş görme edimi, kural olarak, bölünebilir kabul edilmese de anılan günler için iş görme edimi bölünebilir nitelik almış olur ve işçi o ay için kısmen ifa yapmış olur. Bunun dışında işçi, işverenden izin alarak, bazı günler veya günün belirli saatlerinde işe gelmeyebilir. Şüphesiz anılan izinlerde, işçinin ücretinden kesinti yapıp yapılmayacağı işçi ve işverenin ne şekilde anlaştığına bağlıdır. Ancak kural olarak, anılan izinlerde işçinin ücretinden orantılı bir şekilde kesinti yapılır ve işçinin belirlenen saat veya günlerde işe gitmemesi kısmen ifa yapmasına sebep olur.

Sonuç olarak, her ne kadar ücret tespit sistemine göre (zaman göre, parça başına göre vs.), iş görme edimi belirli bölümlere ayrılabilir olsa da anılan bölümlerin kısmen ifa edilmesi, genel olarak, iş ilişkisi bakımından uygun değildir ve işverenin menfaatine aykırıdır. Zira iş sözleşmesi sürekli borç doğurur ve iş görme ediminin sürekli bir şekilde işverene sunulması esastır. Ortaya çıkan geçici ifa imkansızlıkları veya yasal düzenlemelerin sağladığı imkanlar haricinde, işçinin iş görme borcunu kısmen ifa etmesi mümkün değildir. Öte yandan, işçinin ifa etmediği kısmı daha sonra nasıl telafi edeceği de ayrı bir hukuki sorundur.

Sonuç olarak, her ne kadar yukarıda belirtilen dört ölçüt bakımından iş görme edimi bölünebilir olsa da sübjektif ölçüt bakımından ve genel olarak iş ilişkisinin yarattığı sürekli borç ilişkisi nedeniyle, anılan edimin bölünemez nitelik taşıdığı kanaatindeyiz.

3.1.6.2.4. Görüşümüz

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, istisnai durumlar hariç, iş görme ediminin kısmen ifası mümkün değildir. Buna bağlı olarak, kanımızca çalışmaktan kaçınma eyleminin de bir bütün halinde gerçekleştirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle anılan hak, kısmi çalışmaktan kaçınma veya işi yavaşlatma şeklinde gerçekleştirilmemelidir.

Ayrıca işçinin kısmen çalışması, öğretide **Çil'in** belirttiğinin aksine⁸⁰⁸ her zaman işverenin lehine olan bir durum da değildir. Bazı durumlarda işçinin kısmi çalışmaktan kaçınması, işverene orantısız ve beklenen üzerinde zarar verebilir. Bu durumda ise, hakkın kötüye kullanılması ortaya çıkar.⁸⁰⁹ Farklı bir deyişle, kısmen çalışmaktan kaçınma, bir bütün halinde çalışmaktan kaçınarak gerçekleştirilecek baskı ve zararın ötesinde durumların ortaya çıkmasına neden olabilir.

Öte yandan hakkın kısmen kaçınma şeklinde kullanılması durumunda, işçinin çalışacağı saatlerin nasıl belirleneceği veya nasıl bir tempoda çalışacağı sorunu da ortaya çıkar. İşçinin bu şekilde kaçınması, işyerindeki üretim organizasyonunu olumsuz anlamda etkileyeceğinden, bu şekilde kaçınmanın hukuka uygun olmadığı kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, kaçınmanın kısmi veya işi yavaşlatma şeklinde gerçekleştirilmesine, işverenin lehine olup olmadığına bakılmaksızın, imkân tanınmamalı, anılan hak, işi tamamen bırakma şeklinde kullanılmalıdır.

İfade etmemiz gerekir ki, işverenin ücret ödeme borcunu kısmi olarak yerine getirmemesi durumunda da işçinin çalışmaktan kaçınması kısmi olmamalıdır. Nitekim öğretide de örneğin fazla mesai ücreti ödenmeyen işçinin, sadece fazla mesai yapmaktan kaçınabileceği düşüncesinin yerinde olmadığı ifade edilmiştir.⁸¹⁰

3.1.6.3. Çalışmaktan Kaçınan İşçilerin İşyerinde Bulunma Zorunluluğunun Değerlendirilmesi

Öğretide tartışmalı olan diğer bir husus ise, çalışmaktan kaçınan işçilerin, işyerine gelme zorunluluğunun olup olmadığıdır. Öğretideki bir görüşe göre, çalışmaktan kaçınan işçiler işyerinde iş görmeye hazır bir şekilde beklemek zorundadır. Bu görüş çerçevesinde, kaçınma hakkını işyerinde gerçekleştirilmeyen işçilerin, hukuka aykırı davrandığı kabul edilir.⁸¹¹

Öğretideki aksi yöndeki görüşe göre ise, işçinin işyerinde bulunma sebebi çalışmaktır. Buna bağlı olarak, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacak işçinin, iş görme eylemini yerine getirmeyeceği açıkken, işyerine gelmesi uygun değildir. Öte yandan yine aynı görüş, Anayasal bir hak olan grev hakkının kullanılmasında dahi işyerinden ayrılmak zorunda olan işçilerin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullandıkları durumda da işyerlerini terk etmek zorunda olduğunu ifade etmiştir. Zira çalışmaktan kaçınan, ancak işyerine gelmeye devam

⁸⁰⁸ **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1279; **ÇİL**, Ücret, s. 686.

⁸⁰⁹ **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 151-152.

⁸¹⁰ **GÖKTAŞ**, s. 103.

⁸¹¹ **GÜNAY**, Ücret, s. 47-48; **UÇUM**, s. 62 **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1278; **ÇİL**, Ücreti 686.

eden işçiler, çalışma barışının ve huzurunun bozulması gibi olumsuzluklara yol açabileceğinden, anılan işçilerin işyerine devam etmemeleri en uygun yol olarak belirtilmiştir.⁸¹²

Nihayet konuya ilişkin son görüşe göre kaçınma, işyerinde gerçekleştirilebileceği gibi, işyeri dışında da gerçekleştirilebilir.⁸¹³ Bu görüşteki **Narmanlıoğlu'na** göre, ücret ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemiş kusurlu işveren karşısında, işçinin kaçınma hakkını kullanma biçimini işverenin takdirine bırakmak uygun değildir. Bu nedenle çalışmaktan kaçınan işçilerin, işverenin emrine hazır bir şekilde işyerinde bulunma zorunluluğu yoktur.⁸¹⁴ Benzer görüşte olan ve kaçınma hakkının hem işyerinde hem de işyeri dışında gerçekleştirilebileceğini ifade eden **Şahlanan** ise, işçinin işyerinde bulunma durumunu işverenin iradesine bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Anılan görüşe göre, kural olarak işçi, ücret ödeninceye kadar işyerinde hazır bulunmalıdır, ancak işverenin iradesi, işçinin işe gelmemesi yönündeyse, işçinin işyerine gitme zorunluluğu yoktur. Diğer bir ifadeyle, işverenin anılan şekilde bir irade beyanında bulunması, işçinin işyerinde bulunma zorunluluğunu ortadan kaldırmakta ancak işçi isterse yine işyerine gitmeye devam edebilmektedir.⁸¹⁵ Yine benzer görüşteki **Soyer** ise, yine işverenin iradesinden hareket etmiş ve işçilere işyerinin terkedilmesi yönünde talimat gelene kadar anılan hakkın işyerinde kullanılabileceğini, ancak talimattan sonra işçilerin bu talimata uymak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁸¹⁶ Bu noktada **Soyer** ile **Şahlanan'ın** belirtmiş oldukları görüşler arasındaki farklılık, işverenin iradesinin çalışmaktan kaçınan işçilerin işyerinde bulunmamaları yönünde olduğunda ortaya çıkmaktadır. **Soyer'in** görüşüne göre, işçi verilen talimata uymakla yükümlüyken, **Şahlanan'ın** görüşüne göre, işverenin iradesi işçileri işyerini terk etme yönünde olsa bile, işçilerin böyle bir zorunluluğu yoktur.

Öğretide ifade edildiği üzere, işçinin işyerinde bulunma amacı, iş görme borcunun ifa edilmesidir.⁸¹⁷ Ücretin ödenmemesi durumunda çalışmaktan kaçınan işçinin yapmış olduğu hukuki eylem, ödemelik def'i ileri sürerek, kendi edimini ifadan kaçınmaktır. Bu noktada ise, ödemelik def'i ile sağlanmak istenen husus, işvereni işçinin iş görme borcundan mahrum

⁸¹² **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 692; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2021, s. 191; **ÇOPUROĞLU**, s. 218.

⁸¹³ **ALPAGUT**, Ücret, s. 57; **GÖKTAŞ**, s. 104; **DULAY YANGIN**, s. 219; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 152; **BOZKURT**, s. 78; **DEĞER**, s. 92. Öğretide bir görüşe göre, anılan hak her ne kadar işyerinde veya işyeri dışında kullanılabılırsa da işçilerin ücreti ödenene kadar işyerine gelmemeleri en sağlıklı yöntemdir. Bkz. **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 23; **AKYİĞİT**, Cilt II, s. 1571.

⁸¹⁴ **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 624

⁸¹⁵ **ŞAHLANAN**, Ücretin Ödenmemesi, s. 3.

⁸¹⁶ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 670.

⁸¹⁷ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 692; **ÇOPUROĞLU**, s. 218.

ederek, işverenin üzerinde baskı oluşturmaktır. Anılan eylemin ne şekilde gerçekleştirileceğine yönelik yukarıda farklı görüşler belirtilmiştir. Ancak her ne olursa olsun, her hak gibi, kaçınma hakkı da dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılmamalıdır. Bu nedenle, anılan hakkın kullanılması ile beklenen baskının ve olumsuzlukların dışında başka bir durum ortaya çıkmamalıdır.

Kanımızca işçinin ödemelik def'i ileri sürerek kaçınması ve bu sürede işyerine gitmeye devam etmesi, işyerinde gerçekleştirilen mal veya hizmet üretimine engel olma durumunu ortaya çıkarabilir. Şüphesiz bu durumda, işçinin böyle bir engel teşkil etmiyor olması da mümkündür. Ancak işyerini ve işyerindeki işleyişi organize eden işveren veya işveren vekili, ödemelik def'i ileri sürerek kendi edimini ifadan kaçınan işçiye, işyerinden ayrılması yönünde talimat da verebilir. Diğer bir ifadeyle, işverenin vermiş olduğu bu talimat, işyerindeki davranışlara yönelik talimattır ve işçi ise, bu talimatlara itaat borcu gereği uymak zorundadır.⁸¹⁸ İşçinin, çalışma huzuru ve barışını bozmasına rağmen, işverenin verdiği talimata uymaması, sözleşmesinin İşK m. 25/II-h çerçevesinde feshedilmesine neden olabilir.

Ayrıca mal veya hizmet üretim sürecinde yer almayan bir işçinin işyerinde bulunmasına gerek yoktur. Bu noktada, işçinin işverene veya diğer işçilere huzursuzluk vermemesi veya işyerindeki çalışma huzurunu ve barışını bozmaması da sonucu değiştirmez. Önemli olan işverenin, çalışmaktan kaçınan işçinin işyerinde bulunmaması yönündeki iradesini ileri sürmesidir.

Sonuç olarak anılan konuya ilişkin öğretilerde belirtilen görüşlerden, **Soyer**'in görüşüne⁸¹⁹ katıldığımızı ve çalışmaktan kaçınan işçinin işyerinde bulunmasının ancak işverenin aksi yöndeki iradesine kadar mümkün olduğunu belirtmemiz gerekir. Diğer bir ifadeyle, işverenin iradesi aksi yönde olmadıkça işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını, işyerinde işleyişi etkilememek şartıyla, işyerinde veya işyeri dışında kullanabilir.

Konuya ilişkin özel bir durum teşkil eden taşıma işinde çalışanlar işçiler ayrıca incelenmelidir. Örneğin gemi adamlarının, gemi seferdeyken anılan hakkı ne şekilde kullanabilecekleri sorunu ortaya çıkar. Anılan araçlarda çalışan işçilerin kaçınma hakkının olup olmadığı yukarıda incelendiğinden, burada sadece kaçınmanın ne şekilde gerçekleştirilebileceği üzerinde durulmuştur. Kaçınma hakkını kullanan işçi, seferdeki gemiyi

⁸¹⁸ TBK m. 399 gereği, işverenin talimat verme hakkı kendi içerisinde ikiye ayrılır. Birincisi, işverenin işin görülmesine ilişkin verebileceği talimatlardır, ikincisi ise, işyerindeki davranışlara ilişkindir. İşin görülmesine ilişkin verilen talimatlara uyma borcu, iş görme borcu kapsamında değerlendirilirken, iş yerindeki davranışlara ilişkin verilen talimatlara uyma borcu, itaat borcu içinde yer alır. **SÜZEK**, s. 79; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 326-327; **ENGİN, E. Murat**, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993, s. 69-72.

⁸¹⁹ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 670.

terk etme olanağı olmadığından, gemide kalmak zorunadır. Diğer bir ifadeyle ne işçi gemiyi terk edebilir ne de işveren, işçiden gemiyi terk etmesine yönelik talimat verebilir. Ancak gemide kalan işçi, geminin işleyişi ve gemideki çalışma barışını ve huzurunu bozacak davranışlardan kaçınmalıdır. Geminin varması gereken limana ulaştıktan sonra, işçinin kaçınma hakkını gemi dışında kullanması gerekir. Şüphesiz bu liman, Türkiye dışındaki bir topraksa eğer, işçi Türkiye'ye gelene kadar, kaçınma hakkını gemide kullanmaya devam edebilmelidir. Varılan bu sonuç sadece gemide çalışan işçiler için değil, diğer ulaştırma araçlarında çalışan işçiler için de geçerlidir. Ancak taşıma aracı ile yapılacak sefer görece kısa bir zaman alacaksa, dürüstlük kuralı gereği işçi, kaçınma hakkını kullanamamalıdır.

Bu noktada cevaplanması gereken diğer bir hukuki sorun, işverenin işçilere, çalışmaktan kaçınma hakkını işyerinde kullanmaları yönünde bir talimat verip veremeyeceğidir? Kanımızca işverenin bu yönde bir emir veya talimat vermesi mümkün değildir. Zira işveren, sadece kaçınma hakkının işyerinde kullanılmaması yönünde talimat verebilir. Söz konusu hakkın işyeri dışında kullanılması işçinin özgür iradesine bırakılmıştır.

3.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkına İlişkin Sözleşme Türü Sebebiyle Ortaya Çıkan Özel Durumların Değerlendirilmesi

3.2.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Deneme Süresi İçinde Kullanılması

Deneme süresi işveren açısından, işçinin bilgisi, yetenekleri, işe uyumu ve kişiliği hakkında bilgi sahibi olabilmesi için, işçi açısından ise işin, işyerinin ve çalışma koşullarının kendisine uygun olup olmadığını öğrenebilmesi için taraflara verilen ve anılan süre içerisinde sözleşmeyi tazminatsız ve fesih süresine uymaksızın feshetme imkanı sunan bir kurumdur⁸²⁰. Konumuz ile bağlantılı olan husus ise, çalışmaktan kaçınma hakkının deneme süresi içerisinde doğmasının, anılan hakkın kullanılmasını herhangi bir şekilde etkileyip etkilemeyeceğidir.

Deneme süresi İşK m. 15 gereğince en fazla iki ay, toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa 4 ay olarak belirlenebilir.⁸²¹ TBK m. 433/1'de ise anılan sürenin en fazla iki ay olabileceği, DİK m. 10'da ise belirsiz süreli iş sözleşmelerinde deneme süresinin en fazla bir ay olabileceği hüküm altına alınmıştır. BİK'nda ise deneme süresi m. 10/1'de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, deneme süresi en fazla üç ay olarak belirlenmektedir.⁸²²

⁸²⁰ SÜZEK, s. 253; MUTLAY, Faruk Barış, "4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı", Legal İHSGHD, C. 16, S. 61, 2019, s. 40-41.

⁸²¹ Deneme kaydına ilişkin detaylı bilgi için bkz. MUTLAY, Deneme Kaydı, s. 39-79.

⁸²² MUTLAY, Deneme Kaydı, s. 42, dn. 5.

Görüleceği üzere, İşK'na tabi iş ilişkileri için, anılan süre toplu iş sözleşmesiyle en fazla 4 ay olarak belirlenebilecekken, TBK'na tabi iş ilişkileri için bu süre toplu iş sözleşmesi olsa dahi en fazla 2 aydır. DİK'nda ise deneme süresinin sadece süresi belirsiz olan iş sözleşmelerinde en fazla 1 ay olabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesiyle bu süre arttırılamayacağı gibi, kanun maddesi özellikle DİK'na tabi belirli süreli iş sözleşmelerini deneme süresi uygulamasının dışında tutmuştur. BİK'nda ise bu süre en fazla üç ay olabileceği düzenlenmiş ve bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle arttırılabileceği belirtilmemiştir. TBK'na tabi çalışanlar açısından ise, m. 433/1 gereği, toplu iş sözleşmesi olsa dahi en fazla 2 aylık bir deneme süresi belirlenebilir.

Bu noktada DİK'na tabi iş ilişkilerinde, ücretin ayda bir ödeneceğinin kabul edildiği durumlarda, deneme süresi içerisinde bu hakkın doğması mümkün değildir. Zira anılan Kanuna tabi işçiler için, deneme süresi en fazla 1 ay olarak düzenlenebilir. Ancak DİK'na tabi işçinin ücretinin, haftada bir ödeneceği kararlaştırılmış ise, deneme süresi içinde kaçınma hakkının ortaya çıkması mümkün olur.

TBK'na tabi iş ilişkilerinde, anılan hakkın doğumu, kural olarak, ancak deneme süresinin ikinci ayında mümkündür. Deneme süresinin en fazla 3 ay olduğu BİK'na tabi işçiler ve 4 aya kadar arttırılabildiği İşK'na tabi işçiler için de aynı şeyleri söylemek mümkündür.

Yapılan bu kısa açıklamalardan sonra önemle ifade etmek gerekir ki, deneme süresi içerisinde de olsa, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi gerekir. Zira deneme süresi taraflara sadece sebep göstermeksizin ve süre vermeksizin sözleşmeyi tazminatsız bir şekilde feshetme imkanı tanımaktadır. Bu nedenle kaçınma hakkının doğumunu veya kullanımını etkileyecek bir durum yoktur. Aynı şekilde deneme süresi içerisinde hakkın kullanılması deneme süresinin durduğu anlamına da gelmez. Zira sözleşmenin askıya alındığı hastalık veya grev gibi hallerde de deneme süresi işlemeye devam eder.⁸²³

Deneme süresi her ne kadar taraflara sözleşmeyi süre vermeksizin ve tazminatsız feshetme imkanı tanısa da, İşK m. 34/2, çalışmaktan kaçınan işçilerin iş sözleşmelerinin çalışmadıkları için feshedilemeyeceğini düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle, deneme süresi içerisinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin sözleşmesinin feshedilip feshedilemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Verilen bu durumda ise farklı ihtimallerin ortaya çıkması mümkündür.

⁸²³ SÜZEK, s. 254.

İlk ihtimale göre, deneme süresi içinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı doğmuştur ancak işçi, bu hakkını henüz kullanmamıştır. Bu durumda deneme süresi devam ettiği sürece her iki taraf da sözleşmeyi sebep ve süre vermeksizin tazminatsız bir şekilde feshedebilir. Zira anılan hak kullanılmadığı için, İşK m. 34/2’de düzenlenen ve sözleşmenin feshini sınırlayan hüküm somut olaya uygulanamaz. Şüphesiz işçinin ödenmemiş alacağı ortadan kalkmadığı için, işçi, sözleşme sona erse de bu alacağını talep edebilir.

İkinci ihtimal ise işçi, deneme süresi içerisinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması ve işverenin bu süre içerisinde işçinin sözleşmesini sebep ve süre vermeksizin tazminatsız bir şekilde feshetmesi durumudur. Kanımızca her ne kadar deneme süresi içerisinde olsa da işveren işçinin iş sözleşmesini, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması sebebiyle feshedememesi gerekir. Zira İşK m. 34/2 bunu açıkça yasaklamıştır. Bu nedenle işçi, iş sözleşmesinin deneme süresi içinde “çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması sebebiyle” feshedildiğini ispat ederse, işveren haksız bir fesih yapmış olur ve bunun sonuçları doğar. Diğer bir ifadeyle, her ne kadar işveren, deneme süresi içerisinde sözleşmeyi feshederken sebep göstermek zorunda olmasa da İşK m. 34/2’de düzenlenen sınırlama gereği, sözleşmeyi haksız feshetmiş olur. Her ne kadar, kaçınma hakkının kullanılması durumunda sözleşmenin feshine sınır getiren düzenleme, TBK, DİK ve BİK’na tabi işçiler için düzenlenmemiş olsa da aynı kural söz konusu işçiler için de geçerli olmalıdır. Aksi takdirde, kanunun verdiği hakkı kullanan işçinin, aynı sebebe dayanarak sözleşmesinin feshedilmesinin önü açılmış olur.⁸²⁴

İfade etmek gerekir ki yukarıda verilen bu ihtimallerin ortaya çıkması oldukça güçtür. Zira daha yeni işe başlamış bir işçinin deneme süresi içerisinde ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınması, işçinin işini kaybetme korkusu ile karşılaştırıldığında pek mümkün görünmemektedir. Zira işçi, bu süre içerisinde sözleşmesinin tazminatsız ve süre vermeksizin feshedilebileceğini düşüneceğinden, anılan hakkı kullanmak yerine, ücretini almadan veya eksik alarak çalışmaya devam edecektir. Şüphesiz farklı durumların ortaya çıkması mümkündür ancak durum her ne olursa olsun, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasıyla işveren üzerinde kurulmak istenilen baskının etkisi, deneme süresi içerisinde oldukça azdır.

Ayrıca deneme süresinin uzunluğu anılan hakkın fiili olarak kullanılmasını doğrudan etkileyen bir unsurdur. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, deneme süresi içinde anılan hakkın etkin bir şekilde kullanılması pek mümkün değildir.

⁸²⁴ Detaylı bilgi için bkz. §9, II, C.

İfade edilmesi gereken diğer bir husus ise, TBK m. 98 çerçevesinde kullanılacak olan ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının, deneme süresi içerisinde kullanılıp kullanılamayacağıdır. Kanımızca, deneme süresi içerisinde söz konusu hakkın doğumu mümkündür ve buna bağlı olarak işçi kaçınma hakkını kullanabilmelidir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, deneme süresi içerisinde söz konusu hakkın etkin bir şekilde kullanımı pek mümkün görünmemektedir.

3.2.2. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Bilindiği üzere belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca sözleşmenin devam edeceği sürenin önceden belirlendiği sözleşmelerdir. Anılan bu sürenin dolmasıyla birlikte sözleşme kendiliğinden sona erer.⁸²⁵ Çalışma konumuzu ilgilendiren kısım ise, anılan hakkın belirli süreli iş sözleşmelerinde ne şekilde kullanılabileceğidir.

İfade etmek gerekir ki çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında sözleşmenin belirli olması veya belirsiz olması, temelde bir farklılık yaratmaz. Bu nedenle anılan hakkın, belirli süreli iş sözleşmelerinde kullanılması da pek tabii mümkündür. Aynı şekilde söz konusu hakkın, İşK m. 34, TBK m. 97 ve TBK m. 98 kapsamında kullanılacak olması da bir farklılık yaratmaz. Ancak, çalışmaktan kaçınma hakkı devam ederken taraflarca belirlenen sürenin sona ermesi durumunda, sözleşme de kendiliğinden sona ermiş olur. Buna bağlı olarak da halihazırda kullanılmış olan çalışmaktan kaçınma hakkı ortadan kalkar. Zira iş ilişkisi sona ermiştir.

Bu konuya ilişkin belirtmek istediğimiz diğer bir husus ise, belirli süreli iş sözleşmelerinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının mı, yoksa sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle sona erdirilmesinin mi işçinin daha lehine olduğudur. Diğer bir ifadeyle, kaçınma hakkının kullanılması mı yoksa sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesi mi işçinin menfaatine daha uygun düşer?

Bu noktada incelenmesi gereken husus, TBK'nun 437'nci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde, *“Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür.”* hükmünü düzenlemiştir. Anılan hüküm gereği, işverenin sözleşmeye uymaması, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesine sebep olmuşsa, işçi belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin süresinin sonuna kadar alacağı ücreti

⁸²⁵ Belirli süreli iş sözleşmelerine sona ermesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ALPAGUT, Gülsevil**, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, 1998, s. 157-176; **BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz**, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 281 vd.

tazminat olarak talep edebilir. Diğer bir ifadeyle, TBK m. 437 gereği, ücreti ödenmeyen işçi, sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği takdirde, sözleşme devam ediyorsa sözleşmenin sona ereceği tarihe kadarki alacağı ücreti “tazminat”⁸²⁶ olarak talep edebilir.⁸²⁷

Şüphesiz işçi, belirli süreli iş sözleşmesini feshetmeyip çalışmaya devam da edebilir. Bu durumda ise, daha sonra detaylıca incelenmekle birlikte, işçi, çalışmaktan kaçındığı süreye ilişkin ücretine hak kazanır.

Görüleceği üzere, belirli süreli iş sözleşmelerinde işçi, sözleşmeyi feshederek, TBK m. 437 çerçevesinde sözleşme süresinin devamına ait ücreti tazminat olarak veya çalışmaktan kaçınarak sözleşmenin devamına ait ücretleri talep edebilir. Hangi yolun tercih edileceği işçinin özgür iradesine kalmıştır.

Tercih edilecek bu iki yolun farklı noktaları da bulunmaktadır. Örneğin, işçi ödenmeyen ücret nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesini feshederse, TBK m. 437 çerçevesinde bakiye süreye ait ücretini tazminat olarak ve kural olarak toplu bir şekilde elde eder. Çalışmaktan kaçınma hakkı kullanıldığında ise, sözleşme devam ettiği için, her aya ait ücreti ancak sözleşmede belirtilen tarihlerde ödenir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi fesheden işçi bakiye süreye ait ücreti tazminat olarak bir bütün halinde, çalışmaktan kaçınan işçi ise, ücret ödeme dönemi geçtikçe sadece o aya ait ücreti talep edebilir.

İfade etmek gerekir ki, uygulamada, sözleşmenin feshedilmesinde veya çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında, işverenler doğrudan ücretleri ödeme yolunu tercih etmezler. Zira işçinin sözleşmeyi feshetmesinin veya çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının temelinde yine ücretin ödenmemesi yatar. Bu nedenle ücretlerin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeyi fesheden işçilerin bakiye süreye veya sözleşmeyi feshetmek yerine çalışmaktan kaçınan işçilerin kaçındıkları süreye ilişkin ücret taleplerinin, işveren tarafından hiçbir zorluk çıkarılmadan ödeneceği düşüncesi pek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu nedenle, hayatın olağan akışında, bu durumdaki işçilerin taleplerinin karşılanması ancak arabuluculuk, dava veya takip yoluyla mümkün olur.

Yukarıda açıklanan sebebe bağlı olarak, işçinin bakiye süreye ilişkin tazminat veya çalışmaktan kaçındığı süreye ilişkin ücret talebi ancak anılan yasal yolların kullanılması

⁸²⁶ İşçinin talebinin bir ücret alacağı mı yoksa tazminat alacağı mı olduğuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. **KABAKCI, Mahmut**, “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, s.134-140.

⁸²⁷ **SOYER, Polat**, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 22, Haziran 2011, s. 14-15; **ALPAGUT, Gülsevil**, “Türk Borçlar Kanunun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, İHSGHD, S. 31, 2011, s. 939; **KABAKCI**, Bakiye Süre Ücreti, s. 138; **YÜREKLİ**, s. 270; **GÜLVER, Ender**, “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, Legal İHSGHD, C. 8, S. 31, 2011, s. 1014; **GÜNEŞ/MUTLAY**, s. 279.

sonucunda mümkün olacaktır. Diğer bir ifadeyle anılan taleplerin işçi tarafından elde edileceği an her durumda zaman olarak birbirine yakın olacaktır. Öte yandan TBK m. 437/2 hükmü gereği, hakime feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirme yetkisi verildiği için, işçinin çalışmaya devam etmiş olduğu durumda elde edeceği miktar ile tazminat olarak elde edeceği miktar eşit olmayabilir.⁸²⁸ Ancak bu durumda bile aralarında çok fark olacağını söylemek mümkün değildir.

Konuya ilişkin ispat noktasında da farklılıklar çıkmaktadır. İster sözleşmenin feshedilmesinde ister çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında olsun, ücretin ödendiğinin ispatı işveren üzerindedir.⁸²⁹ Bu nedenle işçinin sözleşmeyi, ücretin ödenmediği nedeniyle feshedildiğini veya aynı nedenle çalışmaktan kaçınmış olduğunu belirtmiş olması yeterlidir. Ancak, çalışmaktan kaçınma hakkında, işverenin ücret ödemesi mücbir sebebe dayanıyorsa, işçinin çalışmaktan kaçınması haksız olacaktır ve işçi bunun sebep olduğu sonuçlarla karşılaşacaktır. Sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesinde ise, işverenin ücreti mücbir sebep yüzünden ödememiş olmasının bir sonucu olmayacaktır. Zira önemli olan burada işverenin ücret ödeme borcuna aykırı davranışdır. Bu nedenle, çalışmaktan kaçınma hakkında, işçinin haklılığını veya haksızlığını belirleyecek başka bir unsur (mücbir sebep) ortaya çıkmaktadır. Ayrıca işçinin bekleme süresine uygun hareket edip etmediği de işçinin kaçınmasının hukuka uygun olup olmadığını belirleyecek diğer bir unsurdur.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma ile sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesi arasında, parasal olarak pek bir fark yoktur. Ancak görülmektedir ki çalışmaktan kaçınmak isteyen işçi, sadece ücretin ödenmediği gerçeğine dayanarak bu hakkı kullanamaz. Aynı zamanda ücretin ödenmemesinin nedenini ve bekleme süresini de doğru hesaplayarak bu hakkı kullanabilir. Bu durumda ise, işçi tarafından yapılacak yanlış bir değerlendirme, işçinin aleyhine sonuç doğmasına neden olabilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle belirli süreli iş sözleşmelerinde işverenin ücreti ödememesi durumunda, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması yerine, sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesinin, işçi açısından daha güvenli bir yol olduğu kanaatindeyiz. Şüphesiz işçi, sözleşmeyi feshetmek yerine çalışmaktan kaçınma hakkını da kullanabilir ancak, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında işçi, daha özenli davranarak, tüm unsurların sağlandığını tespit etmelidir.

⁸²⁸ **KABAKCI**, Bakiye Süre Ücreti, s. 137.

⁸²⁹ **ÖZDEMİR, Erdem**, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta, İstanbul, 2006, s. 173-174.

Varmış olduğumuz bu sonuç, genel olarak, TBK m. 98 kapsamında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı için de geçerlidir. Ancak, ispat noktasında bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. İşçinin söz konusu hakkı kullanabilmesi için, öncelikle işverenin ödeme güçsüzlüğüne düştüğünü veya işverenin ücreti ödemeyeceğini açıkça belirttiğini ya da bu durumun işverenin içinde bulunduğu koşullardan anlaşılabilmesini ispat etmesi gerekir. Şüphesiz aynı durum TBK m. 436 kapsamında kullanılacak fesih hakkı için de geçerli olacaktır. Bu bakımdan belirli süreli iş sözleşmelerinde ister kaçınma hakkının kullanılması olsun ister sözleşmenin derhal feshi olsun, işçi aynı ispat yükümlülüğü altında olacaktır.

3.2.3. Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Mevsimlik iş sözleşmelerini diğer belirli veya belirsiz süreli sözleşmelerden ayıran unsur, sözleşmeye konu olan işin yılın belirli bir zamanında/döneminde yapılması veya bütün yıl devam etmekle birlikte yılın belirli bir zamanında yoğunlaşmasıdır.⁸³⁰ Bu faaliyetlerin gerçekleştiği işyerlerinde mevsimlik iş sözleşmeleri akdedilebilir.⁸³¹ Mevsimlik iş sözleşmeleri belirli süreli yapılabileceği gibi, belirsiz süreli olarak da yapılabilir. Bir üst başlıkta belirli süreli iş sözleşmelerinde kaçınma hakkının kullanılmasıyla ilgili bilgi verilmiş olduğundan ve anılan bilgiler belirli süreli akdedilen mevsimli iş sözleşmeleri için de geçerli olduğundan, bu başlık altında sadece, kaçınma hakkının belirsiz süreli mevsimlik iş sözleşmelerinde nasıl kullanılacağı incelenecektir.

Mevsimlik iş sözleşmelerinde, işin hiç yapılmadığı zaman, işçinin iş sözleşmesi askı haline geçer.⁸³² Diğer bir ifadeyle işçi bir sonraki çalışma dönemine/mevsime kadar, iş görme borcundan kurtulur ve bunun karşılığında ücrete de hak kazanamaz.

Sözleşmenin askıda olduğu mevsim dışı dönemlerde, işçinin iş görme borcu da olmadığı için, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması veya anılan hakkı kullandığı yönünde bir beyanda bulunması herhangi bir sonuç doğurmaz. Nitekim öğretide de grev veya başka bir sebeple iş sözleşmesinin askıda olduğu dönemlerde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılamayacağı ifade edilmiştir.⁸³³ Bu nedenle işçi, anılan hakkı ancak, bir sonraki mevsim döneminde, yani iş görme borcunun doğduğu dönemde kullanabilir. İşçi sözleşmenin askıda

⁸³⁰ KAR, Bektaş, “Mevsimlik İş”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, Y. 1, Aralık 2006, s.70.

⁸³¹ Mevsimlik iş sözleşmelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 268-268; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 460-465; AKI, Erol, “Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları”, Kamu-İş Dergisi, C. 5, S. 3, Y. 2000, s. 251-253; YILDIZ, Gaye Burcu, “Mevsimlik İş Sözleşmesi”, LEGAL Legal İHSGHD, C. 7, S. 25, 2010, s. 43; YADIMCIOĞLU, Didem, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 109 vd.

⁸³² SÜZEK, s. 257-258; YILDIZ, s. 47.

⁸³³ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s. 310; AKYİĞİT, Çalışmaktan Kaçınma, s. 21; TOPUZ, s. 468; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 116.

olduğu dönemde çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı yönünde bir beyanda bulunsa bile, bunun sonucu ancak iş görme borcunun doğduğu zaman gerçekleşebilir.

İş görme borcunun devam ettiği dönemde işçinin çalışmaktan kaçındığı ancak kaçınmanın belirli bir bölümünün mevsim dışı döneme geldiği durumlarda, çalışılmayan dönem için işçinin iş görme borcu olmadığından, sözleşmenin askı halinde olduğu dönemde kaçınma hakkına ilişkin herhangi bir sonuç ortaya çıkmaz. Durum böyle olmakla birlikte İşK m. 34'te sözleşmenin feshine getirilen sınırlamanın askı döneminde de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle sözleşme askı halindeyken, kaçınma hakkını daha önce kullanan bir işçinin iş sözleşmesi, kaçınma hakkının kullanılması nedeniyle feshedilememelidir. Çalışmaktan kaçınma hakkının sonuçları çalışmanın ilerleyen kısmında detaylıca incelenmiştir.⁸³⁴

3.2.4. Uzaktan Çalışma Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Günümüzde yaşanan Covid-19 salgını nedeniyle, uzaktan çalışma hayatımızda gittikçe daha fazla yer edinmeye başlamıştır. Anılan salgına benzer salgınların hayatımıza bir daha girmeyeceğinin garantisi olmadığı için, bu çalışma tipinin gittikçe daha da yaygınlaşacağını söylemek mümkündür. Buna bağlı olarak, uzaktan çalışma şeklinde çalışan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını nasıl kullanacağı incelenmelidir.

