

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İŞÇİNİN ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ DURUMUNDA
ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

Kurtuluş FIRAT

Danışman
Doç. Dr. Murteza AYDEMİR

İZMİR - 2019

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İŞÇİNİN ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ DURUMUNDA
ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

Kurtuluş FIRAT

Danışman
Doç. Dr. Murteza AYDEMİR

İZMİR – 2019

YÜKSEK LİSANS TEZ ONAY SAYFASI

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak Sunduğum” **İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**” adlı çalışmamın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığı ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

09/07/2019

Kurtuluş FIRAT

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Durumunda Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Kurtuluş FIRAT

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı

Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Programı

Ücret, işçinin emeğinin karşılığıdır ve yaşamını idame ettirebilmesi için geçim kaynağıdır. Çalışma yaşamında işverenlerce çoğu kez işçilerin ücret ödemeleri günlerce aksatılmaktadır. Yeni İş Kanunu'nun getirmiş olduğu, çalışmaktan kaçınma hakkı işçilerin işveren karşısında elini daha da güçlendirmiştir, işveren için bir yaptırım söz konusudur. Kanun, ücreti ödenmeyen işçiye iş sözleşmesini haklı sebeple fesih hakkı da vermiştir. Çalışmamızın konusu, İş Kanunu'nun 34.maddesinde düzenlenmiş olan ücretini zamanında alamayan işçiye iş sözleşmesini fesih etmeden verilmiş olan çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Bu hak dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerektiği gibi aynı zamanda işçinin kendi iradesine dayanmalı, kollektif bir karara dayanmamalıdır. Bu hakkı grev kavramından ayıran hakkın kullanımının bireysel tercihe göre kullanılmasıdır. Çalışmamızda ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı gerek İş Kanunu, gerek Borçlar Kanunu ve Yargıtay, doktrin görüşleriyle birlikte detaylı olarak yorumlanmış, bütün olarak incelenmiştir. Ücret kavramı, çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliği koşulları ve sonuçları değerlendirilerek bütün olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşçinin çalışmaktan kaçınması, Ücret, Çalışma zamanı, İşveren, Yargıtay Uygulamaları.

ABSTRACT

Master Thesis

The Right Of Avoiding Working In Case Of Not Paying The Labour Wages

Kurtuluş Fırat

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Labour Economy and Industrial Relations Administration

Labour Economy and Industrial Relations Program

The salary is the response of workers' working time. The worker goes on living by this salary. In work life, workers' salaries generally aren't paid orderly by the employers. The new Labor Law includes that the workers aren't forced to work if their salaries aren't paid. Workers have an avoidance justice from work. In this condition, the workers are powered more than the old situation against employers. This is a sanction for employers. The statutory wage which has not been paid to the employee, has given the right to terminate the employment contract for a good reason. The subject of our work is the right to refrain from working without terminating the employment contract, which is given to the worker who cannot get his wages on time, as stated in article 34 of the labor law. This right shall be practiced in accordance with the rules of honesty and goodwill and at the same time shall be based on the worker's own will and not on a collective decision. What separates this right from the strike is that the right is not practiced according to individual preference. In our study, the right of the unpaid worker to refrain from working was interpreted in detail with the views of both the labor law and the law of obligations, the Supreme Court and the doctrine. The concept of remuneration has been evaluated within the framework of the legal nature, conditions and consequences of the right to avoid employment, and it has been tried to be explained in detail.

Keywords: Workers' avoidance justice, Salary, Working time Employer, Applications of Supreme Court.

**İŞÇİNİN ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ DURUMUNDA
ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI**

İÇİNDEKİLER

YÜKSEK LİSANS TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**ÜCRET KAVRAMI, ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI KAVRAMI,
ÜCRETİN ÖDENMEMESİ DURUMUNDA İŞÇİNİN YASAL HAKLARI**

I. ÜCRET KAVRAMI	2
A. Genel Olarak Ücret Kavramı	2
B. Ücretin Ödenme Zamanı	6
C. Ücrete İlişkin Zamanaşımı	7
D. Ücretin Korunması ve Güvencesi	8
E. İşverenin İş Kabulde Temerrüdü Nedeniyle Ücret Ödenmesi	10
II. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI KAVRAMI	11
A. Genel Olarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Kavramı	11
B. İşçiye Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Veren Yasal Düzenlemeler	14
1. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı	15

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerinin Alınmaması Nedeniyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınması	16
III. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ DURUMUNDA İŞÇİNİN YASAL HAKLARI	18
A. Aynen İfayı İsteme Hakkı	18
B. Faiz İsteme Hakkı	18
C. İş Sözleşmesini Feshetme Hakkı	21
D. Tazminat İsteme Hakkı	24
E. İdari Para Cezası	24

İKİNCİ BÖLÜM

ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

KAPSAM VE SINIRLARI

I. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	25
A. Genel Olarak	25
B. Karşılıklı Sözleşmelerde İfa Sırası	26
C. Ödemezlilik Def'i	28
1. TBK. m.97'de Düzenlenen Hükümün Önemi ve Fonksiyonu	28
2. Ödemezlilik Def'inin Şartları	29
a. Karşılıklı Edimleri İçeren Sözleşme Söz Konusu Olmalıdır	29
b. Karşılıklı Her İki Borçta Doğmuş Olmalı ve Sükut Etmemiş Olmalıdır	32
c. Önceden İfa Yükümlülüğü Bulunmamalı	33
d. Her iki Tarafın Alacağı da Muaccel Olmalıdır	34
e. Karşı Taraf Borcunu İfa Etmediği Gibi, İfasını da Teklif Etmiş Olmamalıdır	35
3. Ödemezlilik Def'inin Kullanılması Tarzı ve Kullanılmasının Hükümü	35
D. Alacaklının Temerrüdü	37
1. Genel Olarak	37
2. Alacaklının Temerrüdünün Şartları	39
a. İşçinin, İşin İfasını Teklif Etmesi	39

b. Alacaklının Teklif Edilen İşin İfasını, Haklı Bir Neden Olmaksızın Reddetmesi (Kabulden Kaçınması)	40
3. Alacaklı Temerrüdünün Sona Ermesi	43
II. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN KAPSAM VE SINIRLARI	44
A. Genel Olarak	44
B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Ücret Kapsamında Getirdiği Düzenlemeler	45
C. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Yargıtay ve Doktrin Görüşleri Işığında Değerlendirilmesi	47

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKINI KULLANABİLMESİ KOŞULLARI, SONUÇLARI VE ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ SONA ERMESİ

I. İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KOŞULLARI	53
A. İşçinin Ödenmesi Gereken Ücret Alacağıın Olması	53
B. Ücret Ödenmesinin Bir Süre Gecikmesi	54
1. Ücret Ödenmesinin Yirmi Gün Geciktirilmesi	54
2. Yirmi Günlük Sürenin Niteliği ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılmasına Etkisi	55
C. Mücbir Sebep Olmayan Bir Sebepden Dolayı Ücretin Ödenmemiş Olması	57
1. Mücbir Sebep Kavramı	57
2. Mücbir Sebep ile Umulmayan Hal, Olağanüstü Hal Kavramlarını Benzerlik ve Farklılıkları	60
D. İşçinin Kişisel Kararı İle İş Bırakması	62
1. İşçinin İş Fiilen Bırakması	62
2. İş Bırakmanın İşçinin Kişisel Kararına Dayanması ve İş Bırakmanın Grevle İlişkisi	64
3. İş Görmekten Kaçınma-Hak Grevi İlişkisi	67

E. İşçinin Çalışmama Hakkını İşverene Bildirmesi	68
II. İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKINI KULLANMASININ SONUÇLARI	71
A. İş Sözleşmesinin Durumu	71
1. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Kavramı	71
2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı İle İş Sözleşmesinin Askıda Olmasının Karşılaştırılması	72
B. İş Görmekten Kaçınılan Sürede İşçiye Ücret Ödenip Ödenmeyeceği Sorunu	74
1. Genel Olarak	74
2. Ücretin Ödenmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması	76
3. Öğreti Görüşleri	78
4. İşçinin Çalışmaktan Kaçındığı Dönem için Ücret Ödenmesi Hakkındaki Görüşümüz	80
C. Çalışmaktan Kaçınan İşçinin Sözleşmesinin Feshedilememesi	82
D. Çalışmama Hakkını Kullanan İşçilerin Yerine Başka İşçi Alınmaması	83
III. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ SONA ERMESİ	85
SONUÇ	86
KAYNAKÇA	91

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ay	Anayasa
Bil.Kom	Bilim Komisyonu
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn	Dipnot
E	Esas
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İHU	İş Hukuku Uygulaması
İsv. BK	İsviçre Borçlar Kanunu
İşK.	İş Kanunu
Karar	Karar
Kşz.	Karşılaştırınız
Legal İHSGHD	Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	Madde
M.K	Medeni Kanun
No	Numara
RG	Resmi Gazete
s	Sayfa
S	Sayı
Söz	Sözleşme
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİS	Toplu İş Sözleşmesi

TSGLK

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu

Vb

Ve benzeri

Vd.

Ve

devamı

GİRİŞ

İş akitleri, iki tarafa borç yükümlülüğü getirmiş olan sözleşmelerdendir. İşçi iş görme, işveren işçinin ücretinin ödemekle yükümlüdür. Edimler ifa zamanı geldiğinde yerine getirilecektir. Kendi edimini ifa eden veya ciddi bir şekilde ifasını teklif eden karşı taraftan edimini ifa etmesini talep edebilecektir. İşçinin iş görmesi sonucunda işverenin ücret ödeme borcu muaccel olmaktadır. İşveren ücreti ödemezse işçi de kendi edimi olan iş görme borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir.