İşK m. 14/4 ve Uzaktan Çalışma Yönetmeliği⁸³⁵ m. 4/1-c'ye göre, “*Uzaktan çalışma: işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisini ifade eder.*”. Görüleceği üzere madde metninde uzaktan çalışma, hem “evde çalışma” hem de “teknolojik iletişim araçları ile” klasik anlamda işyerine kavramına girmeyen yerlerde yapılan işleri kapsayan daha geniş bir kavram olarak ele alınmıştır.⁸³⁶ Ancak uzaktan çalışma kavramına sadece bu iki çalışma tipi değil, bunlar dışında örneğin, gezici satış danışmanlarının yapmış olduğu işler de girmektedir. Ancak öğretide, uzaktan çalışmaya yönelik tartışmaların çoğu, “evde çalışma” ve tele-çalışma” çerçevesinde gerçekleşmektedir.⁸³⁷ Anılan konuların detayları, çalışmamızın sınırlarını aştığından, bu başlık altında sadece çalışmaktan kaçınma hakkının, evde çalışma⁸³⁸ ve tele-

⁸³⁴ Bkz. §9.

⁸³⁵ RG, T. 10.03.2021, S. 31419.

⁸³⁶ SÜZEK, s. 266.

⁸³⁷ CİVAN, Orhan Ersun, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma”, Legal İHSGHD, C. 7, S. 26, 2010, s.525-573;

⁸³⁸ Evde Çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. ENGİN, E. Murat, “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, Kamu-İş, C. 5, S. 3, Y. 2000; s. 269-287; DULAY, Dilek, Evde Çalışma, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 81 vd.; TUAÇ YILMAZ, Pelin, “Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.

çalışma⁸³⁹ çerçevesinde nasıl kullanılacağı ve ne gibi sorunların ortaya çıkabileceği değerlendirilmiştir.

Öncelikle uzaktan çalışma yapan bir işçinin bu hakkı nasıl kullanılacağı tespit edilmelidir. Uzaktan çalışan işçinin, anılan hakkı işyerine gitmeme şeklinde kullanma imkânı yoktur. Zira işçi, işini klasik anlamda işyeri kavramına⁸⁴⁰ girmeyen bir yerde, diğer bir ifadeyle ya evde ya da işyeri dışında başka bir yerde gerçekleştirmektedir. Bu nedenle işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını ancak işverenin kendisine vermiş olduğu işi yerine getirmeyerek kullanabilir. Bu durumda ise ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçebilmek için, uzaktan çalışan işçiler, işverene anılan hakkı kullandığına dair bir bildirim yapmalıdır. Zira uzaktan çalışmanın yapıldığı ve işin yapılıp yapılmadığının her gün kontrol edilmediği bir iş organizasyonunda, işçinin çalışmaktan kaçındığının işveren tarafından öğrenilmesi belirli bir süre alabilir. Bu durum ise, işverene beklenilenin ötesinde zarar verebilir.

Örneğin, bir çeviri şirketinde çalışan ve iş görme borcunu evde ifa eden bir işçinin yaptığı işlerin her hafta cuma günü kontrol edildiği durumda, pazartesi günü çalışmaktan kaçınan, ancak durumu işverene bildirmeyen işçi, cuma gününe kadar yapması gereken işleri yapmamış olacaktır. İşveren, işlerin yapılmadığını ve işçinin çalışmaktan kaçındığını ancak cuma günü öğrenebilecektir. Bu durumda ise, çalışmaktan kaçınmanın, işverene beklenilenin üzerinde zarar vermesi ortaya çıkabilir. Açıklanan nedene bağlı olarak, uzaktan çalışan işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını işverene bir bildirim yapmak suretiyle kullanabileceği kanaatindeyiz. Aksi takdirde hakkın dürüstlük kuralı ve sadakat borcu çerçevesinde kullanılmadığı ifade edilir.

3.2.5. Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

3.2.5.1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

İşK m. 13/1'e göre, "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir.*"⁸⁴¹ Madde metninde belirtilen "önemli ölçüde az"

2020, S. 43, s. 254-273; GÜNAY, Arkın, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, Legal, İstanbul, 2018, s. 91 vd.

⁸³⁹ Tele-çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. KANDEMİR, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 38 vd.; GÜNAY, s. 81 vd.

⁸⁴⁰ İşyeri kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul, 2007, s. 9 vd.

⁸⁴¹ Kısmi süreli çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. EYRENCİ, Öner, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, Mozaik Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 21 vd.; CENTEL, Tankut, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s. 23 vd.; SÜZEK, s. 258-266; SEVİMLİ, K. Ahmet, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta, İstanbul, 2019, s. 9 vd.; YORULMAZ, Çiğdem, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Yetkin, Ankara, 2008, s. 73 vd.

kıstasından ne anlaşılması gerektiği, Kanun'un gerekçesinde ve İş Kanuna İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin⁸⁴² 6'ncı maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır.

Konumuz ile bağlantılı olan husus ise, kısmi süreli çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını nasıl kullanacağıdır. Öncelikle ifade edelim ki, İşK m. 5 gereği, işveren, esaslı sebep olmadıkça tam süreli çalışan ile kısmi süreli çalışan işçi arasında ayırım yapamaz. Bu nedenle, kısmi süreli çalışanlar da çalışmaktan kaçınma hakkından faydalanabilmelidir. Zira tam süreli çalışan ile kısmi süreli çalışan arasındaki fark, çalışma saatinden ibarettir. Bu nedenle, tam süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, çalıştıkları saat kadar çalışmaktan kaçınabilirler.

Haftanın sadece belirli günleri çalışan işçinin, haftanın çalışılmayan gününde iş görme borcu olmadığı için, anılan günler için çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmaz. Zira çalışmaktan kaçınma hakkı ancak iş görme borcunun olduğu günler için mevcuttur. Örneğin sadece pazartesi ve cumartesi günleri çalışan işçi, salı günü çalışmaktan kaçınmaz. Ancak yine de işverene bu yönde bir bildirimde bulunduysa, anılan bildirimin sonuç doğurması ancak bir sonraki çalışma günü olan cumartesi günü gerçekleşir.

3.2.5.2. Çağrı Üzerine Çalışma Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Kısmi süreli iş sözleşmesinin bir çeşidi olan çağrı üzerine çalışma İşK m. 14'te düzenlenmiştir.⁸⁴³ Anılan maddeye göre, işverenin sözleşmede veya Kanunda belirtilen belirli bir süre önce işçiye haber vererek iş görme borcunu ifaya çağırdığı ve tarafların belirli bir süre içerisinde işçinin ne kadar süre çalışacağını belirlediği iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmadır. Bu ilişkinin akdedildiği sözleşme ise, kısmi süreli iş sözleşmesidir.⁸⁴⁴

Önemle ifade etmek gerekir ki, işverenin işçiyi sözleşmede belirlenen veya kanunda belirtilen süreden önce işe çağırmadığı durumlarda, işçinin iş görme edimini yerine getirmemesi, “ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı” kapsamında değerlendirilemez. Zira her ne kadar işçinin sözleşmede belirtilen süre boyunca çalışma borcu

⁸⁴² RG, T. 06.04.2004, T. 25425.

⁸⁴³ Çağrı üzerine çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDIN, **Ufuk**, “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2007, S. 8, s. 46-53; SÜZEK, s. 263-265; SEVİMLİ, s. 24-46; ASTARLI, s. 373-396.

⁸⁴⁴ SÜZEK, s. 263.

varsa da bu borcun ifa edilebilmesi için öncelikle sözleşmede veya Kanunda belirtilen süre içerisinde işe çağırılması gerekir.

Uzaktan çalışmada olduğu gibi, çağrı üzerine çalışmada da ücretin ödenmemesi durumunda, çalışmaktan kaçınma hakkının kullandığına dair bir bildirimin işverene yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira çağrı üzerine çalıştırılan işçi, işe çağırılmadığı sürede çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırsa, işçi tarafından bildirim yapılmadığı sürece, işverenin bu durumdan haberdar olması mümkün değildir.

3.2.5.3. İş Paylaşımı Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

İş paylaşımı da kısmi süreli bir sözleşme türüdür.⁸⁴⁵ İş paylaşımında, tam süreli bir iş birden fazla işçi tarafından paylaşılır. İşi paylaşan işçiler ile işveren arasında tek bir sözleşme değil, işveren ile işi paylaşan her işçi arasında birer iş sözleşmesi bulunur.⁸⁴⁶ İşveren ve işi paylaşacak işçiler arasında tek bir sözleşme akdedilmesi, her bir işçi ile ayrı ayrı iş sözleşmesi yapıldığı gerçeğini değiştirmez.⁸⁴⁷ İş paylaşımında, bir işçinin üstlendiği işi yerine getirmemesi durumunda, kural olarak, işi paylaşan diğer işçi bu işi yapmakla yükümlü değildir. Ancak sözleşme ile bu durumun aksi kararlaştırılabilir.

İş paylaşımı da kısmi süreli iş sözleşmesi türü olduğu için, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması noktasında temel bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak, iş paylaşımı sözleşmesinde bir işçinin işi yapmaması durumunda diğer işçinin bu işi ifa edeceği ve buna göre anılan ücrete hak kazanacağı düzelenmişse ve işçilerden biri ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınırsa, nasıl bir sonuca varılması gerektiği ayrıca incelenmelidir.

İşK m. 34 gereği çalışmaktan kaçınan işçinin yerine başka bir işçi alınamayacağı gibi, o işçinin yaptığı işin başkasına yaptırılması da mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, İşK m. 34 çerçevesinde, iş paylaşımı yapan işçilerden birinin işinin çalışmaktan kaçınma hakkı kullanması durumunda, diğer işçinin anılan işi yerine getirmemelidir. Ancak çalışmaktan kaçınmayan işçi, sözleşme gereği anılan işi yapma borcu altındadır.

⁸⁴⁵ İş paylaşımı sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 265-266; ASTARLI, s. 420-438; ZEYTİNOĞLU, Emin, İş Paylaşımı, (Job Sharing), Alfa, İstanbul, 2000, s. 25 vd.;

⁸⁴⁶ SÜZEK, s. 265.

⁸⁴⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 451-452.

Söz konusu durumda, Kanun hükmünde düzenlenen yasağa üstünlük tanınmalı ve sözleşme hükmü uygulanmamalıdır. Anılan durumda, sözleşme hükmüne üstünlük tanınırsa, çalışmaktan kaçınma hakkı ile sağlanmak istenen sonuç ortadan kaldırılmış olur. Bu noktada ifade etmek gerekir ki iş paylaşımı içinde olan ve çalışmaktan kaçınmayan diğer işçinin, kaçınan işçinin işini yerine getirmemesi sözleşmeye aykırı bir davranış olarak da değerlendirilemez. Zira İşK m. 34 gereği, o işin başka işçiler tarafından yerine getirilmesi yasaklanmıştır.

3.2.6. Geçici İş İlişkisinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

3.2.6.1. Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi, İşK'nun 7'nci maddesinde düzenlenmiştir. Konunun detayları çalışmamızın sınırlarını aştığından, sadece çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin hususlar bu başlık altında incelenecektir.⁸⁴⁸

Konumuzla ilgili olan esas husus, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde, işçinin işverenin özel istihdam bürosunun olması ancak işçinin iş görme borcunu geçici işverene karşı yerine getirmesidir. Diğer bir ifadeyle, anılan geçici iş ilişkisinde, iş sözleşmesi işçi ile özel istihdam bürosu arasında kurulur, bu nedenle özel istihdam bürosu işverendir.⁸⁴⁹ Geçici işçiye ihtiyaç duyan geçici işveren ile özel istihdam bürosu arasında ise geçici işçi sağlama sözleşmesi yapılır.⁸⁵⁰ Bu nedenle geçici işveren, geçici işçinin işvereni konumuna gelmemekle birlikte, işçinin iş görme borcunun alacaklısı olur. Buna karşılık geçici işveren,

⁸⁴⁸ Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 67 vd.; **ODAMAN, Serkan**, “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2016, S. 36, s. 41-61; **YİĞİT, Esra**, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 67 vd.; **ÇELEBİ DEMİR, Duygu**, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Adalet, Ankara, 2019, s. 139 vd.; **EKİN, Ayşegül**, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Seçkin, Ankara, 2019, s. 91 vd.

⁸⁴⁹ **SÜZEK**, s. 287-288; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 253; **YİĞİT**, s. 138; **ÇELEBİ DEMİR**, s. 147.

⁸⁵⁰ **SÜZEK**, s. 289; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, s. 253; **YİĞİT**, s. 151; **ÇELEBİ DEMİR**, s. 175.

özel istihdam bürosuna karşı, almış olduğu hizmetin karşılığında,⁸⁵¹ özel istihdam bürosu ise, geçici işçinin ücretinden sorumlu olur.⁸⁵²

Özel istihdam bürosu işçinin ücretini ödemediğinde, geçici işverenin yerine getirmekle yükümlü olduğu bazı hususlar vardır. İşK m. 7/12 hükmüne göre, anılan hükmün 2'nci fıkrasının “f” bendine göre kurulan geçici iş ilişkilerinde⁸⁵³, geçici işçi çalıştıran işveren bir ayın üzerinde çalışan geçici işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle, özel istihdam bürosu ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak geçici işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlüdür. Geçici işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup ederek geçici işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır.⁸⁵⁴ Bu düzenleme sınırlı olarak sadece bazı geçici işçi çalıştıran işverenlere getirildiği için, diğer şartlar altında kurulan mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde bu hüküm geçerli değildir.

Anılan hüküm doğrultusunda, işçinin ücreti, özel istihdam bürosu tarafından ödenmediği takdirde, geçici işçi çalıştıran işveren, işçinin üç aya kadar olan ücretini özel istihdam bürosunun alacağından keserek işçiye vermekle yükümlüdür. Özel istihdam bürosu işçinin ücretini dördüncü ayda da ödemez ise, zaman sınırlaması sebebiyle, geçici işçi çalıştıran işveren, işçinin ücretini özel istihdam bürosunun alacağından kesemez. Bu durumda ise işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı gündeme gelir. Şüphesiz anılan 3 aylık süre içerisinde geçici işveren de işçinin ücretini ödemezse, kaçınma hakkı ortaya çıkar.

İşK m. 7/2-f bendi dışında kurulan mesleki amaçlı geçici iş ilişkilerinde ise, geçici işçi çalıştıran işverene ücretlerin ödenip ödenmediğini araştırma ve işçinin 3 aya kadar ödenmeyen ücretini özel istihdam bürosunun alacağından kesme konusunda görev verilmediği için, anılan ilişkinin tarafı olan işçinin ücreti ilk ay dahi ödenmezse ve diğer şartlar da sağlanırsa, çalışmaktan kaçınma hakkı gündeme gelir. Ancak öğretide, geçici iş ilişkisinin ortaya çıkardığı üçlü ilişkiden dolayı, işçinin iş görme borcu ile ücret alacağının sinallagma ilişkisi içinde olup olmadığı sorunu belirtilmiştir.⁸⁵⁵ Zira iş görme borcunun alacaklısı geçici işçi çalıştıran işverenken, ücret ödeme borcunun alacaklısı işçidir ve anılan ücret ödeme borçlusu özel istihdam bürosudur.

⁸⁵¹ SÜZEK, s. 289; YİĞİT, s. 151; ÇELEBİ DEMİR, s. 180-181.

⁸⁵² SÜZEK, s. 288; YİĞİT, s. 139; ÇELEBİ DEMİR, s. 308.

⁸⁵³ İşK m. 7/2-f, “İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeden şekilde artması hâlinde”

⁸⁵⁴ SÜZEK, s. 290-291.

⁸⁵⁵ DEHMEL, s. 266; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 140.

TBK m. 129’da düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşmelerde olduğu gibi, geçici iş ilişkisinde de iş görme borcunun alacaklısı sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü bir kişidir.⁸⁵⁶ Üçüncü kişi yararına sözleşme de geçici iş ilişkisindeki gibi üçlü bir ilişki oluşturur. Anılan ilişki, vaat eden ile vaat ettiren arasında kurulur ve vaat eden kendi edimini üçüncü kişiye karşı yerine getirir. Üçüncü kişinin anılan alacağı talep edip edemeyeceğine göre ise üçüncü kişi yararına sözleşme “tam” veya “eksik” üçüncü kişi yararına sözleşme diye ikiye ayrılır. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafı, kendi edimini yerine getirmediği takdirde, borcu üçüncü kişiye ifa ile yükümlü taraf yani vaat eden, vaat ettirene karşı sözleşmeden doğan def’i ve itirazları ileri sürebilir.⁸⁵⁷ Bu bakımdan kanımızca mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde, iş görme borcunu talep hakkı her ne kadar geçici işçi çalıştıran işverende olsa da işçinin ödemezlik def’i ileri sürerek çalışmaktan kaçınabilmesi gerekir.

Alman hukukunda da geçici iş sözleşmesi çerçevesinde çalışan işçilerin, BGB §328’de düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşmelerde olduğu gibi, ödemezlik def’i hükümlerinden yararlanabileceği belirtilmiştir. Bunun dayanağı olarak ise, BGB §334⁸⁵⁸ hükmü olarak gösterilmiştir. Anılan hükme göre, vaat eden, sözleşmeden doğan savunmalarını üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir.⁸⁵⁹

Konuya ilişkin ortaya çıkabilecek diğer bir sorun ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kime karşı ileri sürüleceğidir. Kural olarak işçinin bildirim yükümlülüğünü kabul etmemekle birlikte, dürüstlük kuralı gereği işçinin bildirim yükümlülüğünün olduğu durumlarda, çalışmaktan kaçınma hakkının kullandığının özel istihdam bürosuna mı yoksa geçici işçi çalıştıran işverene mi bildirileceği hukuki sorunu ortaya çıkar.

Bildirimin yapılmasının gerekli olduğu durumlarda, işçinin her iki işverene de durumu bildirmesi, ileride çıkabilecek olumsuzlukların önüne geçilmesi bakımından daha uygundur. Zira bir işveren iş görme borcunun alacaklısıdır diğer işveren ise ücret ödeme borcunun borçlusudur. Bu nedenle iki işveren de bilgilendirilebilir. Ancak, anılan bildirimin sadece özel istihdam bürosuna yapılması yeterli sayılmalıdır. Zira ücret ödeme borcu altında olan taraf geçici işçi çalıştıran işveren değil özel istihdam bürosudur. Aksi bir görüşün kabulü halinde, anılan hakkın kullanılması her iki işverene de hakkın kullanıldığına dair bildirim yapma şartına bağlanmış olur ki bu durum hakkın kullanımını oldukça güçleştirir.

⁸⁵⁶ Üçüncü kişi yararına sözleşme için bkz. **EREN**, P. 3556-3591.

⁸⁵⁷ **EREN**, P. 3580.

⁸⁵⁸ Maddenin orijinal metni; BGB §334 Einwendungen des Schuldners gegenüber dem Dritten; “*Einwendungen aus dem Vertrag stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu.*”

⁸⁵⁹ **DEHMEL**, s. 273

Durum böyle olmakla birlikte işçinin anılan hakkı, geçici işçi çalıştıran işverene beklenenin ötesinde zarar vermeyecek şekilde, yani dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanması gerekir. Ayrıca işçinin sadakat borcu gereği, bildirim geçici işverene yapılmasının daha uygun olduğu durumlar da ortaya çıkabilir. Bu nedenle, işçinin yapmış olduğu iş, kaçınmadan önce geçici işverene bildirim yapılmasını ve makul bir süre verilmesini gerektiriyorsa, işçi hem özel istihdam bürosuna hem de geçici işçi çalıştıran işverene önceden bildirim yapmalı ve makul bir süre vermelidir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki makul sürenin tanınmasının gerekeceği durumlar çok istisnai olmalıdır. Zira işçi ayrıca bekleme süresi boyunca da çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmamaktadır.

3.2.6.2. Mesleki Amaçlı Olmayan Geçici İş İlişkisi

Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisi, İŞK'nun 7'nci maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan fıkra göre, *“İşverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulmuş olur.”* Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinin, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinden farklarından biri, asıl işveren (devreden işveren) ile geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçinin ödenmeyen ücretlerinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden birlikte sorumlu olmalarıdır.⁸⁶⁰

Konunun çalışmaktan kaçınma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi durumunda ise, yine üçlü bir ilişki ortaya çıkacaktır. İşçinin sözleşme ilişkisi içinde olduğu taraf, ücret ödeme borcu altındayken, iş görme borcu geçici işçi çalıştıran işveren karşı yerine getirir. Geçici işçi çalıştıran işveren ile devreden işveren, işçinin ödenmeyen ücretlerinden dolayı müteselsil sorumluluk altında olduğundan, kaçınma hakkının kullanılması, mesleki olmayan geçici iş ilişkisinde daha az tartışmalı olmalıdır. Bu nedenle hakkın kullanılması bakımından, mesleki olmayan geçici iş ilişkisinde, kural olarak bir farklılık bulunmamaktadır.

İncelenmesi gereken husus ise işçinin bildirim yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda, bu bildirim hangi işverene yapılacaktır. Bu noktada ifade etmemiz gerekir ki, kural olarak işçinin bildirim yapma yükümlülüğünü kabul etmediğimizden, mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinde de işçi, her iki işverene de bildirim yapmaksızın çalışmaktan kaçınabilir. Zira her iki işverenin de ücretin ödenmesi noktasında sorumluluğu vardır.

⁸⁶⁰ SÜZEK, s. 295.

Bildirim yapma yükümlülüğünün olduğu istisnai durumlarda ise, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, bildirimin devreden işverene yapılması yeterli sayılmalıdır. Ancak yine dürüstlük kuralı ve sadakat borcu gereği, durumun her iki işverene de bildirilmesinin uygun olacağı ihtimaller ortaya çıkabilir. Ayrıca her iki işveren de ücretten müteselsil sorumlu oldukları için, bunun her iki tarafa da bildirilmesi, ileride çıkabilecek olumsuzlukların engellenmesi bakımından daha uygundur. Ancak yine de bildirimin sadece devreden işverene yapıldığı durumlarda, çalışmaktan kaçınmanın hukuka uygun olmadığından bahsedilemez. Zira geçici iş ilişkisinin kurulmuş olması, işçiyi daha kötü bir duruma düşürmemelidir.

3.2.7. Pazarlamacılık Sözleşmesinde Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Pazarlamacılık sözleşmesi, özel olarak TBK'nun 448 ila 460'ıncı maddeleri arasında, hizmet sözleşmesine hükümlerinden hemen sonra düzenlenmiştir. Aslında konumuz ile bağlantılı nokta, pazarlamacılık sözleşmesinin hukuki niteliği ve pazarlamacıların işçi olup olmadığıdır. Yapılan bu inceleme sonucunda, pazarlamacıların, kaçınma hakkının olup olmadığı, eğer kaçınma hakları varsa bunu hangi madde kapsamında kullanabilecekleri sonucuna ulaşılabacaktır. Ancak anılan konuların detaylıca incelenmesi, çalışmanın amacını ve sınırlarını aşacağından, anılan inceleme fazla detaylandırılmamıştır.⁸⁶¹

Öğretide pazarlamacılık sözleşmesinin niteliğine ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Öğretideki bir görüşe göre, pazarlamacılar, sahip oldukları ticari temsil yetkisine göre ikiye ayrılır; aracı pazarlamacılar ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacılar.⁸⁶² Aracı pazarlamacılar ile yapılan sözleşmeler iş sözleşmesi niteliğindeyken, sözleşme yetkisine sahip pazarlamacılarla yapılan sözleşmeler, vekalet sözleşmesine daha yakındır.⁸⁶³ Yine benzer bir görüşe göre, pazarlamacılık sözleşmesinde, çoğu kez ticari temsil yetkisi de bulunduğundan, anılan sözleşmenin hukuki niteliği vekalet sözleşmesidir.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ Pazarlamacılık sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 274-279; TUNCAY, A. Can, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", Çimento İşveren, S. 2, C. 26, Mart 2012, s. 4-17; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 480-484; ZENGİN, İbrahim Çağrı, Pazarlamacılık Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 59 vd.; TOPÇUOĞLU, Metin, "Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, 2011, s. 27-67; BAYCIK, Gaye, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, s. 29-39; TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s. 293-351; AKDENİZ, Umut, "Pazarlamacılık Sözleşmesi", GÜHFD, C. 17, S. 4, 2013, s. 1-32.

⁸⁶² TOPÇUOĞLU, s. 33-34.

⁸⁶³ TOPÇUOĞLU, s. 36.

⁸⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz. AKDENİZ, Pazarlamacılık, s. 10.

Öğretide **Tuncay’a** göre ise, pazarlamacılık sözleşmesi, vekalet veya hizmet sözleşmesi olarak da kurulabilir. TBK’nun “Pazarlamacılık Sözleşmesi”nin genel gerekçesinde, anılan sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğunu belirtmesi de bu durumu değiştirmez⁸⁶⁵. Diğer bir görüş ise, pazarlamacılık sözleşmesi ile kurulan ilişkinin bir iş ilişkisi olduğunu belirtmiştir.⁸⁶⁶ Pazarlamacılık sözleşmesinin unsurları doğrultusunda, kanımızca da anılan sözleşme, iş sözleşmesinin özel biri türüdür ve bu nedenle anılan sözleşme kapsamında çalışanlar işçidir. TBK m. 469’da düzenlenen hüküm de bu görüşü destekler niteliktedir. Zira anılan hükme göre, “*Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır.*” Ayrıca, pazarlamacının ticari temsil yetkisine haiz olması, onun iş hukukunun getirdiği korumanın dışına çıkması için yeterli değildir. Önemli olan, pazarlamacının işverene hukuki ve kişisel bağımlı olarak, işverenin belirlediği sınırlar içerisinde iş görmesi ve bunun karşılığında ücrete hak kazanmasıdır.

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, anılan sözleşme kapsamında çalışanlar, işçi olarak kabul edildiğine göre, bir sonraki aşamada, anılan işçilerin hangi kanun kapsamında işçi olduklarının tespiti gerekir. Bilindiği üzere, İşK’nda pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca, genel kanun olsa bile, pazarlamacılık sözleşmesi, TBK’nda özel olarak düzenlendiğinden, anılan işçilerin TBK kapsamında oldukları ileri sürülebilir. Nitekim öğretideki bir görüş göre, pazarlamacılık sözleşmelerine, İşK hükümleri uygulanmaz.⁸⁶⁷ Aynı şekilde benzer bir görüşe göre ise, kanun koyucu, TBK’nda pazarlamacılık sözleşmesini özel olarak hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenleyerek, pazarlamacıları İşK’na kapsamı dışında tutmak istemiştir. Diğer bir ifadeyle, anılan görüşe göre kanun koyucunun iradesi, pazarlamacıların TBK kapsamında olduğu yönündedir.⁸⁶⁸ Ancak pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanlar, İşK m. 4 çerçevesinde kapsam dışında bırakılmadıkları için, kanımızca İşK kapsamında kabul edilmelidir. Bu noktada, TBK’nun daha sonraki kanun olması da farklı bir sonuç doğurmaz. Bu nedenle anılan sözleşme çerçevesinde çalışanlara İşK hükümleri, İşK’nda hüküm bulunmayan hallerde TBK’nun pazarlamacılık sözleşmesi hükümleri uygulanır.⁸⁶⁹

Pazarlamacıların hangi kanun kapsamında oldukları, kaçınma hakkının dayanağı ve buna göre şartlarının belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Pazarlamacılar İşK’na tabi

⁸⁶⁵ **TUNCAY**, Pazarlamacılık, s. 5-6.

⁸⁶⁶ **SÜZEK**, s. 274-275.

⁸⁶⁷ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 484.

⁸⁶⁸ **TOPUZ**, s. 347.

⁸⁶⁹ **SÜZEK**, s. 276-277; **TUNCAY**, Pazarlamacılık, s. 17.

oldukları için, TBK m. 97 değil, İŞK m. 34 çerçevesinde çalışmaktan kaçınabilir. Şüphesiz ücretin ödenmeyeceği sebebiyle çalışmaktan kaçınması TBK m. 98 çerçevesinde mümkündür.

Pazarlamacının ücretine ilişkin özel hususlar TBK m. 454 ve 454'te düzenlenmiştir. TBK m. 454'e göre, pazarlamacının iş görmesinin karşılığı sadece ücret veya ücret ile birlikte komisyon olarak da belirlenebilir. Ayrıca yazılı olmak şartıyla, ücretinin tamamı veya önemli bir kısmı komisyon olarak da belirlenebilir. Ancak bunun için komisyon, pazarlamacının faaliyetinin uygun bir karşılığı olmalıdır. Pazarlamacının kaçınma hakkının ortaya çıkması için, ücret veya komisyondan herhangi birinin ödenmemesi yeterlidir. Önemli olan, ödenmeyen ücretin pazarlamacı için çok değersiz bir miktar olmamasıdır. Bu noktada, daha önce ücrete ilişkin vermiş olduğumuz hususlar burada da geçerlidir.

TBK m. 455'e göre, pazarlamacı, belirli bir pazarlama alanı veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi sadece kendisine verilmişse, kendisinin veya işverenin bu alan veya çevrede yaptığı bütün işlerde kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini isteyebilir.⁸⁷⁰ Madde metninden çıkan anlama göre, pazarlamacı, anılan komisyonu talep etmeyebilir, ancak talep ettiği zaman işveren bunu ödemek zorunadır. Bu nedenle, anılan komisyonun ödenmesi, kaçınma hakkına konu edilebilir. Ancak, anılan ödemenin muaccel olduğu anın da belirlenmesi gerekir.

Anılan komisyonun ne zaman muaccel olacağı, madde metninde düzenlenmemiştir. Bu nedenle, genel kural olan TBK m. 406 gereği, aksine adet olmadıkça veya taraflar aksini belirlemedikçe, her ayın sonunda muaccel olur.⁸⁷¹ Ancak kanımızca komisyon, pazarlamacının komisyonu talep ettiği ayın sonunda muaccel olur. Zira TBK m. 455 gereği, pazarlamacı anılan komisyonu talep etmeye de bilir.

Bu bakımdan pazarlamacı, yetkinin sadece kendisine verilmiş olduğu müşteri çevresinde veya pazarlama alanında kendisinin aracılık yapmadığı ancak TBK m. 455 çerçevesinde talep edebileceği komisyonların ödenmemesi sebebiyle çalışmaktan kaçınabilmesi için, öncelikle işverenden anılan komisyonları talep etmelidir. Talep edilen ayın sonunda muaccel olan komisyonun bekleme süresi içinde ödenmemesi durumunda ise, pazarlamacı çalışmaktan kaçınabilmelidir.

3.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

3.3.1. Genel Olarak

⁸⁷⁰ SÜZEK, s. 278; TUNCAY, Pazarlamacılık, s. 11-12; TOPUZ, Pazarlamacılık, s. 332; TOPÇUOĞLU, s. 48; AKDENİZ, Pazarlamacılık, s. 23.

⁸⁷¹ AKDENİZ, Pazarlamacılık, s. 22.

Çalışmaktan kaçınma hakkının şartlarının sağlanması ve bu doğrultuda anılan hakkın kullanılması bir takım hukuki sonuçlar doğurur. Bu sonuçların bazıları öğretide tartışmalıdır. Örneğin, kaçınma hakkının kullanıldığı sürede işverenin ücret borcunun devam edip etmediği tartışmalı sonuçlardan biridir.

Bu başlık altında, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının sonuçları dört ana başlık halinde incelenecektir. Bunlar; “çalışmaktan kaçınılan sürede iş sözleşmesinin durumu”, “işçinin borçları ve işverenin borçları”, “çalışmaktan kaçınmanın sosyal güvenlik hukukunda doğurduğu sonuçlar”. Son olarak ise, “çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için gereken şartların gerçekleştiğine dair işçi tarafından yapılan yanlış değerlendirmenin sonuçları” incelenecektir.

3.3.2. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede İş Sözleşmesinin Durumu

3.3.2.1. İş Sözleşmesinin Askıda Olup Olmadığı Sorunu

3.3.2.1.1. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Kavramı

Çalışmaktan kaçınılan sürede, iş sözleşmesinin askıda olup olmadığının tespit edilebilmesi, askı kavramının ve hangi şartlar altında sözleşmenin askıya alınabileceğinin incelenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle bu başlık altında, çalışmanın sınırlarını genişletmeden, askı kavramı ve sözleşmenin askıya alınabilmesi için gereken şartlar incelenecektir.

İş sözleşmesi ile işçi, işverene bağlı olarak iş görme borcu, işveren ise ücret ödeme borcu altına girer. Tarafların anılan borçları yerine getirmemesi, sözleşmeye aykırılık doğuracağından, sözleşmenin feshine ve diğer başka hukuki sonuçların ortaya çıkmasına neden olur.

İş sözleşmesi, sürekli edimli bir sözleşme olduğundan ve sözleşmenin sürekliliği, işçi ve işveren açısından oldukça önemli olduğundan, sözleşmeden doğan bazı borçların yerine getirilemediği her durumda sözleşmenin sona erdirilebileceğinden bahsedilemez.⁸⁷² Özellikle işçinin iş görme borcunun yerine getirilemediği bazı durumlarda, sözleşmenin sona ermediği kabul edilir. Bu durumlarda ise işçinin iş görme borcu, işverenin ise, kural olarak, ücret ödeme borcu kalkar. Tarafların anılan borçlarının devam etmediği ancak sözleşmenin de sona ermediği bu duruma, sözleşmenin askı halinde olması (sözleşmenin askıya alınması) denir. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesinin askıya alınması, genel olarak, tarafların asli edim

⁸⁷² Belirli durumlarda ise, sözleşmenin taraflardan biri tarafından feshedilebilmesi için belirli bir sürenin geçmesi gerekir. Örneğin, İşK m. 24/III gereğince işçinin sözleşmeyi derhal feshedilebilmesi için, zorlayıcı sebep nedeniyle işçinin işe gidememesi en az bir hafta devam etmelidir. Bir hafta dolduktan sonra, işçi derhal fesih hakkını kullanabilir.

yükümlülüklerinin ortadan kalktığı ancak sözleşmenin ve iş ilişkisinden doğan bazı borçların⁸⁷³ varlığının devam ettiği durumu karşılamak için kullanılmaktadır.⁸⁷⁴

Bireysel iş kanunlarında ve TBK’nda, hangi hallerde iş sözleşmesinin askıda olacağına ilişkin örnekler bulunmaktadır. Örneğin; TBK m. 409 gereği işçinin çalışmayı durdurması hâlinde, İşK m. 24/III ve 25/ III gereği zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında veya İşK m. 25/IV gereği işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması sebebiyle devamsızlığında, sözleşme askı haline geçmektedir.⁸⁷⁵

Kanunda düzenlenen askı halleri sınırlı sayıda değildir. Diğer bir ifadeyle, gerekli şartların sağlanması halinde, başka durumlarda da sözleşmenin askıya alınması gündeme gelebilir. Bu bakımdan, sözleşmenin askıya alınmasının şartları tespit edilmelidir.⁸⁷⁶

Öncelikle ya iş görme ediminin ifasının imkansızlığı ya da iş görme ediminin işveren tarafından kabulünün imkansızlığı ortaya çıkmalıdır. İşçinin ifa imkansızlığı maddi sebeplerden kaynaklanabileceği gibi, manevi sebeplerden de kaynaklanabilir. Bu nedenle, iş kazası, analık gibi haller maddi imkânsızlığa örnek verilebilecekken, maddi olarak mümkün olmasına rağmen, bir yakının ölümü veya evlilik gibi ifanın işçiden beklenilemez olduğu (manevi ifa imkânsızlığı) durumlar, manevi sebeplere örnek gösterilebilir.

Anılan imkânsızlık geçici olmalı ve işçi, kural olarak,⁸⁷⁷ bu imkansızlığın ortaya çıkmasında kusursuz olmalıdır. Zira imkansızlığın sürekli olması, sözleşme ilişkisini sona ereceğinden, askı halinden bahsedilemez. Bu nedenle hem işverenin ifayı kabul imkansızlığı hem de işçinin ifa imkansızlığı geçici olmalıdır. Ayrıca ortaya çıkan bu imkânsızlık, işçinin veya işverenin kusurundan meydana gelmemelidir.⁸⁷⁸

İşverenin ifayı kabul imkansızlığı, işçinin ifa imkansızlığından farklı olarak, sadece maddi imkânsızlık durumlarında söz konusu olabilir. Maddi imkansızlıkların tespitinde ise objektif ölçütlerden yararlanılmalıdır.⁸⁷⁹

⁸⁷³ Askı halinde örneğin, işverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin sadakat ve itaat borcu devam eder. Bkz. SÜZEK, s. 476, 492-493.

⁸⁷⁴ SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara, 1989, s. 41; SÜZEK, s. 479.

⁸⁷⁵ İş sözleşmesinin askıya geçtiği diğer hallere örnekler için bkz., İşK m. 40, 46/3, b; DİK m.14/III, BİK m16, 17, STSK m. 67-68.

⁸⁷⁶ İş sözleşmenin askıya alınması hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, Askı, s. 16 vd.; SÜZEK, Sarper, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, DEÜHFD, C. 9, S. 0, Y. 2007, s. 122-127; TAŞKENT, Savaş, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 3, s. 20-22; YAMAN, Rabiye, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, İÜHFM, C. 74, Y. 2015, s. 765-773.

⁸⁷⁷ Her ne kadar sözleşmenin askıya alınmasında işçinin kural olarak kusursuzluğu aransa da bazı durumlarda kanun koyucu işçinin kusurundan bağımsız olarak askı halinin ortaya çıkabileceğini düzenlemiştir. İşK m. 25/IV bu duruma örnek gösterilebilir.

⁸⁷⁸ SÜZEK, s. 482-483.

⁸⁷⁹ SÜZEK, s. 480-482.

Son şart ise, ifa zamanının esaslı olmamasıdır. Anılan şarta göre, taraflar arasında ifanın ne zaman yapılması gerektiği belirlenmişse ve daha sonra yapılacak ifa, karşı taraf için bir anlam ifade etmeyecekse, ifa zamanının esaslı olduğu kabul edilir.⁸⁸⁰ Bu nedenle anılan zamanda ifanın yerine getirilememesi durumunda, askı halinden bahsedilemez.

Anılan şartların gerçekleşmesine bağlı olarak, iş sözleşmesi askı haline geçer. Ancak askı hali sadece bu durumlarda ortaya çıkmaz. Taraflar kendi aralarında anlaşarak da sözleşmenin askıya alınmasını kararlaştırabilirler. Ancak iş akdinin taraflarca askıya alınması, aynı zamanda çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına geleceği için, bu değişiklik ancak İşK m. 22 çerçevesinde, yazılı bir şekilde gerçekleştirilebilir.⁸⁸¹

Askı halinin önemli noktalarından biri, sözleşmenin askı haline geçmesine sebep olan olaya/olguya dayanarak sözleşmenin taraflarca feshedilemeyecek olması veya bazı durumlarda fesih hakkının belirli bir süre engellenmesidir.⁸⁸² Ayrıca bu gibi durumlarda sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği de ileri sürülemez. Gerçekten de askı hali, işçi için iş güvencesi, işveren için ise istihdam ve iş gücü sürekliliği açısından oldukça önemlidir.

3.3.2.1.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Askı Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Çalışma konumuzla ilgili nokta, kaçınma hakkının kullanıldığı sürede, sözleşmenin askı halinde olup olmadığıdır. Öğretideki bir görüşe göre, çalışmaktan kaçınılan sürede sözleşme askı halinde değildir ancak sonuçları itibarıyla askı haline benzetilmektedir.⁸⁸³ Diğer bir görüşe göre ise, söz konusu sürede, sözleşme askı halinde değildir.⁸⁸⁴

Kaçınma hakkının kullanılması halinde, Kanun'da, sözleşmenin askı haline geçtiğine ilişkin bir durum belirtilmemiştir. Ayrıca sözleşmenin askıya alınması tarafların kendi aralarında anlaşmasıyla da mümkündür, ancak kaçınma hakkının kullanılmasında tarafların anlaşması da mevcut olmadığından, bu durum da değerlendirme dışında kalmaktadır. Zira kaçınma hakkının kullanılmasında, taraflar karşılıklı olarak anlaşmamakta, tam aksine ücretin ödenmemesine ilişkin anlaşmazlıktan dolayı, işçi iş görme borcunu ifa etmemektedir.

İncelenmesi gereken diğer bir husus ise işçinin maddi veya manevi ifa imkansızlık veya işverenin ifayı kabulde objektif maddi imkansızlık içinde olup olmadığıdır. Kaçınma hakkının kullanılmasında, işverenin ücret ödememesi sonucunda işçinin kendi iradesi ile iş

⁸⁸⁰ SÜZEK, s. 482-484.

⁸⁸¹ Sözleşmenin tarafların ortak iradesi ile askıya alınmasına ilişkin bilgi için bkz. SÜZEK, s. 484.

⁸⁸² İşK m. 24/III ve 25/III'e göre, zorlayıcı neden sebebiyle sözleşmenin askıya alınması halinde, haklı nedenle fesih hakkı ancak zorlayıcı sebebin ortaya çıkmasından bir hafta sonra kullanılabilir.

⁸⁸³ GÖKTAŞ, s. 110-111.

⁸⁸⁴ ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 154-155.

görme borcunu yerine getirmemesi söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, işveren sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, işçinin anılan hakkı kullanmasına sebep olmaktadır. Ancak burada maddi bir imkansızlıktan bahsetmek mümkün değildir.

Manevi imkansızlık hususunun ise tartışmaya açık olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada işverenin ücreti ödememesine rağmen, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesinin “beklenemez” olup olmadığı incelenmelidir. Kanımızca işverenin ücret ödememesine rağmen işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu bakımdan işçinin anılan borcu yerine getirmesinin “beklenemez” olduğu ifade edilebilir. Ancak burada bahsedilen “beklenemez” kavramı maddi bir olguya karşılık gelirken, sözleşmenin askıya alınmasında bahsedilen ve işçiden iş görme borcunu yerine getirmesinin “beklenemez” olduğu haller, manevi durumları ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, kaçınma hakkının kullanılmamasına neden olan olay, yani ücretin ödenmemesi, manevi bir ifa imkansızlığı durumunu karşılamamaktadır.

Kaçınma hakkının kullanılmasında, işçiden ifanın beklenmemesi, işverenin sözleşmeye aykırı davranmasından kaynaklanmışken, sözleşmenin manevi ifa imkansızlığı sebebiyle askıya alınmasında, işçiden ifanın beklenmemesi, işçinin kendi çevresinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanır.

Bu bakımdan, ücretin ödenmemesi durumunda, dürüstlük kuralı gereği işçiden iş görmesini beklemek mümkün olmasa da objektif ölçüt çerçevesinde değerlendirildiğine, işçinin iş görmesi maddi veya manevi olarak imkansız değildir. Diğer bir ifadeyle, işçinin iş görmesinin imkansızlığından söz etmek mümkün değildir.

Değerlendirilecek diğer bir husus ise, işverenin ifayı kabul imkansızlığı içinde olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, işverenin ifayı kabul imkansızlığı objektif olarak maddi olgulara/olaylara dayandırılmaktadır.⁸⁸⁵ Bu nedenle işverenin sözleşmeye aykırı hareket etmesi sonucu, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının, işverenin ifayı kabulde imkansızlığı çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Sözleşmenin askıya alınmasının diğer bir şartı ise ifa etmemenin geçici bir süreliğine olmasıdır. Ancak bu geçiciliğin ne kadar olacağına yönelik kesin bir ölçütten bahsetmek güçtür. Örneğin öğretide, iş ilişkisinin toplam süresi ile çalışılmayan süre arasındaki oranın dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, işçiyi iş görme borcundan alıkoyan olayın özelliğinin önemli da olduğu ifade edilmiştir.⁸⁸⁶ Ancak kaçınma hakkının kullanılmasında, kaçınma eyleminin ne kadar süreceği önceden bilinmemektedir. Zira işçi, kaçınmaya istediği

⁸⁸⁵ SÜZEK, Askı, s. 67-68; SÜZEK, s. 481-482.

⁸⁸⁶ SÜZEK, s. 483.

an son verip iş görme borcunu yerine getirmeyi tercih edebileceği gibi, ücret ödeme borcu ifa edilene kadar, kaçınma hakkını kullanma yolunu da tercih edebilir. Bu bakımdan 2 aylık kıdeme sahip bir işçinin 1 yıl veya 2 yıl boyunca kaçınma hakkını kullanması mümkündür. Bu nedenle, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında, her ne kadar kaçınılacak süre önceden belirli olmasa da ve her ne kadar sonuç olarak bu durum geçici olsa da askıya alınmanın şartlarından olan ifanın geçici bir süreliğine durması şartının sağlanmadığı kanaatindeyiz. Zira askıya alınmanın şartı olarak kabul edilen “geçici bir süre” ifadesi, aynı zamanda taraflarca öngörülebilir belirli bir süreyi de karşılamaktadır.

Askıya alınmanın üçüncü şartı, işçinin iş görme borcunu ifa etmede veya işverenin ifayı kabulde imkansızlığa düşmesinde kusurunun bulunmaması gerektiğidir.⁸⁸⁷ Ancak bilindiği üzere, kaçınma hakkının kullanılması, işverenin ücret ödeme borcuna aykırı davranması nedenine dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, işverenin ücreti ödeyememesinde, kural olarak kusursuz olup olmadığının bir önemi yoktur. Bu noktada, mücbir sebep şartının bir kusursuzluk hali olduğu ve anılan durumlarda kaçınma hakkının kullanılamayacağı bir karşı görüş olarak ileri sürülebilir ancak umulmayan hallerde de işverenin kusursuz olduğu ancak kaçınma hakkının kullanılabilmesi unutulmamalıdır. Bu bakımdan kanımızca, anılan şartın da sağlanmadığı ifade edilmelidir.

Sözleşmenin askıya alınmasına ilişkin son bir husus ise, ifa zamanının esaslı olmamasıdır.⁸⁸⁸ Anılan şarta göre, örneğin iki aylık belirli süreli bir iş sözleşmesinde, anılan süre için askı durumu ortaya çıkıyorsa, sözleşme askıya alınmaz, imkânsızlık sebebiyle sona erer.⁸⁸⁹ Zira sözleşmenin niteliği gereği, taraflar sadece belirli bir zaman için iş görme borcunun ifa edilmesini kararlaştırmıştır. Başka bir zamanda iş görme borcunun yerine getirilmesi, işvereni ifa açısından tatmin etmeyeceğinden ve belirlenen sürede de işçi iş göremeyeceğinden, sözleşmenin sona erdiğinden bahsedilir. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinde, yukarıda detaylıca anlatıldığı üzere, kaçınma hakkının kullanılmasında, işveren sözleşmeye aykırı davrandığı için, işçi ya sözleşmeyi haklı nedenle feshedip bakiye süre ücretini tazminat olarak talep eder veya çalışmaktan kaçınarak, işvereni ücret borcunu ödemeye zorlar. Diğer bir ifadeyle, iş görme borcu, tarafların belirlemiş olduğu esaslı zamanda yerine getirilmemiş olur. Ancak burada da bir askı halinden bahsetmek güçtür.

Yukarıda incelendiği üzere, sözleşmenin askıya alınması için gereken şartlar ile kaçınma hakkının kullanılması için gereken şartlar birbirinden tamamen farklı olup,

⁸⁸⁷ SÜZEK, s. 483; TAŞKENT, Askı, s. 21.

⁸⁸⁸ SÜZEK, Askı, 85-87; SÜZEK, s. 483-484; TAŞKENT, Askı, s. 21-22.

⁸⁸⁹ TAŞKENT, s. 21-22.

aralarındaki tek benzerlik, iş görme borcunun yerine getirilmemesidir. Ancak unutulmamalıdır ki, sözleşmenin askıya alınmasında işçinin iradesi dışında gerçekleşen hususlar mevcutken,⁸⁹⁰ kaçınma hakkı kullanılması tamamıyla işçinin özgür iradesine kalmıştır.

Sözleşmenin askıya alınmasının sonuçlarına bakıldığında zaman ise, kanunlarda düzenlenen istisnai haller hariç olmak üzere,⁸⁹¹ işverenin ücret ödeme borcunun, işçinin ise iş görme borcunun ortadan kalktığı görülmektedir. Ancak ileride detaylı anlatılmış olmakla beraber, kaçınma hakkının kullanılmasında, kaçınılan süreye ilişkin işçilerin ücrete hak kazanabileceği kanaatindeyiz.⁸⁹² Bu bakımdan sonuçları itibarıyla de askı hali ve kaçınılan sürede iş sözleşmesinin durumu birbiriyle örtüşmemektedir.

Askı hali ile kaçınma hakkı arasındaki diğer bir farklılık, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, işçinin yaptığı işin başkasına yaptırılıp yaptırılamayacağı noktasında çıkmaktadır. Zira sözleşmenin askıya alınmasında, sözleşmesi askıya alınan işçinin yapması gereken iş başka bir işçiye yaptırılabilir veya o işçi işe geri dönene kadar onun yerine başka bir işçi alınabilir.⁸⁹³ Ancak kaçınma hakkının kullanılmasında, İşK m. 34 gereği, kaçınma hakkının kullanan işçilerin işleri başkasına yaptırılamaz ve o işçilerin yerine başka işçiler alınamaz.⁸⁹⁴

Öğretide **Göktaş**, kaçınılan sürede sözleşmenin askı halinde olmadığını kabul etmekle birlikte, kaçınılan süre ile işçinin sözleşmesinin askıda olduğu dönemin belirli sonuçları bakımından benzerlik gösterdiğini ifade etmiştir. Anılan görüşe göre, kaçınılan sürede ve sözleşmenin askı halinde olmasında işçi ve işveren asli edim yükümlülüklerinden kurtulur. Anılan görüş tarafından belirtilen diğer bir benzerlik ise, sözleşmenin askı haline geçmesine neden olan olaya dayanarak veya kaçınma hakkının kullanılmasına neden olan olaya dayanarak sözleşmenin feshedilemeyeceğidir.⁸⁹⁵

Yukarıda belirtilen benzerlikler dışında, kanımızca anılan kurumların temelleri de birbiriyle benzerlik göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin askıya alınmasının altında yatan temel ile kaçınma hakkının kullanılması altında yatan temel benzerdir ve bu durum, sözleşmenin ayakta kalması ve işçinin iş güvencesinin sağlanmasıdır. Ancak, kaçınma hakkı sadece anılan hususları sağlamamakta, işçinin ödenmeyen/ödenmeyecek ücretinin ödenmesi

⁸⁹⁰ Şüphesiz işçinin grev hakkını kullanması sonucunda da sözleşme askı haline geçmektedir. Bu hak da işçinin özgür iradesi çerçevesinde kullanılmaktadır ancak bu durum, askı haline geçmenin özel bir halidir.

⁸⁹¹ İşK m. 40, İşK m. 49/3, BİK m. 16, TBK m. 409 söz konusu istisnai durumlara örnek gösterilebilir.

⁸⁹² Bkz. §9, III, B, 1.

⁸⁹³ Grev hakkı, bu kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır.

⁸⁹⁴ **GÖKTAŞ**, s. 111.

⁸⁹⁵ **GÖKTAŞ**, s. 110-111.

veya güvence altına alınması için karşı tarafa baskı da yapmaktadır. Ancak askı halinde, daha önce belirttiğimiz üzere, sosyal düşünceler neticesinde ödenmesi kararlaştırılan durumlar hariç, işveren ücret ödeme borcundan kurtulur. Kaçınma hakkında ise, öğretide aksi yönde görüşler olmakla birlikte, işçi ücrete hak kazanır.

Sözleşmenin askı haline geçmesinin şartlarının, kaçınma hakkının kullanılmasında ortaya çıkmaması ve iki kurum arasındaki farklılıklar nedeniyle, öğretideki çoğunluk görüşü doğrultusunda,⁸⁹⁶ işçinin kaçınma hakkını kullanmasına bağlı olarak, kaçınılan süreye ilişkin, iş sözleşmesinin askı haline geçmediği kanaatindeyiz.

3.3.2.2. Kaçınılan Sürenin Kıdeme ve Kıdeme Bağlı Haklara Etkisi

İş hukukunda işçinin kıdemine bağlı ortaya çıkan veya kıdemine göre, değişen birçok hak düzenlenmiştir. Örneğin kıdem tazminatı,⁸⁹⁷ ihbar tazminatı,⁸⁹⁸ yıllık ücretli izin hakkı⁸⁹⁹ gibi haklar, işçinin kıdemine bağlı olarak doğmakta ve değişmektedir. Aynı şekilde iş güvencesi⁹⁰⁰ hükümlerinden yararlanmanın tespit edilmesinde de işçinin kıdeminin büyük önemi vardır. Öte yandan, bazı hakların kazanılmasında fiili çalışma süresi, bazı haklarda ise iş sözleşmesinin devam ettiği süre dikkate alınmaktadır. Örneğin, Yargıtay'ın görüşü aksi yönde olmakla birlikte⁹⁰¹, kıdem tazminatında, fiili çalışma süresi değil, sözleşmenin devam ettiği süre dikkate alınır.⁹⁰² Aynı durum ihbar tazminatı için de geçerlidir,⁹⁰³ ancak yıllık ücretli izin hakkı için, işçinin fiilen çalışmış olması aranmaktadır⁹⁰⁴. Bu durum İŞK'nun 54'üncü, TBK'nun 422'nci, BİK'nun 19'uncu ve DİK'nun 40'ıncı maddelerinde açıkça düzenlenmiştir.⁹⁰⁵ Bu noktada ise, çalışmaktan kaçınılan sürenin fiili çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı hukuki sorunu ortaya çıkmaktadır.

⁸⁹⁶ DEĞER, s. 101,102; GÖKTAŞ, s. 111; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s.154-155.

⁸⁹⁷ İşçinin kıdemi hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 743-756; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1143-1168.

⁸⁹⁸ İhbar tazminatında işçinin kıdemine ilişkin bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 924-925; SÜZEK, s. 521.

⁸⁹⁹ Yıllık ücretli izin hakkında kıdeme ilişkin detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 820-826; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 1317-1323.

⁹⁰⁰ En az 6 aylık kıdem şartına ilişkin detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 543-549; CENTEL, İş Güvencesi, 56-62; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 975-979.

⁹⁰¹ Konuya ilişkin kararlar için bkz. Y.9.HD., E. 2014/31195, K. 2016/6844, T. 22.03.2016; Y.9.HD., E. 2013/16764, K. 2015/11083, T. 18.03.201; Y.9.HD., E. 2006/35026, K. 2007/68, T. 22.01.2007. Rapor sebebiyle fiili çalışmadan sayılmayan sürelerle ilişkin karar için bkz. Y.9.HD., E. 2008/13374, K. 2009/38104 T. 28.12.2009; Y.22.HD., E. 2017/23865, K. 2019/20398, T. 06.11.2019.

⁹⁰² SÜZEK, s. 744.

⁹⁰³ SÜZEK, s. 521.

⁹⁰⁴ Fiilen çalışma olmaksızın, yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller, İŞK'nun 55'inci maddesinde düzenlenmiştir.

⁹⁰⁵ İŞK m. 54; "Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır"

Öncelikle ifade etmek gerekir ki sözleşmenin askıda olduğu süreler bile kıdem tazminatının veya ihbar tazminatının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğinden, çalışmaktan kaçınılan sürenin evleviyetle, anılan tazminatların hesabında dikkate alınması gerekir. Zira kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, kaçınılan sürede, işçi her ne kadar fiili olarak iş görmese de iş sözleşmesi devam etmektedir ve askıda değildir. Bu nedenle, sözleşme süresinin dikkate alındığı alacaklarda ve haklarda kaçınılan sürenin hesaba katılması gerekir. Nitekim öğretide de kaçınılan sürenin ihbar ve kıdem tazminatının hesabında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁰⁶

Örneğin öğretide, iş güvencesi için gerekli 6 aylık kıdemin hesabında, fiili çalışmanın değil, sözleşme süresinin devam ettiği sürenin hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁰⁷ Bu doğrultuda, öğretide bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde, 6 aylık kıdemin hesabında, çalışmaktan kaçınılan sürenin de hesaba alınması gerekir.⁹⁰⁸

Fiilen çalışma noktasında ise, kaçınma hakkı kullanıldığında işçinin fiilen iş görmediği tartışmasızdır. Bu nedenle kaçınılan sürenin, fiili çalışma sürelerinin hesabında dikkate alınmayacağı ileri sürülebilir. Ancak işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi, işverenin kendi edimini ifa etmemesinden veya TBK m. 98’de düzenlenen teminatı sağlamamasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca iş görme borcu bakımından alacaklı temerrüdüne düşen ve bu nedenle işçinin ücretinden sorumlu olan işveren, işçinin fiilen çalışma sürelerinden elde edeceği menfaatlerden de sorumlu olmalıdır. Zira her ne kadar fiili bir çalışma olmasa da işveren alacaklı temerrüdüne düştüğünden, işçinin kaçındığı süre fiilen çalışılmış süre gibi kabul edilmelidir. Aksi takdirde, anılan hakkı kullanmak, işçinin fiilen çalışma ile elde edeceği menfaatlerden mahrum bırakılması anlamına gelir ve bu durumdan fayda sağlayan taraf işveren olur. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeye aykırı davranan işveren olmasına rağmen, bu

TBK m. 422; “İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.”

BİK m. 21; “Günlük bir mevkutede çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir.”

DİK m. 40; “Aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet aktine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamı, yıllık ücretli izine hak kazanır.”

⁹⁰⁶ SOYER, Çalışmaktan Kaçınma, s.679; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 694.

⁹⁰⁷ SÜZEK, s. 544; CENTEL, İş Güvencesi, s. 58; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 977. Durum böyle olmakla birlikte, 6 aylık kıdemin başlangıcı, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, fiili çalışmanın başladığı tarihtir. CENTEL, İş Güvencesi, s. 57; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 975. Ancak işçi fiili çalışmaya başlamamış olmakla birlikte, çalışmaya hazırsa ve işgücünü işverene sunmasına rağmen işe başlatılmamışsa, söz konusu sürenin başlangıcı, işgücünün işverene sunulduğu tarih olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 975-976.

⁹⁰⁸ GÖKTAŞ, s. 114.

davranışından doğan olumsuz bir sonuca işçi katlanmak zorunda kalır.⁹⁰⁹ Ayrıca bu kabul doğrultusunda, anılan hakkın kullanılmasıyla birlikte, işveren üzerinde kurulmak istenilen baskının, daha da etkin hale gelmesi sağlanır.

İfade edildiği üzere, yıllık ücretli izin hakkı bakımından, kural olarak, fiili çalışma aranmaktadır. Bu fiili çalışmaların istisnaları ise, sınırlı sayıda olacak şekilde İşK m. 55'te belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, grev ve lokavtta geçen sürelerin, bu hesapta dikkate alınmayacağı belirtilmelidir.⁹¹⁰ Anılan düzenlemenin sınırlı sayıda olmasına bağlı olarak, öğretide, çalışmaktan kaçınılan sürenin, yıllık ücretli izin hakkının hesabından dikkate alınmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁹¹¹ Ancak **Soyer**, durumun böyle olduğunu kabul etmekle birlikte, varılan sonucun adil bir durum yaratmadığını da ifade etmiştir.⁹¹² Öğretide başka bir görüş ise, anılan sürede sözleşmenin askıda olmadığı ve bu nedenle anılan sürenin, yıllık ücretli izin süresi bakımından dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.⁹¹³

Kanımızca, işverenin sözleşmeye aykırı davranışından doğan bir hakkın kullanılması sonucunda, işçinin başka bir haktan mahrum bırakılması ne iş hukuku mantığına ne de kanun maddesinin sağlamak istediği amaçla örtüşmektedir. Ayrıca, çalışmaktan kaçınılan sürede sözleşmenin askı halinde olmadığı ve işverenin de alacaklı temerrüdüne düştüğü göz önüne alındığında, kaçınılan sürenin fiili çalışma süresinden sayılması ve buna bağlı olarak, yıllık ücretli izin hakkının hesabında ve fiili çalışma süresine bağlı diğer alacak ve tazminatlarda dikkate alınması gerekir.

3.3.2.3. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede Sözleşmenin Taraflarca Feshedilip Feshedilemeyeceği Sorunu

3.3.2.3.1. Sözleşmenin İşveren Tarafından Feshedilmesi

İşK m. 34/2'ye göre, çalışmaktan kaçınan işçilerin iş sözleşmeleri, kaçınma hakkının kullanılması sebebiyle iş görmedikleri için feshedilemez.⁹¹⁴ Anılan maddede, feshin mutlak bir şekilde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasına bağlı olarak gerçekleştirilemeyeceği mi, diğer bir ifadeyle, işverenin böyle bir feshi haksız dahi olsa yapamayacağı mı, yoksa kaçınma hakkının kullanılmasının işveren açısından haklı veya geçerli bir sebep oluşturmayacağı mı ifade edilmek istenmiştir?

⁹⁰⁹ DEĞER, s. 105.

⁹¹⁰ SÜZEK, s. 826.

⁹¹¹ SOYER, Kaçınma Hakkı, 680; GÖKTAŞ, s. 112.

⁹¹² SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 680.

⁹¹³ DEĞER, s. 125-126; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 155.

⁹¹⁴ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 673; NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 630; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 25; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 693; ÇİL, s. 1280; TOPUZ, s. 472; DULAY YANGIN, s. 225-226.

Kanımızca madde metnindeki “feshedilemez” ifadesi, İşK m. 6’da düzenlendiği şekilde,⁹¹⁵ işveren açısından geçerli veya haklı bir neden olmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi takdirde işverenin sözleşme özgürlüğü, hakkın özüne dokunacak şekilde kısıtlanmış olur. Bu nedenle, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, işveren açısından haklı veya geçerli bir neden teşkil etmez ve işverenin bu durumda yaptığı fesih, somut olaya göre haksız veya geçersiz fesih⁹¹⁶ olarak nitelendirilir.⁹¹⁷ Bu noktada işveren tarafından yapılan feshin süre verilerek veya süre verilmeksizin yapılmış olması, söz konusu feshin “haksız-geçersiz” niteliğini de değiştirmez.

İfade etmek gerekir ki İşK m. 34’te böyle bir hükmün düzenlenmemiş olması durumunda da farklı bir sonuca varılamazdı. Zira işçinin kanunda düzenlenen bir hakkı kullanması karşısında, sözleşmenin işveren tarafından çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasına dayanarak feshedilmesi düşünülemez. Diğer bir ifadeyle, böyle bir durumda hakkın kullanılması imkansız hale gelirdi. Bu nedenle, hakkın ve hakkın kullanılmasının sonuçlarının doğrudan düzenlenmediği TBK, DİK ve BİK’na tabi işçiler için de aynı sonuca ulaşılır. Ancak anılan güvencenin İşK m. 34’te düzenlenmesi, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları engellemek anlamında, en azından İşK’na tabi işçiler açısından olumlu bir yaklaşımdır. Ayrıca, TBK m. 98 kapsamında kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı için de aynı yasağın geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Kaçınma hakkının kullanılmasına bağlı olarak iş sözleşmesi feshedilemez, ancak sözleşmenin başka bir sebebe dayanarak süreli veya derhal fesih ile sonlandırılıp sonlandırılmayacağı ayrı bir hukuki sorundur. Kanımızca işveren, kendisine verilen yasal sınırlar dahilinde, haklı sebeplere dayanarak sözleşmeyi feshedebilmelidir. Zira İşK m. 34/2 sadece belirli bir duruma yönelik yasak getirmiştir. Bu durum ise, sözleşmenin kaçınma hakkını kullanılmasına bağlı olarak feshedilemeyeceğidir. Bu nedenle, örneğin, kaçınılan sürede, işçinin iş sözleşmesi İşK m. 25’te yer alan bir sebebe dayanarak feshedilebilir.⁹¹⁸ Nitekim öğretide, çalışmaktan kaçınan işçilerin sadakat borcuna uygun davranışları gerektiği, bu nedenle işçilerin kaçınma hakkının amacını aşan davranışlar içerisine girmenin veya

⁹¹⁵ SÜZEK, s. 199.

⁹¹⁶ Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının, fesih için geçerli bir neden sayılmadığına yönelik karar için bkz. Y.9.HD., E. 2004/3377, K. 2004/15404, T. 21.06.2004. (www.legalbank.net)

⁹¹⁷ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 673; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 25; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1280; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 167.

⁹¹⁸ SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 211-212; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 25; GÜNAY, Ücret, s. 48; GÖKTAŞ, s. 125.

doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış sergilemelerinin, işverene İşK m. 25/II çerçevesinde fesih hakkı vereceği belirtilmiştir.⁹¹⁹

Sürelî fesih noktasında ise, madde metni, sadece belirli bir durumu yasakladığı için, sözleşme, başka bir sebebe dayanılarak veya hiç sebep gösterilmeyerek sürelî olarak feshedilebilmelidir. Ancak böyle bir durum, aynı zamanda madde ile sağlanmak istenilen amacı ortadan kaldırmaktadır. Zira işveren iş görme borcundan mahrum kaldığı bir işçiye, aynı zamanda kaçındığı dönemde ücret ödemek yerine,⁹²⁰ sözleşmesini sürelî feshetme yolunu tercih ederek onun yerine başka bir işçiyi alabilir. Bu noktada, işçiye kıdem tazminatının ödenecek olması da işveren açısından büyük bir engel teşkil etmez. Zira anılan durumda işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshetmiş olsaydı, işveren yine kıdem tazminatını ödemek zorunda kalacaktı.

İfade etmek gerekir ki işçinin kaçınılan sürede iş sözleşmesinin sürelî fesih yolu ile feshedilemeyeceğini kabul etmek, işverenin sözleşmeye devam etme özgürlüğünü kısıtladığı için, buna da imkan tanımamak gerekir. Diğer bir ifadeyle, bir tarafta sözleşme özgürlüğünün hakkın özüne dokunarak sınırlandırılması söz konusuysa, diğer tarafta, İşK m. 34 ile getirilmek istenilen bir güvencenin tam olarak sağlanamaması söz konusudur. Bu nedenle, her ne kadar adil bir sonuç doğurmasa da çalışmaktan kaçınılan sürede, iş sözleşmesinin sürelî fesih yolu ile feshedilebileceği kanaatindeyiz. Varmış olduğumuz bu sonucun, TBK'na ve diğer bireysel iş kanunlarına tabi işçiler için de geçerli olduğu ifade edilmelidir. Zira, anılan kanunlara tabi işçiler için, vermiş olduğumuz esastan ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

İşçinin iş güvencesi kapsamında olması durumunda ise, işveren, sözleşmeyi sürelî olarak feshedebilmek için, kanundaki usule uygun bir şekilde (İşK m. 19) ve geçerli bir nedene dayanarak (İşK m. 18) sözleşmeyi feshedebilir.⁹²¹

Her ne kadar işverenin sürelî fesih yolu ile sözleşmeyi feshedebileceğini kabul etmek de sebep gösterilerek veya gösterilmeyerek yapılan feshin, aslında kaçınma hakkının kullanılması nedenine dayandığı işçi tarafından ispat edilirse, İşK m. 34'te belirtilen yasağa aykırı davranılmış olur. Ancak bunun ispatının oldukça güç olduğu ifade edilmelidir.

3.3.2.3.2. Sözleşmenin İşçi Tarafından Feshedilmesi

⁹¹⁹ SÜZEK, s. 373.-374.

⁹²⁰ Çalışmaktan kaçınılan sürede ücrete ilişkin detaylı bilgi için bkz. §9, III, B, 1.

⁹²¹ Detaylı bilgi için bkz. CENTEL, İş Güvencesi, s. 67-163; SÜZEK, s. 552-592; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 983-1032.

İşK m. 34 sözleşmenin feshedilmesine yönelik sadece işverene karşı bir kısıtlama getirmiştir, bu nedenle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin sözleşmesini feshetmesinin önünde bir engel yoktur.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkının dayanağı geçmiş dönem ücretin ödenmemesi (İşK m. 34 veya TBK m. 97) veya gelecek dönem ücretin ödenmeyeceği (TBK m. 98/2) olduğu için, aynı sebeplere dayanarak işçinin, sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi de mümkündür.

Çalışmaktan kaçınılan dönemde, işçinin süreli fesih yolunu kullanıp kullanmayacağı ise ayrı bir hukuki sorundur. Kanımızca çalışmaktan kaçınan işçinin, işverene süre vererek sözleşmeyi feshetmesi, hayatın olağan akışına aykırıdır ve işçinin aleyhine sonuç doğmasına sebep olur. Zira sözleşmeyi süreli fesheden işçi, kıdem tazminatı şartlarını taşıyorsa eğer, kıdem tazminatından mahrum kalır. Bu nedenle anılan dönemde işçinin sözleşmeyi derhal feshetmesi daha uygundur. Bu noktada işçi, süre vermek yerine, aynı süreyi çalışmaktan kaçınma süresi içinde kullanarak, sürenin sonunda derhal fesih hakkını da kullanabilir.

3.3.2.3.3. Kaçınılan Sürede Sözleşmenin Feshine Getirilen Sınırlamanın Yaptırımı

Hangi kanuna tabi olursa olsun, işçilerin iş sözleşmelerinin, kaçınma hakkının kullanılması sebebiyle süreli veya derhal feshedilemeyeceği yukarıda incelenmiştir. Ancak, anılan bu yasağa uymamanın yaptırımı Kanun'da düzenlenmemiştir. Kanımızca belirli bir yasak getiren hükme, o yasağın ihlal edilmesi durumunda uygulanacak yaptırımın eklenmesi, madde ile sağlanmak istenen güvencenin etkinliği artırılır. Bu nedenle, İşK m. 34'e, anılan yasağa aykırı davranmanın yaptırımının eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Anılan yasağın yaptırımının doğrudan düzenlenmemiş olması, işverenin anılan yasağı ihlal etmesinin yaptırımsız kalacağı anlamına gelmez. Zira anılan durumda işveren, sözleşmeyi herhangi bir hakkı olmamasına rağmen feshettiği için, haksız fesih gerçekleştirmiş olur. Bu durumda ise, haksız fesih tazminatı gündeme gelebilir.⁹²² Haksız fesih tazminatı ise, TBK m.438/3'te düzenlenmiş olan ve işverenin haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, işçiye ödenmesi gereken en fazla altı aylık ücreti tutarındaki alacağı ifade eder.⁹²³

⁹²² Şüphesiz işçi, süre vermeksizin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshettiği takdirde işçi, ihbar ve şartların sağlanması halinde kıdem tazminatına hak kazanır. Ayrıca işçinin iş güvencesi kapsamında olması halinde, geçersiz feshin sonuçlarına bağlı olarak boşta geçen süreye ait ücret ve işe başlatmama tazminatı da ortaya çıkabilir. Belirli süreli iş sözleşmesinde ise, işçi bakiye süreye ait ücrete hak kazanır.

⁹²³ SÜZEK, s. 703-704; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 878-879; SOYER, TBK Hükümleri, s. 17.

Bu noktada ise haksız fesih tazminatından hangi işçilerin yararlanabileceği sorunu ortaya çıkar. Haksız fesih tazminatı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu yüzden TBK'na tabi çalışanlar, şüphesiz, bu tazminata hak kazanabilirler. Ancak haksız fesih tazminatının İşK, DİK ve BİK'na tabi çalışanlara uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş, İşK'na tabi bir işçinin TBK m.438/3'te düzenlenen haksız fesih tazminatını talep edebilmesi için kişilik haklarının zedelenmesi gerektiği yani yapılan haksız fesih sonucu manevi bir zararın var olması gerektiğini belirtmektedir.⁹²⁴ Başka bir görüş ise, kural olarak İşK kapsamında işçilerin söz konusu tazminattan yararlanabileceği ancak, iş güvencesi hükümlerinin mutlaklığı karşısında, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin haksız fesih tazminatından yararlanamayacağını belirtmektedir. Aksi takdirde, iş güvencesi kapsamında işçiye iş güvencesi tazminatı ve boşta geçirilen en çok dört aya kadar ücretin ödenmesinin ötesinde bir ödeme yapılmış olacaktır.⁹²⁵ Kanımızca da iş güvencesi kapsamındaki işçilerin haksız fesih tazminatından faydalanmaları mümkün değildir.