Ücret uluslararası sözleşmeler ve Anayasamızca teminat altına alınmıştır. Angarya yasaklanmış belirli bir miktarın altında ücret verilmesi yasalarca engellenmiştir. Ücretin zamanında ödenmemesi nedeniyle işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi dilerse eda davası açıp alacağını faiziyle birlikte işverenden talep edebilecektir. Çünkü ücret çalışanın yaşamını idame ettirebilmesi için geçim kaynağıdır. Çalışma yaşamında zaman zaman işçinin ücreti ödeme zamanı uzun süre aksatılarak ödeme yapılmaktadır. İşveren karşısında sadece emeği ile var olan işçinin korunması gerekmektedir. İş yasalarının düzenlenmesinde bu gerekçe hakimdir. İşte işçiyi daha da korunur hale getirmek, işverenin keyfi bir şekilde ücret ödememesini engellemek için, zamanında ücretini alamayan işçiye çalışmama hakkı getirilmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmuş olup, öncelikle ücret kavramı ve çalışmaktan kaçınma hakkı kavramları genel olarak açıklanacak, ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma dışındaki diğer yasal hakları incelenecektir.

İkinci bölümde, çalışmaktan kaçınmanın hukuksal yansıması, kapsamı ve durumu irdelenecek, bu bölümde "ödemezlik def'i", alacaklının temerrüdü düzenlemeleri incelendikten sonra Yargıtay'ın uygulamaları ile öğretinin görüşlerine yer verilecektir.

Üçüncü bölümde ise, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesinin koşulları ile hakkın kullanılmasının sonuçları, Yargıtay ve öğreti görüşleri ile desteklenerek incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÜCRET KAVRAMI, ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI KAVRAMI, ÜCRETİN ÖDENMEMESİ DURUMUNDA İŞÇİNİN YASAL HAKLARI

I. ÜCRET KAVRAMI

A. Genel Olarak Ücret Kavramı

İş akdi, işin, hizmetin bedel ödenmesi karşılığında devamlı surette ifa edilmesine yöneliktir. Nitekim iş (çalışma) ilişkisi, 4857 sayılı yasanın 2. maddesinde işçi ile işveren arasında kurulan ilişki olarak tanımlanmıştır. Diğer taraftan 8.madde ile iş sözleşmesinin tanımında işçi açısından bir alacak kabul edilen ücret, işveren yönünden borç olduğu düzenlenerek, ücretin iş sözleşmesinin temel bir unsuru olduğunun altı çizilmiştir¹. İşK.m.8 de “İşçiye iş görmeyi, işverene işin karşılığında ücreti ödemeyi yükümlülük olarak getiren sözleşme olduğu vurgulanmıştır.” “1475 sayılı yasa “ hizmet sözleşmesiyle çalışma karşılığında ücret alan kişiyi işçi olarak tanımlarken”², 4857 sayılı yasada“hizmet sözleşmesi” değil “iş sözleşmesi” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.³.

İş sözleşmesinin tanımında işçinin, sözleşme tarafı olan işverenin işi yapması, işi kendi nam ve hesabına değil de işverene bağımlı olarak yapması, işverenin de yapılan bu işe karşılık ücret ödemesini kapsayan bir sözleşme olduğu belirtilmiştir⁴. Ücretin bir iş karşılığı olması önemli bir unsurdur. Ücretin iş sözleşmesinin vazgeçilmez unsuru olmasında gerektiğinde devletin müdahale yoluna gitmesi veya TİS ile koruma altına alınması açısından değer taşıdığı belirtilmiştir⁵.

Türk Borçlar Kanunu, hizmet sözleşmesini 393/1 hükmünde “İşçinin belirli ya da belirsiz süreyle işverene bağımlı kalarak iş görmeyi, bunun karşılığında işverenin ise işçiye yapılan işe ya da zamana göre ücret ödemeyi yüklediği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.818 Numaralı Borçlar Kanunu’nda bağımlılık

¹ Kemal Öcal Evren, **İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması**, Seçkin Ankara, 2007, s.19.

² Memduh İlhami Yelekcı, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara, 2002, s.3.

³ Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi, **Legal Hukuk Dergisi**, Haziran 2003, Sayı 6, s. 1386.

⁴ Müjdat Şakar, **İş Hukuku Uygulaması El kitabı**, İstanbul 2000, s.80.

⁵ Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 11. Baskı, İstanbul, 1992, s.108.

unsuruna yer verilmemişti ve bu durumun eksiklik olduğu ⁶eleştirisi yapıyordu. Neyse ki 6098 Numaralı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda bağımlılık unsuru düzenlenmiştir. İşçinin hakkı kabul edilen ücret, işveren açısından borçtur. Ücret söz konusu olmaksızın, işçi işveren ve dolayısıyla iş sözleşmesi düşünülemez⁷. Ücret var olan bir iş ilişkisi için ödenmektedir ancak ücreti sadece emeğin karşılığıymış gibi düşünmek doğru olmaz. Zira işçinin ücret hak etmiş olması için mutlak çalışmış olması şart değildir, çalışma gücünü işveren için hazır bulundurması gerekli olduğu gibi bu durum yeterli kabul edilmelidir. Çünkü işçi, çalışmaya hazır olarak işverenin emri altında bulunmaktadır.

İş mevzuatımız uyarınca işçi, kendisinden kaynaklanmayan nedenler, genel tatil, hafta tatili, yıllık izinli olduğu gibi yasaca düzenlenmiş belirli hallerde çalışmasa ve işverenin emrinde bulunmasa dahi ücreti hak eder. Gerçekten ücret bir karşılıktan (ivaz) ibaret değildir, onda geçimini sağlama niteliği vardır. Bu nedenle işçinin hastalığı sırasında veya izinli iken almış olduğu paralar dahi gerçek anlamda bir ücrettir. Yoksa hastalık ya da izin tazminatı değildir. İşçi iş görmüş olsun veya olmasın iş ilişkisi dolayısıyla işçiye sağlanan tüm çıkarlar ilke olarak ücret kavramına dahil bulunmaktadır⁸.

Ücret, sadece ekonomik değil; aynı zamanda sosyal bir olgu olarak da kabul edilir. Gerçekten ücretin kaynağını oluşturan emek, önceleri sıradan bir şey veya mal olarak görülse de günümüzde ise emek bu basit yaklaşımdan kurtulmuş, saygı duyulması gereken insan hakkı olarak kabul edilmiş ve ücretin sosyal yanı özümsemiştir.⁹T.C. Anayasa'sı 55/1 hükmüyle ücretin emek karşılığı olduğu tanım olarak getirilmiştir.

“Ücret”, üretimde tasarruf hakkı bulunanlarla iş gücünü sunanlar arasında gerek ferdi gerek toplu seviyede, bağımlı bir çalışmanın karşılığı olarak önceden karar verilmiş bir bedeldir¹⁰.

Ücret, ekonomik bakımdan işçi yönünden gelir, işveren yönünden gider olarak görülse de ücret sosyal açıdan işçinin ve onun ailesinin yegane gelir kaynağı

⁶ Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2002, s.305.

⁷ Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara 1978,4.Bası, s.530.

⁸ Çenberci, s.531-532.

⁹ Centel Tankut, İş Hukukunda Ücret, **Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi**, No.9, Yalçın Ofset, İstanbul, 1987, s.45.

¹⁰ Orhan Yalçıntaş ve Nevzat Tuna, **Sosyal Siyaset**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.84.

olduğundan, ücretin ödenip ödenmemesi veya işçi açısından yeterli olup olmamasının toplumsal hareketlere yön verebilme niteliği bulunmaktadır.¹¹

4857 sayılı İş yasası ücreti, “genel olarak ücret, bir kişiye yapmış olduğu çalışma karşılığında işveren ya da üçüncü kişi, tarafından para ile ödenen bedel”, şeklinde tanımlamıştır. Doktrinde benzer tanımlar yapılmıştır. Ücret, çalışma karşılığı olarak işveren tarafından işçiye belirli periyotlarla ödenen para yada parasal değeri olan hizmetlerden meydana gelen gelir¹².şeklinde tanımlandığı gibi,işveren ya da üçüncü kişiler tarafından nakit olarak ödenen bedel¹³şeklinde de kabul görmüştür. İşverenin, belirli bir işin karşılığı olarak saatlik, gündelik, haftalık, aylık ya da üretim miktarı başına çeşitli biçimlerde işçiye yaptığı ödemelerden meydana gelen gelir şeklinde de tanımlanmıştır¹⁴.

Ücret geniş ve dar kapsamlı olarak değerlendirilmektedir. Dar kapsamlı ücreti Yargıtay , “asıl ücret”, olarak tanımladığı gibi “kök ve çıplak ücret”, olarak da kararlarında açıklamıştır. Genel anlamda ücretten kasıt dar kapsamlı ücrettir. Geniş kapsamlı ücret, asıl ücretin yanında ona eklenen fazla çalışma, tatil ücretleri, ikramiye, yeme-içme, giyinme, gibi çeşitli şekillerde asıl ücrete ilave edilen yan ödemeleri de kapsamaktadır¹⁵.

İş Kanunu, iş sözleşmelerinde işçinin ücretinin yanında yasanın vermiş olduğu parasal değeri olan ve işçinin menfaatiyle ilgili tüm ödemelerin eksiksiz ödenmesi gerektiğini zorunlu kılarak geniş ücreti bir bakımdan koruma altına almıştır.(m.32) Geniş kapsamlı ücret için, 1475 sayılı İş Kanunu zamanında, kanunun açıkça belirttiği durumlarda ücretin söz konusu olabileceği, Yargıtay’ca bir kararında belirtilmiştir¹⁶.

Resmi Gazetede 08.05.2008 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, iş yasasının 32.maddenin ikinci fıkrasına ücret kelimesinden sonra “ikramiye,prim ve benzer niteliğe sahip istihkak” ibaresi

¹¹ Evren, s.19.

¹² Cahit Talas, **Sosyal Ekonomi**, Ankara, 1976, 4. Baskı, s.13.

¹³ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2003,s.717

¹⁴ Faruk Andaç, **İş Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.108.

¹⁵ Şahin Çil, **İş Kanunu Şerhi**, 2.Cilt, 2.Baskı, Ankara 2007, s.2148.

¹⁶ Yarg. 9. H.D, 29.01.1987, E.706, K.806, “ Geniş ücret, yalnızca ihbar ve kıdem tazminatı için geçerlidir, bunların yanında fazla mesai, tatil,izin ücretleri gibi alacaklarda çıplak brüt ücret üzerinden hesaplama yapılmalıdır.(Ünal Narmanlıoğlu,**İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 3.Bası, İzmir 1998,s.215)

eklenmek suretiyle ücretin geniş olarak ele alınması gerektiği açıklanmıştır¹⁷.

İş sözleşmesinin asli ve vazgeçilmez unsurlarından olan ücret kavramına ,işçi menfaatine ve parasal değeri olan sözleşmeden ya da yasadan kaynaklanan işçiye verilen ya da verilmesi gereken soysal yardımlarla birlikte menfaatlerin tamamı dahil kabul edilmiştir. Bundan dolayı, geniş anlamlı ücret, ödenmesi gerektiği zamanda değil ya da eksik olarak ödenmişse işçi iş sözleşmesini hakkı nedenle ortadan kaldırabilir, fesih hakkını kullanabilir¹⁸.

Doktrinde ücretin nakden değil de aynı olarak ödenme ihtimalinin, işverenin ödemekle yükümlü olduğu asıl ücret için değil sadece yan menfaatler ve ücret eklerinde mümkün olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁹Kanımızca bu yaklaşım doğrudur. Zira işveren karşısında zayıf konumda olan tek gelir kaynağı almış olduğu ücret olan çalışanın asıl ücreti nakden ödenmezse çalışanın hayatını idame ettirebilmesi mümkün olamayacaktır. 4857 sayılı İş yasasının gerek 2. gerek 8. maddeleri beraber incelendiğinde, işçinin tanımında gerçek bir kişi olması gerektiği açıklanmıştır. Dolayısıyla iş ilişkisinde işçinin gerçek bir kişi olması gerektiği ve bunun sonucunda çalışanın hak etmiş olduğu ücreti sadece gerçek kişiye ödenmesinin mümkün olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.²⁰ İşçi, iş görme borcunu bizzat kendisi yerine getirmekle sorumludur.

Ücret yasa gereği iş karşılığında ödendiğine göre, öncelikle işçi yapması gereken işi veyahut hizmeti yerine getirecek, yapacak sonrasında ücretini alacaktır²¹. İş, sözleşmenin diğer yanı için ekonomik değer ifade eden her çeşit faaliyet olarak kabul edilmektedir. Bundandır ki iş, bedeni olarak yapılabilmesinin yanında fikir bazında ya da fikir ve bedenî olarak birlikte yerine getirilebilecektir.²².

Yapılan iş karşılığında lehine menfaat oluşan işveren için karşı yükümlülük olarak ücret ödeme borcu doğmaktadır. Açıklandığı üzere ücret işverence bizzat ödeneceği gibi üçüncü kişilerce de ödenebilir. Yapılan ödeme iş ilişkisine bağlı ve gerçek bir kişinin çalışması sonucunda işten yarar elde eden gerek işveren gerekse

¹⁷ Nüvit Gerek, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yapılan son değişiklikler, **Mess Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2008, S.11, s.15.

¹⁸ Cevdet İlhan Günay, Ücret ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları, **Mess Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2006, S.1, s.41.

¹⁹ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 2.Bası, İstanbul 2005, s.292.

²⁰ Evren, s.20.

²¹ Evren, s.20.

²² Ünal Narmanlıoğlu, **Ferdi İş İlişkileri**, İzmir,1998, s.134.

üçüncü kişiler tarafından yerine getiriliyorsa hukuken ücret olarak nitelendirilmesi gerekir.²³

Ücretin üçüncü kişilerce ödenmesi genelde işverenlerin bahşiş adı altında ücretin ödenmesini müşterilere yansıttığı durumlarda olur. Üçüncü kişilerce yapılan ödemeler asgari ücretin altında kalıyorsa işveren bu miktarı tamamlamakla ücret ödeme borcundan kurtulur²⁴.

İş sözleşmelerinde, işçi tarafının sözleşmeden umduğu ve beklediği yapmış olduğu ya da yapacağı işin karşılığında para almaktır. Dolayısıyla yapılan çalışma veya verilen hizmetin sonucunda işverence para ödenmelidir.²⁵ Para ile ödenmesi hükmünün kanuna konuluş sebebi, işverenin paradan başka ödemelerle işçinin menfaatlerini zarara uğramasını önleme, işçiyi koruma düşüncesidir²⁶. Ücret, işyerinde veya özel olarak açılmış banka hesabına prim ikramiye gibi her çeşit ekleriyle birlikte para ile ödenir. Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış olsa da ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılacaktır, ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir.²⁷ İşveren ispat için banka kayıtları, imzalı hesap pusulası gibi her türlü delilden yararlanabilir. İmzalı belge de olsa anlaşmazlık durumunda tanık ifadeleri ile belgedeki ücret miktarı arasında önemli farklılıklar varsa meslek kuruluşlarından sorulmak suretiyle gerçek ücretin araştırılması gerekir.²⁸

B. Ücretin Ödenme Zamanı

Niteliği gereği ücret, iş yapıldıktan sonra ödenmelidir. İş Kanunu'nun 32.maddesine göre, ödenmesi gereken ücret için ayda bir ifadesi vurgulanmıştır. Ancak sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflar sözleşmede ödeme aralığını ayrıca kararlaştırabilirlerse de ödeme aralığı bir aydan fazlası olarak kararlaştırılamaz. Zira kanunen düzenlenmiş olan azami ödeme süresi taraflarca aşılamayacaktır. Ödenme zamanı, kavramında önemli olan husus, iş yapıldıktan sonra hak edilen ücretin, ödeme zamanlarının düzenli aralıklar esas alınarak belirlenmesi hususları önem arz

²³ Evren, s.20.

²⁴ Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku**, Yetkin, 2.Baskı 2004, s.382.

²⁵ Evren, s.20.

²⁶ Günay, s.379.

²⁷ Ercan Poyraz, **İş Hukuku Şemalı Anlatımlı**, Seçkin 2.Baskı Nisan 2011, s.57.

²⁸ Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, Seçkin 10. Baskı 2014, s.186.

etmektedir²⁹.

Basın İş Kanunu'nda gazeteciler için ücretin işin ifasından sonra değil de peşin ödeneceği düzenlenmiştir. Ayrıca iş yasası uyarınca , iş sözleşmesinin ödeme gününden önce fesih edilmesi durumunda işçinin ücretlerinin derhal ödeneceği hususu yasal olarak düzenlenmiştir.(m.32)

İşçiler ay sonunu bekleyemedikleri, ihtiyaçları olduğu zamanlarda işverenden avans isteyebilmektedirler. Fakat avans müessesesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. TBK'nun 406.maddesine göre , işçinin avans isteyebilmeleri için; işçinin zaruret halinde olması, gerekir.Avans,yapılan iş nispetinde istenebileceğinden işçinin istemiş olduğu avansı hak etmiş olması gerektiği gibi avans ödenmesinin işvereni zor duruma sokmaması gereklidir³⁰.

C. Ücrete İlişkin Zamanaşımı

1475 sayılı İş Kanunu'nda zamanaşımı süresi düzenlenmiş değildi. BK. 126/3 maddesi kıyasen uygulanarak zamanaşımında süre beş yıl olarak uygulanıyordu. İş yasasının 32.maddesinde ücrete ilişkin zamanaşımı düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır³¹. Zamanaşımı genel olarak ileri sürüldüğü zaman üstünden bir süre geçmiş olan hakkın doğumunu, ileri sürülmesini engelleyen hukuki bir müessesedir.

Beş yıllık zamanaşımına tabi olan ücret, tüm ödemeleri içine almaktadır. Bunun yanında kıdem, ihbar tazminatları, iş kazası kaynaklı tazminatlar tüm tazminatlar için Borçlar Kanunu'nun 125.maddesinde düzenlenmiş bulunan on yıllık zamanaşımı uygulanmaktaydı. Hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay yeni borçlar yasasından sonra da iş kazası kaynaklı davalarda on yılı esas almaktadır. 12.10.2017 tarihinden itibaren yapılan yeni 7036 sayılı yasal düzenleme ile kıdem, ihbar, kötü niyet tazminatı, yıllık izin alacağı ve diğer tüm ücret alacakları için beş yıllık zamanaşımı öngörülmüştür. Zamanaşımı için iş sözleşmesinin bitmesi tarihi değil, ücretin muaccel olması esas alınır, iş sözleşmesinin devam etmesi ise zamanaşımının

²⁹ Evren, s.36

³⁰ Kamil Turan, **Ferdi İş Hukuku**, Ankara, 1993, s.97.

³¹ Yarg. 9.H.D, 1.5.1989,E.3325, K.4061, "Dava edilen işçilik hakları 5 yıllık zamanaşımına tabidir, 5 yıllık zamanaşımının dava tarihinden geriye doğru dikkate alınması gerekir" (Narmanlıoğlu, s.237)

işlemesini durdurmaz³².

İşçinin kısmi dava açarak, alacağının şimdilik bir kısmını talep ve dava etmiş olduğu davalarda ıslah yolu ile artırılan miktar için, zamanaşımı ıslahın yapıldığı tarihte kesilmiş sayılır, faiz başlangıcı olarak da ıslahın yapıldığı tarih kabul edilir.

Zamanaşımının dava tarihinde kesilmeyeceği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca hükme bağlanmıştır³³. Belirsiz alacak davalarında ıslaha gerek olmaksızın dava değeri arttırılabilmektedir ve faiz dava tarihinden tüm alacak için talep edilebilmektedir.

D. Ücretin Korunması ve Güvencesi

Ücret, işçi ve ailesinin tek geçim kaynağı olması nedeniyle hem sürekliliğin sağlanması hem de keyfi ve ölçüsüz olarak ücretin kesintiye uğramaması için kanunlarla korunmuştur. Ücretin korunması için, sürekli bir biçimde ve belli miktarda elde edilmesini sağlamak, hem işverenin hem de üçüncü kişilerin ücretin kesintiye uğratılmasına yönelik müdahalelerine karşı işçinin ücretini koruyabilmek için oluşturulmuş hukuk kuralları mevcuttur.