Sonuç olarak, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin sözleşmeleri, kaçınma hakkını kullanmaları sebebiyle feshedilirse, haksız fesih tazminatı talep edilebilir. Ancak ifade etmek gerekir ki, haksız fesih tazminatı yerine, anılan yasağa uymamanın ayrıca bir yaptırıma bağlanması, hakkın etkin kullanılması bakımından daha uygun olur. Bu nedenle sözleşmeleri kaçınma hakkının kullanılması sebebiyle feshedilen işçilerin, işverenden belirli bir tazminat talep etme hakkına yönelik bir düzenleme kanuna eklenmelidir. Ancak, anılan yönde bir yaptırım düzenlense dahi, iş güvencesi hükümlerinin mutlaklığı sebebiyle, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bu haktan yararlanamazlar.

Söz konusu yaptırım düzenlemesi, haksız fesih tazminatı ile anılan tazminatın birlikte istenip istenemeyeceği sorusunu da beraberinde getirir. Haksız fesih tazminatı ve kaçınma hakkının kullanılmasına bağlı olarak işveren tarafından yapılan fesih nedeniyle ödenecek tazminat, nitelikleri itibarıyla aynı nedene dayandığı için, iki tazminat aynı anda talep edilememelidir. Diğer bir ifadeyle iki tazminatın veriliş nedeni de sözleşmenin haksız feshidir. Anılan şekilde bir düzenlemenin getirilmesi durumunda, hangi tazminatın talep edileceği işçinin tercihi kalmış olur.

⁹²⁴ ALPAGUT, s. 940.

⁹²⁵ SÜZEK, s. 703-705; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 878; YÜREKLİ, s. 276. İşK'na tabi çalışanların haksız fesih tazminatı kazanmayacağına ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu karar için bkz. Y.22.HD., E. 2017/7172, K. 2017/13209, T. 1.6.2017. (www.legalbank.net)

Yukarıda anılan tazminatlar dışında, sözleşmenin türüne ve tabi olduğu kanuna göre değişmekle birlikte, diğer şartların da sağlanması durumunda, işçiler kıdem tazminatına, ihbar tazminatına, bakiye süre ücret tazminatına⁹²⁶ da hak kazanabilirler.

3.3.2.4. Çalışmaktan Kaçınılan Sürede İşyerinin Devredilmesi

Bilindiği üzere İşK m. 6'ya göre, işyeri devri ile devir tarihinde mevcut olan bütün iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçer. Konumuz ile ilgili kısım ise, devir tarihinde işyerinde kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmelerinin, işyeri devrinden etkilenip etkilenmeyeceğidir.

İşyerinin devredilmesiyle birlikte ister askıda olsun ister olmasın, bütün iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçeceğinden, devir sırasında kaçınma hakkını kullanan işçilerin iş sözleşmeleri de devralan işverene geçer.

Bu noktada ise, devir tarihinden sonra, kaçınma hakkını daha önceden kullanmaya başlayan işçinin, kaçınma hakkını durdurmak zorunda olup olmadığı hukuki sorunu ortaya çıkar. Geçmiş dönem ödenmeyen borçlardan dolayı devralan ve devreden işverenin 2 yıl müteselsil sorumluluğu vardır. Bu nedenle, kaçınma hakkına konu olan ücretten devralan işveren de sorumludur. Bu nedenle işçi, geçmiş dönem ücretleri ödenene kadar, kaçınma hakkını durdurup durdurmama konusunda özgürdür.

İşyeri devrine ilişkin özel bir düzenleme TTK m. 178'de düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, *“tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.”*⁹²⁷ Konumuz ile bağlantılı olan nokta ise, kaçınma hakkını kullanmış olan işçilerin, tam veya kısmi bölünmeye TTK m. 178 gereği itiraz edip edemeyeceğidir.

TTK m. 178, işyerinde mevcut iş sözleşmelerine ilişkin herhangi bir kısıtlama getirmediği için, sözleşmesi askıda olan işçilerin de devre itiraz edebileceği kabul edilmelidir. İtirazın yapılması, tam veya kısmi bölünmeyi durdurmaz ancak anılan durumda itirazı yapan işçinin iş sözleşmesi devralan işverene geçmez. Böyle bir durumda, işçinin iş sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer, fakat bu sürenin dolmasına kadar geçen sürede devralan işveren ve işçi sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek zorundadır.⁹²⁸

⁹²⁶ Bkz. §8, II.

⁹²⁷ SÜZEK, s. 204; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 284-289.

⁹²⁸ Öğretide, kanuni işten çıkarma süresinin, yasal fesih bildirimi süresinin sonu olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise işçi ve devralan işveren, yasal fesih bildirimi süresi olmamasına karşın, hangisinin daha önce sona erdiğine göre değişmekle birlikte, ya belirli sürenin sona ereceği tarihe kadar ya da belirli süreli iş sözleşmesi olsa dahi işçinin kıdemine göre belirlenecek yasal fesih bildirim süresinin sona ereceği tarihe kadar, sözleşmeden doğan borçları yerine getirmek zorundadır. Detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s.

İşçinin, kısmi veya tam bölünmeye itiraz etmesiyle birlikte, yasal fesih bildirim süresi sona erene kadar, devralan işverenin yanında iş görme borcunu yerine getirmesi gerekir.⁹²⁹ Ancak çalışmaktan kaçınan işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesinin kanuni bir gerekçesi olduğu için ve devralan işverenin de geçmiş dönem ödenmeyen ücret borçlarından sorumluluğu olduğu için, anılan işçi, ücretleri ödenene kadar, devralan işverenin yanında da kaçınma hakkını kullanmaya devam edebilir.

İşçinin, kısmi veya tam bölünmeye itiraz etmemesi durumunda ise, devralan işverenin geçmiş dönem ücretlerden sorumluluğu devam edeceği için, işçinin çalışmaktan kaçınmaya devam etmesi mümkün olacaktır.⁹³⁰

3.3.2.5. İş Sözleşmesinin Devri ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İş sözleşmesinin devri, İşK'nda değil, TBK'nun 429'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, iş sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Konumuz ile bağlantılı olan husus ise, kaçınma hakkını kullanmış bir işçinin iş sözleşmesinin devrinin mümkün olup olmadığı, eğer mümkünse bunun kaçınma hakkının kullanımını ne şekilde etkileyeceğidir. Çalışma konusunun sınırlarını aşmamak adına, sözleşmenin devrine ilişkin öğretide yer alan tartışmalara değinmiyoruz.

Kaçınma hakkını kullanmış bir işçinin sözleşmesinin devredilmesi, şüphesiz devredecek işveren açısından büyük yarar sağlamaktadır. Kaçınma hakkını kullanan işçinin sözleşmesi, kaçınma sebebiyle feshedilemediği gibi, anılan işçinin işi başka bir kişiye de yaptırılamamaktadır. Bu nedenle işçinin sözleşmesinin başka bir işverene devredilmesi, o işin artık başka işçilere yaptırılabilceği anlamına gelir. Zira işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi ortadan kalktığı için, İşK m. 34'ün getirdiği yasaklar da ortadan kalkar.

İş sözleşmesinin başka bir işverene devri, işçinin yazılı onayına bağlı olduğu için ve kaçınma hakkını kullanmış bir işçinin sözleşmesinin devredilmesinin önünde doğrudan veya dolaylı bir yasak olmadığı için kaçınma hakkını kullanmış bir işçinin de sözleşmesinin başka bir işverene devredilebileceği kanaatindeyiz.

Durum böyle olmakla birlikte işçi, halihazırda kaçınma hakkını kullanmış olduğu için, devralacak işveren bu konuda bilgilendirilmelidir. Bu noktada bilgi verme yükümlülüğü

174; **ASTARLI, Muhittin**, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 1, s. 95-96.

⁹²⁹ **SÜZEK**, s. 205; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, İş Hukuku 2014, s. 286-287; **ASTARLI**, İşyeri Devri, s. 96-97.

⁹³⁰ İfade etmemiz gerekir ki, İşK m. 6 veya TTK m. 178 çerçevesinde gerçekleşen hukuki ilişkide, devralan işverenin işçilerin geçmiş dönem ödenmeyen ücretlerinden doğan sorumluluğu, işçiler açısından değişmeyeceği için, devreden ve devralan işverenin, ödenmeyen ücretlerden ne kadar süreyle ve ne oranda sorumlu olduğu üzerinde durulmamıştır.

şüphesiz, işçinin değil, devredecek işverenin üzerindedir. Devralacak işverene bilgi verilmeksizin devir sözleşmesi akdedildiği zaman, devralan işveren aldatma hükümleri gereği (TBK m. 36), devir sözleşmesini iptal edebilir. İptal hükümlerinin, kural olarak iş ilişkilerinde uygulanması mümkün değildir. Ancak bu durumda, kanımızca iptal hükümleri uygulanabilir niteliktedir. İptal hükümlerinin doğurduğu sonuç gereği, işçi baştan itibaren devreden işverenin işçisi olarak kabul edilir.⁹³¹

Şüphesiz işçinin ödenmemiş ücretlerinin olduğunu bilerek devralan işveren, TBK m. 36 çerçevesinde iptal hükmüne başvuramayacağından, işçinin kaçınma hakkının doğuracağı sonuçları da üstlenmiş olacaktır. Diğer bir ifadeyle, devreden işverenin yanında kaçınma hakkını ister kullanmış olsun ister olmasın, işçi, geçmiş dönem ücretleri ödenmediği sürece, devralan işverenin yanında da çalışmaktan kaçınabilir. Her ne kadar TBK m. 429/2, devreden işverene yönelik, sözleşmenin devri tarihinde mevcut olan borçlara ilişkin herhangi bir sorumluluk getirmemişse de öğretide, işyeri devrinde olduğu gibi devreden işverenin devralan işverenle birlikte iki yıl müteselsil sorumlu (TBK m. 428/3 ve İŞK m. 6/3) olduğu ifade edilmiştir.⁹³² Zira aksi durumda, iş sözleşmesi devredilen işçi için güvencesiz bir ortam yaratılmış olur.⁹³³ Böyle bir durumda, işçi devir tarihinden önce doğmuş ücretlerini anılan tarihten itibaren iki yıl boyunca hem devreden işverenden hem de devralan işverenden talep edebilir. Talep edilen ücretler ödenmediği sürece, işçi kaçınma hakkını kullanabilir.

3.3.3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması Durumunda İşçinin ve İşverenin Borçları

3.3.3.1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması Durumunda İşçinin Borçları

3.3.3.1.1. İşçinin Sadakat Borcu

TBK m. 396, işçinin özen ve sadakat borcunu düzenlemiştir. Özen borcu, işçinin iş görme borcuyla bağlantılı bir borç olduğu için⁹³⁴ ve kaçınma hakkının kullanılmasında işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi söz konusu olduğu için, işçinin özen borcu olduğundan bahsedilemez.

⁹³¹ Ayrıca ifade etmek gerekir ki anılan durumda iptal edilen sözleşme iş sözleşmesi değil, devir sözleşmesidir. Bu nedenle devir sözleşmesinin iptaline bağlı olarak, işçi baştan itibaren devreden işverenin işçisi olarak kabul edilir.

⁹³² İşyeri devrinde devreden ve devralan işveren arasındaki kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğu düzenleyen 1475 sayılı Kanun m. 14/2 hükmünün de iş sözleşmesinin devrine kıyasen uygulanması gerektiği öğretide savunulmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 205-206; ASTARLI, İşyeri Devri, s. 95-96; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 286-287.

⁹³³ SÜZEK, s. 329; ALP, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 193-194; ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İSGHD, S. 10, s. 544.

⁹³⁴ SÜZEK, s. 331; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 585-586.

Söz konusu maddede düzenlenen sadakat borcu ise, işverenin haklı menfaatinin korunmasında işçinin sadakatle davranma zorunluluğunu ifade eder.⁹³⁵ Çalışmaktan kaçınan işçilerin sözleşmeleri kaçınılan sürede sona ermediği için, sadakat borcu devam etmektedir. Anılan borcun detaylıca anlatılması konumuzun sınırlarını aşmakla birlikte, çalışmaktan kaçınan işçilerin, sadakat borcu kapsamında ne şekilde davranmaları gerektiğinin incelenmesi gerekir.

Sadakat borcunun kesin olarak önceden saptanması ve tek tek belirtilmesi mümkün değildir.⁹³⁶ Zira her iş ilişkisi için, farklı davranışların sadakat borcu çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olabilir. Ancak genel olarak ifade etmek gerekirse, sadakat borcu çerçevesinde işçi, işverenin ve işyerinin haklı menfaatlerini korumak ve işverene ekonomik, ticari veya mesleki anlamda zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak zorundadır.⁹³⁷

TBK m. 396, işçinin sadakat borcuna yönelik somut bir örneği, dördüncü fıkra düzenlemiştir. Anılan fıkranın ilk cümlesine göre, *“İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz.”* Kaçınma hakkı kullanıldığı sürece, işçi iş görme borcunu yerine getirmese de iş sözleşmesi devam etmektedir ve iş ilişkisi süresince öğrenmiş olduğu üretim ve iş sırlarını kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. TBK m. 396/4’ün son cümlesinde ise, *“İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.”* hükmü yer almaktadır. Ancak konumuz ile ilgili kısım, sadece kaçınılan süreyi kapsadığı için ve kaçınılan sürede iş sözleşmesi devam ettiği için anılan hükmün detaylarına girmiyoruz.

TBK m. 396/3’te sadakat borcuna yönelik verilen diğer bir örnek ise, işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemeyeceğidir. Madde metni, işçilerin üçüncü bir kişinin yanında çalışmasını yasaklamamış, sadece “sadakat borcuna aykırı bir şekilde” üçüncü bir kişinin yanında “ücret” karşılığı çalışmasını yasaklamıştır. Anılan fıkra vurgulanmak istenen, işçinin “sadakat borcuna aykırı bir şekilde” üçüncü bir kişinin yanında çalışmaması gerektiğidir.⁹³⁸ Bu nedenle işçi, sadakat borcuna aykırı olmamak kaydıyla, ücret karşılığı veya ücret karşılığı olmaksızın, üçüncü bir

⁹³⁵ SÜZEK, s. 335-336; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 600-601.

⁹³⁶ SÜZEK, s. 336; GÜNEŞ/MUTLAY, s. 243.

⁹³⁷ SÜZEK, s. 336.

⁹³⁸ SÜZEK, s. 336; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 608-609.

kişinin yanında çalışabilir. Kaçınılan sürede, işçinin başka işverenin yanında çalışması ise, ileride detaylıca incelendiğinden, bu başlıkta ele alınmamıştır.⁹³⁹

Çalışmaktan kaçınan işçiler, sözleşmeleri devam ettiği için, kaçınılan sürede her ne kadar iş görme borcunu yerine getirmeseler de davranışlarını sadakat borcu çerçevesinde yerine getirmelidir. Bu bakımdan, kaçınılan sürede, işverenin veya işyerinin sırlarının başkalarına açıklanması veya işçi tarafından kendi yararına kullanılması, sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshine sebep olur.

İşçinin sadakat borcu çerçevesinde üstlendiği bir diğer borç, sözleşmenin devamı süresince işverenle rekabet etmemesidir. Bu nedenle sözleşme devam ettiği sürece işçi, işvereni ile rekabete girişmemelidir. Bu noktada ise, sözleşmenin haklı nedenle feshine sebep olabilecek bir davranış yüzünden, farklı bir ifadeyle ücretlerin ödenmemesinden dolayı işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması ve işverenin bu davranışına karşı işçinin de kaçınılan sürede rekabet etmeme borcunun devam edip etmediği hukuki sorunu ortaya çıkar.

Kanımızca, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshetmeyip çalışmaktan kaçınarak, aradaki güven ilişkisinin tamamen ortadan kalkmadığını ve bu nedenle geçmiş dönem ücretlerin ödenmesi halinde işine devam edebileceğini belirtmektedir. Bu süreçte, işçinin işvereni ile rekabet etmesi, aradaki güven ilişkisinin tamamen kalkmasına ve işverenin sözleşmeyi haklı nedenle feshine neden olabileceğinden, kanımızca işçi, kaçınılan sürede işvereni ile rekabet etmemelidir. Ayrıca rekabet etmeme borcunun ortadan kalkması, sadece feshe sebep olabilecek gerekçeye bağlı değildir. Aynı zamanda sözleşme, anılan nedenle feshedilmelidir.

Sözleşme sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağı sözleşmeleri, konumuzla bağlantılı olmadığından ele alınmamıştır.

3.3.3.1.2. İşçinin İtaat Borcu

İş hukukunun özel kaynakları arasında, en son sırada işverenin emir ve talimat verme yetkisi vardır. TBK m. 399’da anılan yetki, “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm gereği, işveren işçiye “işin görülmesine” ve “işyerindeki davranışlara” yönelik emir ve talimat verebilir. İşçi, işin görülmesine yönelik verilen

⁹³⁹ Bkz. §9, III, B, 1, d.

talimatlara, iş görme borcu kapsamında uymak zorundayken, işyerindeki davranışlara yönelik verilen talimatlara, itaat borcu kapsamında uymak zorundadır.⁹⁴⁰

Şüphesiz, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında, işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi haklı bir nedene dayandığı için, kaçınılan sürede, işverenin işçiye işin görülmesine yönelik emir ve talimat vermesi düşünülemez. Bu nedenle, kaçınılan sürede işin görülmesine ilişkin işverenin emir ve talimat verme yetkisi ortadan kalkar.

Daha önce detaylıca incelendiği üzere, işverenin işçinin işyerinde davranışlarına yönelik emir ve talimat verebilmesi için, işçinin kaçınma hakkını işyerinde kullanmasına bağlıdır. İşçi, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, anılan hakkı işyerinde veya işyeri dışında da kullanabilir. Ancak anılan hakkın işyerinde kullanılabilmesi, işverenin aksi yöndeki iradesini belirtmesine kadar geçerlidir.⁹⁴¹ Eğer işveren, kaçınan işçilerin işyerini terk etmelerini talep ediyorsa, işçiler buna uymak zorundadır.⁹⁴²

Eğer işçi kaçınma hakkını işyerinde kullanmak istiyorsa ve işveren de aksi yönde bir beyanda bulunmamış ise işçi, işverenin işyerindeki davranışlara yönelik emir ve talimatlarına itaat borcu kapsamında ve dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır.

Bu noktada işverenin, çalışmaktan kaçınan işçilerin, işyeri dışındaki davranışlarına yönelik emir ve talimat verip veremeyeceği hukuki sorunu da ortaya çıkar. Aslında bu hukuki sorun sadece çalışmaktan kaçınan işçiler için değil, diğer tüm işçiler açısından önemlidir. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, işçinin işyeri dışındaki davranışları işvereni veya işyerini olumsuz anlamda etkiliyorsa, işçinin bu davranışları işverenin haklı menfaatinin korunmadığı anlamına geleceği için, işçinin davranışlarını değiştirmesi itaat borcu kapsamında değil, sadakat borcu kapsamında yerine getirilmelidir. Diğer bir ifadeyle, çalışmaktan kaçınan ancak işyerine gelmeyen işçilerin işyeri dışındaki davranışları işi veya işyerindeki çalışma ortamını olumsuz etkiliyorsa, işveren anılan işçilere, işyerindeki davranışlara yönelik emir ve talimat veremez. Ancak, işçilerin bu davranışları işverenin haklı menfaatini ihlal ettiği için, işveren işçilere itaat borcu kapsamında değil, sadakat borcu kapsamında uyarılarda bulunabilir.⁹⁴³

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁹⁴⁴ m. 9'da "*Çalışanlar, uygulamaya konulan eğitim programları çerçevesinde iş*

⁹⁴⁰ SÜZEK, s. 78-79. İşverenin yönetim hakkı konusunda detaylı bilgi için bkz. TAŞKENT, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, s. 12 vd.; DURSUN ATEŞ, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 23 vd.

⁹⁴¹ Bkz. §7, VI, B.

⁹⁴² SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 670.

⁹⁴³ SÜZEK, s. 81.

⁹⁴⁴ RG T. 15.05.2013, S. 28648.

sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılır, eğitimlerde edindiği bilgileri yaptığı iş ve işlemlerde uygular ve bu konudaki talimatlara uyarlar.” hükmü düzenlenmiştir. Anılan hüküm gereği, işçilerin de anılan eğitime katılmaları zorunludur. Bu noktada, çalışmaktan kaçınılan sürede, işçinin iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılmak zorunda olup olmadığı hukuki sorunu ortaya çıkar.

İfade etmek gerekir ki ücretin ödenmemesi veya gelecek dönem ücretin tehlikeye düşmesi ile anılan eğitimlere katılma yükümlülüğü arasında karşılıklılık ilişkisi olmadığı gibi, anılan eğitimlere katılmama, daha sonra iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikeye atılmasına sebep olabilir. Ayrıca kaçınma hakkı genel olarak sadece iş görme borcunun yerine getirilmemesi haklı kılmaktadır. Bu nedenle, kanımızca çalışmaktan kaçınan işçiler, iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılmaya yönelik verilen talimatlara uymak zorundadır.

3.3.3.2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması Durumunda İşverenin Borçları

3.3.3.2.1. Ücret Ödeme Borcu

3.3.3.2.1.1. Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Öğretideki Görüşler

Çalışmaktan kaçınma hakkının belki de en önemli olduğu noktalardan biri, kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanıp kazanamayacağıdır. 1475 sayılı Kanun’da çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmediği için, kaçınılan sürede ücrete ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktaydı.

Kaçınma hakkının doğrudan düzenlenmediği 1475 sayılı Kanun döneminde, işçinin kaçınma hakkının olduğu ve bunun 818 sayılı BK’nun 81’inci maddesine dayandığı bazı yazarlar tarafından kabul edilmekteydi⁹⁴⁵ ancak Yargıtay,⁹⁴⁶ ücretin ödenmemesi nedeniyle işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesini, kanun dışı grev olarak kabul etmekteydi.

Söz konusu dönemde **Soyer**, ödemelik def’ine dayanan kaçınma hakkının sonuçlarına, alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanmaması durumunun, anılan hakkı

⁹⁴⁵ **KANİTİ**, s. 74-75; **OĞUZMAN**, İşçi-İşveren İlişkileri, s. 246-247, dn. 153; **OĞUZMAN**, İHU, s. 1; **SOYER**, İHU, 3-4; **TUNCAY**, İHU, s. 5-8; **NARMANLIOĞLU**, Grev, s. 87; **CENTEL** Ücret, s. 370; **SUR**, Grev, s. 81; **BAKIRCI**, Milli Komitesi, s. 187-188.

⁹⁴⁶ **Y.9.HD.**, E. 1999/10941, K. 1999/13721, T. 15.09.1999.

önemsiz hale getireceğini ve bu nedenle, kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanması gerektiğini savunmuştur.⁹⁴⁷

Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarı metninde ve maddenin gerekçesinde ise, kaçınılan sürede işçilerin ücrete hak kazanacağı “[...] ve işçiler çalışmadıkları süre için ücrete hak kazanırlar” şeklinde açıkça belirtilmekteydi.⁹⁴⁸ Ne var ki kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanacağını düzenleyen hüküm, 4857 sayılı Kanun’un metnine alınmamıştır. Buna bağlı olarak, 4857 sayılı Kanun m. 34 ile kaçınılan sürede işçinin ücretine ilişkin olumlu ya da olumsuz bir düzenleme getirmeyen kanun koyucunun iradesinin ne olduğu üzerine öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Öğretideki bir görüşe göre, kanun koyucunun iradesi, anılan sürede işçinin ücrete hak kazanamayacağı yönündedir,⁹⁴⁹ diğer bir görüş ise, böyle bir sonuca varılamayacağını ve işçinin ücrete hak kazanması gerektiğini belirtmektedir.⁹⁵⁰

Kaçınılan sürede ücrete hak kazanılamayacağını belirten ilk görüşe göre, ödemezlik def’i kapsamında iş görmekten kaçınılan süre, kanunen çalışılmış sürelerden sayılmadığı için ücret alacağı doğmaz. Yine aynı görüş, kaçınma hakkının alacaklı temerrüdüne dayanabileceği görüşüne de karşı çıkarak, alacaklı temerrüdünün ilk şartının yerine getirilmediğini, diğer bir ifadeyle iş görme borcunun ifasının işçi tarafından usulünce işverene teklif edilmemiş olduğunu ifade etmiştir. Bu sebeplere bağlı olarak kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanamayacağı belirtilmiştir.⁹⁵¹

Yine benzer bir görüş, 1475 sayılı Kanun döneminde, kaçınmanın dayanağı olan BK m. 81’de ve aynı şekilde 4857 sayılı İşK döneminde de İşK m. 34’te ücrete ilişkin bir

⁹⁴⁷ SOYER, İHU, s. 5. Benzer yönde görüş için bkz. TUNCAY, İHU, s. 7-8; CENTEL, Ücret, s. 372; SUR, Grev, s. 85.

⁹⁴⁸ ENGİN, s. 82. İlgili önerge ve tartışmalar için bkz. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem 22, Yasama Yılı 1, 77. Birleşim, C. 14, 08.05.2003, s. 32-39. (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c014/tbmm22014077.pdf>) (E.T. 10.06.2021)

⁹⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 693-694; GÜNAY, Ücret, s. 48; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2021, s. 191-192; DEMİR, İş Hukuku, s. 193; GÖKTAŞ, s. 120-124.

⁹⁵⁰ SÜZEK, s. 386; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 375; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s. 312; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 156; EYRENCİ, Öner, “4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeler”, Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme 2003, s. 155; SÜZEK, Ücretin Ödenmemesi, s. 213-214; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s. 109; GÜZEL, s. 142-143; ENGİN, s. 79; SENYEN-KAPLAN, s. 174; SUR, Grev, s. 85; SUR, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, s. 402; ALPAGUT, Ücret, s. 61; EKMEKÇİ, Öner, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlgili Hükümler”, Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme 2003, s. 199-200; ÇİL, Ücret, s. 34; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1282; BAŞTERZİ, s. 192; UÇUM, s. 63; ÇOPUROĞLU, s. 224; BOZKURT, s. 88; DEĞER, s. 98-99; TOPUZ, s. 476; DULAY YANGIN, s. 224; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 162-163.

⁹⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 693-694. Benzer yönde görüş için bkz. GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi Cilt I, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s. 1756-1757.

düzenleme olmadığını, bu nedenle anılan sürede ücrete hak kazanılıp kazanılmadığı noktasında İşK m. 34'te yer alan “ücret çalışma karşılığıdır” ilkesinden hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İşK m. 34'te belirtilen bu ilkenin istisnalarını içeren hükümlerde, diğer bir ifadeyle çalışma karşılığı olmayan ücretler içerisinde, çalışmaktan kaçınılan süre yer almadığı için, anılan sürede işçinin ücrete hak kazanmaması gerektiği savunulmuştur.⁹⁵²

Aynı görüşün belirtmiş olduğu ikinci hareket noktası ise, kaçınma hakkının hukuki niteliğinin alacaklı temerrüdü olamayacağıdır. **Göktaş’a** göre, hakkın hukuki niteliğini ödemezlik def’i olarak kabul edip, sonuçlarına alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını da uygun değildir. Zira bir önceki dönem ücretinin ödenmesini bir sonraki dönemler için ifayı kabule hazırlık hareketi olarak değerlendirmek mümkün değildir.⁹⁵³ Benzer bir sonuca varan **Demir’e** göre ise, ödemezlik def’i ileri sürerek çalışmaktan kaçınan işçilerin iş sözleşmeleri askıda kalacağından, çalışılmayan sürelerle ait ücretler de işlemeyecektir. Ancak yazara göre Kanunda bir sınırlama olmadığı için, kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanabileceği iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilir.⁹⁵⁴

Öğretide **Soyer** ise, 4857 sayılı İşK dönemi öncesinde kaleme almış olduğu eserinde, işverenin iş birliği olmaksızın, işçinin kendi edimini ifa etmesinin mümkün olduğunu ancak işveren tarafından geçmiş dönem ücret borcunun ödenmeden işçiden iş görme borcunun ifa edilmesinin beklenilmesinin, işveren tarafından yapılması gereken hazırlık fiilleriyle bir tutulabileceğini ve bu nedenle alacaklı temerrüdüne düşen işverenin kaçınılan süreye ilişkin ücret borcunun doğduğunu ifade etmiştir.⁹⁵⁵ Ancak yazar, 4857 sayılı İşK döneminde ele almış olduğu eserde, Tasarı’da yer alan ancak İşK m. 34’te eklenmeyen “kaçınılan sürede işçilerin ücrete hak kazanacağına ilişkin” hükmün bir kasıtlı susma niteliği taşıdığını ve bu nedenle kanun koyucunun iradesinin kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanamayacağı yönünde olduğunu belirtmiştir. Nitekim maddenin işçinin lehine olacak şekilde değiştirilmesine yönelik verilen önerenin TBMM’de reddedilmesi ve bu sırada tutanağa geçen tartışmalar da ücrete ilişkin hükmün maddede yer almamasının kasıtlı bir susma olduğunu göstermektedir.⁹⁵⁶

⁹⁵² **GÖKTAŞ**, s. 120-122.

⁹⁵³ **GÖKTAŞ**, s. 120-122.

⁹⁵⁴ **DEMİR**, İş Hukuku, s. 193-194.

⁹⁵⁵ **SOYER**, İHU, s. 5.

⁹⁵⁶ İlgili önerge ve tartışmalar için bkz. **T.B.M.M. Tutanak Dergisi**, Dönem 22, Yasama Yılı 1, 77. Birleşim, C. 14, 08.05.2003, s. 32-39. (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c014/tbmm22014077.pdf> E.T. 02.12.2020)

Soyer, her ne kadar yürürlükteki düzenleme karşısında işçinin ücrete hak kazanamayacağını kabul etse de bunun tatmin edici bir sonuç yaratmadığını da belirtmektedir. Zira yazara göre, hakketmiş olduğu ücreti işverenden almak için anılan hakka başvuran işçinin, arada geçen bu sürede ücretinden vazgeçmiş olduğu sonucuna varılmamalıdır. Ulaşılan bu sonuç, anılan hakkın sadece kâğıt üzerinde bir hak olarak kalmasına ve fiilen kullanılmasının imkânsızlaşmasına neden olacaktır.⁹⁵⁷ Aynı görüşü öğretide diğer yazarlar da paylaşmaktadır.⁹⁵⁸

Nitekim öğretideki baskın görüşe göre, kaçınılan sürede işçiler ücrete hak kazanmalıdır. Bu görüşlerin ortak noktası ise, kaçınılan süre için işverenin ücret borcunun devam etmesinin nedeni, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi olarak kabul edilmesidir.⁹⁵⁹

Koç'a göre, işverenin muaccel ücret borcunu ödemesi, işveren tarafından yerine getirilmesi gereken bir hazırlık fiilidir. Bu nedenle işçinin iş görme borcunu ifa etmesi için gereken hazırlık fiilinin yerine getirilmemesi durumunda, işveren alacaklı temerrüdüne düşer. Anılan yazar, işçinin işini ifa etmesi için değeri az olan bir aletin (kazma, kürek vb.) verilmemesinin, işvereni alacaklı temerrüdüne düşürmek için yeterli olacağı ancak, muaccel ücretin ödenmemesi durumunda işverenin alacaklı temerrüdüne düşmeyeceği düşüncesinin hakkaniyete uygun bir durum olmadığını ifade etmiştir.⁹⁶⁰

Alpagut'a göre ise, işverenin önceki döneme ait ücret borcunun ifasının, bir sonraki döneme ait işçinin iş görme borcunun ifası için hazırlık fiili olduğunun kabulü, klasik borçlar hukuku kuralları çerçevesinde güçtür. İşverenin geçmiş döneme ait ücret borcunu ifa etmemesi, tipik bir borçlu temerrüdüdür. Ancak kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanmayacağını kabulü, kaçınma hakkının teoride kalmasına ve uygulanmasının mümkün olmamasına neden olacaktır. Bu nedenle yazar, maddenin amacı ve ruhu doğrultusunda,

⁹⁵⁷ **SOYER**, Kaçınma Hakkı, s. 677-679; **SOYER, Polat**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş, 2003, s. 18.

⁹⁵⁸ **SÜZEK**, s. 376; **GÜZEL**, s. 142-143; **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1283-1284; **ÇİL**, Ücret, s. 690-691; **BAŞTERZİ**, s. 193-194.

⁹⁵⁹ **SÜZEK**, s. 386; **SÜZEK**, Ücretin Ödenmemesi, s. 213-214; **GÜZEL**, s. 142-143; **ENGİN**, s. 79; **NARMANLIOĞLU**, Kaçınma Hakkı, s. 627; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN**, s. 156; **EYRENCİ**, Ücret, s. 155; **AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN**, s. 109; **SENYEN-KAPLAN**, s. 174; **SUR**, Grev, s. 85; **SUR**, Kaçınma Hakkı, s. 401-402; **EKMEKÇİ**, İş Sağlığı, s. 199-200; **ÇİL**, Yargıtay, s. 71; **ÇİL**, Ücret, s. 689-690; **ÇİL**, Ücretin Ödenmemesi, s. 1282; **BAŞTERZİ**, s. 193; **ÇOPUROĞLU**, s. 224-225; **BOZKURT**, s. 88; **DEĞER**, s. 98-99; **TOPUZ**, s. 476; **DULAY YANGIN**, s. 224-225; **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 162-163. Öğretide **Uçum**, işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğünü ancak işçiye ödenecek miktarın tazminat niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. **UÇUM**, s. 63. İfade etmemiz gerekir ki TBK m. 408, doğrudan işçiye ücretinin ödeneceğini belirtmiş olduğundan, kaçınılan süre için ödenecek tutarın, tazminat niteliğinde olmadığı, ücret niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

⁹⁶⁰ **KOÇ**, s. 137.

kıyasen uygulanma koşulları tam bulunmamakla beraber, alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiştir.⁹⁶¹

Öğretide ayrıca, kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanmayacağını kabulü halinde, işverene dolaylı bir şekilde ücretsiz izin hakkının verilmiş olacağını belirtilmektedir.⁹⁶² Öte yandan, **Süzek**'e göre, her ne kadar Tasarı metinde yer alacan ücrete ilişkin hüküm, maddenin son halinde yer almamış olsa da işçilerin kaçınılan süre için TBK hükümleri gereğince ücrete hak kazanmalarının önü kapatılmamıştır.⁹⁶³ İşçilere bir hak tanımak için getirilen bir hükmün, işçilerin aleyhine olacak şekilde yorumlanarak, kaçınılan sürede ücrete hak kazanmayacaklarını kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir durumda, anılan hakkın varlığı sadece kâğıt üzerinde kalacak, fiili olarak kullanılması imkansız hale gelecektir.⁹⁶⁴

Aynı sonuca varan öğretideki bazı yazarlara göre, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınan işçilerin ücrete hak kazanabileceği düzenlenmişken, ücretin ödenmemesi nedeniyle kaçınan işçilerin ücret hakkından mahrum kalmasının mümkün olmaması gerekir.⁹⁶⁵ Nitekim öğretide, İşK m. 83'ün (6331 m. 14) kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁶⁶ Ancak ifade etmek gerekir ki kıyasen uygulamanın mümkün olduğunu belirten yazarlar, anılan görüşü, ciddi ve yakın tehlike sebebiyle kaçınma hakkının İşK m. 83'te düzenlendiği, diğer bir ifadeyle 6331 sayılı Kanun'un yürürlükte olmadığı bir zamanda belirtmişlerdir.

Alman hukukunda ise işçinin, işverenin alacaklı temerrüdünü düzenleyen BGB §615 gereği, çalışmaktan kaçınılan sürede ücrete hak kazanacağı kabul edilmektedir. Ancak Alman hukukunda, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesinin esas dayanağı, Türk hukukunda karşılığı olmayan, (Zug-um-Zug-Leistungen) BGB §298⁹⁶⁷ hükmüne dayandırmaktadır.⁹⁶⁸ Anılan hükme göre, borçlunun kendi edimini ifa etmesi, alacaklının karşı edimi ifa etmesine bağlıysa, alacaklı, borçlu tarafından yapılacak edimi kabul etmeye hazır olsa bile, kendi ediminin ifasını teklif etmedikçe alacaklı temerrüdüne düşer.

⁹⁶¹ ALPAGUT, Ücret, s. 61.

⁹⁶² SÜZEK, s. 375; GÜZEL, s. 143; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 679; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 157; ÇİL, Ücretin Ödenmemesi, s. 1282; ÇİL, Yargıtay, s. 71. Aksi yöndeki görüş için bkz. GÖKTAŞ, s. 123.