İş güvencesi denilince, geçimini emek karşılığı sağlayan çalışanların, haklı bir neden olmadan keyfi biçimde sözleşmelerinin sona erdirilmesi halinde, sözleşmenin işverence ortadan kaldırılması ihtimalini sınırlayan ve bunu zorlaştırarak engel olan ve böylece zayıf konumda olan sözleşme tarafı işçiyi koruyan sözleşmeye devamlılık getiren tüm düzenlemeler akla gelmektedir.

Dar anlamda güvence, güvencenin feshe karşı kullanılmasıdır, işverenin iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın bozmasını engellemesi dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasıdır. Geniş kapsamda güvenceyse, işverene tanınmış olan feshetme hakkında gerek yasa gerek sözleşme ile getirilmiş tüm sınırlamaları ve fesih sonucundan işçinin en az etkilenmesini sağlayacak işçi lehine olan en geniş manadaki önlemlerdir.³⁴.

Ücret Anayasamızda da güvence altına alınmıştır. Buna göre devlet,

³² Süzek, s.298

³³ Yarg. HGK. 3.7.2002 T,2002/9-564 E,2002/572 K.(Çil, s.2158)

³⁴ Bektaş Kar, İş Güvencesi Kavramı, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 6/2005, s.560.

çalışanların adaletli ve yaptıkları işle uyumlu ücret almaları ve diğer sosyal yardımlardan faydalanmalarına yönelik tüm önlemleri almalıdır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ve ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur. Her yıl belirlenen asgari ücret artış oranında ülkenin ekonomik şartları göz önüne alındığı gibi çalışanların enflasyon karşısındaki geçim şartları da dikkate alınmalıdır.

Görüldüğü gibi, çalışanların ücreti konusunda, devletin gerekli tedbirleri alması Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Ayrıca Anayasamız ücretsiz çalıştırmayı yani angaryayı da 18.maddesi ile açıkça yasaklamıştır.

Kavram olarak ücretin korunması, ücret alacağının ödenmesini tehlikeye sokacak işlemlerin önlenmesini içermekte bu anlamda işverenden üçüncü kişilerden veya işçinin bizzat kendisinden kaynaklanan ve ücret alacağını belli bir sınırın altına çekecek türden veya tamamen ortadan kaldıracak türden işlemlerin önüne geçilmeye çalışılmasıdır³⁵.

En az geliri garanti eden asgari ücret, ücretin belli bir miktar dışında haczedilememesi, temlik edilememesi, takas sınırlamaları işverenin aczi halinde ücretin garanti fonundan ödenmesi, işverenin TİS ve iş sözleşmelerinde belirtilen sebepler dışında işçinin ücretinden kesinti yapamaması, çalışma sürelerinin aşağıya çekilerek ücretten indirim yapılamaması gibi kanunla getirilmiş hüküm ve düzenlemeler ücreti korumakta, güvence altına almaktadır.

İşçi alacakları imtiyazlı alacaklardan sayılmaktadır. Kanun koyucu, işçi ücreti, kıdem tazminatı gibi özel olarak korunmaya muhtaç bazı alacakların diğerlerinden daha önce ödenmesi gerektiğini kabul ederek bu alacaklara imtiyaz tanımıştır³⁶.

İşçinin ücretinin korunması için asgari ücret düzenlemesinin bulunmasının yanında, ücretin belli miktardan (dörtte bir, İşK. m.35) fazlasının haczedilememesi, devir ve temlik edilememesi, ücretten indirim yapılamaması, işçinin rızası olmadan ücretin takas edilememesi kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir.

Asgari ücretin belirlenmesinde salt işçinin esas alınıp ailesinin dikkate alınmaması öğretide bazı yazarlarca isabetli görülmele, asgari ücretin konusunun hizmet ifa eden işçinin ücretinin belirli seviyede tutulmasının amaç olduğu

³⁵ Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul 1998, s.330.

³⁶ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul, 2006, s.1074.

vurgulanmıştır³⁷. Kimi yazarlarca da aile bireylerinin dikkate alınmaması eleştirilmiştir³⁸.

TBK.'nun 144/3.maddesi gereğince, işçi ücretleri ve nafaka gibi gerek borçlunun gerek ailesinin bakımı için zorunlu olup özel niteliği gereği doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklarda takas mümkün olmadığından, yasa gereği ancak muvafakat ile mümkün olabileceğinden muvafakat alınması şarttır.³⁹ Kasten zarar verilmesi hallerinde de kesinti yapılacak miktarın ücretin dörtte birini geçmemesinin gerektiği görüşü de savunulmaktadır⁴⁰.

TBK'nun 436.maddesiyle ayrıca, işçinin ücretini ödeme konusunda işveren ödeme güçsüzlüğü halinde bulunursa işçinin, sözleşme gereği hakları için uygun bir süre içinde işverence güvence gösterilmezse işçiye sözleşmeyi hemen feshetme hakkı verilmişse de bu düzenleme işçinin ücretinin teminat altına alınması konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, işçi akitten rücu etmeden öncelikle iş sahibinden teminat isteme hakkı, verilmekte teminat verilmediği takdirde sözleşmeyi feshetme yetkisi verilmiş olup ücretin tahsil edilebilmesi için bir hüküm öngörmektedir.

İşçinin ücreti Toplu İş Sözleşmeleri aracılığıyla da koruma altına alınmaktadır.

Tarafların sözleşme yapma serbestisi Toplu İş Sözleşmeleri ile de oldukça sınırlandırılmaktadır⁴¹. İş sözleşmelerinin TİS'ne aykırı olan düzenlemelerin yerini TİS'indeki düzenlemeler alır. TİS'de yer alan iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin hükümler belirlenmişse iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir. Bunların yerine işçi lehine olan toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanır⁴².

E. İşverenin İşi Kabulde Temerrüdü Nedeniyle Ücret Ödenmesi

Ücretin yapılan bir işin karşılığında hak edileceği açıktır. Fakat bazı durum

³⁷ Alparslan Işıklı, **İş Hukuku**, Ankara 2002. s.80-Kamil Turan, **Ferdi İş Hukuku**, Ankara 1993. s.81

³⁸ Adil İzveren ve Erol Akı, **İş Hukuku**, İzmir, 1998, s.228.

³⁹ İhsan Erkul ve Nuray Gökçek Karaca, **Türk İş Hukuku**, 2000, s.308.

⁴⁰ Bilgehan Taşman, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, 1988, s.408.

⁴¹ Binnur Tulukçu, **İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları**, Konya, 2000, s.17.

⁴² Tulukçu, s.18.

ve koşullarda işçi çalışmasa da ücreti hak edebilmektedir. Hukukumuzda işçi iş yapma borcunu yerine getirmeye hazır olduğu halde işveren işi kabul etmekte direnime gösterdiği koşullarda işçi çalışmadan da ücrete hak kazanabilmektedir.

TBK.'nun 408. maddesi uyarınca “İşveren, işçinin iş yapmasını kendi kusuruyla engellerse veya işçinin yaptığı işi kabul etmekte direnime gösterirse, işverenin, ücreti işçiye ödemesi gerektiği yasanın getirmiş olduğu yükümlülüktür”. Ancak hakkaniyet ve dürüstlük kuralları gereğince, işçi bu direnime sebebiyle bir takım giderlerden tasarruf etmişse veyahut başka bir iş yaparak ücret kazanmışsa ya da kazanmaktan kasten vazgeçmişse bu elde ettiği veya ihmali ettiği menfaatler ücretten indirilecektir. Yine bu madde uyarınca işçinin ücreti hak etmesi için, işçinin iş yapmaya hazır bulunması, yapacağı işin yapılabilir ve yapılması mümkün olması gerektiği gibi aynı zamanda işverende işin yapılmasına haklı bir nedeni yokken direnime göstermiş olmalıdır.

İş yapma niyet ve kastını sunan işçiye iş vermeyen ya da iş için gerekli olan ortamı sağlamayan gerekli araçları işçinin kullanıma vermeyen işveren, alacaklı direnimine düşmüş olur, taraflar arasındaki iş ilişkisi sona ermez, işçi iş akdi gereği doğmuş olan ücretini çalışmaksızın talep edilebilir⁴³. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında TBK. m.408'in TBK. 106'dan farklı olarak özel bir biçimde işverenin temerrüdünü düzenlediğini ve bu düzenlemeye göre işçinin neleri mahsup etmesi gerektiğini belirtilmiştir⁴⁴.

II. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI KAVRAMI

A. Genel Olarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkı Kavramı

Hak, hukuk düzeninin fertlere tanıdığı irade veya irade kudretidir, hukuk düzenince korunan menfaattir. Hukuk düzeni hak sahibine, bir mal veya üçüncü kişinin davranışı üzerinde belirli bir yetki verir. Hak sahibi söz konusu mal veya davranış üzerinde isterse bu yetkiyi kullanır⁴⁵.

⁴³ Süzek, s.310.

⁴⁴ Yarg. H.G.K. 2007/9-178 E, 2007/179 K. “..İş sahibinin direnime özel olarak düzenlenmiştir. İşçi bu durumda yeni iş bulmuşsa kazancını, çalışmadığı için tasarruf ettiği ulaşım gibi giderlerini, kazanmaktan kasten imtina ettiği parasal menfaatleri işverenden aldığı ücretten indirecektir...” (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁴⁵ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, 2007, s.44.

İş sözleşmelerinin, iş yapma, bağımlı olma, ücret ödenmesi olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır.

Sözleşmesinin iş sözleşmesi olduğunun kabulü için, öncelikle bir iş yapma borcunun üstlenilmesi gerekmektedir. (İşK. m.8, TBK. m.393). Bahsi geçen iş, bir gerçek kişinin ekonomik değeri olan her türlü çalışmasıdır.

İş yapma borcunun konusu fiziksel, düşünsel, bilimsel, teknik veya artistik iş olabilir⁴⁶.