⁹⁶³ SÜZEK, s. 374-376.

⁹⁶⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 375; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s. 312;

⁹⁶⁵ SÜZEK, s. 376.

⁹⁶⁶ NARMANLIOĞLU, Kaçınma Hakkı, s. 628-629, BOZKURT, s. 91-92.

⁹⁶⁷ BGB § 298 Zug-um-Zug-Leistungen, "Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet."

⁹⁶⁸ SÖLLNER, ZfA, s. 10; KIRSCHNER, s. 845; BÖTTCHER, s. 89; BROX, Hans/RÜTHERS, Bernd/HENSSLER, Martin, Arbeitsrecht, 20. Auflage, Kohlhammer Verlag, 2020, N. 412; DEHMEL, 174-175; CAPODISTRIAS, s. 56; HAASE, s. 27-28;

Gerçekten de anılan hüküm gereği işveren, işçi tarafından sunulan iş görme edimini kabul etmeye hazır olsa bile, kendi ediminin ifasının, diğer bir ifadeyle ücret ödeme borcunun ifasını teklif etmedikçe, alacaklı temerrüdüne düşecektir. Bu noktada ise, Alman hukukunda, BGB §298 hükmünün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışması çıkmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, işçi çalışmaktan kaçınılan süre içinde doğan ücret hakkından vazgeçmez, ancak bunun hukuki dayanağı BGB §298 hükmü değildir.⁹⁶⁹ Baskın görüşe⁹⁷⁰ ve Alman Federal İş Mahkemesi kararına göre,⁹⁷¹ çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığı durumda, esas olarak işçi, iş görme edimini sunmaktadır. Zira işçi, çalışmaktan kaçınmaya konu ücretler ödenir ödenmez çalışmaya hazır olduğunu bildirmektedir.

İsviçre hukukunda konuya ilişkin detaylı bir açıklama olmamakla birlikte, öğretideki bir görüşe göre, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında, işin ifasının teklifi aranmaz.⁹⁷² Bunun dışında öğretide⁹⁷³ genel olarak, OR Art. 324'ün (TBK m. 408) kıyasen uygulanması sonucunda, işçinin ücrete hak kazanacağı belirtilmektedir. Aynı görüş İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da görülmektedir.⁹⁷⁴ Verilen bir kararda, OR Art. 324'ün uygulanmasının gerekliliği, şu şekilde gerekçelendirilmiştir; bir taraftan işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı verip, diğer taraftan çalışmaktan kaçınılan süre boyunca ücrete hak kazanılmayacağını kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda işçi çalışmaya zorlanmış olacaktır, zira çalışmaktan kaçındığı takdirde, anılan döneme ait ücretini de talep edemeyecektir. Ancak ortaya çıkan sonuç, çalışmaktan kaçınma hakkının anlamıyla ve amacıyla örtüşmemektedir. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında, işin işverene sunulamamasının sorumlusu işveren olduğu için, OR Art. 324 kıyasen uygulanacaktır.⁹⁷⁵

3.3.3.2.1.2. Görüşümüz

Çalışmaktan kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanıp kazanamayacağına ilişkin öğretideki baskın görüşün belirtmiş olduğu sonuca katılmakla birlikte, geçmiş dönem ücretin ödenmesinin, borçlar hukuku kuralları çerçevesinde, doğrudan bir hazırlık fiili olarak nitelendirmesinin isabetli olmadığı görüşündeyiz.

⁹⁶⁹ NIKISCH, s. 375, dn. 234.

⁹⁷⁰ SÖLLNER, ZfA, 10; KIRSCHNER, s. 845; BÖTTCHER, s. 89; DEHMEL, s. 173-174; CAPODISTRIAS, s. 56; HAASE, s. 27-28.

⁹⁷¹ BAG, Aktenzeichen: 5 AZR 563/72, 07.06.1973, s. 6-7.

⁹⁷² REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 6; STAEHELIN, ZK, OR Art. 324, N. 8.

⁹⁷³ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 14; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 324, N. 3; ABEGG, Präjudizienbuch, OR Art. 324, N. 1; PELLASCIO, OFK, Art. 324, N. 19.

⁹⁷⁴ BGE 136 III 313, 319; BGE 120 II 209, 213.

⁹⁷⁵ BGE 120 II 209, 213.

Ayrıca geçmiş dönem ücret borcunun ödenmesinin hazırlık fiili olarak değerlendirilmesi durumunda, olumsuz bir durum ortaya çıkar. İşverenin önce ifa ile yükümlü olduğu iş ilişkilerinde, önce ifa ile yükümlü taraf işveren olduğu için anılan borcu yerine getirmemesi, “geçmiş dönem ücret borcu” olarak değerlendirilemez, buna bağlı olarak hazırlık fiili olarak da kabul edilemez. Bu nedenle anılan görüşün kabulü halinde, işverenin önce ifa ile yükümlü olduğu iş sözleşmelerinde, işçinin çalışmaktan kaçınması işvereni alacaklı temerrüdüne düşürmek için yeterli olmayacak ve işçi kaçınılan süre için ücrete hak kazanamayacaktır.

Bilindiği üzere, işveren, işçinin iş görme borcunu ifa etmesi için gereken engelleri kaldırmak zorundadır. Örneğin, işyerine sadece şifreyle veya bir kartla girilebiliyorsa, işveren konuya ilişkin engeli kaldırmak zorundadır. Şüphesiz bu engeller içerisine sadece maddi engeller değil, hukuki engeller de girmektedir. İşçinin iş görme borcunu ifa edebilmesi için kaldırılması gereken hukuki engellerden biri ise, işçinin ödemezlik def'i ileri sürmesine sebep olan hukuki durumdur. İşveren anılan hukuki engeli (işçinin ödemezlik def'i ileri sürmesine sebep olan durumu) ortadan kaldırmadığı ve kendi edimini ifaya hazır tutmadığı veya işçiye teklif etmediği için, işçi iş görme borcunu ifa edememekte ve işveren iş görme borcu bakımından alacaklı temerrüdüne düşmektedir. Farklı bir deyişle, işçiden iş görme borcunun ifa edilmesi talep edildiği zaman, işçinin, anılan borcu ifa etmesini engelleyecek hukuki engellerle karşılaşmaması gerekir. Konumuz bakımından anılan hukuki engel ise, işçinin ödemezlik def'i ileri sürerek kaçınma hakkını kullanabilecek olmasıdır. Anılan hukuki engellerin kaldırılması ve işçiye ücret alacağını elde etme imkanının verilmesi ise hazırlık fiili niteliğindedir.⁹⁷⁶ Bu noktada işverenin önce ifa ile yükümlü olması da sonucu değiştirmez.

Durum böyle olmakla birlikte, kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanabileceği düzenlemesinin İşK m. 34'ten çıkarılmasının kanun koyucunun iradesi olduğu bir karşı görüş olarak ileri sürülebilir. Ancak bu durum, İşK'na tabi işçilerin TBK m. 408'den yararlanamayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle, İşK'na tabi işçiler kaçınılan sürede ücretlerine hak kazanırlar. Bunun dışında, TBK'na tabi işçiler de şüphesiz anılan hükümden faydalanabilirler. DİK ve BİK'na tabi işçiler içinse yine farklı bir sonuç doğuracak hüküm olmadığı için ve anılan kanunlarda alacaklı temerrüdüne ilişkin düzenleme yer almadığı için, TBK m. 408 hükmü anılan işçilere de uygulanır.

Varılan bu sonuç, genel olarak gelecek döneme ait ücretin öden(e)meyeceğinin işveren tarafından açıkça belirtildiği veya bu durumun işverenin içinde bulunduğu koşullardan

⁹⁷⁶ PEKMEZ, s. 70.

anlaşıldığı veya anılan ücretin tehlikeye düşmesi durumunda (TBK m. 98) da geçerli olacaktır. Diğer bir ifadeyle anılan sonuç, ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkı için de geçerlidir. Ancak burada, ücretin ifaya hazır tutulması veya karşı tarafa ifanın teklif edilmesi mümkün değildir, zira borç henüz muaccel olmamıştır. Ancak, işveren gelecek döneme ait ücrete teminat göstermeyerek, işçinin ödemezlik def'i ileri sürmesine sebep olduğu için, muaccel olmamış ücrete ilişkin teminat gösterilmesi aynı zamanda işçinin iş görme borcunu ifa edebilmesi için bir hazırlık fiili niteliği taşır. Farklı bir ifadeyle işçi, muaccel olmamış ancak tehlikeye düşmüş ücrete karşı bir güvence getirilmesi durumunda, çalışmaya hazır olduğunu belirtir. Makul sürede gerekli teminat sağlanmazsa, işçi kaçınma hakkını kullanabilir. Bu nedenle, hazırlık fiili olarak kabul edilebilecek “teminat göstermenin” yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklı temerrüdüne düşen işverenin, çalışmaktan kaçınılan süre için ücret ödeme borcu devam eder.

3.3.3.2.1.3. Kaçınılan Sürede İşverenin Ödemesi Gereken Ücretler ve Ücretten İndirilecek Tutarlar

Tespit edilmesi gereken diğer bir husus ise, kaçınılan dönemde işverenin hangi ücretleri ödemek zorunda olduğudur. İşverenin ödemesi gereken ücret sadece asıl ücret midir yoksa geniş anlamda ücret mi ödenmek zorundadır? Örneğin işçi, kaçınma hakkını kullanmamış olsaydı elde edeceği fazla çalışma ücretlerini, ikramiyeyi, bahşişi, ayni-nakdi yardımları veya primleri işverenden talep edebilir mi?

Kanımızca anılan sorular, çalışmaktan kaçınılan sürede işçiye ücret hakkını veren TBK m. 408 üzerinden hareket edilerek cevaplanmalıdır. TBK m. 408 genel olarak bir kısıtlama getirmeksizin, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, işçinin ücretine hak kazanacağını düzenlemiştir.

Türk hukuku öğretisinde alacaklı temerrüdüne düşen işveren karşısında, işçinin, genel olarak kaçınılan süreye ait ücretlerini talep edebileceği kabul edilmektedir.⁹⁷⁷ Aynı kabul, TBK m. 408'e benzer bir hükmün düzenlendiği İsviçre (OR Art. 324) hukukunda da geçerlidir. Anılan kabule doğrultusunda, İsviçre öğretisinde işçinin alacaklı temerrüdüne düşen işverenden, sadece asıl ücretini değil sosyal nitelikteki ücretleri (Sozialzulagen) de talep edebileceği belirtilmektedir.⁹⁷⁸ Örneğin, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi

⁹⁷⁷ Bkz. §9, III, B, 1, a.

⁹⁷⁸ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 18; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 324, N. 11; STAEHELIN, ZK, OR Art. 324, N. 23; PELLASCIO, Michel, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 324, N 15.

nedeniyle iş görme borcunu ifa edemeyen işçinin, elde edemediği bahşışleri talep edebileceği ifade edilmiştir.⁹⁷⁹ Durum böyle olmakla birlikte doğrudan işin görülmesiyle bağlantılı ücretlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Örneğin, yapılın işin niteliği gereği aşırı kire, toza, sıcağa veya soğuğa maruz kalan işçilerin talep edebileceği ek bir ödeme olan “kir/yıpranma geliri” (Schmutzzulage), doğrudan işin görülmesiyle bağlantılı olduğu için, anılan ödemenin alacaklı temerrüdüne düşen işverenden talep edilemeyeceği kabul edilmektedir.⁹⁸⁰

Yine TBK m. 408’e benzer bir düzenlemenin yer aldığı Alman (BGB §615) hukukunda da alacaklı temerrüdüne düşen işveren karşısında, işçinin iş görme borcunu ifa etmiş gibi, ücretlerini almaya devam edeceği ifade edilmiştir.⁹⁸¹

Görülmektedir ki alacaklı temerrüdüne düşen işverenin hangi ücretlerden sorumlu olacağı konusunda, genel olarak doğrudan fiili çalışmaya bağlı olan bazı ücretlerin hesaba katılamayacağı, bunun dışında işçinin iş görme borcunu yerine getirmiş olsaydı elde edeceği ücretlerden sorumlu olacağı savunulmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki işçinin elde ettiği ücretlerin neredeyse tamamı doğrudan fiilen iş görme ile bağlantılıdır. Bu noktada işçinin bahşışlerini talep edebileceği kabul edilirken, yıpranma gelirini talep edemeyeceği görüşü çelişki doğurmaktadır. Zira bahşış de işin fiilen görülmesiyle elde edilen bir tutardır. Ayrıca ne TBK m. 408 hükmü ne de mehz İsviçre Borçlar Kanunu bu konuya ilişkin bir özel bir kısıtlama getirmiştir. Anılan nedenlerle fiili çalışma ile doğrudan bağlantılı ücretlerin talep edilemeyeceği görüşüne katılmamaktayız.

Örneğin, kanımızca daha önce yapılması kararlaştırılan ancak işçinin çalışmaktan kaçınması nedeniyle yerine getirilemeyen fazla çalışma ücretinden işveren sorumlu olmalıdır. Ancak burada iki durum arasındaki fark ortaya konulmalıdır. Sözleşmesinde yılda 150 saate kadar fazla çalışma yaptırılabilceği yazılan bir işçi ile sözleşmesinde yılda 150 saat fazla çalışma yaptırılacağı kesin olarak kararlaştırılan ve bunun örneğin yılın aylarına eşit oranda bölüneceği yazılan işçinin durumu aynı değildir. Zira ilk düzenlemede belirli sınırlar dahilinde işçiden fazla çalışma için onay alınmışken, ikincisinde işçi ve işveren karşılıklı anlaşarak işçinin yılda 150 saat fazla çalışma yapacağı ve anılan 150 saatin aylara ne şekilde dağıtılacağı kararlaştırılmıştır. Bu durumda, alacaklı temerrüdüne düşen işveren, ikinci ihtimaldeki işçinin normal şartlarda hak kazanacağı 150 saat fazla çalışma ücretinin kaçınma süresinde denk gelen kısmını işçiye ödemek zorundadır.

⁹⁷⁹ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 18; STAEHELIN, ZK, OR Art. 324, N. 23.

⁹⁸⁰ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 18.

⁹⁸¹ HUECK/NIPPERDEY, s. 222; BÖTTCHER, s. 89; CAPODISTRIAS, Streik und Zurückbehaltung, s. 106; CAPODISTRIAS, s. 56; SÖLLNER, ZfA, s. 9-10; HAASE, DB, s. 711; DEHMEL, s. 174-175.

Aynı şekilde, İsviçre hukukunda belirtilen görüş doğrultusunda, işçi anılan süreçte elde edemediği bahşışleri de talep edebilmelidir.⁹⁸² Prim veya ikramiye konusunda veya diğer ücretler konusunda da farklı bir sonuç doğuracak bir husus bulunmadığından, işçi anılan ücretleri de talep edebilir. Ancak ödenecek primin miktarı, örneğin işçinin başarılı bir şekilde gerçekleştirdiği satış üzerinden hesaplanacağından, işçinin yıl içerisinde veya genel olarak geçen aylarda ne kadar satış yaptığı hesaplanarak, işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü süre için ortalama bir prime hak kazanacağı kabul edilmelidir. Sonuç olarak, TBK m. 408 gereği hak kazanılan ücreti, dar anlamda ücret değil geniş anlamda ücret olarak anlamak gerekir.

Durum böyle olmakla birlikte, TBK m. 408 gereği çalışmaktan kaçınılan sürede işçinin hak kazanacağı ücretten indirilecek bazı tutarlar vardır. Anılan hükme göre, “*Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.*” İşçinin başka iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar bir alt başlıkta, bu başlık altında ise, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler incelenecektir.

Örneğin, işçilerin işyerine gidiş ve işyerinden gelişleri için bir servis kararlaştırılmışsa veya işyerinde işçilere yemek hizmeti sağlanıyorsa, işveren çalışmaktan kaçınan işçilere bu hizmetleri sunmak zorunda mıdır veya işveren anılan hizmetlerin karşılığı olarak nakdi yol ve yemek yardımı yapıyorsa, kaçınan işçiler bu yardımları talep edebilir mi? Anılan hizmetler veya yardımlar TBK m. 408 kapsamında işçiye ödenecek ücretten indirilecek tutarlar arasında mıdır?

İsviçre hukukunda, alacaklı temerrüdü nedeniyle işçinin yapmaktan kurtulduğu giderlerin, doğrudan iş görme borcu ile bağlantısı olması gerektiği belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, işveren tarafından karşılanan yol masraflarının bu kapsamda indirim tabi tutulacağı belirtilmiştir.⁹⁸³ Türk hukukunda **Akyiğit** de benzer şekilde, çalışmaktan kaçınan işçilerin, öğlen yemeği veya yol yardımı talep edemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁸⁴

Kanımızca, “doğrudan iş görme borcu ile bağlantılı olma” kıstası tam doğru bir ölçüt değildir. Burada hareket edilmesi gereken nokta, işçinin iş görme borcunu ifa etmek için üstlendiği masraflar ve işçinin anılan durumda zenginleşmemesidir. Zira işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi, işçinin zenginleşmesini sağlamamalıdır. Diğer bir ifadeyle işçi, normal

⁹⁸² REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 18; STAEHELIN, ZK, OR Art. 324, N. 23.

⁹⁸³ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 21.

⁹⁸⁴ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1571; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s.23.

şartlarda elde edeceği ücretten daha fazlasını elde etmemelidir.⁹⁸⁵ Ancak ifade etmek gerekir ki burada bahsedilen zenginleşmeme kuralı, kaçınma hakkının kullanılması durumunda, işçinin daha iyi ücret elde ettiği başka bir işte çalışması sonucu zenginleşmesi değildir. Burada bahsedilen zenginleşmeme, çalışmaktan kaçınan işçi ile alacaklı temerrüdüne düşen işveren arasındaki ilişkiden kaynaklanacak bir zenginleşmedir.

Örneğin, işçi iş görme borcunu ifa etse dahi, işçiye sunulan yol veya yemek hizmetleri veya bu hizmetler için yapılan ödemelerin harcanacağı yerler bellidir ve anılan tutarlar işçi için bir gelirden ziyade, iş görme borcunu ifa etmesi için üstlendiği masrafların bir karşılığıdır. İşverenin alacaklı temerrüdüne düşmesine rağmen, anılan alacakların ödenmesi ise, işçinin zenginleşmesine sebep olur, zira işçi işe gelmek için bir masraf üstlenmemektedir. Farklı bir ifadeyle, işçi iş görme borcunu ifa etmeyerek bazı masraflardan kurtulmuştur ve bu masraflar, alacaklı temerrüdüne düşen işverenin ödemesi gereken ücretten indirilir. Aksi takdirde, işçi, kurtulduğu masrafın karşılığını alarak, çalışmış olsaydı elde edeceği ücretten fazlasını almış olur.

Sonuç olarak, işçilerin yemek ve yol yardımı alması, işyerine iş görmek amacıyla gelmelerinden dolayı üstlendikleri masrafların karşılanmasıdır. Bu nedenle çalışmaktan kaçınan işçiler, bu hizmetlerden yararlanamamalıdır. Şüphesiz, yol veya yemek hizmetinin sunulmadığı ancak işveren tarafından nakdi yardımının yapıldığı bir iş ilişkisinde, işçiler anılan yardımlara hak kazanamazlar. Aynı şekilde, işçinin iş için şehir dışına yaptığı seyahatlerde kendisine ödenen yolluklar da bu kapsamda değerlendirilir.

Kanımızca kaçınma hakkının işyerinde kullanıldığı durumlarda da farklı bir sonuca gidilmemelidir. Bu bakımdan eğer yol veya yemek hizmeti sunuluyorsa, çalışmaktan kaçınan işçiler TBK m. 408 gereği anılan hizmetlerin sunulmasını talep edemezler veya anılan hizmetler yerine nakdi ödeme yapılıyorsa, bu ödemeler kaçınan işçilere ödenecek tutardan indirilir.

3.3.3.2.1.4. İşçinin Gelen İş Tekliflerini Kabul Etme Zorunluluğunun Olup Olmadığının ve Hak Kazanılan Ücretlerin İndirilmesinin Değerlendirilmesi

3.3.3.2.1.4.1. Gelen İş Tekliflerinin Kabul Zorunluluğunun Değerlendirilmesi

TBK m. 408'e göre, "[...] başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir." Anılan düzenleme beraberinde cevaplanması gereken

⁹⁸⁵ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 20; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 324, N. 12; STAEHELIN, ZK, OR Art. 324, N. 31.

hukuki sorunlar da ortaya çıkarmaktadır. İlk olarak işçinin gelen iş tekliflerini kabul edip etmeme zorunluluğu incelenmelidir.

Öğretideki bir görüşe göre, anılan düzenleme çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması bakımından uygulanabilir nitelikte değildir. Zira işçi, iş görmeyerek işveren üzerinde baskı oluşturmak isterken, diğer yandan gelen iş tekliflerini kabul etmek zorunda bırakılmamalıdır. Bu nedenle işçinin gelen iş tekliflerini kabul etme yükümlülüğü yoktur ve işçinin, gelen iş teklifini kabul etmemesi nedeniyle, kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ücretinden mahsubu da söz konusu olmaz. Ancak, anılan sürede başka işte çalışarak kazanılan ücretler veya çalışmayarak tasarruf ettiği miktarlar, işverenin ödemesi gereken ücretten mahsup edilir.⁹⁸⁶ Yine benzer bir görüşü belirten diğer bir yazara göre ise, işçinin anılan sürede başka işte çalışması rekabet borcunun ihlali anlamına da gelebilir.⁹⁸⁷

Öğretide **Akyiğit** ise, durumu iki ihtimal üzerinden değerlendirmektedir. Eğer kaçınmanın hukuki niteliği basit bir ödemezlik def'i olarak kabul edilirse, işçinin başka bir işte çalışması ne yasaktır ne de zorunludur. Ayrıca işçinin bu süreçte elde ettiği veya elde etmekten kaçındığı miktarlar, ödenmesi gereken ücretten mahsup edilmez. Ancak, hakkın niteliği alacaklı temerrüdü olarak kabul edilirse, işçinin kazandığı ücretler, alacaklı temerrüdüne düşen işveren tarafından ödenecek ücretten mahsup edilir. Yazar, hakkın niteliği alacaklı temerrüdü olarak kabul edilse bile işçinin işi kabul zorunluluğu olmadığını bu nedenle, işçinin başka işte çalışmayı reddetmesi durumunda, TBK m. 408'de yer alan indirimin uygulanmayacağını belirtmektedir.⁹⁸⁸

Daha önce ifade ettiğimiz üzere, çalışmaktan kaçınılan sürede iş sözleşmesi askıda değildir. Anılan hak, işçiye iş görme borcunun yerine getirmemesini hukuka uygun hale getirir. Ancak bu hukuka uygunluk, işçinin geçmiş dönem ücretleri ödenene veya TBK m. 98 kapsamında kullanılacak kaçınma hakkı için, makul süre dolduktan sonra söz konusu ücrete teminat gösterilene kadar devam eder. Ücretler ödendikten sonra, işçi iş görme borcunu yerine getirmelidir. Bu anlattıklarımız çerçevesinde, bir an için, kaçınılan sürede işçinin başka bir işverenden gelen iş teklifini kabul etme zorunluluğu kabul edildiğinde, yeni işveren yanında belirli bir süre çalıştıktan sonra, eski(asıl) işvereni tarafından işçinin geçmiş dönem ücretleri ödenirse, işçi eski işyerine dönmeli ve iş görme borcunu yerine getirmelidir. Diğer bir ifadeyle, eski işverenin kaçınma hakkının dayanağı olan ücretleri ödemesi durumunda, işçinin her iki işverene karşı borcunu da ifa etmesi gerekir. Eğer işçi derhal eski işine dönmezse eski

⁹⁸⁶ **BOZKURT**, s. 91.

⁹⁸⁷ **ERKANLI BAŞBÜYÜK**, s. 164-165.

⁹⁸⁸ **AKYİĞİT**, Kaçınma Hakkı, s. 25.

işvereni sözleşmeyi işçinin devamsızlığına bağlı olarak haklı nedenle derhal feshedebilir (İşK m. 25/II-g). İşçi, eski işine dönmek için, yeni işveren ile yaptığı sözleşmeyi feshetmesi durumunda ise, yeni işverenin işçiden isteyebileceği tazminatlar ortaya çıkabilir. Diğer bir ifadeyle, kaçınılan sürede işçinin işi kabul zorunluluğu kabul edilirse, her ihtimalde işçinin aleyhine bir sonuç doğar.

Yukarıda bahsedilen hukuki sorunlardan dolayı İsviçre öğretisinde, gelen iş teklifinin işçi açısından uygunluğunun önem taşıdığı belirtilmektedir. Bu uygunluk ise, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi geçici ve süresi belirsiz olduğundan, işçinin yeni kurulacak iş ilişkisinden kolaylıkla ayrılabilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ihbar sürelerinin fazla olduğu belirsiz süreli veya nispeten uzun süre devam edecek olan belirli süreli iş sözleşmeler, işçinin kabulü için uygun değildir.⁹⁸⁹ Ancak ihbar süresinin kısa olması durumunda dahi işçi, yeni işverenin yanında belirli bir süre çalışmaya devam etmek zorunda kalabilir. Anılan güç duruma karşı, İsviçre öğretisindeki bir görüşe göre, işçinin yeni işveren ile olan sözleşmesinin sona ermesine (ihbar süresinin sona ermesi) kadar geçen sürede, kaçınma hakkının dayanağı olan ücretler ödense dahi, alacaklı temerrüdü devam eder.⁹⁹⁰ İsviçre öğretisindeki benzer bir görüşe göre, anılan durum, ihbar süresinin 7 güne kadar geçerli olduğu iş ilişkileri için geçerlidir. İhbar süresinin 7 günden fazla olduğu iş ilişkilerinde işçi, iş ilişkisine girmeden önce, alacaklı temerrüdüne düşen işverenden onay almalıdır.⁹⁹¹

Çalışmaktan kaçınarak işveren üzerinde baskı kurmak isteyen işçiye, gelecek iş tekliflerini kabul etme zorunluluğunun yüklenmesi kaçınma hakkının etkinliğini azaltmaktadır. Zira böyle bir durumda işveren üzerindeki baskı azalır. Durum böyle olmakla birlikte, TBK m. 408 hükmünün işçiye ücret hakkı veren düzenlemesinin kabul edilmesi ancak işçiye gelen iş teklifini gelen kabul etme zorunluğu veren düzenlemenin kabul edilmemesi de bir çelişki doğurmaktadır. Bu nedenle TBK m. 408 hükmünün açıklığı karşısında, olması gereken hukuk açısından yerinde bulmasak da işçinin, gelen iş tekliflerini kabul etme zorunluluğu olduğunu kabul etmekteyiz.

Şüphesiz işçinin, her iş teklifini kabul etmesi beklenemez ve böyle bir zorunluluk, işçi açısından mümkün değildir. Bu bakımdan işçi gelen iş tekliflerini objektif bir şekilde değerlendirerek sonuca varmalıdır. Yapılacak değerlendirmede, işçinin işyerinde yapacağı iş, hak kazanacağı ücret, çalışma süreleri gibi hususlar dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle, İşçinin kaçınma hakkını kullandığı işe benzer bir işi kabul etmesi uygun kabul edilebilir. Ancak

⁹⁸⁹ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 23.

⁹⁹⁰ REHBINDER/STÖCKLI, BK, OR Art. 324, N. 32.

⁹⁹¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 324, N. 15. Benzer bir görüş için bkz. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 324, N. 12

benzer bir iş ve benzer çalışma şartları olmasına rağmen, gelen iş teklifinin kabul edilmesinin zorunlu olmadığı ihtimaller de ortaya çıkabilir. Örneğin, akdedilecek sözleşme belirli süreli ise ve sözleşmenin süresi uzunsa, anılan işin işçi açısından uygun olmadığı kabul edilebilir. Zira eski işverenin, ödenmeyen ücretleri ödeyerek işçinin kaçınma hakkını sona erdirmesi söz konusu olabilir. Bu bakımdan İsviçre hukukunda belirtildiği üzere, süresi uzun olmayan belirli süreli iş sözleşmeler, işçi tarafından dikkate alınabilir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise, Türk hukukunda ihbar süresi ilk 6 ay için 2 hafta olduğundan,⁹⁹² diğer şartların da sağlanması halinde, belirsiz süreli iş sözleşmeleri de dikkate alınabilir. Farklı bir ifadeyle, belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesih bildirim süreleri fazla olmadığından, belirsiz süreli iş sözleşmeleri de kabul edilebilir. İhbar süresi arttırılmış sözleşmeler ise, arttırılan sürenin uzunluğuna göre, kabul zorunluluğu dışında değerlendirilebilir. Ayrıca, İsviçre hukukunda belirtilen görüşün aksine, ihbar süresi uzun olan iş sözleşmesinin işverenin onayına sunulması da beklenemez.⁹⁹³

3.3.3.2.1.4.2. Yeni İş İlişkisinden Kazanılan Ücretlerin İndirilmesi ve Yapılan İşin Niteliğinin İndirime Etkisinin Değerlendirilmesi

TBK m. 408'e göre, "[...] işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir." Anılan hüküm doğrultusunda, işçinin başka işte yaparak kazandığı veya objektif olarak uygun olmasına rağmen, gelen iş teklifini kabul etmeyerek kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar, kaçınma hakkının kullanılması sonucunda alacaklı temerrüdüne düşen işveren tarafından ödenecek ücretlerden indirilir.

TBK m. 408, hükmün uygulanması noktasında, yapılan işin niteliğine ilişkin herhangi bir ayrıma gitmemiş olsa da işçinin yapmış olduğu işin niteliğinin de önemli olduğu kanaatindeyiz. Eğer işçi, kaçındığı işe ikame olarak, yani çalışmaktan kaçındığı işin yerine başka bir işte çalışıyorsa, buradan elde edeceği ücretler şüphesiz dikkate alınır ve işverenin ödemesi gereken ücretten indirilir. Ancak işçinin yaptığı iş, bir ikame olarak değil de bir ek iş olarak değerlendirilebilirse, örneğin kaçındığı işte çalışıyor olsaydı bile ek işi yapacak olsaydı, bu noktada ek işten elde edeceği ücretler indirimde dikkate alınmamalıdır. Zira ikame işin yapılmasının nedeni, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmüş olmasıyken; ek iş, alacaklı

⁹⁹² Bkz. İşK m. 17. İhbar süresi, TBK m. 432 gereği, TBK'na tabi çalışanlar için, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki haftadır. İhbar süresi, DİK m. 16 gereği, DİK'na tabi işçiler için, hizmet süresi 6 aya kadar olan gemiadamları için iki haftadır. İhbar süresi, BİK m. 7 gereği, sözleşme gazeteci tarafından feshedileceği zaman, gazetecinin hizmet süresine bakılmaksızın, bir aydır.

⁹⁹³ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 324, N. 15. Benzer bir görüş için bkz. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, OR Art. 324, N. 12.

temerrüdünden bağımsız bir şekilde yapılmaktadır. Ancak bunun tespiti oldukça zordur. Kanımızca işçinin yaptığı işin ikame bir iş mi yoksa ek bir iş mi olduğunun tespitinde, haftalık ve günlük çalışma süresi ve saatleri ve kazandığı ücret, yapılan işin niteliğinin tespiti noktasında dikkate alınabilir.

Örneğin, iki kısmi süreli veya bir kısmi bir de tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, sözleşmelerden birinden doğan iş görme borcundan kaçındığı durumda, diğer iş ilişkisinden elde ettiği ücretler, kaçınılan sürede işçiye ödenmesi gereken ücretten indirilemez. Zira işçinin yapmış olduğu iş, kaçındığı işin yerine yaptığı iş değildir. Diğer bir ifadeyle işçinin iş görmeye devam ettiği iş, kaçınılan işin ikamesi değildir.

Sonuç olarak, yeni iş ilişkisi, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi sonucunda kurulmuş ise, diğer bir ifadeyle, işçi, yeni üstlendiği iş görme borcunu, kaçınma hakkını kullandı diye üstlendiyse, yapılan iş ikame bir iştir ve işçinin bu işten kazanacağı ücretler, işverenin ödemesi gereken ücretten indirilir. Ancak iş bir ikame niteliğinde değilse ve işçi kaçınma hakkını kullanmasaydı dahi, anılan işçi çalışacaktıysa eğer, işçinin anılan işte kazandığı ücretler, işverenin ödemesi gereken ücretten indirilmemelidir.

3.3.3.2.1.4.3. Yeni İş İlişkisinin Sona Ermesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Tazminat ve Alacaklardan Kimin Sorumlu Olacağı Sorunu

İşçinin gelen iş teklifini kabul etmesi ve işverenin daha sonra ücretleri ödeyerek (İŞK m. 34 ve TBK m. 97 kapsamında kullanılan kaçınma hakkı için) veya ücrete teminat göstererek (TBK m. 98 kapsamında kullanılan kaçınma hakkı için) işçinin kaçınma hakkına son vermesi durumunda işçi, iki sözleşmeden de doğan iş görme borcu altında olur. Ancak bunlardan birinin ifası, geçici ifa imkansızlığı nedeniyle yerine getirilemez. Bu noktada asıl olan işçinin yeni iş sözleşmesini sona erdirip, eski işine dönmesidir ancak, yeni iş sözleşmenin sona erdirilmesine bağlı olarak, yeni işverenin talep edebileceği bazı tazminatlar, örneğin ihbar tazminatı, doğar. Bu noktada ise, anılan tazminatlardan eski işverenin mi yoksa işçinin mi sorumlu olması gerektiği hukuki sorunu ortaya çıkar.

Kanımızca işçinin kaçınılan sürede başka bir işte çalışması, işverenin yararınadır. Zira TBK m. 408 gereği, işçinin kazandığı ücretler, işverenin ödeyeceği ücretten indirileceği için, bu durum daha çok işverenin lehine bir sonuç doğurur. Bu nedenle işçinin kaçınma hakkının, işverenin ücretleri ödemesi sonucunda sona erdirilmesi ve işçinin yeni işverene yaptığı sözleşmeyi feshetmek zorunda kalması durumunda, işçinin yeni işverene ödemesi gereken tazminatlar da işveren tarafından ödenmelidir. Diğer bir seçenek olarak ise işverenin, yeni işte

alışan işçinin ihbar suresinin veya sözleşme suresinin dolmasını beklemek zorunda olması gösterilebilir.

Bu iki seçenekten birine karar verecek olan ise işverendir. Diğer bir ifadeyle, işveren geçmiş dönem ücretleri ödeyerek veya ücrete teminat göstererek, işçinin kaçınma hakkına son vermesini ve diğer işverenle olan iş sözleşmesini sona erdirmesini talep ederse, işçinin yeni iş sözleşmenin feshetmesine bağlı tazminatları da ödemelidir. Diğer bir seçenek ise, işverenin işçiye, diğer işverenle olan iş sözleşmesinin sona erdirmesi için ihbar süresi kadar veya sözleşme süresi dolana kadar işçiye süre tanınmasıdır. Aksi takdirde hem kabul etmediği takdirde elde etmekten kaçındığı ücretleri ücretinden düşürülecek endişesiyle işçi başka bir işte çalışacak hem de kaçınmanın sona ermesine bağlı olarak diğer iş sözleşmesini feshetmekten dolayı doğacak zararları üstlenmiş olacaktır.

Ortaya çıkacak diğer bir hukuki sorun ise, yeni iş sözleşmesi sona erene kadar esas işverenin alacaklı temerrüdünün devam edip etmeyeceğidir. Kanımızca, işveren tarafından, belirli sürenin veya ihbar suresinin dolması yolunun tercih edilmesi durumunda, anılan süre dolana kadar alacaklı temerrüdü de devam etmelidir. Alman hukukunda benzer bir durum, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiği durumda ortaya çıkmaktadır. Buna göre, yapılan feshin geçersizliğine karar verildikten sonra, işçinin eski işine dönene kadar, işverenin alacaklı temerrüdü devam eder.⁹⁹⁴ Böylelikle, işçinin ücret bakımından hak kaybının önüne geçilmiş olur. Zira işçi, yeni işveren yanında daha düşük bir ücretle çalıştığı takdirde, esas işverenin alacaklı temerrüdüne düşmediği kabul edilirse, işçi yeni iş sözleşmesi sona erene kadar daha düşük bir ücretle çalışmak zorunda kalır.

Sonuç olarak, TBK m. 408 hükmünün, işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda işçiye makul işleri kabul etme yükümlülüğü getirmesi karşısında, yeni iş ilişkisinin kaçınma hakkının sona ermesine bağlı olarak feshedilmesi veya suresinin beklenilmesi durumunda ortaya çıkacak ihtimallerin ne şekilde çözümlenmesi hususunda bir düzenleme getirmemiş olması uygun değildir. Anılan hukuki sorunlar sadece çalışmaktan kaçınma hakkı çerçevesinde değil, genel olarak alacaklı temerrüdünün uygulanması noktasında çıkmaktadır. Bu nedenle, yukarıda belirtmiş olduğumuz esasların, yasal düzenlemeye kavuşması, ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümüne önemli katkı sağlayacaktır. Ayrıca anılan esaslar tabi olduğu kanuna bakılmaksızın bütün işçiler için geçerlidir.

⁹⁹⁴ LWISCH, Manfred/SPINNER, Günter/WERTHEIMER, Frank, Kommentar KSchG, Auflage 10, 2013, ř12, N. 12; LINCK, Rüdiger/KRAUSE, Rüdiger/BAYREUTHER, Frank, Kndigungsschutzgesetz Kommentar, Auflage 16, 2019, ř12, N. 3; MUES, Werner M./EISENBEIS, Ernst/LABER, Jrg, Handbuch Kndigungsrecht, Auflage 2, 2010, N. 512.

Şüphesiz TBK m. 98 çerçevesinde kullanılacak çalışmaktan kaçınma hakkı için de benzer hukuki sorunlar ortaya çıkar. Ancak söz konusu durumda, işverenin ücretleri ödeyerek işçinin kaçınma hakkına son vermesi değil, TBK m. 98 kapsamında kaçınmaya konu olan ücrete teminat göstermesi ile son bulur. Ancak bunun dışında, bir farklılık meydana gelmez.

3.3.3.2.2. İşverenin İşçiyi Gözetme, Eşit Davranma Borcu ve Diğer Borçları

İşçinin sadakat borcunun karşısında, işverenin işçiyi gözetme borcu yer alır. Bu borç kapsamında işveren, işçinin kişiliğini maddi ve manevi anlamda korumak zorunadır.⁹⁹⁵ Anılan borç geniş kapsamlı bir borçtur ve bu borcun sınırlarının önceden kesin olarak çizilmesi mümkün değildir. TBK m. 417, işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin çeşitli yükümlülükler düzenlemiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre, *“işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”* Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla ve gerekli araç ve gereçleri bulundurmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Konumuz ile bağlantılı olan husus ise çalışmaktan kaçınan işçilere karşı, işverenin bu borcunun kaçınılan sürede devam edip etmediğidir. Bu noktada incelenmesi gereken husus ise, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin kaçınılan sürede ne şekilde olduğudur. Zira örneğin, işçi kaçınılan sürede işyerine gelmeye devam ediyor ve anılan hakkı işyerinde kullanıyorsa, işveren, işçinin maddi anlamda kişiliğinin korunması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Şüphesiz, işçi de aynı şekilde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymak zorundadır. Ancak, işçiler, anılan hakkı işyerine gelmeyerek kullanıyorlarsa, bu noktada işverenin anılan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini almaya yönelik önlemleri almasına gerek yoktur.

Örneğin, kaçınma hakkının işyerinde kullanıldığı bir durumda işveren, işyerine gelen işçilere iş sağlığı ve güvenliği önlemleri çerçevesinde vermesi gereken baretleri, iş ayakkabılarını ve gerekli diğer malzemeleri sağlamalıdır. Bunların yerine getirilmemesi, işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık teşkil eder. Ancak anılan hakkı işyerine gelmeyerek kullanan işçilere karşı bu borcun yerine getirilmesi gerekmez.

⁹⁹⁵ SÜZEK, s. 386-388; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 384; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 704-705.

Şüphesiz işverenin işçiyi gözetme borcu sadece yukarıda anlatılanlarla sınırlı değildir. Örneğin işveren, çalışmaktan kaçınan ve işyerine gelmeye devam eden işçileri, cinsel ve psikolojik tacize karşı da korumakla yükümlüdür. Aynı şekilde işçilerin kişisel verilerinin korunması da bu borç kapsamında değerlendirildiği için ve kaçınan işçilere daha farklı davranılmasını gerektirecek bir durum olmadığı için, işverenin söz konusu hususlara uygun davranması da gerekecektir.⁹⁹⁶

Anayasa'nın 10'uncu maddesi, genel olarak söz konusu maddede belirtilen veya benzeri sebeplere dayanan ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesini düzenlenmişken,⁹⁹⁷ İşK'nun 5'inci maddesinde eşit davranma ilkesi altında ayrımcılık yasakları düzenlenmiştir.⁹⁹⁸ İşK m. 5'te eşit davranma ilkesinin düzenlenmemiş olması, işverenin böyle bir borcunun olmadığı anlamına gelmez zira Anayasa m. 10, sadece ayırım yasağını değil aynı zamanda eşit davranma borcunu da düzenlendiği için işverenlerin genel olarak eşit davranma borcu da vardır. İşK m. 5'te ise, işverenin hangi davranışlarının ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin işe almada, iş sözleşmesinin devamında ve sona ermesinde bağlı olduğu yasaklar vardır.⁹⁹⁹

Öncelikle ifade etmek gerekir ki çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması sözleşmeyi sona erdirmede için, işverenin eşit davranma ve ayrımcılık yasağına aykırı davranmama borcu devam eder. Zira anılan borçlar sözleşme devam ettiği sürece varlığını korur.

Bilindiği üzere, eşit davranma ilkesi aynı ve benzer durumda olan kişilere eşit davranmayı gerektirmekle birlikte, objektif olarak farklı konumda olanlara farklı davranmak da eşitlik ilkesinin bir gerekliliği olarak ortaya çıkabilir.¹⁰⁰⁰ Bu nedenle kaçınan işçiler ile kaçınmayan işçiler arasında eşit davranmamayı haklı gösterecek bir sebep varsa, işveren anılan işçilere yönelik farklı uygulama getirebilir. Örneğin kaçınma hakkını kullanan işçilere yol veya yemek yardımının yapılmaması eşit davranma borcuna aykırı olarak nitelendirilemez. Zira yol veya yemek yardımının yapılmaması TBK m. 408 hükmü, işverenin farklı davranmasını haklılaştırmaktadır.

⁹⁹⁶ SÜZEK, s. 391-395; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 385; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 717-721.

⁹⁹⁷ SÜZEK, s. 440-441; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 454-455.

⁹⁹⁸ SÜZEK, s. 441; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 455; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, İş Hukuku 2014, s. 722; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 63.

⁹⁹⁹ İşverenin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasakları hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜZEK, Sarper, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2008, S. 12, s. 24-38; TUNCAY, Eşit Davranma, s. 12 vd. DOĞAN YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s. 63-81; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 60 vd. Eşitlik kavramı ve ayrımcılık yasağı ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. MUTLAY, Faruk Barış, Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, Beta, İstanbul, 2014, s. 5-32.

¹⁰⁰⁰ DOĞAN YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s. 66-67; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 65-66.

TBK m. 413 gereği, işveren aksine adet olmadıkça işin görülmesi için işçiye gerekli araç ve malzemeleri sağlamakla yükümlüdür. Ancak işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması ve bu nedenle iş görmemesi nedeniyle, işverenin bu borcunun olmadığını belirtmelidir. Şüphesiz işçi, kaçınma hakkını sona erdirip işe dönmek istediğinde, işveren gerekli malzemeleri sağlamak zorunda kalır. Aynı şekilde TBK m. 414'te yer alan ve işçinin iş görmesi nedeniyle işveren tarafından ödenmesi gereken giderler de işçinin çalışmaktan kaçınması nedeniyle, ortadan kalkmış olur.

3.3.3.2.3. Çalışmaktan Kaçınan İşçilerin Yerine İşçi Alınamaması ve İşlerin Başkalarına Yaptırılamaması

3.3.3.2.3.1. Yasağın Doğduğu Zaman

İşK m. 34/II'de çalışmaktan kaçınma hakkının sonuçlarından biri olarak, kaçınan işçilerin yerine işçi alınamayacağı ve kaçınan işçilerin yaptığı işlerin başka işçilere yaptırılamayacağı düzenlenmiştir. Anılan yasak, ancak kaçınma hakkını kullanılması sonucunda ortaya çıkar. Bu nedenle kanuni bütün şartların sağlanması, yasağın ortaya çıkması için yeterli değildir.¹⁰⁰¹ Diğer bir ifadeyle, bütün şartların sağlanmasına rağmen, işçi tarafından çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılmaz ise, böyle bir yasaktan bahsetmek de mümkün değildir.

Yasak, yasal olarak devam eden kaçınma hakkı süresince varlığını korur. Kaçınma hakkı veya iş ilişkisi sona erdiği anda, yasak da ortadan kalkar.

Kanuni şartlar sağlanmaksızın iş görmekten kaçınılırsa, yasak da doğmaz ve bu nedenle işveren, işçinin sözleşmesini feshedebileceği gibi, o işçinin işini başkasına yaptırabilir veya onun yerine başka bir işçi alabilir.¹⁰⁰²

3.3.3.2.3.2. 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından

İş görme borcunu yerine getirmeyen işçilerin yerine yeni bir işçi alınamayacağı ve çalışmaktan kaçınan işçilerin yerine getirdiği işlerin başka işçilere yaptırılamayacağı sadece İşK m. 34'te düzenlenmemiştir. Benzer bir sonuç, yasal grevin sonuçlarında da düzenlenmiştir. 6356 sayılı Kanun'un 68'inci maddesine göre, greve katılarak sözleşmeleri askıya geçen işçilerin yerine sürekli ya da geçici olarak başka işçi alınamaz veya başkaları

¹⁰⁰¹ Öğretide Göktaş, "[...] sözü edilen yasak, iş görmekten kaçınma hakkının kanuni unsurlarının oluşması halinde söz konusu olacaktır." Her ne kadar anılan ifaden, yasağın ortaya çıkması için kanuni şartların sağlanmasının yeterli olacağı anlaşılrsa da çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılmadan bu yasağın çıkmayacağı kanaatindeyiz. Bkz. GÖKTAŞ, s. 129.

¹⁰⁰² GÖKTAŞ, s. 129.

çalıştırılmaz. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, greve katılmayarak çalışmaya devam eden veya greve katılıp daha sonra vazgeçen işçiler sadece kendi işlerinde çalışabilirler. Anılan işçilere greve katılan işçilerin işlerinin yaptırılması mümkün değildir.

Yukarıda verilen bu iki düzenlemenin amacı da birbiriyle benzerdir. Bu amaç ise çalışmaktan kaçınma veya grev hakkının kullanılması ile işveren üzerinde kurulmak istenen baskının etkinliğinin devamının sağlanması ve bu baskının başka yollarla ortadan kalkmasının önüne geçilmesidir. Anılan düzenlemeler olmasaydı, işveren greve katılan veya kaçınan işçilerin yerine başka işçi alarak veya kaçınan veya greve katılan işçilerin işlerini işyerinde çalışmaya devam eden işçilere yaptırarak üzerindeki baskıyı tamamen kaldırabilir ve grev veya kaçınma hakkını tamamen işlevsiz hale getirebilirdi. Diğer bir ifadeyle bu yasaklar, anılan hakları kullanılabilir hale getiren unsurlardır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında ister geçici ister sürekli olsun, kaçınan işçinin yerine başkasının alınması mümkün değildir. Kanun koyucu herhangi bir istisna getirmediği için, anılan işler işverenin yakınları veya aile üyeleri tarafından iş sözleşmesi kapsamında olmayacak şekilde olsa dahi yapılamaz. Zira madde metni anılan işlerin başkalarına “yaptırılamayacağından” bahsetmektedir. Bu nedenle işveren ile o işi yapacak kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği önemli değildir.¹⁰⁰³

Ancak öğretideki bir görüşe göre anılan işlerin işveren tarafından yerine getirilmesi, madde metninde belirtilen yasaklara girmemektedir. Bu nedenle, işverenin kaçınan işçinin işini yapabileceği belirtilmiştir.¹⁰⁰⁴ Kanımızca işverenin kaçınan işçinin işini yapabilmesi görüşü, maddenin sağlamak istediği amaçla uyusmamaktadır. Bu nedenle, kaçınan işçinin işi, sadece o işçi tarafından yerine getirilebilmelidir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının sınırları başlığı altında, kanuni greve ve lokavta katılamayacak işçileri düzenleyen 6356 sayılı Kanun’un 65’inci maddesi¹⁰⁰⁵ ile

¹⁰⁰³ AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 25; GÖKTAŞ, s. 127; UÇUM, s. 63.

¹⁰⁰⁴ AKYİĞİT, Cilt II, s. 1574; GÖKTAŞ, s. 127; ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 166.

¹⁰⁰⁵ 6356 sayılı Kanun m. 63: “(1) Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır. (2) Grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin niteliği, sayısı ve yedekleri, işveren veya işveren vekili tarafından toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı iş günü içinde işyerinde yazı ile ilan edilir ve bu ilanın bir örneği taraf işçi sendikasına tebliğ edilir. Bu tebliğden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası mahkemeye itirazda bulunmazsa ilan hükümleri kesinleşir. İtiraz hâlinde mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir. (3) Grev ve lokavta katılamayacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde tespit edilmemiş ise işveren veya işçi sendikası çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da görevli makamdan isteyebilir. Görevli makam bu tespiti en kısa zamanda yaparak taraflara tebliğ eder. Gerekli hâllerde görevli makam resen tespiti bulunabilir. Görevli makamın tespitine karşı, taraflardan her biri mahkemeye altı iş günü içinde itiraz edebilir. Mahkeme altı iş günü içinde kesin olarak karar verir. (4) Grev ve lokavtın uygulanacağı dönemde hangi işçilerin işyerinde çalışmaya devam edecekleri görevli makamca grev ve

kaçınma hakkı arasındaki ilişki incelenmiştir, o yüzden burada konunun detaylarına girmemekle birlikte, öğretideki bir görüşe göre, aynı yasak kaçınma hakkının kullanılmasında da mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, kanuni greve ve lokavta katılamayacak işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması mümkün değildir. Bu nedenle yasak kapsamındaki işçilerin çalışmaktan kaçınması meşru sınırların dışına çıkacağından, bu işçilerin işleri başkasına yaptırabileceği gibi, anılan işçilerin yerine başka işçi de alınabilir. Aslında bu görüş, iş görme ediminden kaçınan işçilerin işlerinin başkasına yaptırabileceğinden veya anılan işçilerin yerine başka işçi alabileceğinden bahsetmemektedir. Zira yazar, kaçınma hakkının yasal olmadığını ve bu nedenle, kaçınma hakkının sonucunun doğmadığını ifade etmek istemektedir.¹⁰⁰⁶

Öğretideki diğer bir görüş ise, 6356 sayılı Kanun m. 65'te (2822 sayılı Kanun m. 39) düzenlenen yasaktan bağımsız olarak, yaptığı iş her ne olursa olsun, kaçınan işçinin işi başkasına yaptırılmamalı veya bu işçinin yerine başka işçi alınamamalıdır. Aksi takdirde ücreti koruyucu nitelikte olan kaçınma hakkının işveren üzerinde oluşturacağı baskı ortadan kalkacaktır. Ancak anılan görüş, bu durumun her zaman doğru sonuçlar doğurmayacağını belirterek, hakkın özüne dokunmayacak yasal bir düzenlemenin getirilmesi gerekliliğinden de bahsetmektedir.¹⁰⁰⁷

Durum böyle olmakla birlikte, **Göktaş**, anılan yasağın istisnai durumlarda uygulanmayacağı ve kaçınan işçinin işinin başka işçilere yaptırılabilmesi veya başka işçilerin kaçınan işçilerin yerine alınabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, işçinin iş görmekten kaçındığı işin kanuna uygun olarak alt işverene verilmesi durumunda, anılan işin başka bir işçiye yaptırılmasını mümkündür. Zira alt işverenlik uygulaması, kaçınma hakkının kullanımını doğrudan hedef almamaktadır. Yazar bu görüşünü, alt işverenliğin Anayasa ile güvence altına alınan teşebbüs hürriyetinden doğmasına ve bu nedenle çalışmaktan kaçınılan işin yasaya uygun şekilde alt işverene verilebileceğine dayandırmaktadır.¹⁰⁰⁸ Aksi yöndeki görüşe göre ise, kaçınan işçilerin işinin, örneğin yardımcı iş olan temizlik işinin alt işverene verilmesi bu yasak kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁰⁰⁹

Şüphesiz, alt işverenlik kurumu, işverenin teşebbüs hürriyetinden doğmaktadır. Bu bakımdan bizce de işyerinde çalışmaktan kaçınan işçinin yaptığı işin genel olarak alt işverene

lokavt kararının bildirilmesinden itibaren üç iş günü içinde resen tespit edilerek ilgili işverene ve işçilere yazı ile bildirilir. O işyerinde çalışan ve toplu görüşmede taraf olan işçi sendikası ve şubesinin yöneticileri bu hükme tabi tutulamaz. (5) İşveren, grev ve lokavta katılamayacak işçilerden herhangi bir nedenle çalışmayanların yerine görevli makamın yazılı izni ile yeni işçi alabilir.” Bkz. §7, V, B.

¹⁰⁰⁶ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 675.

¹⁰⁰⁷ GÖKTAŞ, s. 128-129.

¹⁰⁰⁸ GÖKTAŞ, s. 127.

¹⁰⁰⁹ SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 674.

verilmesi mümkündür, ancak anılan iş yasaya uygun bir şekilde alt işverene verilse dahi, çalışmaktan kaçınan işçinin işi, alt işveren işçileri tarafından yapılamamalı veya o işçi yerine alt işverenin işçilerinden biri veya başka bir işçi alınamamalıdır.

Çalışmaktan kaçınan işçinin yerine işçi alınması veya o işin başka işçilere yaptırılmasının, kaçınan işçinin rızasına dayanılarak yapılması da mümkün olmamalıdır. Bu bakımdan, işçinin önceden vereceği veya kaçınma sırasında vereceği rıza veya iş sözleşmesine anılan şekilde bir hüküm eklenmesi arasında doğuracağı sonuç bakımından bir farklılık yoktur. Zira yasak mutlak olup anılan yasağın, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir.

3.3.3.2.3.3. Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na Tabi İşçiler Açısından

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz yasak, İşK m. 34'te doğrudan düzenlenmiş bir hükümdür. Ancak anılan yasağın TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilere uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir hukuki sorundur. Zira anılan kanunlara tabi işçilerin kaçınma hakkının dayanağını oluşturan ödemezlik def'i hükümlerinde (TBK m. 97 ve 98) ve alacaklı (işverenin) temerrüdü hükümlerinde (TBK m. 106-110 ve m. 408) anılan yasağa benzer bir hüküm düzenlenmemiştir.

Bu noktada ise anılan yasağa ilişkin, ilgili kanunlarda boşluk olup olmadığı incelenmelidir. Bu noktada ilk önce, TMK m. 5 gereği bir inceleme yapılmalı ve bir sonuç alınamaması durumunda, TMK m. 1/2 hükmüne başvurulmalıdır. İfade etmek gerekir ki, TMK, TBK veya TTK'nun genel nitelikteki hükümlerinde somut olaya TMK m. 5 gereği kıyasen uygulanacak hüküm yoktur.

Kanımızca böyle bir yasağın TBK, DİK ve BİK'nda düzenlenmemesi kanun koyucunun öngörmediği, bilerek ve isteyerek bırakmadığı bir boşluktur. Diğer bir ifadeyle, anılan hükmün düzenlenmemiş olması gerçek bir boşluk (kanun boşluğu) olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle TMK 1/2 hükmüne bakılmalıdır. Anılan hüküm gereğince, aynı hakkın kullanılmasının sonuçlarını içeren İşK m. 34/2 hükmünün, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilere kıyasen uygulanabileceği sonucuna varılır. Zira sonuç bakımından, hangi kanuna tabi olursa olsun, aynı hakkın kullanılması söz konusudur ve bu hakkın etkinliği ancak İşK m. 34/2'de düzenlenen yasak ile mümkündür.

Sonuç olarak, her ne kadar TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilerin çalışmaktan kaçınması durumunda, kaçınan işçilerin yaptığı işin başkasına yaptırılması veya anılan işçilerin yerine başka işçilerin alınamaması hususuna ilişkin bir yasak söz konusu değilse de anılan

kanunlarda gerçek bir boşluk olduğundan, hâkim TMK m. 1/2 gereği, İşK m. 34/2’de yer alan yasağı, kıyasen anılan kanunlara tabi işçilerin çalışmaktan kaçınmasının sonucuna da uygulayacaktır.

Şüphesiz öğretide, İşK hükümlerinin kıyasen diğer kanunlara tabi işçilere uygulanmasının ve bu nedenle İşK m. 34/2’de düzenlenen yasağın diğer kanunlara tabi işçilere uygulanmasının mümkün olmayacağı görüşü ortaya çıkabilir. Ancak kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, İşK hükümlerinin, iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlara tabi iş ilişkilerine TMK m. 1/2 gereği uygulanması mümkün olduğundan, anılan görüşün kabul edilemeyeceğini ifade etmemiz gerekir. Öte yandan, TBK, DİK ve BİK’na tabi işçilerin kaçınması durumunda, anılan yasağın olmaması, kaçınma hakkının etkinliğini tamamen ortadan kaldıracaktır. Böyle bir sonucun ise iş hukukunun işçiyi koruyan yapısına ve anılan hakkın amacına aykırı olduğu belirtilmelidir. Sonuç olarak, konuya ilişkin İşK’na tabi işçiler için yukarıda bahsedilen esaslar, TBK, DİK ve BİK’na tabi işçiler için de geçerlidir.

3.3.3.2.3.4. İşverenin Anılan Yasağa Uymamasının Yaptırımı

Çalışmaktan kaçınan işçilerin işinin başkalarına yaptırılmaması veya anılan işçiler yerine başka işçi alınamaması yasağının, kaçınma hakkının özü bakımından önemi yukarıda incelenmiştir. Getirilen bir yasağın etkinliği ise ancak o yasağa uymamanın yaptırımının düzenlenmesine bağlıdır.

Anılan yasak, İşK m. 34’te doğrudan düzenlenmiştir ancak anılan yasağa aykırı davranışın yaptırımı İşK’nda veya iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlarda düzenlenmemiştir. Anılan kanunlarda yasağa aykırı davranmanın sadece hukuki yaptırımı değil, idari yaptırımı da düzenlenmemiştir. Bu durumda nasıl bir sonuca gidileceği büyük önem taşır. Zira yaptırımı olmayan bir yasağın, işveren tarafından ihlal edilmesi durumunda, işçi, kaçınma hakkını kullanarak elde etmek istediği sonuca ulaşamaz. Diğer bir ifadeyle, anılan yasağın mevcudiyeti, kaçınma hakkının özü bakımından ne kadar önemliyse, anılan yasağa uymamanın yaptırımı da hakkın özü bakımından o kadar önemlidir. Nitekim öğretide de ifade edildiği üzere, ancak anılan yasağın ve bu yasağın yaptırımının düzenlenmiş olması sonucunda, kaçınma hakkının teminat ve baskı fonksiyonları gerçek anlamıyla sağlanmış olur.¹⁰¹⁰

¹⁰¹⁰ GÖKTAŞ, s. 129.

Öğretide, anılan yasağa uymamanın yaptırımı olarak, işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği ve İşK m. 26/II'de belirtilen tazminatı talep edebileceği belirtilmiştir.¹⁰¹¹ Ancak işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilmesi için ve anılan tazminatı talep edebilmesi için, işverenin anılan yasağa aykırı davranmasına ihtiyacı yoktur. Zira çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olan işçi, çalışmaktan kaçınmak yerine sözleşmeyi ücretin ödenmemesi nedeniyle¹⁰¹² derhal feshedebilir ve bu doğrultuda İşK m. 26/II'de yer alan tazminatı da talep edebilir. Diğer bir ifadeyle, işveren anılan yasağa aykırı davranmasa bile, işçinin sözleşmeyi derhal feshetme hakkı ve buna bağlı olarak anılan tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu noktada, kaçınma hakkının hukuki dayanağının TBK m. 97, İşK m.34 veya TBK m. 98 olması da farklı bir sonuca götürmeyecektir.

Hakkın etkinliğinin arttırılabilmesi için, anılan yasağa uymamanın yaptırımına yönelik bir düzenlemenin getirilmesi ve bu yaptırımın, işçinin lehine hükmedilecek belirli bir para şeklinde olması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, *“İşi başkasına yaptırılan veya yerine başka işçi alınan işçiye, ihlal devam ettiği sürece, her ay için kaçınan işçinin çıplak ücreti oranında bir tazminat ödenir. Bu tazminat, işçinin kaçındığı süre boyunca elde edeceği ücrete ek olarak ödenir. İhlalin tam bir ay sürmemesi durumunda ödenecek tazminat, ihlalin devam ettiği gün oranında belirlenir.”* şeklinde bir hüküm, İşK m. 34'e eklenebilir. Ancak bu maddenin sadece İşK'na eklenmesi yeterli değildir. Aynı yaptırım, iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlara da eklenmelidir. Böylelikle tabi olduğu kanuna bağlı olmaksızın bütün işçiler, bu güvenceden yararlanabilir.

Anılan yasağın ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkacak hukuki yaptırım düzenlenmediği gibi, işvereni bu yasaktan caydıracak bir idari bir yaptırım da düzenlenmemiştir. Anılan yasağa aykırı davranmanın bir idari yaptırıma bağlanıp bağlanmaması ayrı bir tartışma konusudur ancak benzer bir durum olan ve greve katılan işçilerin işlerinin başkasına yaptırılamayacağı veya anılan işçilerin yerine başka bir işçi alınamayacağı yasağının ihlali durumunda, bir idari yaptırım uygulanmaktadır. 6356 sayılı Kanun'un 78'inci maddesinin birinci fıkrasının “i” bendine göre, greve katılan işçilerin yerine işçi alınması durumunda, yasağa aykırı davranan işverene veya işveren vekiline, her işçi için 1500 TL idari para cezası kesilir. Bu noktada, anılan idari para cezasının kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığı hukuki sorunu ortaya çıkmaktadır.

¹⁰¹¹ SÜZEK, s. 373; SOYER, Kaçınma Hakkı, s. 675; AKYİĞİT, Kaçınma Hakkı, s. 26; AKYİĞİT, Cilt II, s. 1574. Öğretide Çil de işçinin, söz konusu durumda sözleşmeyi feshedebileceğini ancak bu durumda İşK m. 26'da yer alan hak düşürücü sürelerle riayet edilmesi gerektiğini belirtmiş ancak, İşK m. 26/II'de düzenlenen tazminata ilişkin bir görüş belirtmemiştir. ÇİL, Ücret, s. 688.

¹⁰¹² Ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiler, işverenin söz konusu yasağa aykırı davranması durumunda feshin dayanağı TBK m. 436'dır.

Kıyas, kanunda düzenlenen bir kuralın, kanunda belirtilmeyen ve hakkında düzenleme olmayan benzer bir olaya uygulanmasıdır.¹⁰¹³ TCK m. 2’de kıyasın yasak olduğu açıkça düzenlenmiş, ancak, Kabahatler Kanunu’nda kıyas yasağı doğrudan düzenlenmemiştir. Bu hususta öğretilerdeki bir görüşe göre, kabahatler bakımından kıyas mümkündür.¹⁰¹⁴ Aksi yöndeki görüşe göre ise, kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yasağı vardır ve bu yasak hakimi sınırlamaktadır. Hakime karşı bu yasağın uygulanıp, idarenin anılan yasaktan muaf tutulması ise mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, idarenin yaptırım uygularken, mevzuata bağlı kalması ve onu yorumlarken kıyas uygulamaması, hukuk devleti ilkesi açısından bir zorunluluktur.¹⁰¹⁵ Konumuz açısından değerlendirecek olursak, işverenlerin, belirlilik ilkesi¹⁰¹⁶ gereği hangi davranışlarının, idari yaptırıma tabi olacağını öngörebilmesi gerekir.

Sonuç olarak, 6356 sayılı Kanun’un 78’inci maddesinin birinci fıkrasının “i” bendinde düzenlenen idari para cezasının, İşK m. 34’te yer alan yasağın yaptırımı olarak kıyasen uygulamayacağı kanaatindeyiz. Ancak olması gereken hukuk bakımından, 6356 sayılı Kanun m. 78/1-i hükmüne benzer bir düzenlemenin, iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunlara eklenmesi gerekir. Böylelikle çalışmaktan kaçınma hakkının etkinliği de arttırılmış olur.

3.3.4. Çalışmaktan Kaçınmanın Sosyal Güvenlik Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin sonuçlar da doğurmaktadır. Doğacak bu sonuçlar, kaçınma hakkının bazı sonuçlarına yönelik kabul edilen görüşe göre farklılık gösterecektir. Bu noktada özellikle, işverenin prim ödeme

¹⁰¹³ EDİS, s. 143; AKBULUT, Berrin, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 149; ANTALYA/TOPUZ, s. 270.

¹⁰¹⁴ EKİNCİ, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 33.

¹⁰¹⁵ KURT, Hayrettin, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, GÜHFD, 2014, C. 18, S. 1, s. 150. Aynı yönde bkz. ŞEN, Ersan, “İdari Ceza Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Temmuz 1994, S.8, s. 23; KANGAL, Zeynel T., Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 91-94; AKBULUT, s. 155-156; EVREN, Çınar Can, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İÜHFM, Y. 2011, C. 69, S. 1-2 s.993-994; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğitimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı, İstanbul, 1995, s. 105-106; ÖZKAYA ÖZLÜER, İlgin, “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/1, s. 141; ÜNYILMAZ, Habip, “Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi”, Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 92; KULA, Ayşegül, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümleri”, TBB Dergisi, S. 140, Y. 2019, s. 60-61.

¹⁰¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin belirlilik ilkesi tanımı için bkz. AYM, E. 2007/115 K. 2009/80 T. 11.6.2009; “Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup yasal bir düzenlemede hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bireyin, belirli bir kesinlik içinde bilmesi gerekmektedir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir.”

borcu ve işçinin kaçınılan sürede sosyal güvenlik hukukunun hangi güvencelerinden yararlanabileceği incelenmelidir.

İşveren her bir işçi için, kısa vadeli sigorta kolları primi¹⁰¹⁷; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi¹⁰¹⁸; genel sağlık sigortası primi¹⁰¹⁹ ve işsizlik sigortası primi¹⁰²⁰ ödemek zorundadır. Bu primlerden işverenin hangi oranda sorumlu olduğu kanunla belirlenmiştir. Ancak belirtilen tüm primlerde işverenin ödemesi gereken belirli bir kısım vardır.

Kaçınılan sürede iş sözleşmesinin askıda olduğu ve kaçınılan sürede işverenin ücrete hak kazanamayacağı kabul edilmiş olsaydı, anılan süreye ilişkin işverenin herhangi bir sigorta primi ödemesi gerekmeyecek idi. Zira primlerin hesaplanabilmesi için, anılan aya ait prime esas kazanç belirlenmelidir. Ancak anılan görüş doğrultusunda kaçınılan sürede işverenin ücret ödeme borcu olmadığı için, işçinin prime esas kazancı da olmayacaktır. Böylelikle işverenin herhangi bir prim ödemesi de söz konusu olmaz. Bunun ise birçok açıdan olumsuz sonuç doğuracağını ayrıca ifade etmemize gerek yoktur kanımızca. Zira kanunun verdiği bir hakkı kullanan işçi, anılan hakkı kullandığı için sadece ücretinden değil aynı zamanda Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkından da mahrum kalmaktadır. Böylesi bir sonucun ise kabul edilebilir olduğunu söylemek güçtür.

Kısaca ifade etmek gerekirse, kaçınma hakkının hukuki niteliği sadece ödemezlik def'i olarak kabul edilirse ve buna bağlı olarak işverenin kaçınılan süreye ilişkin ücret ödeme borcunun olmadığı söylenirse, işverenin prim ödeme borcu da olmayacaktır.¹⁰²¹ Nitekim Yargıtay “Sonuç olarak ücreti ödenmeyen işçi, iş görme edimini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, kendisine ücret ödenmeyeceği için sigorta ilişkisinden söz edilemeyecektir ve bu nedenle çalışılmayan sürelerin tespitine karar verilemeyecektir.” şeklindeki ifadeyle, çalışmaktan kaçınan işçiye ücret ödenmeyeceğini bu nedenle anılan süreye ilişkin sigorta primlerinin ödenmesine gerek olmadığını ve anılan sürenin prim ödeme gün sayısının hesabında dikkate alınmayacağını ifade etmiştir. Yine bu doğrultuda, fiili çalışma olmaması nedeniyle, kaçınılan süreye ilişkin hizmet tespiti davasının da kabul edilemeyeceği karara bağlanmıştır.¹⁰²²

¹⁰¹⁷ 5510 sayılı Kanun m. 81/1-c; “[...] Sigortalının prime esas kazancının %2’sidir. Bu primin tamamını işveren öder. [...]”

¹⁰¹⁸ 5510 sayılı Kanun m. 81/1-a; “Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, sigortalının prime esas kazancının %20’sidir. Bunun %9’u sigortalı hissesi, %11’i işveren hissesidir.”

¹⁰¹⁹ 5510 sayılı Kanun m. 81/1-f; “[...] prime esas kazancın %12,5’idir. Bu primin %5’i sigortalı, %7,5’i ise işveren hissesidir. [...]”

¹⁰²⁰ 4447 sayılı Kanun m. 49/1; “[...] prime esas aylık brüt kazançlarından %1 sigortalı, %2 işveren ve %1 Devlet payı olarak alınır. [...]”

¹⁰²¹ GÖKTAŞ, s. 131.

¹⁰²² Y.10.HD., E. 2007/7349, K. 2007/14363, T. 24.09.2007. (www.legalbank.net) Aynı yönde görüş için bkz. GÖKTAŞ, s. 131-132.

Ancak bizim de kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, kaçınma hakkının hukuki niteliği ödemelik def'i olmakla birlikte, sonuçları itibariyle alacaklı temerrüdü hükümleri de uygulanabilir niteliktedir ve buna bağlı olarak işçinin kaçınılan süreye ilişkin ücret talep hakkı vardır. Bu sonuç çerçevesinde, işçinin prime esas kazancı ortaya çıkacağı için, işverenin, bu prime esas kazancın belirli oranında sigorta primleri ödeme borcu doğar.¹⁰²³

Bu noktada akla gelebilecek hukuki sorulardan biri ise, çalışmaktan kaçınılan sürede işçi iş görmediği için, işverenin iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödemek zorunda olup olmadığıdır. Nitekim öğretideki bir görüşe göre, anılan sürede işçi iş görmediği için, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenmemelidir.¹⁰²⁴ Ancak ifade etmemiz gerekir ki, sosyal güvenlik hukukumuzda, en azından şu an için, sadece” iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi” adı altında bir prim bulunmamaktadır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası, hastalık ve analık sigortası primleri, tek bir kalemde, “kısa vadeli sigorta kolları primi” adı altında ödenmektedir. Bu nedenle, 5510 sayılı Kanun çerçevesinde, kısa vadeli sigorta kolları priminden böyle bir kesintinin yapılması mümkün değildir. Ayrıca, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, işçi kaçınma hakkını, işverenin aksi yöndeki talimatına kadar işyerinde kullanabileceği için, anılan sürede işçiyi işyerinde gerçekleştirebilecek kazalardan¹⁰²⁵ mahrum bırakacak bir sonucun oluşturulmaması gerekir. Bu nedenle kaçınılan sürede ücrete hak kazanılıp kazanılmayacağından bağımsız olarak, işçinin kısa vade sigorta kolları priminin ödenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Uzun vadeli sigorta kolları primi bakımından ise, kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanması gerektiğini kabul ettiğimizden, işçinin ödemesi gereken oranın prime esas kazancından kesilmesi gerekir. Aynı şekilde anılan prime esas kazanç üzerinden işverenin de anılan primi ödemesi gerekir. İşsizlik sigortası primi ve genel sağlık sigortası primi için de daha farklı bir sonuca gidilmesine gerektirecek bir düzenleme olmadığından anılan primlerin de ödenmesi gerekir.