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarındandır. İşçi işverenin vereceği emir, istek ve talimatlara göre davranması gereken kişidir. İşçinin bilgisinin yeteneğinin işverenden fazla olması sonucu değiştirmez⁴⁷.

Bağımlılık ilişkisini, bu sözleşmelerde ekonomik ya da teknik manada değil de daha çok kişisel olmaktadır. Çünkü işverenin emrinde çalışan işçi, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş yapmak durumundadır. İşveren işçinin kişiliği üzerinde diğer sözleşmelerden farklı olarak bazı hak ve yetkilere sahiptir. İş yapma edimini işçi, işverenin yönetimi ve denetimi, talimatları altında yerine getirmektedir⁴⁸. Öğretide hukuki bağımlılığın yanında ekonomik bağımlılığın da ayırt edici özellik olduğu, işçinin geçim kaynağının esas itibarıyla emeği olduğu görüşü de savunulmaktadır⁴⁹.

İş sözleşmesinin asıl ve vazgeçilmez unsurlarından olan ücret, sıradan bir borç; işçi bakımından da sıradan bir alacak olmaktan çıkmış, sosyal boyutu önem arz etmektedir. TBK. ayrıca İşK. özel düzenlemelere yer vermiştir. İş sözleşmesi kapsamında ücret, işçinin yerine getirdiği iş için işverenin ödemekle yükümlü bulunduğu karşılıktır⁵⁰.

Ücret de iş sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. İş sözleşmesinde bir işin yapılması karşı tarafın bir ücret ödeyeceği için söz konusu olmaktadır. Yoksa ücret söz konusu değilse iş sözleşmesinden bahsedilemez. Onun içindir ki ahlaki ya da hatır amacıyla ücretsiz yapılan çalışmalar iş sözleşmesini oluşturmaz⁵¹.

⁴⁶ Süzek, s.190.

⁴⁷ Çil, s.524.

⁴⁸ Süzek, s.191-192.

⁴⁹ Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı İzmir 2017, s.3.

⁵⁰ Narmanlıoğlu, s.211.

⁵¹ Süzek, s.190.

İş sözleşmeleri her iki taraf için de karşılıklı borçlar içeren sözleşmedir. Bir tarafın iş yapma diğer tarafın buna karşılık ücret ödemesi karşılıklı borçlardandır.⁵².

TBK'nun 393.maddesi uyarınca “hizmet sözleşmeleri bağımlı olmak kaydıyla işçinin iş yapmayı, buna karşılık işverenin de ona ücret ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği sözleşmelerdir”. Hizmet sözleşmesinin niteliği gereği bu sözleşmelerde edim işçi tarafından düzenli ve sürekli yerine getirilmektedir.

Sürekli borç ilişkisi doğurmayan anlık edimli borç ilişkilerinde edimin yapılması ile borcun da bitmesi aynı zaman diliminde olmaktadır ve bu anda alacaklının edimden umduğu menfaati de ortaya çıkmaktadır. Sürekli olan borç ilişkilerinde ise alacaklının edimde umduğu beklediği menfaatinin gerçekleşmesi zaman içinde devam etmektedir.

Sürekli iş sözleşmesinde, işçinin iş yapma borcu sürekli olarak yerine getirilir ve işveren de işçinin yaptığı işten sürekli menfaat elde etmiş olur. Aynı biçimde bu tür iş sözleşmesinde işverenin ücret ödeme borcu da süreklidir. Sürekli borç ilişkisi olunca taraflar birbirlerine güven duyarlar. Çünkü taraflar arasında anlık iş değil sürekli çalışma durumu olduğundan hem işçi hem işveren ilerisi içinde çalışma içinde olacaklarından birbirlerine güven duyacaklardır. İşçi, emeğinin kullanılıp da kısa sürede işten çıkarılacağını düşünmez ise daha verimli ve güvenli çalışacaktır. Belirli veya belirsiz sözleşme de olsa iş sözleşmelerinde devamlılık asıldır⁵³.

Karşılıklı edimler içeren bu sözleşmelerin doğal sonucu ücretinin gereği gibi ödenmemesi halinde işçinin sözleşmeyi haklı olarak fesih etme hakkının bulunması olduğu gibi, iş yapma edimini savsaklayan işçiye karşı da işverenin de sözleşmeyi yine bu karşılıklılık esasına göre haklı fesih yoluna gidebilmesidir.

Yine bu karşılıklı borç yükleme özelliğinden dolayıdır ki bir taraf edimini yerine getirmiyorsa sözleşmenin diğer tarafı da kendi borcunu yerine getirmeyeceğini ileri sürebilmektedir. İşveren, ücret ödeme borcunu yerine getirmese diğer taraf olan işçi de karşı borcu olan çalışma edimini yerine getirmekten kaçınabilecektir ki işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının hukuksal temeli bu olmaktadır⁵⁴.

“Ödemezlik def'i”akdin taraflarına, karşı borç ifa edilinceye kadar en

⁵² Günay, s.339.

⁵³ Süzek, s.197.

⁵⁴ Güzel, s.130.

azından ifası teklif edilinceye kadar, kendi borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkını sağlamaktadır. Ödemezlik def'ini ileri süren sözleşme tarafı, sözleşmeye bağlılığının ortadan kalkmasını istemiş olmamaktadır. Karşı borç yerine getirilinceye kadar kendi edimini ifa etmeyeceğini açıklamış olmaktadır.⁵⁵

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, borçlu edimini zamanında ve gereği gibi yerine getirmediği takdirde borçlunun temerrüdü söz konusu olacağı, gibi alacaklının da borçlu tarafından sunulan edimi haklı bir neden olmadan reddetmesi sonucunda alacaklının temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır. İşveren usulünce sunulmuş işi kabulde temerrüde düşerse TBK. m.408 gereğince işçi, taahhüt edilen işi yapmak zorunda kalmadan ücretini isteyebilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesi işçinin ücretinin ödenmemesi durumunda iş görme borcunun yerine getirilmesinden kaçınma hakkını işçiye tanımıştır. Burada işçinin çalışmaktan kaçınması madde metninden açıkça anlaşıldığı gibi kişisel kararına dayanacaktır, kendi iradesi ile isteyerek bu hakkını kullanmış olacaktır. İşçi, iş sözleşmesi gereği, kendisine yüklenen iş görme borcundan, yasanın kendisine verdiği "hakkı" kullanarak, kaçınmaktadır. Dolayısıyla yasanın verdiği hakkı kullanan işçinin iş sözleşmesini ihlal ettiği ve iş görme borcunu yerine getirmediği bu durumda ileri sürülemeyecektir.

Açıklamış olduğumuz iş sözleşmesinin unsurları, taraflara sürekli edim yükleyen karşılıklı borç doğuran özelliği ve Borçlar Kanunu'nun karşılıklı sözleşmelerde öngördüğü ödemezlik def'i müessesini nazara aldığımızda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı kavramını şu şekilde açıklayabiliriz.

İş görmekten kaçınma kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi sonucunda, işçinin, asli borcu olan iş görme borcunu, işverenin edimini gerçekleştirinceye veya ediminin ifasını eylemli ve gerçekçi bir tarzda teklif edilinceye kadar ya da işverenin yapması gereken hazırlık fiili varsa bu hazırlık fillerini yapıncaya kadar yerine getirmemesi, işçinin iş yapmaktan kaçınabilmesidir.

İş yapma borcunun yerine getirilmemesi işçinin sorumluluğu sonucunu doğurup işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı verdiği halde, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, iş görme borcu altında olunmayan bir işin yapılmaması ile ilgilidir. İşçi, kanunun kendisine verdiği hakkı kullandığından işveren, işçiye karşı

⁵⁵ Kemal Oğuzman /Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2009, s.269.

iş sözleşmesinin ihlali nedeniyle sorumlu olduğunu ileri süremeyecektir.

B. İşçiye Çalışmaktan Kaçınma Hakkını Veren Yasal Düzenlemeler

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı İşK.'nun 34 ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13.maddelerinde düzenlenmiştir.6331 Sayılı yasanın 13.maddesine göre “(1) Yakın, olası ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. (2) Kurul ya da işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi durumunda çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı çalışmadığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.” Görüldüğü üzere, ücreti ödenmediği için çalışmaktan kaçınma hakkını ve işverenin almakla yükümlü olduğu ancak almadığı iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı yasal olarak düzenlenmiştir.6331 sayılı kanun, 30.06.2012 tarihli 28339 sayılı Resmi Gazete de yayımlanmış olup, çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen maddenin yürürlük tarihi bu tarihten 6 ay sonrası olarak düzenlenmiştir⁵⁶.

Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda ücret ödenmediği için çalışmaktan kaçınma ve iş sağlığı önlemlerinin alınmamasına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Bu kanunların kapsamına giren çalışanlar, TBK'nın ödemezlik def'i (TBK. m.97), alacaklının da temerrüdü (TBK. m.106), işverenin işi kabulde temerrüdü (TBK. m.408) hükümlerini kıyas yoluyla uygulayarak sonuç almaya çalışacaklardır.

⁵⁶ Mahmut Çolak, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Bilgiler-Formüller**, Seçkin 2. Baskı 2014,s.34.

1. Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İşçinin ücreti, İşK. m.32 uyarınca hesaplanıp ödenmelidir. Ücret işçinin yaşamını idame ettirebilmesi için zorunlu olmasının yanında iş sözleşmesi gereğince hakkı olduğu gibi işveren açısından da bir borçtur.

İş sözleşmelerinin karşılıklı borç yükleyen özelliği neticesinde taraflar birbirine karşı hem borçlu hem alacaklı konumundadırlar. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde taraflar kural olarak aynı anda ifa ile mükelleftirler. Kendi edimini ifa etmeyen taraf karşı taraftan edimin yerine getirilmesini istediğinde ödemezlik def'i ile karşılaşabilecektir.

İş görmesi karşısında ücreti ödenmediği takdirde işçi, İşK, m.24/2 (e) gereğince iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, kanunun verdiği hakkı kullanıp işçi, iş sözleşmesini feshetmeden çalışma ediminden kaçınabilecektir.