Öğretide, kaçınılan dönemde iş sözleşmesi sona ermediğinden, işçinin işsizlik sigortası kapsamında sağlanan işsizlik ödeneğinden faydalanamayacağı belirtilmiştir. Gerçekten de kaçınılan sürede iş sözleşmesi sona ermediğinden ve işçi ücrete hak kazandığından, anılan ödenekten faydalanılamaz. Ayrıca anılan dönemde, işçinin ücrete hak kazanamayacağı ve/veya sözleşmenin askıda olduğu kabul edilse bile işçi, anılan ödenek doğmaz. Zira anılan

¹⁰²³ BAŞTERZİ, s. 194.

¹⁰²⁴ BOZKURT, s. 91.

¹⁰²⁵ Bkz. §7, VI, B.

ödeneğe hak kazanabilmek için, sözleşmenin 4447 sayılı Kanun m. 51’de belirtilen hallerden biriyle “sona ermiş” olması aranmaktadır.¹⁰²⁶

3.3.5. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması İçin Gereken Şartlarının Gerçekleştiğine Dair İşçi Tarafından Yapılan Yanlış Değerlendirmenin Doğuracağı Sonuçlar

Bu başlık altında incelenmek istenen, kaçınma hakkının varlığına ilişkin işçi tarafından yapılan yanlış bir değerlendirmenin hem işçi hem de işveren açısından doğurabileceği sonuçlar ve bu sonuçların değerlendirilmesidir.

Kaçınma hakkının varlığına ilişkin işçi tarafından yapılacak yanlış değerlendirme sonucunda iş görme borcunun yerine getirilmemesinin doğuracağı ilk sonuç, işverenin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshetmesidir. Gerçekten de haksız yere kullanılan hak, işçinin iş görme borcunu ifa etmemesi anlamına geleceği için, işveren, İşK m. 25/II-g çerçevesinde iş sözleşmesini tazminatsız bir şekilde derhal feshedebilir. Şüphesiz işveren sözleşmeyi feshetme yolunu seçmeyebilir ancak hayatın olağan akışında, haksız yere kullanılan kaçınma hakkının sonucunda, birçok işverenin bu yolu kullanacağı öngörülebilir.

Aslında işçinin karşılaşılabileceği tek sorun sözleşmenin işveren tarafından derhal feshedilmesi de değildir. Zira işveren böyle bir durumda, işçinin sözleşmeyi eylemli bir şekilde haksız yere feshettiğini iddia edebilir ve bu doğrultuda işçiden ihbar tazminatı ve uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. Bu ifadelerimizden, işverenin anılan taleplerinde haklı olduğunu savunduğumuz anlaşılmamalıdır. Ancak hayatın olağan akışında, işverenin mahkemede bu iddialarda bulunabileceğin öngörmek gerekir.

Görülmektedir ki esas hukuki sorun, kaçınma hakkının kullanılmasına dair yapılacak değerlendirmelerin bütün riskinin işçi üzerinde olmasıdır. İşçi kaçınma hakkının varlığına dair bütün şartların gerçekleştiğini ve bütün sınırlara uyduğunu değerlendirecek ve buna göre kaçınma hakkını kullanacaktır. Ancak şartların değerlendirilmesinde yapılacak en ufak hata, kaçınma hakkını haksız hale getirecek ve bu hatanın olumsuz sonuçları işçi üzerinde kalacaktır. Böyle bir değerlendirme riskinin işçi üzerinde olması ise, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilirlik açısından değerini azaltmaktadır.¹⁰²⁷

Örneğin, işverenin ücretleri ödememesinin nedenin mücbir sebep olduğunu bilmeyen işçi, kaçınma hakkını kullandığında ne gibi bir sonuç ortaya çıkmalıdır? Anılan durum sadece bununla da sınır değildir. İşçinin kaçınma hakkını kullanmadan önce hesaba katması gereken

¹⁰²⁶ ERKANLI BAŞBÜYÜK, s. 132.

¹⁰²⁷ BÖTTCHER, s. 92; DEHMEL, s. 226.

birçok unsur vardır. Örneğin, hakkın kullanılacağı doğru zaman, ödenmeyen ücretin miktarı, mücbir sebebin varlığı, bekleme süresinin dolması ve bildirim yükümlülüğü bu unsurlara örnek gösterilebilir.

Bu noktada, kaçınma hakkının varlığına ilişkin yanlış bir değerlendirme yapıldığı zaman doğacak yaptırımların, bazı durumlarda, uygulanmaması gerektiği savunulabilir mi? Zira her işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının varlığına ilişkin değerlendirmeyi kusursuz bir şekilde yapması mümkün değildir. Bu noktada, işçinin dürüstlük kuralı çerçevesinde anılan hakkın doğduğu inancı içinde olması ve bu doğrultuda anılan hakkı kullanması durumunda, sözleşmenin feshedilmesinden önce, işverenin işçiye bir bildirim yapma zorunluluğundan bahsedebilir mi? Diğer bir ifadeyle, işçinin hakkın doğduğuna yönelik “hukuki hata” (Rechtsirrtum) yapması durumunda, sözleşmenin derhal feshi yerine, başka önlemler düşünülebilir mi veya işçinin düştüğü bu hukuki hatanın maruz görülebilir bir hata olarak değerlendirilmesi ve işverenin, en azından, derhal fesih hakkının olmadığı savunulabilir mi?

Alman Federal İş Mahkemesi bu hususta daha katı bir yaklaşım sergilemekte olup, avukattan yasal destek alan işçinin bile kabul edilebilir hukuki hataya düşmediğine karar vermiştir.¹⁰²⁸ Başka bir görüşe göre, işveren tarafından yapılan bütün uyarılara rağmen işçinin kaçınma hakkında ısrar etmesi, doğacak sonuçları da öngörmesi ve bu sözleşmenin feshedilmesi riskini göz önüne aldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bu noktada işçinin hukuki hatadan yararlanabilmesi ve sözleşmenin derhal feshi ile karşı karşıya kalmaması için, hakkın varlığına dair muğlaklığı gidermek için gerekli araştırmayı yapmış olması aranmaktadır.¹⁰²⁹

Gerçekten de uzun yıllar hukuk eğitimi almış ve hukuk alanında görev yapmış kişilerin bile anılan konularda hukuki hataya düşmesi mümkünken, işçilerin bu hataya düşmemelerini beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu nedenle, hakkın varlığına yönelik muğlaklığı gidermek için gerekli çabayı gösteren işçinin, kaçınma hakkını haksız yere kullanması sonucunda, doğrudan derhal fesih ile karşı karşıya kalması, adalet duygusunu zedelemektedir.

Ancak ifade etmek gerekir ki yürürlükteki düzenleme karşısında, kaçınma hakkı doğmadan iş görme borcunu yerine getirmeyen veya kaçınma hakkını sınırlara uygun şekilde kullanmayan işçi, doğacak risklerin tamamını da üstlenir. Bu nedenle işçi, kaçınma hakkını kullanmadan önce hakkın varlığına ve sınırlarına ilişkin gerekli araştırmayı detaylıca yapmalıdır.

¹⁰²⁸ BAG, Aktenzeichen: 2 AZR 291/72, 12.04.1973, s. 16-17

¹⁰²⁹ SÖLLNER, ZfA, s. 26,28.

Olması gereken hukuk açısından ise, çalışmaktan kaçınan işçinin sözleşmesi derhal feshedilmeden önce, işveren tarafından yapılacak bir bildirim yükümlülüğünün getirilebileceği kanaatindeyiz. Anılan bildirimde, işçinin kaçınmasının haksız olduğu ve uygun bir süre içerisinde işe başlamaması durumunda sözleşmesinin derhal ve tazminatsız bir şekilde feshedilebileceği belirtilerek, ortaya çıkabilecek birçok olumsuzluk engellenmiş olur. Şüphesiz işveren, sadece kaçınmanın haksız olduğunu değil aynı zamanda kaçınmaya sebep olan ücretin ödendiğini gösteren belgeleri de sunmalıdır. Zira ücretin ödendiğinin ispatı işveren üzerindedir.¹⁰³⁰ Bu durumda, hiçbir belge göstermeksizin, sadece kaçınmanın haksız olduğunun bildirilmesi, işçinin kaçınma hakkına son vermesi için yeterli kabul edilmeyebilir.

Gerekli uyarılara rağmen, kaçınma hakkını kullanmaya devam eden işçinin sözleşmesi feshedildiğinde nasıl bir sonuç ortaya çıkmalıdır? Bilindiği üzere, İşK m. 25/II-g çerçevesinde fesih hakkının doğabilmesi için, işverenden izin almaksızın veya “haklı bir sebebe dayanmaksızın” işçinin devamsızlık yapmış olması gerekir.¹⁰³¹ Kaçınma hakkının hukuki sınırlara uygun bir şekilde kullanılmaması veya gerekli şartlar oluşmadan kullanılması, haksız bir kullanım olarak nitelendirilir. Böyle bir durumda ise, işçinin dürüstlük kuralı çerçevesinde hakkın gerekli sınırlara uygun bir şekilde kullandığı inancı veya hakkın varlığına ilişkin gerekli şartların gerçekleştiğine yönelik inancı “haklı bir sebep” olarak nitelendirilemez. Bu nedenle işveren, gerekli uyarıları yaptıktan sonra, işçinin sözleşmesinin tazminatsız bir şekilde, derhal feshedebilir. Devamsızlığın arkasında yatan “niyet” önemli değildir. Diğer bir ifadeyle, işçinin asıl amacı “haklı bir sebebe dayanmayan” devamsızlık yapma yönünde olmasa dahi işverenin haklı fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir. Zira fiili olarak gerçekleşen durum, işçinin “haklı bir sebebe dayanmayan” devamsızlığıdır.

¹⁰³⁰ SÜZEK, s. 369; CENTEL, Ücret, 387-388; ÖZDEMİR, s. 173; ÇOPUROĞLU, s. 199-200. YHGK, E. 2006/9-709, K. 2006/729, T. 15.11.2006; Y.9.HD., E. 2008/9292, K. 2008/12366, T. 15.05.2008; “Fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil ve hafta tatillerinde çalıştığını ispat işçiye, bu günlerde çalışma halinde ücretinin ödendiğinin ispatı ise işverene aittir.” Detaylı bilgi için bkz. Y.9.HD., E. 2021/1304, K. 2021/6824, T. 24.03.2021; Yıllık izin ücretinin ödendiğinin ispatı için bkz. Y.9.HD., E. 2021/695, K. 2021/6288, T. 16.03.2021.

¹⁰³¹ SÜZEK, s. 675; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 684-685.

SONUÇ

Ücretin korunması, işçinin ve ailesinin ekonomik ve sosyal olarak varlığını sürdürmesi için zorunludur. Nitekim bu doğrultuda kanun koyucu, işçinin ücretini işverene, üçüncü kişilere ve işçinin kendi yapacağı işlemlere karşı korumuştur. İşK m. 34'te düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı da söz konusu korumayı sağlayan kurumlardan biridir. Anılan hak sayesinde, işçinin ücreti gününde ödenmediği takdirde, diğer şartların da sağlanması ile işçi iş görme edimini işverene sunmayarak, işveren üzerinde baskı oluşturmakta ve böylelikle işvereni kanunda veya sözleşmede belirtilen ücreti ödemeye zorlamaktadır.

Her ne kadar hak 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmişse de diğer bireysel iş kanunlarında konuya ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Çalışma kapsamında, TBK ve diğer bireysel iş kanunları arasındaki ilişki detaylıca incelenmiş ve İşK m. 34'ün diğer kanunlara tabi işçilere uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira ücretin ödenmediği durumlarda işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesini sağlayacak hükümler, TBK'nda düzenlenmiştir. DİK ve BİK'nda konuya ilişkin bir düzenleme olmadığından, anılan kanunlara tabi işçilere ilk önce TBK hükümleri kıyasen uygulanır. Buna bağlı olarak söz konusu işçiler de TBK hükümleri gereği çalışmaktan kaçınabilir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının dayanağı farklı olmakla birlikte hakkın bütün işçiler için uygulanabilir olduğu belirlendikten sonra hakkın niteliği incelenmiştir. Bugüne kadar yapılan akademik çalışmalarda söz konusu hukuki sorun ele alınmış olmakla birlikte, bu çalışmada hakkın hukuki niteliğine ilişkin öğretideki bütün görüşlere ve güncel yargı kararlarına yer verilerek hukuki sorun açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda ödemezlik def'i (TBK m. 97) ve alacaklının temerrüdü hükümleri (TBK m. 106 ve m. 408) detaylıca incelenmiştir. Öğretideki görüşler, Yargıtay kararları ve Alman Hukuku doğrultusunda yapılan değerlendirme sonucunda ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin ödemezlik def'i (TBK m. 97) olduğu ancak işverenin aynı zamanda alacaklı temerrüdüne düşürebileceği kanaatine varılmıştır. Varılan bu sonuç, sadece İşK'na tabi işçiler açısından değil, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler açısından da geçerlidir.

Çalışma kapsamında yapılan diğer bir inceleme ise, TBK m. 98 çerçevesinde düzenlenen "ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'i" olmuştur. Zira çalışmaktan kaçınma hakkını ele alan diğer çalışmalarda, genellikle sadece muaccel olmuş geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi üzerinde durulmuştur. Bu bakımdan, TBK m. 98'in de işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı verip vermeyeceği değerlendirilmiştir. Yapılan inceleme doğrultusunda, anılan

hükmün, işçiye iki farklı durumda ortaya çıkabilecek çalışmaktan kaçınma hakkı verdiği sonucuna ulaşılmıştır. Bunlardan ilki, doğrudan TBK m. 98’de belirtilen durumlarda olduğu gibi, borçlunun, diğer bir ifadeyle işverenin ifa güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle, gelecek döneme ait muaccel olmamış ücretin tehlikeye düşmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Diğerisi ise, öncelenmiş borca aykırılık hallerinde ortaya çıkmaktadır. Öncelenmiş borca aykırılık hallerinde, işveren muaccel olmamış ücreti ödemeyeceğini/ödeyemeyeceğini önceden işçiye açıkça belirtmekte veya bu durum, TBK m. 98’de belirtilen ifa güçsüzlüğü halleri dışında, işverenin içinde bulunduğu koşullardan açıkça anlaşılmaktadır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği ve dayanakları göz önünde tutularak, anılan hakkın temelde iki farklı durumda ortaya çıktığı görülmüştür. Bunlardan ilki, İşK m. 34’te düzenlendiği veya TBK m. 97’nin sağladığı üzere, muaccel olmuş ancak ödenmemiş/geciktirilmiş ücret borcunu dayanan çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Diğerisi ise TBK m. 98’in sağladığı ve muaccel olmamış gelecek döneme ait ücret borcuna dayanan çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Bu tespit doğrultusunda, “ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkı” kavramının her iki durumda kullanılacak hakkı da kapsadığı sonucuna ulaşılmıştır ve çalışmanın başlığı da bu şekilde belirlenmiştir.

İkinci bölümde, “muaccel olmuş geçmiş döneme ait ücretin ödenmemesi nedeniyle” ve “muaccel olmamış gelecek döneme ait ücretin ödenmeyeceği” nedeniyle çalışmaktan kaçınma haklarının kullanılması için gereken şartlar iki ana başlık altında ayrı ayrı ele alınmıştır.

İlk olarak, İşK m. 34 hükmü doğrultusunda, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının şartları belirlenmiş, daha sonra ise söz konusu şartlara ilişkin tartışmalı hususlar değerlendirilmiştir. Çırakların, stajyerlerin ve İşK m. 10 düzenlemesi nedeniyle m. 34’ün uygulamasının dışında bırakılan süreksiz işte çalışan işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağı, hangi ücretlerin ödenmediği durumda çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi, bekleme süresine ve mücbir sebep şartına ilişkin tartışmalı hususlar detaylıca incelenmiştir.

Çıraklık ve stajyerlik ilişkilerinde, ücret ödeme ve iş görme borçları tarafların asli edim yükümlülüklerinden değildir. Aday çırak, çırak ve stajyer tarafından belirli bir iş görülmektedir ancak bunun amacı meslek ve sanatın öğrenilmesi veya yapılan iş ile alakalı tecrübenin sağlanmasıdır. MEK m. 25 gereği ödenen ücret de yapılan işin karşılığı değildir. Buna bağlı olarak söz konusu kişilerin kaçınma hakkının doğmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Süreksiz işte çalışanlar bakımından ise, kanun koyucu her ne kadar anılan işçileri, İşK m. 34’ün kapsamı dışında tutmuş olsa da İşK m. 10 gereği, anılan konularda TBK hükümlerinin

uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, söz konusu işçiler, TBK hükümleri gereği kaçınma hakkını kullanabilirler ancak süresiz işin niteliği gereği kısa sürmesi, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasını neredeyse imkansızlaştırmaktadır.

Hangi ücretlerin ödenmediği durumda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini ilişkin şu sonuca ulaşılmıştır; işçi temel ücreti, fazla çalışma ücreti, avansı, dinlenme sürelerine ait ücreti, zamanaşımına uğramış ücret, işe iade sonucunda boşta geçen süreye ilişkin kazanılacak ücreti ve diğer hakları ödenmediğinde; fazla saatlerle çalışma sonucu hak kazanılan serbest zaman hakkının sağlanmadığı belirli durumlarda ve işveren tarafından ücretin korunmasına ilişkin hükümlere aykırı davranıldığında, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmelidir. Ancak AGİ'nin, ücret faizinin ve sosyal sigorta primlerinin ödenmediği durumlarda, ücrete bağlı çalışmaktan kaçınma hakkından yararlanılamaz.

Mücbir sebep şartının değerlendirilmesi hususunda ise, anılan şartın hakkın kullanımını orantısız bir şekilde güçleştirildiği ve bu nedenle madde metninden çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz. Durum böyle olmakla birlikte, yürürlükteki düzenlemede, ücretin ödenmemesinin sebebinin mücbir sebep olup olmadığı, söz konusu hak kullanmadan önce göz önünde tutulmalıdır.

İşK m.34 gereğince anılan Kanun kapsamındaki işçiler için çalışmaktan kaçınma hakkının şartlarına ilişkin hukuki sorunlar açıklığa kavuşturulduktan sonra, diğer bireysel iş kanunları ve TBK kapsamındaki işçileri için koşullar değerlendirilmiştir. Söz konusu işçilerin kaçınma hakkını kullanabilmesi için gereken şartlar, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki dayanağı olan TBK m. 97'den hareket edilerek tespit edilmiştir.

Yapılan değerlendirme sonucunda, özellikle “bekleme süresi” ve “mücbir sebep” şartlarının, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler ile İşK'na tabi işçileri birbirinden ayıran hususlar olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zira TBK m. 97'de, ödemelik def'i ileri sürebilmek için, mücbir sebep şartı veya belirli bir süre bekleme zorunluluğu düzenlenmemiştir. Bu nedenle, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçilerde “mücbir sebep” şartının aranmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Bekleme süresi noktasında ise, her ne kadar TBK m. 97'de anılan konuya ilişkin bir düzenleme olmasa da dürüstlük kuralı gereği ve borçlar hukuku kurumlarının iş hukukuna uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekliliği göz önüne alınarak, kaçınma hakkı kullanılmadan önce makul bir süre beklenilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına ilişkin şartların değerlendirilmesi hususunda varılan diğer bir sonuç ise, bütün işçiler için aynı şartların benimsenmesi gerektiğidir. Bu durumun ise iki farklı şekilde sağlanabileceği kanaatindeyiz. İlk çözüm önerisi olarak, İşK m. 34'te düzenlenen hükmün, TBK ve diğer

bireysel iş kanunlarına eklenmesidir. Diğerisi ise, her ne kadar kanun yapma tekniği açısından uygun bulsak da İşK m. 34'e eklenecek ve söz konusu hakkın uygulama alanını genişletecek bir düzenlemedir.

Tabi olduğu kanuna bakılmaksızın, işverenin önce ifa yükümlüsü olduğu iş ilişkileri hariç, bütün işçilere uygulanacak TBK m. 98'in sağladığı ücretin ödenmeyeceği nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için gereken şartlar da ikinci bölümde detaylıca incelenmeye çalışılmıştır. Söz konusu hakkın şartları belirlenirken TBK m. 98'den hareket edilmiş, ancak ifa güçsüzlüğü nedeniyle ödemezlik def'inin şartları iş hukukuna uygun düştüğü şekilde uygulanmıştır. İfa güçsüzlüğü nedeniyle tehlikedeki alacağa karşı teminat/güvence gösterilmesi için karşı tarafa tanınan uygun süre, iş hukukuna farklı şekilde aktarılmıştır. TBK m. 98 gereği ödemezlik def'i ileri sürmek için, uygun bir süre tanınması gerekmezken, işçiler, TBK m. 98 kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan önce, işverene uygun bir süre tanınmalıdır. Uygun sürede teminat gösterilmediği durumda işçi, istediği takdirde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir veya TBK m. 436 gereği sözleşmeyi derhal feshedebilir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, öncelikle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması ve kullanılmasının sınırları, daha sonra ise, hakkın kullanılması durumunda, iş sözleşmesinin durumu, işçinin ve işverenin borçları ele alınmıştır.

Hakkın kullanılması bakımından, söz konusu hakkın 18 yaşından küçükler tarafından nasıl kullanılacağı, sendikanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak için işçinin yerine karar alıp alamayacağı, 6356 sayılı Kanun'la getirilen grev ve lokavt yasaklarının çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında geçerliliği, hakkın kullanılması için işçinin kişisel kararın gerekip gerekmediği tespit edilen hukuki sorunlardır.

Varılan sonuca göre ödemezlik def'i, kural olarak sadece hak sahibi tarafından ileri sürüleceğinden, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması da ancak söz konusu hakka sahip işçi tarafından gerçekleştirilmelidir. Ancak, istisnai olarak iş sözleşmesi ile çalışan 14 yaşından küçüklerin anılan hakkı kullanması, yasal temsilcilerinin aracılığı ile sağlanır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için kişisel kararın aranıp aranmayacağına ilişkin tartışma noktası ise, İşK m. 34/1'in ikinci cümlesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu hüküm, işçinin kişisel kararının gerekliliği noktasında çok açık bir düzenleme getirmemiş olsa da toplu kaçınmalarda, işçinin kişisel kararına dayanmaması halinin grev olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. Hukukumuzda, bu şekilde yapılacak bir eylem ise, yasadışı olacağı için, işçilerin kişisel karar olmaksızın yapmış oldukları toplu çalışmaktan kaçınma, "yasadışı grev" olacaktır.

Kanımızca, kişisel karar noktasında, çalışmaktan kaçınma fikrinin üçüncü bir kişiden veya sendikadan kaynaklanmış olması sonuca etki etmemelidir. Zira ne sendikaların veya diğer kurum ve kuruluşların ne de üçüncü kişilerin bu konuda bağlayıcı karar alma yetkisi vardır. Söz konusu şekilde bir karar alınsa dahi, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılıp kullanılmayacağı işçinin özgür iradesine kalmıştır. Öte yandan, sendikaları veya diğer kurum/kuruluşları, bu sürecin dışına itilmesi, işçilerin temel geçim kaynağı olan ücretin korunmasını sağlayan bu hakkın etkin kullanılabilmesinin de önüne geçmektedir. Yine aynı şekilde, ücretleri ödenmeyen işçilerin kendi aralarında anlaşıp, toplu şekilde çalışmaktan kaçınarak işveren üzerinde daha etkin bir baskı kurmaları da engellenmemelidir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, söz konusu durumlarda, işçinin çalışmaktan kaçınmasının kişisel karara dayanmadığı şekilde nitelendirilmesi mümkün değildir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının sınırları bakımından işçi, dürüstlük kuralı ve sadakat borcu çerçevesinde hareket etmelidir. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması, aynı zamanda ölçülülük ilkesine de uygun olmalıdır. Ancak, söz konusu hakkın, son çare (ultima ratio) olarak kullanılması, anılan sınırlardan biri olarak kabul edilmemelidir. Aksi takdirde, sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecek konumda olan işçi, kaçınma hakkını son çare olarak kullanmadığı için, sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine sebep olabilir. Farklı bir ifadeyle, kaçınma hakkının kullanılması bakımından, işçinin uygunluğunu tespit etmesi gereken birçok unsur halihazırda düzenlenmiştir, son çare ilkesinin de bunlara eklenmesi, yanlış değerlendirme riskini arttırmakta ve aynı zamanda yanlış değerlendirmenin bütün riskini işçinin üstlenmesi anlamına gelmektedir.

Çalışma kapsamında incelenmiş diğer bir husus, 6356 sayılı Kanun'da yer alan grev ve lokavt yasaklarının, çalışmaktan kaçınma hakkının bireysel veya toplu kullanımlarında uygulanabilirliğinin değerlendirilmesidir. 6356 sayılı Kanun m. 62'de düzenlenen, özellikle sürekli ve geçici grev ve lokavt yasakları, kamu menfaati göz önünde tutularak getirilmiştir. Ancak anılan yasakların olduğu işlerde veya işyerlerinde, işçilerin ücretleri ödenmeye devam eder, zira grev veya lokavt gerçekleşmediği için, sözleşme de askıya alınmamıştır. Bu nedenle, grev ve lokavt yasaklarının olduğu durumlarda, ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilirler. Zira anılan madde, bu konuda bir yasak getirmemiştir. Böyle bir düzenleme olsaydı dahi, bu durum hem işçiyi zorla ve karşılığını ne zaman alacağını bilmeksizin çalıştırmak, hem de işçinin sözleşmeyi fesih hakkı kısıtlandığı için, sözleşme özgürlüğünün ihlali anlamına gelirdi. Sonuç olarak söz konusu durumlarda, işçilerin sözleşmeyi bireysel veya toplu olarak feshetmesi mümkündür ve bu noktada kamu menfaatinin korunuyor olması varılan sonucu değiştirmez. Buna bağlı olarak, grev ve lokavt

yasaklarında ödenmeyen veya ödenmeyecek ücret nedeniyle sözleşmesini feshedebilecek işçi, sözleşmeyi feshetmek yerine çalışmaktan kaçınma hakkını da kullanabilmelidir.

Hakkın kullanılmasına ilişkin tespit edilen hukuki sorunların değerlendirilmesinde sadece İŞK'na tabi işçiler değil, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler de değerlendirilmiştir. Ancak farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek bir husus olmadığından, söz konusu işçiler için de aynı sonuçlara ulaşılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, hakkın kullanılmasının sonuçları bakımından şu hususlar incelenmiştir; hakkın kullanıldığı durumda iş sözleşmesinin durumu, işverenin ve işçinin borçları ve hakkın kullanılmasının sosyal güvenlik hukukunda doğurduğu sonuçlar. Yapılan incelemede hem TBK m. 97 veya İŞK m. 34'ün sağladığı “ücretin ödenmemesi nedeniyle” hem de TBK m. 98'in sağladığı “ücretin ödenmeyeceği nedeniyle” çalışmaktan hakkının kullanılmasının sonuçları ele alınmıştır. Söz konusu sonuçların değerlendirilmesi, sadece İŞK'na tabi işçiler değil, aynı zamanda TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler açısından da yapılmıştır.

Anılan kapsamda, ilk önce hakkın kullanıldığı durumda, iş sözleşmesinin askıda olmadığı sonucuna ulaşılmıştır, zira sözleşmenin askıya alınması için gereken şartlar veya tarafların kendi aralarında anlaşıp sözleşmeyi askıya almaları, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında mevcut değildir.

Çalışmaktan kaçınma hakkın kullanılmasında, işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi haklı bir nedene dayandığı için, iş görme borcuyla ilgili olan özen borcu ve işverenin işin görülmesiyle alakalı emir ve talimat verme yetkisi de ortadan kalkar. İşveren işin görülmesiyle alakalı emir ve talimat verse dahi, işçinin bunlara uyma yükümlülüğü yoktur. Durum böyle olmakla birlikte, söz konusu hakkın kullanıldığı durumlarda sözleşme sona ermediğinden fiilen çalışmaya bağlı olmayan işçinin sadakat ve rekabet etmeme borcu da devam eder.

İşverenin borçları açısından ise en tartışmalı husus, ücret borcunun devam edip etmediğidir. Çalışmanın birinci bölümünde ele alındığı üzere, işçi ödemelik def'i ileri sürerek iş görme borcunun ifasından kaçınmaktadır. İşveren, ücret borcunu ifaya hazır tutmadığı için ve işçinin iş görme borcunu ifa edebilmesi için, işveren tarafından kaldırılması gereken hukuki bir engel mevcut olduğu için (işçinin ödemelik def'i ileri sürebilecek konumda olması), aynı zaman alacaklı temerrüdüne de düşürülebilir. Buna bağlı olarak, TBK m. 408 çerçevesinde, çalışmaktan kaçınılan süre boyunca işçi, ücrete hak kazanmaya devam eder.

Kaçınılan sürede işçinin ücrete hak kazanmasına imkan tanıyan TBK m. 408 hükmü gereği, işçinin yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir. Ancak başka iş yaparak kazandığı ücretin indirimde hesaba katılabilmesi için, işçinin yapmış olduğu işin bir ikame iş mi yoksa bir ek iş mi olduğu önemlidir. Diğer bir ifadeyle, eğer işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmayacak olsaydı dahi, diğer ek işte çalışacaktıysa, bu durumda ek işten kazanılan ücretler indirimde dikkatte alınmamalıdır. Ancak yeni yapılan iş, çalışmaktan kaçınılan işin ikamesi şeklindeyse, bu durumda yeni işten kazanılan ücretler, işverenin ödeyeceği ücretten indirilir.

İşçinin yapılan teklifleri kabul etme zorunluluğu noktasında ise, her işin bu zorunluluk kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Makul teklifin, çalışmaktan kaçınılan işe benzer bir iş ve benzer çalışma şartları sunması gerekir. Ancak yapılacak iş makul olmasına rağmen, teklifin süresi uzun belirli süreli iş sözleşmesi olması durumunda işçi, yine uygunluk değerlendirmesi yapmalıdır.

İşK m. 34'e göre, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının durumunda, işveren, söz konusu hakkı kullanan işçilerin yerine işçi alamaz ve anılan işçilerin işlerini başkalarına yaptıramaz. Bu yasak kapsamına, işlerin doğrudan işveren tarafından yapılması da dahildir. Bu nedenle, işveren dahi, çalışmaktan kaçınan işçilerin işlerini yapamaz. TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için her ne kadar, söz konusu yasağa ilişkin doğrudan bir düzenleme olmasa da anılan kanunlara tabi işçilerin çalışmaktan kaçınması durumunda da aynı yasağın ortaya çıkacağı kabul edilmelidir. Aksi takdirde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması ile sağlanmak istenen baskı ortadan kalkar.

İşK m. 34 her ne kadar söz konusu yasağı düzenlemiş olsa da anılan yasağa aykırı davranmanın yaptırımını düzenlememiştir. Bu durum ise kendi içerisinde bir çelişki yaratmaktadır. Zira eğer anılan yasak etkili bir şekilde uygulanamazsa, işçilerin çalışmaktan kaçınarak işveren üzerinde ücretlerin ödenmesi hususunda baskı kuramazlar. Bu nedenle söz konusu sorunun çözümüne yönelik, gerekli bir düzenlemenin İşK'na eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Şüphesiz benzer bir düzenleme, TBK, DİK ve BİK'na tabi işçiler için de getirilmelidir.

Çalışmaktan kaçınılan sürede, işçilerin sözleşmeleri askıda olmadığı için ve ücret almaya devam ettikleri için, sosyal sigorta primleri de ödenmeye devam edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ABEGG, Andreas** :Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Auflage 9, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- ADDORISSIO DE FEO, Raniero** :Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Zürich, 2001.
- AKBULUT, Berrin** :Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- AKDENİZ, Ayşe Ledün** :“Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. 77 S. 2, Y. 2019, s. 555-574.
- AKDENİZ, Ayşe Ledün** :İş İlişkilerinde İmkânsızlık, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- AKDENİZ, Umut** :“Pazarlamacılık Sözleşmesi”, GÜHFD, C. 17, S. 4, 2013, s. 1-34. (Pazarlamacılık)
- AKI, Erol** :“Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları”, C. 5, S. 3, Y. 2000, s. 249-267.
- AKINCI, Şahin** :“Alacaklının Temerrüdü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt, 7, S. 1-2, 1999, s. 97-113.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya** :Türk Medeni Hukuku, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2016.
- AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay** :İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2013.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA** :Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2021.
- AKYİĞİT, Ercan** :“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, 2011, s. 55-73. (Yıllık Ücretli İzin)
- AKYİĞİT, Ercan** :“Gazetecinin Ücretinde Gecikme ve Sonuçları”, Yargı Dünyası, S. 77, Mayıs, 2002, s. 9-16. (Gazeteci)
- AKYİĞİT, Ercan** :“Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, Legal İHSGHD, S. 5, 2005, s. 15-26. (Kaçınma Hakkı)
- AKYİĞİT, Ercan** :“Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 21, s. 25-40. (YBK)
- AKYİĞİT, Ercan** :“Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, C. 19, S. 4, Mayıs, 2005, s. 1-26. (Normali Aşan Çalışma)

- AKYİĞİT, Ercan** :Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021. (Bireysel İş Hukuku)
- AKYİĞİT, Ercan** :İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi Cilt I-Cilt II, 3. Baskı, Seçkin, 2008. (Cilt I/Cilt II)
- AKYİĞİT, Ercan** :İş Hukuku, 13. Basım, Seçkin, Ankara, 2021. (İş Hukuku)
- AKYİĞİT, Ercan** :Toplu İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021. (Toplu İş)
- AKYOL, Şener** :“Ücretlerin Ödenmesinin Gecikmesi Dolayısıyla Greve Başvurma”, İş Hukuku Uygulaması TSGLK 19, No. 1, 1976.
- ALP, Mustafa** :“İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 189-209.
- ALP, Mustafa** :“Olumsuz İşyeri Uygulaması ile Bir İkramiyenin Kaldırılması - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının İncelenmesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 3073-3091.
- ALPAGUT, Gülsevil** :“Türk Borçlar Kanunun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İHSGHD, S. 31, 2011, s. 913-959.
- ALPAGUT, Gülsevil** :“Ücret ve İşin Düzenlenmesi”, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 15-68. (Ücret)
- ALPAGUT, Gülsevil** :Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, 1998. (Belirli Süre)
- ALPER, Yusuf** :“5510 Sayılı Kanun’da Primlerin Karşılık Olma Özelliği ve Çırakların ve Mesleki Eğitim Gören Öğrencilerin Sosyal Güvenliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, Haziran 2010, s. 175-183.
- ALTUNKAYA, Mehmet** :Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin, Ankara, 2005.
- ANTALYA, Gökhan/ÇAVDAR, Pelin** :“İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, Haziran 2020.
- ANTALYA, O. Gökhan** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I-Cilt II, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2019. (Cilt I- Cilt II)
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat** :Medeni Hukuk, Legal, 1. Baskı, İstanbul, 2016.
- ARAL, Fahrettin** :Türk Borçlar Hukukunda Takas, Yetkin, Ankara, 2010.
- ARCAK, Ali** :Çıraklık Sözleşmesi”, Adalet Dergisi, Y. 41, S. 2, Şubat 1950, s. 193-219.

- ARICI, Kadir** :Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu** :“İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 285-339.
- ARSLANOĞLU, M. Anıl** :İş Sözleşmesinin İradı Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İSGHD, S. 10, 2006, s. 533-545.
- ASTARLI, Muhittin**:“Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 1, s. 69-105. (İşyeri Devri)
- ASTARLI, Muhittin**:İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- ATAMER, M. Yeşim** :Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005.
- AYDIN, Ufuk** :“Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2007, S. 8, s. 41-54.
- AYDINLI, İbrahim** :“İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz, 2005, s. 16-29.
- BAKIRCI, Kadriye** :“Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 2004, s. 159-210. (Milli Komite)
- BAKIRCI, Kadriye** :“İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.5, S.3, 2000, s. 437-458.
- BAKIRCI, Kadriye** :İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Ankara, 2000.
- BALIK, Derya** :“İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu Madde 83)”, Legal İHSGHD, C. 7, S. 27, 2010, s. 1002-1011.
- BASKAN, Şükriye Esra** :6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap** :İş Hukuku, Beta, 16. Baskı, 2021.
- BAŞOĞLU, Başak** :“Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İÜHFİM, C. IXVI, S. 2, Y. 2008, s. 287-310.