Önceki İş Kanunu (1475 sy.) döneminde de işçiler ücretleri ödenmediği için çalışma edimlerini bırakıyorlardı, Ancak Yargıtay bu davranışın işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiğini belirterek işverene iş sözleşmesini haklı feshetme yetkisi veriyordu.

Yürürlükteki İş Kanunu'nun (4857 sy.) 34.maddesinin getirdiği düzenleme çalışmaktan kaçınmayı Yargıtay'ın yasadışı grev kabul etmesi gerekçesine son vermiştir. Madde gerekçesinde açıkça "...yapılan bu düzenleme ile TBK. 97. Maddesinde bulunan ödemezlik def'i ile uyum sağlanmıştır" denilerek ücreti ödenmediği için çalışmaktan kaçınan işçinin eyleminin sadakat borcuna aykırılık ve yasa dışı grev teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.

İşçi iş görme edimini ifa ettiğinde ücret alacağı muaccel hale geleceğinden işverence ücret ödenmediği takdirde işçi dilerse iş sözleşmesini haklı nedenlerle feshedecek dilerse iş sözleşmesinin ayakta kalmasını sağlayıp ücreti ödeninceye kadar çalışmaktan kaçınabilecektir.

İş Kanunu'nun 34.maddesinin düzenleniş amacı uygulamada fiilen işçiler tarafından kullanılan Borçlar Kanunu'nun ödemezlik def'ine İş Kanunu'nda da

işlerlik kazandırmak ve işvereni yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamak için, işveren üzerinde çalışmaktan kaçınmayı, baskı unsuru olarak kullanmaya olanak sağlamaktır. Böylece işçinin ücretsiz çalıştırılması önlemek istenmiş, işçinin ücretini iş sözleşmesini sona erdirmeden koruyan bir hüküm getirilmiştir.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Tedbirlerinin Alınmaması Nedeniyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınması

Çalışan bir kişinin çalışma koşullarının çalışmaya uygun bulunması ve sağlığı için tehlike arz edecek unsurların çalışma sahasında olmayışı iş sağlığı kavramını açıklar. İş güvenliği denildiğinde, işin görülmesi esnasında çalışanların karşılaştığı ya da karşılaşma ihtimali olduğu tehlike ve risklerin ortadan kaldırılması ya da mümkün olan en azami seviyede azaltılması için işverenin yerine getirmesi gerekli yükümlülüklerdir⁵⁷.

İşverenin, işçiyi gözetme borcu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasını gerektirmektedir. İş sözleşmelerinde diğer sözleşmelerden farklı olarak işçinin sadakat borcu olduğu gibi işverenin işçiyi gözetme borcu bulunmaktadır. Diğer sözleşmelerde bu unsurlar bulunmaz tarafların sözleşme gereği gibi borçlarını ifa etmesi yeterlidir. Oysa iş sözleşmelerinde işçi, işverenin emrine girmekte işveren de ücret ödemenin yanında işçiyi yönetim ve denetim hakkını kullanabilmektedir⁵⁸.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya yönelik kurallar hem Borçlar Kanunu'nda hem de İş Kanunu'nda düzenlemiştir.

TBK'nun 417.maddesine göre iş sahibi, sözleşmenin özel durumları ve işin mahiyeti gereği hakkaniyetin gerektirdiği ve işverenden istenebilecek derecede, çalışma nedeniyle işçinin karşılaşacağı tehlikelere karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun (6331 sy.-m.13) de aynı yönde düzenlemeler getirilmiştir. TBK.m.417/2 ye göre işverene her türlü tedbiri alma yükümlülüğü getirildiği gibi “gerekli olan tedbiri alma” yükümlülüğü getiren 6331 sayılı yasanın 13. maddesi, işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerin alınmasının, iş

⁵⁷ A. Murat Demircioğlu - Tankut Centel, **İş Hukuku**, İstanbul 1997, s.108-109.

⁵⁸ Murat Engin, **Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, DEÜHFD, S.1, s.85.

yapma borcunun yerine getirilebilmesi için ön koşul olduğunu vurgulamaktadırlar⁵⁹.

İşyerlerinde gerekli önlemler alınmadığı takdirde 6331 sayılı yasanın 13-(4) maddesine göre “Çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir.

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri almadığı takdirde işçi, İş Kanunu'nun 24/1 maddesine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle hemen feshedebileceği gibi,gerekli önlemler alınmaya kadar işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı da vardır.

6331 Sayılı Kanun'un 13.maddesi çalışmaktan kaçınılan sürede işçinin ücretinin yanında başkaca tüm yasal haklarının korunduğunu düzenlemiştir.

İşçinin, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçındığı dönem için ücret talep edebilmesi şu gerekçeye dayandırılmıştır. İşveren iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri almayarak işin görülmesi için lazım olan hazırlıkları gerçekleştirmemiş olduğundan işi kabul etmede direnime düşmüş sayılmalıdır. Bu durumda işçi çalışmak zorunda kalmaksızın TBK m.408 gereğince ücrete hak kazanır⁶⁰.

III. ÜCRETİN ÖDENMEMESİ DURUMUNDA İŞÇİNİN YASAL HAKLARI

Ücreti ödenmeyen işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği gibi aşağıdaki hukuki yollara da başvurabilir.

A. Aynen İfayı İsteme Hakkı

İşveren, işçinin ücretini ödemediği zaman, işçi ödenmeyen veya eksik ödenen ücretin aynen ifasını talep ederek dava açabilir. Ücreti ödenmeyen işçi, işverenden ücret ödeme borcunu ifa etmesi için eda davası açması gerekmektedir⁶¹. Eda davası

⁵⁹ Engin, s.86.

⁶⁰ Melda Sur, **İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, .Can Tuncay'a Armağan, Legal, Mayıs 2005, s.403. Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2005, s.418.

⁶¹ Centel, s.369.

özel ihtisas mahkemesi olan İş Mahkemeleri'nde açılmaktadır. İşçi, eda davasını bizzat veya vekil aracılığı ile açabilir. Alacak davası sonunda mahkeme, işverenin borcunun aynen ifa edilmesine karar verirse ve buna rağmen işveren ücret borcunu ödemezse, mahkeme kararı İcra İflas Kanunu çerçevesinde davacı işçi tarafından cebri icra yolu ile yerine getirilecektir. İşçinin sahip olduğu dava açma hakkı ve alınan kararın icra edilmesi, işçi ile işveren arasında hizmet sözleşmesinin artık devam etmeyeceği hallerde söz konusu olabilecektir. Zira böyle bir yola başvuran işçinin uygulamada aynı işverenle hizmet sözleşmesini sürdürebilmesi imkanı yok denecek kadar azdır⁶².

B. Faiz İsteme Hakkı

İşK.m.34 gereğince zamanında ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek oran üzerinden faiz uygulanması gerektiği emredici şekilde düzenlenmiştir. Uygulamada da işçilerin en çok maruz kaldıkları durumların başında da faiz hakları gelmektedir. Çoğu işçi, ücretini alırken faiz talep hakkını saklı tutulmasını ihmal ettiğinden daha sonra salt faizin istenmesi hukuk mahkemelerince kabul görmemektedir.

İş yasasının bu hükmü uyarınca “..gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek oranda faiz oranı talep edileceği..” düzenlendiğinden ve ücret konusunda ayırım yapılmamış olduğundan en yüksek faiz oranı ücretin sadece bu maddede öngörülen koşullarda ve sürede (20 günde) ödenmediği durumda değil de ücretin her türlü geç ödenmesi durumunda uygulanması gerekecektir.⁶³

Ücretin ödenmesinin gecikmesinde genel temerrüt faizi değil, mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerekir. Bunun Türkiye’de faal olan bütün bankaların en yüksek mevduat faizi olduğu söylenebilir. Fakat mevduata uygulanan en yüksek faizin hangi dönem (yıllık/ 6 aylık/3 aylık/aylık) için uygulanan mevduat faizi olduğu kanunda açıklanmamıştır. Ancak TBK. ve 3095 sayılı kanundan hareketle bunun mevduat için 1 yılda söz konusu olabilecek en yüksek oranlı faiz

⁶² Hakan Keser, Ücret Alacağıın Ödenmemesi Halinde Uygulanacak Hukuki Hükümler, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Cilt XXII, sayı 210-212, s.71.

⁶³ Sarper Süzek, İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları, **AÜHFD** C.56 S.4 2007, s.210.

olarak algılanması mümkündür⁶⁴.

Yargıtay, açılmış bir davada, dava sonuçlanmadan yeni İş Kanunu yürürlüğe girmesi ile önceki kanun için yasal faiz, 10.06.2003 tarihinden sonra en yüksek oranlı faiz yürütülmesi gerektiğini hükme bağlamıştır⁶⁵.

Faizin başlangıç tarihi olarak, İş Kanunu'nun 34. Maddesindeki 20 günlük süre ödeme gününü uzatan bir süre olmadığından esas alınacak tarih ücretin ödenmesi gereken gündür⁶⁶.

Öğretide, İş Kanunu'nun 34.maddesi uyarınca, işçilerin ücretleri 20 gün içinde ödenmezse yasa koyucu devamında “mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır” düzenlemesini getirdiğinden, en yüksek oranlı faiz uygulamasının 20 günlük sürenin bitiminden başlayacağı da savunulmaktadır⁶⁷.

Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz, zira madde metnine baktığımızda “ücretin gününde ödenmesi” ibaresi açıkça yer almaktadır” Ücretin ödenme zamanı 20 günlük sürenin sonu değildir. Getirilen bu süre geçici olarak ödeme güçlüğü çeken işverenler için ücreti ödeyebilmesi için bir kolaylık sağlamaktır. Bu sürenin ücretin ödenme zamanını uzatmadığı yasa hükmünün lafzından ve düzenleme amacından da anlaşılmaktadır.