- BAŞTERZİ, Süleyman** :Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara, 2007.
- BAYCIK, Gaye** :“İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, s. 7-355.
- BECKER, Hermann**:Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1, Obligationenrecht, 2. Auflage, 1945.
- BEDÜK, Mehmet Nusret** :Deniz İş Sözleşmesi, Ekin, Bursa, 2012.
- BİNGÖL, Serkan** :Yıllık Ücretli İzin, Seçkin, İstanbul, 2012.
- BOYDAK, Alptekin Burak** :6356 Sayılı Kanun Bağlamında Sendika Özgürlüğünün Güvencesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz** :Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- BOZKURT, Yeliz** :Ücretin Gününde Ödenmemesi Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2007.
- BRAND, Daniel/DÜRR, Ludus/GUTKNECHT, Bruno/PLATZER, Peter/SCHNYDER, Adrian/STAMPFLI, Conrad/WANNER Ulrich** :Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht – Kommentar zu den Art. 319-346a, 361/362, Cosmos Verlag, 1991.
- BREITSCHMID, Peter** :Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, 2016.
- BROX, Hans/RÜTHERS, Bernd/HENSSLER, Martin** :Arbeitsrecht, 20. Auflage, Kohlhammer Verlag, 2020.
- BRÜHWILER, Jürg**:Einzelarbeitsvertrag Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen** :“4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s. 149-199.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen** :“4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren Dergisi, S. 66, Haziran 2005, 1-

15. (<http://dosya.toprakisveren.org.tr/makale/2005-66-nursencaniklioglu.pdf> E.T. 01.04.2020) (Çalışma Süresi)

CANIKLIOĞLU, Nurşen :“6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 4, s. 289-316. (Grev Yasakları)

CANIKLIOĞLU, Nurşen :“Part-Time’a Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği (SGK)”, Emeğin Hukuku Kurultayı 2, Ankara, 2016, s. 115-152.

CANIKLIOĞLU, Nurşen :“Türk Borçlar Kanunu –İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2013, s. 74-120. (TBK)

CANIKLIOĞLU, Nurşen :Sosyal Sigortalarda Prim Teşvikleri, Beta, İstanbul, 2011.

CAPODISTRIAS, Joannis :“Die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung”, Recht der Arbeit, Heft 2, 1954, s. 53-56.

CAPODISTRIAS, Joannis :“Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung”, Festschrift für Hans Carl Nipperdey Zum 70. Geburtstag, C. II, 1965, s. 105- 127. (Streik und Zurückbehaltung)

CENGİZ, Tuğba :İşçinin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

CENTEL, Tankut :“Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 2, s. 19-22. (Kısmi Süreli)

CENTEL, Tankut :“Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 22, Y. 2011, s. 5-11. (İşçinin Borçları)

CENTEL, Tankut :“Türk Borçlar Kanunu’nda İşverenin Ücret Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 23, 2011, s. 5-14. (TBK’nda Ücret)

CENTEL, Tankut :İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal, İstanbul, 2020. (İş Güvencesi)

CENTEL, Tankut :İş Hukuku Cilt I – Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1994. (İş Hukuku)

CENTEL, Tankut :İş Hukukunda Ücret, Türkiye Denizciler Sendikası, İstanbul, 1987. (Ücret)

CENTEL, Tankut :Kısmi Çalışma, Kazancı, İstanbul, 1992. (Kısmi Çalışma)

CENTEL, Tankut :Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2021. (Sosyal Güvenlik)

- CIVAN, Orhan Ersun** :“İş Hukukunda Uzaktan Çalışma”, Legal İHSGHD, C. 7, S. 26, 2010, s.525-573.
- CIVAN, Orhan Ersun** :İşçinin Yan Yükümlülükleri, Beta, 2021. (Yan Yükümlülükler)
- CUMALIOĞLU, Emre** :TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- ÇABRİ, Sezer** :“Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlanan Sonuçlar”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 414-439.
- ÇELEBİ DEMİR, Duygu** :Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Adalet, Ankara, 2019.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment**:İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- ÇİL, Şahin** :“Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, S. 14, 2007/3, s. 57-79. (Fazla Çalışma)
- ÇİL, Şahin** :“İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: II, İstanbul, 2011, s. 1271-1300. (Ücretin Ödenmemesi)
- ÇİL, Şahin** :“Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 15, 2009, s. 70-88. (Yargıtay)
- ÇİL, Şahin** :İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010. (Ücret)
- ÇOBAN, Nazlı** :İş Hukukunda İşçi Sendikası Üyeliğinin Korunması, Seçkin, Ankara, 2019.
- DEĞER, Senem** :İşçinin Ücretinin Usûlünce Ödenmemesinin Hukukî Sonuçları, DOKUZ Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- DEHMEL, Florian** :Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung, Duncker&Humblot, Berlin, 2009.
- DEMİR, Fevzi** :“İş Hukukunda Ödenmeyen Ücret Faizinin Başlangıcı ve Faiz Oranları”, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 1, 2006, s. 75-87. (Ücret)
- DEMİR, Fevzi** :En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, 11. Baskı, Albi Yayıncılık, İzmir, 2018. (İş Hukuku)
- DEMİRBAŞ, Feride** :Kısmi İfa, Yetkin, Ankara, 2018.
- DİLİK, Sait** :Sosyal Güvenlik, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra**:“Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Der. M. Murat İnceoğlu, İstanbul, 2012, s. 297-336. (Hizmet Sözleşmesi)

- DOĞAN YENİSEY, Kübra**:“İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s. 63-81. (Eşitlik İlkesi)
- DOĞAN YENİSEY, Kübra**:“Yargı Kararları Işığında Bireysel İş İlişkisi Çerçevesinde İşçinin Hakları”, Emeğin Hukuku Kurultayı, 27-28 Mayıs 2015, TBB Yayını, Ankara 2016, s. 279-309
- DOĞAN YENİSEY, Kübra**:İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul, 2007.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra**:İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, 2014. (Emredicilik)
- DOĞRU, Osman/NALBANT, Atila** :İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, Legal, İstanbul, 2012.
- DULAY YANGIN, Dilek** :“Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, TAAD, Y. 3, S. 10, 2012, s. 205-236.
- DULAY, Dilek** :Evde Çalışma, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016. (Evde Çalışma)
- DURSUN ATEŞ, Sevgi** :İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin, Ankara, 2019.
- EDİS, Seyfullah** :“Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1, 1973, s. 169-196. (Takdir Yetkisi)
- EDİS, Seyfullah** :Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987.
- EKİN, Ayşegül** :Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Seçkin, Ankara, 2019.
- EKİNCİ, Murat** :“Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, s. 19-54.
- EKMEKÇİ, Ömer** :“4857 Sayılı İş Kanunu'nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine ilişkin Hükümler”, Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme 2003, s. 177-195. (İş Sağlığı)
- EKMEKÇİ, Ömer** :“Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, 2009, s. 19-28.
- EKMEKÇİ, Ömer** :Toplu İş Hukuku Dersleri, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra** :Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha, 3. Baskı, İstanbul, 2021.
- EKONOMİ, Münir** :“4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 3, s. 1-14. (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/739.pdf> E.T. 31.03.2020) (Fazla Çalışma)

- EKONOMİ, Münir** :“Telafi Çalışması”, Legal İHSGHD, S. 4, 2004, s. 1247-1260. (Telafi Çalışması)
- EKONOMİ, Münir** :İş Hukuku Cilt I Ferdi İş Hukuku, İ.T.Ü. Makina Fakültesi Ofset Atölyesi, İstanbul, 1987.
- ENGİN, E. Murat** :“Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İÜHFM, Cilt 61, Sayı 1-2, Y. 2003, s. 313-326.
- ENGİN, E. Murat** :“Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, 2007, s. 69-75.
- ENGİN, E. Murat** :“Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, Kamu-İş, C. 5, S. 3, Y. 2000, s. 269-287.
- ENGİN, E. Murat** :“Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2003, C. 5, S. 1, s. 77-94. (Kaçınma Hakkı)
- ENGİN, E. Murat** :Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993. (İşveren)
- EREN, Fikret** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 24. Baskı, Ankara, 2019.
- EREN, Fikret** :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 7. Baskı, Ankara, 2019. (Özel Hükümler)
- EREN, Fikret** :Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974. (Sorumluluk)
- EREN, Fikret** :Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975. (İlliyet Bağ)
- ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül** :İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Seçkin, İstanbul, 2020.
- ERNST, Wolfgang** :“Die Gegenseitigkeit im Vertragsvollzug”, Archiv für die civilistische Praxis, 1999/199, s. 485-524.
- ESENER, Turhan** :İş Hukuku, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- EVREN, Çınar Can** :“Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İÜHFM, Y. 2011, C. 69, S. 1-2 s. 967-1001.
- EYRENCİ, Öner** :“4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme”, Legal İHSGHD, S. 1, 2004, s. 15-56. (Değerlendirme)
- EYRENCİ, Öner** :“4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeler”, Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak,

- Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çeşme 2003, s. 152-177. (Ücret).
- EYRENCİ, Öner** :“Basın İş Hukuku’nda Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışmalar”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal, İstanbul, 2006, s. 73-83. (Fazla Çalışma)
- EYRENCİ, Öner** :Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, Mozaik Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra** :Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2020.
- FRIEDRICH, Hans-Peter** :Schweizerisches Zivilgesetzbuch Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Band I Einleitung und Personenrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1966.
- GERNHUBER, Joachim** :Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung; Pflichten und Strukturen; Drittwirkungen, Tübingen, 1989.
- GOLLUB, Frank** :Verzug und Zurückbehaltungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag, Hamm, 1989.
- GÖKÇEK KARACA, Nuray** :“Basın İş Kanunu’na Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma”, Kamu-İş Dergisi, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, C. 7, S. 2, 2003, s. 1-10. (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7224.pdf> E.T. 31.03.2020) (Fazla Çalışma)
- GÖKÇEK KARACA, Nuray** :“Gazetecilerin Tazminat Hakkı”, TÜHİS, C. 18, Şubat 2004, S.5, s. 1-16. (Tazminat Hakkı)
- GÖKÇEK KARACA, Nuray** :Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri), 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- GÖKÇEK KARACA, Nuray** :Gazetecinin Basın İş Kanunu’ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları – 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010. (Gazetecinin Hakları)
- GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem** :Sosyal Güvenlik Hakkı Açısından Yaşlı Bakımı, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- GÖKÇEOĞLU, Şebnem** :Sosyal Güvenlik Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1994.

- GÖKTAŞ, Seracettin** :“Basın İş Hukuku’nda İzin ve Dinlenme Süreleri”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal, 2006, s. 94-96. (İzin Süreleri)
- GÖKTAŞ, Seracettin** :Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Yetkin, Ankara, 2008
- GÖZLER, Kemal** :İnsan Hakları Hukuku, Ekin, 3. Baskı, Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal** :Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin, Bursa, 2019.
- GÖZLÜGÖL, Said Vakkas**:Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat** : Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1977.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz** :Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara, 2016.
- GSELL, Beate** :Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Kohlhammer Kommentar Schuldrecht 3/2 Band 5/2 §§320-327-Soergel Kommentar, 13. Auflage, Stuttgart, 2005.
- GÜLER, Mikdat** :“Ücret Borcundan Dolayı İşverenin Temerrüde Düşürülmesi”, Legal İHSGHD, C. 9, S.34, 2012, s. 149-159.
- GÜLMEZ, Mesut** :“İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, S. 25, 2010/2, s. 217-265.
- GÜLVER, Ender** :“Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, Legal İHSGHD, C. 8, S. 31, 2011, s. 999-1029.
- GÜLVER, Ender** :“Ücret Kesme Cezası”, Legal İHSGHD, C. 7, S. 28, 2010, s. 1367-1395. (Ücret Kesme)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** :Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- GÜNAY, Arkın** :Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, Legal, İstanbul, 2018.
- GÜNAY, Cevdet İlhan** :“Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2007, S. 6, s. 5-21. (Fazla Saatlerle Çalışma)
- GÜNAY, Cevdet İlhan** :“Hukuki Yönden Fazla Çalışma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 30, 2003, s. 24-36. (Fazla Çalışma)

- GÜNAY, Cevdet İlhan** :“İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması”, Kamu-İş, Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C. 6, S. 4, 2002, s. 1-27. (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/646.pdf> E.T. 20.04.2020) (Faiz)
- GÜNAY, Cevdet İlhan** :“Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 1, S. 1, Mart 2006, s. 36-52. (Ücret)
- GÜNAY, Cevdet İlhan** :“Ücretin Gününde Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 459-490. (Armağan)
- GÜNAY, Cevdet İlhan** :“Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2010, S. 20, s. 28-50. (Yıllık Ücretli İzin)
- GÜNAY, Cevdet İlhan** :İş Kanunu Şerhi Cilt I-II, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015. (Cilt I/Cilt II)
- GÜRZUMAR, Osman Berat** :“Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi Ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, GsÜHFD, Cilt I, 2004, s. 105-161.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk** :“İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren Vekili”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, Y. 1998, s. 465 – 486. (İşveren Vekili)
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk** :Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, 2020.
- GÜZEL, Ali** :“İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi”, Çalışma ve Toplum, Y. 2005, S. 2, s. 123-146.
- GÜZEL, Ali** :Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 301-425. (Değerlendirme)
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen** :Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- HATEMİ, Hüseyin** :Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- HAUSHEER, Heinz/JAUN, Manuel** :Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB, SHK - Stämpfli Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, 2003.
- HIRSİGER, René** :“Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und

- Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht”, SSA, Band/Nr. 72, Stämpfli, Bern, 2011, N. 364-461.
- İŞİK, Melih** :İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları (İİK M. 143, 105), On İki Levha, İstanbul, 2019.
- İPEK, Eyüp** :Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Seçkin, 2016.
- İSKENDER DEMİRCİ, Meryem** :Basın İş Kanunu’nda İşverenin Ücret Ödeme Borcu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- İZVEREN, Adil** :İş Hukuku I, II, III, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1974.
- İZVEREN, Adil** :Sosyal Politika ve Sosyal Haklar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968. (Sosyal Politika)
- JENS, Johannsen** :Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Teilleistungen, Berlin, 1936.
- JOCH, Axel** :Die Leistungsverweigerung im Arbeitsrecht, Berlin, 1974.
- KABAKCI, Mahmut** :“Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 21, Mart 2011, s. 127-140. (Bakiye Süre Ücreti)
- KABAKCI, Mahmut** :Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk, Beta, İstanbul, 2019.
- KABAKOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin** :“Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları ile Karşılaştırılması”, BÜHFD, Y. 2019, C. 14, S. 175-176, s. 887-916.
- KANDEMİR, Murat** :“Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları”, Legal İHSGHD, C. 8, S. 29, 2011, s. 11-42.
- KANDEMİR, Murat** :“Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları”, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 4, s. 183 – 211. (Çalıştırma Serbestisi)
- KANDEMİR, Murat** :İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011.
- KANGAL, Zeynel T. :** Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KANİTİ, Salamon** :Akdin İfa Edilmediği Def’i, Ahmed Said Matbaası, İstanbul, 1962.
- KAPLAN, Emine Tuncay** :“İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 2, Y. 2003, s. 2-16.

- KAPLAN, Emine Tuncay** :İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1992.
- KAR, Bektaş** :“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi”, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, Y. 2014, s.167-176. (TBK)
- KAR, Bektaş** :“Mevsimlik İş”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, Y. 1, Aralık 2006, s. 69-86. (Mevsimlik İş)
- KAR, Bektaş** :Deniz İş Hukuku, Yetkin, 3. Bası, Ankara, 2021.
- KAR, Bektaş/GÖKTAŞ, Seracettin** :“Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 6, Haziran 2007, s. 27-37.
- KARACAN ÇETİN, Hatice** :4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- KARACAN, Hatice** :“4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007, s. 1-19.
- KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe** :6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi”, Legal İHSGHD, C. 10, S. 38, Y. 2013, s. 83-148.
- KAYIRGAN, Hasan**:Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M** :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Han Kitabevi, Ankara, 2019.
- KIRCA, Çiğdem** :“Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 91-119.
- KIRSCHNER, Valentin** :“Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers”, DB 1961, s. 842-848.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** :Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017.
- KOÇ TANGÜN, Sedef** :“Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 40, 2008, s. 132-144.
- KOÇ, Nevzat** :İsviçre ve Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.
- KORKMAZ, Fahrettin/ALP, Nihat Seyhun** :Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- KORKUSUZ, M. Refik** :Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku'nda İşçilik Alacaklarının Korunması, Roma Yayınları, Ankara, 2004.

- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/KABUL, Sibel** :“4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma”, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 233-268.
- KULA, Ayşegül** :“Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümleri”, TBB Dergisi, S. 140, Y. 2019, s. 43-70.
- KURT, Hayrettin** :“İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, GÜHFD, Y. 2014, C. 18, S. 1, s. 131-178.
- KÜÇÜK, Doğukan** :Sendika Özgürlüğünün Güvencesi Bağlamında Sendikal Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- LIEBER, Viktor** :Einleitung, Art. 1-7 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. I/1, Auflage 3, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998.
- LINCK, Rüdiger/KRAUSE, Rüdiger/BAYREUTHER, Frank** :Kündigungsschutzgesetz Kommentar, Auflage 16, 2019.
- LÖWISCH, Manfred/SPINNER, Günter/WERTHEIMER, Frank** :Kommentar KSchG, Auflage 10, 2013.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami** :Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğitimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı, İstanbul, 1995.
- MANAV ÖZDEMİR, A. Eda** :“İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Beta, İstanbul, 2017, s. 123-178. (Ayrımcılık)
- MANAV ÖZDEMİR, A. Eda** :“Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması”, TİSK Akademi, C. 11, S. 21, 2016, s. 194-228.
- MANAV ÖZDEMİR, A. Eda** :Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi, Turhan Kitabevi, Ankara 2016. (Grev)
- MERCIER, Gregor** :Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin** :“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerin İncelenmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: I, İstanbul, 2011, s. 595-622.

- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş** :İş Hukuku (Genel Kavramlar ve Bireysel İş İlişkileri), 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014. (İş Hukuku 2014)
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş** :İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, Lykeion, 5. Baskı, Ankara, 2021. (İş Hukuku 2021)
- MUES, Werner M./EISENBEIS, Ernst/LABER, Jörg** :Handbuch Kündigungsrecht, Auflage 2, 2010.
- MUTLAY, Faruk Barış** : “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Ed. Tankut CENTEL, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.23-174. (Arabuluculuk)
- MUTLAY, Faruk Barış** :“İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum, S. 59, 2018/4, s. 2129-2154. (İşe İade Davası)
- MUTLAY, Faruk Barış** :Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, Beta, 2014.
- MUTLAY, Faruk Barış** :“4857 Sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı”, Legal İHSGHD, C. 16, S. 61, 2019, s. 39-79. (Deneme Kaydı)
- MUTLAY, Faruk Barış/İŞÇİ, Bülent Ferat** :“İşçilik Alacaklarının Muaccel Olduğu Anlar ve Zamanaşımı Süreleri ile Zamanaşımı Bakımından Özellik Arz Eden Bazı Durumların Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD, C. 16, S. 64, 2019, s. 1491-1582.
- NARMANLIOĞLU, Ünal** :“İş Kanunu’na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, Mart, 2010, s. 27-44. (Fazla Çalışma)
- NARMANLIOĞLU, Ünal** :“Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)”, DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, 2010 (Basım Yılı 2012), s. 607-633. (Kaçınma Hakkı)
- NARMANLIOĞLU, Ünal** :Grev, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No:14, Ankara, 1990. (Grev)
- NARMANLIOĞLU, Ünal** :İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, Beta. İstanbul, 2014. (İş Hukuku)
- NIKISCH, Arthur** :Arbeitsrecht - I. Band Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, Tübingen, 1961.

- ODAMAN, Serkan** :“Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2016, S. 36, s. 41-61.
- OĞUZ, Özgür** :“Anayasa Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Gazetecinin Fazla Çalışma Ücreti”, Legal İHSGHD, C. 15, S. 58, 2018, s. 395-418.
- OĞUZMAN, Kemal** :“Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmesi – Karar Hakkında Not (I)”, İHU İşK. 26 No. 1. (İHU)
- OĞUZMAN, Kemal** :“Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması”, İÜHFM, C. 32, S. 2-4, 1966.
- OĞUZMAN, Kemal** :Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi – İşletme İktisadi Enstitüsü 30. Yıl Yayınları No. 3, İstanbul, 1984. (İşçi-İşveren İlişkileri)
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami** :Medeni Hukuk, 27. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015. (Cilt I)
- ONARAN YÜKSEL, Melek** :Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, Beta, İstanbul, 2000.
- ÖRSEL, Sercan** :“İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Kavramı Üzerine Bir İnceleme”, Legal İHSGHD, C. 16, S. 62, 2019, s. 601-636.
- ÖZAY, Osman Levent** :Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- ÖZBEK, Oğuz** :Yorumları ve Yargıtay Kararlarıyla Deniz İş Kanunu, Beta, 2. Bası, İstanbul, 2003
- ÖZÇELİK, Şemsi Barış** :Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilememesi ve Mücbir Sebep Kayıtları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009.
- ÖZDEMİR, Erdem** :“İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜHFD, Y. 2005, S. 3, s. 95-120.
- ÖZDEMİR, Erdem** :İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta, İstanbul, 2006.
- ÖZEK, Çetin** :“Basın Hukukumuzda Göre Fikir İşçileri ile İşverenler Arasındaki Hukuki Münasebet”, İÜHFM, C. 28, S. 1, Y. 1962, s. 66-99.
- ÖZKARACA,ERCÜMENT** :“6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 173-215.

- ÖZKARACA,ERCÜMENT** :“İş Güvencesinin Kapsamın”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara, 2017, s. 33-66.
- ÖZKAYA ÖZLÜER, IGIN** :“İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/1, s. 141.
- ÖZTÜRK, TUBA** :İş Hukukunda Mücbir Sebep, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- ÖZVERİ, MURAT** :“Çalışma Süresi ve Gece Çalışması”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt I, Beta, 2010, s. 623-645.
- ÖZVERİ, MURAT** :“Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları”, Legal İHSGHD, 15, 2007.
- PEKCANITEZ, HAKAN/ATALAY, OĞUZ/ÖZEKES, MUHAMMET** :Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019.
- PEKCANITEZ, HAKAN/ÖZEKES, MUHAMMET/AKKAN, MINE/TAŞ KORKMAZ, HÜLYA** :Medeni Usul Hukuku, On İki Levha, 15. Bası, İstanbul, 2017. (Kısaltılmışı: Soyisim, Pekcanitez Usul)
- PEKMEZ, CÜNEYT** :Borcun İfa Edilmediği Def’i (Ödemezlik Def’i), On İki Levha, İstanbul, 2019.
- PREIS, ULRICH** :Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2021.
- PREIS, ULRICH/TEMMING, FELIPE**:Arbeitsrecht-Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Auflage, 2020.
- REHBINDER, MANFRED** :Schweizerisches Arbeitsrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999.
- REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ** :BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Stämpfli Verlag AG, 2010.
- REİSOĞLU, SEZA** :Hizmet Akdi Mahiyeti – Unsurları – Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 237, Ankara, 1968.
- RIEBLE, VOLKER/ SCHWARZE, ROLAND** :J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), 16. Auflage, 2020, Berlin, (SCHWARZE, Staudinger K.)

- RIEMER-KAFKA, Gabriela/KRENGER, Nicole Elischa** :Arbeitsrecht Kommentierte Tafeln, Stämpfli, Bern, 2012.
- SABUNCU, Yavuz** :Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2012.
- SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem** :“İşverenin Ödeme Aczi Halinde İşçilik Alacaklarının Korunması”, Prof. Dr. Sarper Süzek' e Armağan, C. 11, İstanbul 2011, 1447-1487.
- SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu** :“Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, Cilt 74, 2016, s. 617-643.
- SAYMEN, Ferit Hakkı** :Türk İş Hukuku, Hak Kitabevi, İstanbul, 1954.
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina** :Einleitung, Art. 1-9 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, BK - Berner Kommentar Band/Nr. I/1, Stämpfli Verlag AG, 2012.
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm/GAUCH, Peter/STAEHLIN, Adrian** :Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 2c, 3. Auflage, Zurich, 1984.
- SCHRANER, Marius** :Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK-Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, 3. Auflage, 2000.
- SCHWANDER, Ivo** :ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar, Auflage 3, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- SCHWARZE, Roland** :Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Auflage, De Gruyter, 2017. (Leistungsstörungen)
- SEELIG, Hart** :Die prozessuale Behandlung materiellrechtlicher Einreden – heute und einst, Carl Heymanss Verlag, 1980.
- SELİÇİ, Özer** :“Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, 1980, s. 61-69.
- SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay** :Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2020.
- SEROZAN, Rona** :Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt III, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016. (İfa)

- SEROZAN, Rona** :Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. (Dönme)
- SERT, Selin/ CİHAN, Ali Hulki** :“Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 2, Y. 2013, s. 901-918.
- SEVİMLİ, K. Ahmet** :4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Beta, İstanbul, 2019.
- SIMMEN, Robert** :Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), Stämpfli, Bern, 1981.
- SOYER, Polat** :“4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş, 2003, s. 12-36. (Konferans Notları)
- SOYER, Polat** :“Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi”, İş Hukuku Uygulaması İşK. 26 No. 1. (İHU)
- SOYER, Polat** :“Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2012, s. 165-203. (Hizmet Sözleşmesi)
- SOYER, Polat** :“Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 22, Haziran 2011, s. 12-21. (TBK Hükümleri)
- SOYER, Polat** :“İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı – Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, s. 657-689. (Kaçınma Hakkı)
- SOYER, Polat** :“İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, Cilt: II, Sayı: 2, 1981, s. 101-126.
- SOYER, Polat** :“Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İHSGHD, C. 1, S. 3, 2004, s. 797-808. (Fazla Saatlerle Çalışma)
- SÖZER, Ali Nazım** :İşçi, Bağımsız ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigorta Hukuku, Beta, İstanbul, 2019.

- STAEHELIN, Adrian** :Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR
Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht,
Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Auflage 4,
Schulthess Juristische Medien AG, 2006.
- STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger** :Arbeitsvertrag
Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Auflage 7, Schulthess
Juristische Medien AG, 2012.
- SUR, Melda** :“İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, A. Can Tuncay’a Armağan,
İstanbul, 2005, s. 395-414. (Kaçınma Hakkı)
- SUR, Melda** :Grev Kavramı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1987.
(Grev)
- SUR, Melda** :İş Hukuku Toplu İlişkiler, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2020.
- SÜMER, Haluk Hadi** :“Basın İş Kanununa Göre Fazla Çalışma”, Marmara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza
Okur’a Armağan, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 91-
- SÜMER, Haluk Hadi** :“Gazetecinin Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”, Sicil İş Hukuku
Dergisi, Y. 2011, S. 21, s. 100-115. (Gazetecinin Ücreti)
- SÜMER, Haluk Hadi** :“İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e
Armağan C. 2, Beta, İstanbul, 2011, s. 1623-1664
- SÜMER, Haluk Hadi** :Bireysel Basın İş Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020. (Basın İş
Hukuku)
- SÜMER, Haluk Hadi** :Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- SÜZEK, Sarper** :“İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, Dokuz Eylül
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 0, Y. 2007, s. 115-133.
(Askı ve Ücretsiz İzin)
- SÜZEK, Sarper** :“İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması”, Münir
Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara, 1993, s. 129-137.
(Düzenleme Boşlukları)
- SÜZEK, Sarper** :“İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”, AÜHFD, C. 56,
S. 4, 2007, s. 207-221. (Ücretin Ödenmemesi)
- SÜZEK, Sarper** :“İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve
Yükümlülükleri”, Legal İHSGHD, S. 6, 2005, s. 609-622.
- SÜZEK, Sarper** :“İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2008, S.
12, s. 24-38. (Eşit Davranma)

- SÜZEK, Sarper** :İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara, 1989.
- SÜZEK, Sarper** :İş Hukuku, 18. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.
- ŞAHİN EMİR, Asiye** :İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ŞAHLANAN, Fevzi** :“İşe İadesine Karar Verilen İşçinin Grevdeki İşyerine İşe Başlatılma Talebi”, Tekstil İşveren Dergisi, Y. 2014, S. 89, Temmuz-Ağustos, s. 2-4. (Çalıştırmama Hakkı)
- ŞAHLANAN, Fevzi** :“Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Borcunu Yerine Getirmeme”, Tekstil İşveren Dergisi, S. 342, Eylül 2008, s. 2-8. (Ücretin Ödenmemesi)
- ŞAHLANAN, Fevzi** :Toplu İş Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- ŞEN, Ersan** :“İdari Ceza Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Temmuz 1994, S.8, s. 21-50.
- TALAS, Cahit** :Sosyal Ekonomi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- TANDOĞAN, Haluk** :Türk Mes’uliyet Hukuku, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi** :1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- TANRIVER, Süha** :Medeni Usul Hukuku Cilt I, Yetkin, Ankara, 2016.
- TAŞKENT, Savaş** :“Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2011, S. 21, s. 15-24.
- TAŞKENT, Savaş** :“İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 3, s. 20-28. (Askı)
- TAŞKENT, Savaş** :İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981. (İşveren)
- TEKBEN, Tuğçe** :“Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, 2016, s. 2597-2621.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla** :Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TOKA, Hakan** :İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

- TOPÇUOĞLU, Metin** :“Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, 2011, s. 27-70.
- TOPUZ, Murat** :“4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş K. m.34 ve m.38)”, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, MLÜHFD, S.2, İstanbul 2007, s. 457-496.
- TOPUZ, Murat** :“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 2013, s. 293-356. (Pazarlamacılık)
- TUAÇ YILMAZ, Pelin** :“Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2020, S. 43, s. 254-273.
- TULUKÇU, Nezihe Binnur**:İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012. (Dinlenme Hakkı)
- TULUKÇU, Nezihe Binnur**:İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Seçkin, 1. Baskı, Ankara, 2017.
- TUNCAY, A. Can** :“Kurumun İşverene Rücuu – Olayda Kaçınılmazlık Durumu” Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 4, s. 183-188.
- TUNCAY, A. Can** :“Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento İşveren, S. 2, C. 26, Mart 2012, s. 4-17.
- TUNCAY, A. Can** :“Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün İptali – Ücretlerin Zamanında Ödenmemesi Nedeniyle İşbaşı Yapmama”, İş Hukuku Uygulaması TSGLK. 19, No. 2. (İHU)
- TUNCAY, A. Can** :“Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Legal İHSGHD, Y. 2005, S.6, s. 649-654. (Kaçınma Hakkı)
- TUNCAY, A. Can** :İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982. (Eşit Davranma)
- TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer** :Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2021.
- TUNCAY, A. Can/SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu** :Toplu İş Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- TUNÇOMAĞ, Kenan** :Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976. (Genel Hükümler)
- TUNÇOMAĞ, Kenan** :Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977. (Özel Hükümler)

- TUNÇOMAĞ, Kenan** :İş Hukuku Cilt I, 4. Bası, İstanbul, 1986. (Cilt I)
- TUNÇOMAĞ, Kenan** :İş Hukukunun Esasları, Beta, İstanbul, 1988. (Esaslar)
- TUNÇOMAĞ, Kenan** :Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beta, İstanbul, 1990.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut** :İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
- UÇUM, Mehmet** :Yeni İş Kanunu Semineri Notları, Legal, 2003.
- UÇUM, Mehmet/KARATAŞ, Hüseyin** :“Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu – Basın İş Kanunu Karşılaştırması”, Legal İHSGHD, Y. 2007, S. 14, s. 575-604.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz** :İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta, İstanbul, 2019.
- ULUCAN, Devrim** :“Basın İş Hukukunda Ücret ve Hükümleri”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları – Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal, İstanbul, 2006, s. 37-53. (Basın İş Hukuku)
- ULUCAN, Devrim** :“İş Mücadelesinin Hizmet Akdine Etkisi”, İş ve Hukuk Dergisi, C. II, S. 2, Nisan-Haziran, 1992, s.165-179.
- ULUCAN, Devrim** :“Ücreti Zamanında Ödenmeyen Gazeteciye Geciken Her Gün İçin Ödenmesi Gereken Yüzde Beş Faizin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu”, Legal İHSGHD, S. 6, Y. 2005, s. 528-533. (Gazeteci)
- ULUCAN, Devrim** :“Ücretlerin Ödenmemesi Nedeni ile Greve Gitmenin Yasa Dışı Grev Sayılması”, İş Hukuku Uygulaması, TSGLK. 19, No. 4. (İHU)
- ULUSAN, İlhan** :Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1992.
- UŞAN, Fatih** :“Çıraklık Sözleşmesi-Kıdem Tazminatı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 1999, s. 385-390. (Çıraklık-Kıdem)
- UŞAN, Fatih** :Çıraklık Sözleşmesi, Mimoza Yayınevi, Konya, 1994.
- UŞAN, Fatih/ERDOĞAN, Canan** :İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2021.
- UŞAN, Fatih/KAYA, Cemil** :“Danıştay Kararları Işığında Bakanlar Kurulunun Grev Ertelemesi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta, C. 2, 2011, s. 1721-1741.
- UZUN, Bekir** :“Yeni İş Yasası Semineri”, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2004, s. 16-182.
- ÜÇER, Mehmet** :Alacaklının Temerrüdü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

- ÜNAL, Canan** :“Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD, C. 10, S. 37, 2013, s. 15-73.
- ÜNYILMAZ, Habip** :“Kabahatler Hukukunda Kanunilik İlkesi”, Kabahatler Hukuku Yazıları 1, Editör: Zeynel Kangal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah** :“Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı”, BÜFHD, Y. 2018, C. 13, S.169-170, s. 203-256.
- VISCHER, Frank/MÜLLER, Roland M.** :Der Arbeitsvertrag, Auflage 4, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold** :Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1984.
- WEBER, Rolf H.** :Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, 2005.
- WULLSCHLEGER, Paola** :Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016.
- YADIMCIOĞLU, Didem** :Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- YAMAN, Rabiye** :“İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, İÜHFM, C. 74, Y. 2015, s. 761-783
- YAVUZ, Cevdet** :Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, 15. Baskı, İstanbul, 2015.
- YAZGAN, Turan** :Sosyal Sigorta, Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, İstanbul, 1977.
- YENER, Mehmet Zahid** :İş Sözleşmesinde İş Görme ve Ücret Ödeme Borçlarında Temerrüt, Yetkin, Ankara, 2020.
- YILDIZ, Gaye Burcu** :“Mevsimlik İş Sözleşmesi”, LEGAL İHSGHD, C. 7, S. 25, 2010, s. 41-58.
- YILDIZ, Gaye Burcu** :İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, Ankara, 2008. (Eşit İşlem)
- YILMAZ, Ejder** :“Genel Kanun – Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 22, Haziran 2011, s. 22-31.

- YİĞİT, Esra** :Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- YORULMAZ, Çiğdem** :İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Halinde İşçilik Alacaklarının Korunması, Yetkin, Ankara, 2020.
- YORULMAZ, Çiğdem** :Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Yetkin, Ankara, 2008.
- YUVALI, Ertuğrul** :“Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış”, Kamu-İş, C. 10, S. 4, 2009, s. 55-83.
- YÜCE, Melek Bilgin**:Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, 2015.
- YÜREKLİ, Sabahattin** :Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin, Ankara, 2016.
- ZENGİN, İbrahim Çağrı** :Pazarlamacılık Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul, 2013.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre** :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- ZEYTİNOĞLU, Emin** :İş Paylaşımı, (Job Sharing), Alfa, İstanbul 2000.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı	Bülent Ferat İŞÇİ
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Şanlıurfa ÇEAŞ Anadolu Lisesi
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü, 2012
Yüksek Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2016
Tez Konusu	Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti
Yabancı Diller	İngilizce, Almanca
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2013-devam ediyor)