İş yasasında ücret en geç ayda bir ödenir denilmiştir. Kesin bir vade belirlenmemiş olduğundan Yargıtay alacak taleplerinde faiz yürütülmesi için borçlunun ihtarla ayrıca direnime düşürülmesini ve bunun yazılı olarak ispatını kararlarında dile getirmiştir.Kanımızca bu yorum isabetli değildir. Zira yasanın lafzı ve amacı yorumlandığında ücret için ödeme vadesinin “en geç ayda bir”denilmek suretiyle belli edildiği dolayısıyla işverenin bu konuda ayrıca ihtarla direnime düşürülmesinin gerekli olmadığını düşünüyoruz.

İş yasasının,102.maddesinin(a) bendini incelediğimizde, ücretin ödenmemesi

⁶⁴ Ercan AKYİĞİT, **İçtihatlı Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi**, 2.Cilt, 3.Baskı, 2008, s.1575.

⁶⁵ Yarg. 9. Hukuk Dairesi 8507/24281 E.K sayılı 27.10.2004 “Açılan davada,ücret alacağı için direnim tarihinden en yüksek oranda faiz istenmiştir.Mahkeme ayırım yapmadan tüm süreye yasal faiz uygulamıştır.Oysa direnime düşülen tarihten yeni iş yasasının yürürlüğe girdiği tarihe kadar yasal faiz, yeni iş yasasının yürürlüğe girdiği tarihten sonra ücret alacağı ödenmemiş ise en yüksek oranlı faize hükmedilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir..” (Günay, İş Kanunu Şerhi, s.1704)

⁶⁶ Ercan Akyiğit, Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/5, s.29.

⁶⁷ Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, İzmir, 2018, s.194.

sonucu olarak ayrıca idari para cezası yaptırım olarak getirildiğinden ödeme günü için yasa koyucu belirli bir dönemi kanun ile öngördüğünden süre birer aylık periyot şeklinde nazara alınarak çalışılan sürenin sonu ödeme vadesi olarak dikkate alınmalıdır.⁶⁸

Yargıtay, verdiği birçok kararında işçinin işvereni temerrüde düşürmesi gerektiğini vurgulanmıştır. İşverene ihtar çekilmesi halinde ihtarın tebliğ tarihi temerrüdün başlangıcına esas alınmıştır. Temerrüt gerçekleşmişse dava tarihinden faiz hesaplanmaktadır⁶⁹.

6356 sayılı Kanun'un 53.maddesi, "Eda davaları TİS'ne dayanıyor ise ifayı yerine getirmesi gereken davalının, direnim tarihinden başlayarak en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden direnim faizi ödemesine de hükmedilir." Hükümü uyarınca toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan ücret alacağından ödenmesi için açılan eda davalarında faizin direnim tarihinden işleyeceği de açıktır. Yasa koyucunun getirmiş olduğu bu en yüksek oranlı faiz uygulaması düzenlemesi işçiler için ayrıca koruma getirmiş olup ücretini alamamış işçinin zararlarını karşıladığı gibi, işveren yönünden caydırıcılık etkisi olduğu tartışmasızdır.⁷⁰ Uygulanması gereken yüksek oranlı faiz ücret için geçerli olup ihbar tazminatına yasal faiz uygulanacaktır⁷¹.

C. İş Sözleşmesini Feshetme Hakkı

İş Kanunu m.24'e göre, işçinin ücreti gerek kanun gerek sözleşme şartlarına uygun şekilde hesap edilerek ödenmemesi durumunda işçi, sözleşmeyi haklı olarak feshedip işverenden kıdem tazminatı isteyebilir⁷².

İş yasasında ücretin ayda bir ödeneceği kurala bağlanmışsa de peşin ödeneceği açıkça düzenlenmemiş olduğundan sözleşmede de farklı bir gün kararlaştırılmamış ise ücret, işçiye bir ay çalışmasından sonra ödenecektir. Ücret bu

⁶⁸ Çil, s.2383.-2384

⁶⁹ Yarg., 9.H.D., 15770/395 E.K. 18.01.2001 T.

⁷⁰ Devrim Ulucan, Ücreti Zamanında Ödenmeyen Gazeteciye Geciken Her gün için ödenmesi gereken yüzde beş faizin Anayasa'ya uygunluk sorunu, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi** 6/2005 s.530.

⁷¹ Yar. 9.H.D. 2007/9982 E. 2008/163 K. "Yasanın ücret için en yüksek oranlı faiz öngörmüş olduğu açıktır, ihbar tazminatı ve işsizlik ödeneği farkı alacağına kanuni faiz yerine en yüksek oranlı faiz yürütülmesine karar verilmesi hatalıdır..." (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

⁷² Günay, s.41.

kurallar içinde ödenmediği takdirde işçinin iş sözleşmesini feshetme yetkisini vardır⁷³.

İşçiye haklı nedenle feshetme hakkı veren ücreti kapsamında ücret ekleri de bulunmaktadır⁷⁴. Yargıtay işçi lehine yorum ilkesini sürdürmüş, süreklilik kazanmış sosyal yardım ve hakların işçiye verilmemesi durumunda da işçinin bu hükümden yararlanabileceğine hükmetmiştir⁷⁵.

İşçinin kök ücretinin ödenmemesi hali değil, geniş kapsamda ücretinin, yani her türlü ücret eklentilerinin ödenmemesi halinde de işçi sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabilecektir⁷⁶.

İşçinin onayı olmaksızın (İşK m.22) işverenin ücretten indirim yapması yasaya aykırı olup bu yola başvuran işveren de aynı yaptırımla karşılaşacaktır. Ancak işçinin yapılan ücret zammını yeterli bulmayarak iş sözleşmesini sonlandırması Yargıtay uygulamasında iyi niyet kuralları nazara alınarak haksız fesih sayılmaktadır.

İşverence ücretin sadece ödenmeme durumunda değil de noksan ve gününden sonra ödenmesi de işçi açısından haklı feshetme sebebidir. Tabi her somut olay kendi içinde değerlendirilecek hakların kullanımında iyi niyetin varlığı ya da yokluğu önem arz edecektir. Bir işveren düzenli olarak ödemelerini yapıyorsa işçi, ödemesi bir iki kez gecikti diye bu yüzden fesih yolunu seçerse haksız kabul edilecektir⁷⁷.

İşveren, şartları varsa işçinin usul ve yasaya uygun şekilde istediği avans alacağını ödemez ise bu durum da işçi lehine haklı feshetme sebebi olacaktır. TBK.'nın 406.maddesine göre, işçinin işverenden avans istemesinin yasal dayanağı olduğundan avans ücretinin ödenmemesi haklı fesih nedenidir.⁷⁸ İşverenin gerek

⁷³ Çil, s.1742.

⁷⁴ Centel, s.376-Süzek, s.522-Günay, s.41

⁷⁵ Yarg. 9H.D, 27.03.1997 T. 1996/22991 E. 1997/6181 K. "Tarafklar tanıkların anlatımlara göre davalı işverenin davacıya kira bedeli başlangıçta ödemekteyken sonradan ödemediği anlaşılmaktadır. İddia, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğine göre davacının kira bedeli davalı işveren tarafından ödenmemesi nedeniyle davacının sözleşmeyi haklı olarak fesih ettiği sonucu çıkmaktadır. Süreklilik arz eden bir yardımdan davacı yoksun kalmıştır ki bu durum işçiye sözleşmesini feshetme yetkisi verir ve işçi bu durumda kıdem alacağını hak eder. Bunun sonucu olarak da davalı işveren ihbar tazminatı isteyemez. O halde bu karar bu yönden de bozulmalıdır. (<https://www.corpus.com.tr>)

⁷⁶ Bkz.Yarg. 9.HD,2007/22062 E, 2008/16398 K.

⁷⁷ Süzek, Sarper, İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları, **AÜHFD**, C.56, S.4, s.216.

⁷⁸ Günay, **İş Hukuku**, s.495. Süzek, **İş Hukuku**, s.522.

ücret gerekse avans ödemede gecikmesi her zaman mutlak bir feshetme nedeni sayılmaz: elde olmayan ve objektif olarak makul sayılabilecek gecikmeler işçi bakımından haklı sebep olarak kabul edilemez bunun içindir ki tarafların bu konudaki davranışlarının sınırlarını dürüstlük kuralları belirleyecektir⁷⁹.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden ücreti ödenmediği için işçiye çalışmama hakkı veren düzenlemenin şartlarından olan 20 günlük bekleme süresi burada uygulanmaz. Zira kanun metnindeki düzenleme ücretin ödenmemesinin yeterli olduğu şeklindedir. İşK.m.26 uyarınca tarafların iyi niyet ya da ahlak kurallarına uymayan gerekçeler nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshetmek için davranışı öğrenme tarihinden itibaren 6 gün herhalde 1 yıllık bir hak düşürücü süre getirilmiştir. 24/2(e) maddesinde yer alan ücretin ödenmemesi de bu türden bir davranış olarak kanun metninde düzenlenmiştir.

Ücretin ödenmeme durumunun devam etmesi hak düşürücü sürenin işlemlerini de engelleyecektir, söz konusu davranışın sona ermesinden sonra 6 günlük süre işlemeye başlar. Feshetme haklı nedene dayansa da İş Kanunu'nun 26/1 maddesinde getirilmiş olan sürenin geçmesinden sonra yapılmışsa haksız fesih söz konusu olacaktır⁸⁰.

İş Kanunu'nda yer alan bu 6 günlük süre hak düşürücüdür, zamanaşımı süresi değildir dolayısıyla taraflar ileri sürmese de hakim tarafından rese'n göz önüne alınması gerekmektedir.⁸¹

Yasanın, ücret ödenmemesi durumunu açıklayan düzenlemesinde, iş sözleşmesi şartları cümlesinden “iş” sözcüğü çıkartılarak; ücretin sadece iş sözleşmesi gereğince değil TİS şartları uyarınca da hesap edilerek ödenmemesi olgusunun gerçekleşmesi işçiye hemen feshetme hakkı verdiği öngörölmüş “sözleşme şartları” yeterli görölmüştür.”⁸²(İşK.24-2-e)

Ayrıca belirtmek gerekir ki iş aktini, haklı nedenle işçinin feshetmesi sonucunda işçinin parasal değeri olan bütün menfaatleri işverence ödenmelidir. İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine dayanarak iş sözleşmesini haklı olarak fesih edip ortadan kaldıran taraf, diğer taraftan ihbar alacağı isteyemeyecektir ihbar tazminatı

⁷⁹ Narmanlıoğlu, s.341.

⁸⁰ Süzek, **İş Hukuku**, s.527

⁸¹ Uğur Ocak, **Feshe Bağlı İşçilik Alacakları**, Gaziantep 2018,s.908.

⁸² Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s.1686.

alacağını sözleşmeyi fesheden değil, bildirim sürelerine uyulmadan kendisine yönelik iş sözleşmesi feshedilen taraf isteyebilir⁸³.

İşyerinde zaman içinde tekrarlanarak belirgin hale gelen uygulamalar işyeri uygulaması olarak adlandırılmaktadır. İşyerinde işveren tarafından yapılan, birden çok olmak üzere fiilen tekrarlanan ücret uygulaması, 'işyeri uygulaması' olarak nitelendirilebilir. Bu durumda işverenin işyeri uygulamasını sürdürmemesi, işçiye iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı verecektir⁸⁴.

İşçiye ücretlerinin ödenmemesi halinde feshetme hakkı tanıyan diğer bir düzenleme TBK'nın 436.maddesinde bulunmaktadır. İşverenin ödeme gücü içine düştüğünde ve ücret alacağının tahsilinin zor olduğu, olacağı hallerde, işveren tarafından uygun sürede teminat gösterilmemesi halinde işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir⁸⁵.

Ödenmeyen ücretten yasada söz edilmekte, ancak ücretin tamamı mı, yoksa bir kısmının mı kastedildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, ücret bir bütün olduğundan, kısmen veya tamamen ödenmemesi arasında bir fark olmaması gerektiğinden böyle bir açıklığa gerek olmadığı söylenebilir⁸⁶.

D. Tazminat İsteme Hakkı

İş Kanunu'nun 26.maddesine göre ücretin ödenmemesi dolayısıyla haklı nedenle iş akdini fesheden işçinin tazminat isteme hakkı da saklıdır. Ancak bu hakkın kaybedilmemesi için haklı nedenin öğrenilmesinden itibaren 6 iş günü içinde ve her halde fiilin gerçekleşmesinden 1 yıl içinde feshetme hakkının kullanılması gerekmektedir. Belirtilen bu süreler hak düşürücü sürelerdir, süreler geçirildiği takdirde yargılama esnasında haklı nedenin varlığı ileri sürülememektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25.maddesi ile, sendikaya üyelik nedeniyle ücret konusunda ayırım yapıldığı takdirde işçinin bir yıllık ücreti

⁸³ Süzek, s.528

⁸⁴ Günay, s.41

⁸⁵ Centel, s,378

⁸⁶ Günay, s.43.

tutarında tazminat yaptırımını bulunmaktadır⁸⁷. Her ne kadar işçinin maddi ve manevi tazminat talep hakkı varsa da uygulamada özellikle manevi tazminatı ispat çok zordur zaten bu yola başvurulma olasılığı da manevi zararın ispatının güç olması karşısında çok düşüktür.

E. İdari Para Cezası

İşK.102.maddesi işverene verilecek idari para cezası hükmünü içermektedir. Bu hüküm uyarınca, işçiye ücreti süresinde ve eksiksiz olarak kasıtlı şekilde ödemeyen ya da eksik olarak ödeyen, komisyonun belirlemiş olduğu asgari ücreti de işçiye ödemeyen veya noksan ödeyen işveren ya da işveren vekiline bu durumda her işçi ve her ay için ayrı ayrı idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Kanun metninden açıkça anlaşıldığı gibi ücret ödememenin kasten olması gerekmektedir. Asgari ücretin ödenmemesinde ise kasıt aranmamakta işçiye idari para cezası kastı olmasa da verilmektedir⁸⁸.

İşveren bu hüküm uyarınca, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri kapsamında gösterilen sebepler dışında işçisine ücret kesme cezası verirse işveren yine idari para cezasıyla cezalandırılacaktır. İdari para cezası verme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ndedir.

İKİNCİ BÖLÜM

ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

KAPSAM VE SINIRLARI

I. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Hukuki nitelik olarak çalışmaktan “kaçınma hakkı” iş sözleşmesinin özelliğine bağlanan sonuçlarda kendini göstermektedir. İş sözleşmeleri iki taraf

⁸⁷ Evren, s.130

⁸⁸ Ercan Akyiğit, **4857 Sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları**, Sakarya 2005, s.76

içinde borç yükleyen karşılıklı edimler içeren sözleşmelerdir. Gerek zaruri gerekse sözleşmede açıklanan iradeler gereğince taraflardan her biri edimle yükümlü olduğu takdirde, “karşılıklı edimleri içeren” bir sözleşmeden bahsedilir⁸⁹. Tanımından açıkça anlaşıldığı gibi işçinin iş yapma borcunun karşılığında işverenin de ücret ödemesi borç olarak işverende olduğundan iş sözleşmeleri iki tarafa da borç yükleyen (synallagmatique) sözleşmelerdir⁹⁰.

İki taraflı sözleşmelerin bazılarında taraflardan biri sözleşmenin doğumu ile birlikte mutlaka borç altına girmiştir; fakat diğerinin borç altına girip girmediği o anda belirsizdir. Vekalet de durum böyledir. Bu sözleşmelerde vekil sözleşmenin doğumu ile borç altına girmiştir. Ancak ücret kararlaştırılmamışsa vekalet veren, karşı borç altına henüz girmemiştir.

Bu sözleşmelerin bir kısmında sözleşmenin her iki yanı da, borç ilişkisinin doğumu ile birlikte kesin olarak hem borçlu, hem alacaklı durumuna girmiştir. Satım, kira, hizmet, istisna ve ücret kararlaştırılmış ise vedia vs. sözleşmeler işte bu grupta yer alırlar bunlara da (tam iki taraflı sözleşmeler) ya da kısaca (karşılıklı sözleşmeler) denilmektedir⁹¹.

İş sözleşmesinin bu karşılıklı borç doğuran özelliğinden kaynaklanan önemli haklar taraflara verilmiştir. İş sözleşmelerinde taraflarından birinin edimini yerine getirmemesi ya da eksik yerine getirmesi haklı fesih sebebidir. İşçi de haklı fesih ile karşı karşıya kalmak istemiyorsa yapması görevi olan işler kendisine hatırlatıldığı halde direnmemeli işi gereği gibi yapmalıdır.

Sürekli olan iş ilişkisini, sürekli olmayan iş ilişkisinden ayırıcı özellik, yüklenilen edim borcuna zaman unsurunun yaptığı etki olduğundan, bazı durumlarda süresinde ifa etmeme, salt zamanında ifa etmeme (temerrüt) anlamına gelmeyip, doğrudan doğruya hiç ifa edememe” (imkansızlık) halini oluşturur. Bu bakımdan iş sözleşmesinde, iş görme borcunun ifa süresi içinde yerine getirilmeyen edimini işçinin sonradan yerine getirme, telafi imkanı varsa temerrütten, bu imkan yoksa

⁸⁹ Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla, Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı 1988, s.1099.

⁹⁰ Ali Güzel, **Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, 2005/2, s.130. Münir Ekonomi, **İş Hukuku**, İstanbul, 1984, s.78. Salamon Kaniti, **Akdin ifa edilmediği Def'i**, İstanbul 1962, s.47. Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku Özel Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara,2002, s.307.

⁹¹ Fevzi Necmettin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt,2,2.Baskı, İstanbul, 1977, s. 126.

imkansızlıktan söz etmek gerekir⁹².

B. Karşılıklı Sözleşmelerde İfa Sırası

Her borç münasebetinde zaruri olarak mevcut bulunan unsurlardan biri de edimdir. “edim” deyimi borcun konusunu, diğer söyleyişle, borçlanılan hususu ifade eder. Daha somut bir açıklama ile edim, borçlunun yapacağını vaat ettiği bir vermek yapmak ya da yapmamak eylemlerini ifade eder. Edimin vaat edildiği şekilde yerine getirilmesine ifa denir. Bazı sözleşmelerde, taraflar aksini kararlaştırmış değilse, önce hangi tarafın ifada bulunacağını kanun tayin etmektedir. Mesela TBK’nın 299. maddesine göre, kira akdinde önce kiralanan şey teslim edilmelidir; kiracıya düşen kira borcu ise, belli bir kullanma devresinin sonunda ödenir. Bunun gibi, iş sözleşmesinde önce işçinin(TBK. m.406), neşir mukavelesinde önce eser sahibinin (TBK. m.497) edimini ifa etmesi kanun hükmü gereğidir.

Sözleşme ve işin niteliğine göre, taraflardan birinin daha önce edimini yapması gerekmiyorsa, her iki tarafın aynı anda karşılıklı biçimde borçlarını yerine getirmeleri gerekir⁹³. TBK. m.97’de sözleşmeye ilişkin ifa talebinde bulunan taraf, eğer sözleşmenin koşul ve özelliklerine göre daha sonra ifada bulunma hakkı yoksa önce kendi borcunu sözleşmeye uygun yerine getirmeli sonrasında karşı yandan ifa beklemelidir ki bu sözleşmenin karşılıklılık esasının gereğidir. Bu hüküm, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerektiğine hukuki karinedir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural, edimlerin aynı zamanda ifa edilmesidir. Yasa koyucu ayırık bir hüküm koymuşsa (örneğin TBK. m.234,477) veya taraflar arasında ifa sırasını tespit etmişlerse(sözleşmenin ifasını isteyen kimse bir süreden yararlanma hakkına sahipse) veya işin nitelik ve mahiyeti taraflardan biri için daha önce borcunu yerine getirmesini gerektiriyorsa (örneğin; elektrik su, telefon, edimlerinde) edimlerin “aynı zamanda ifası” kuralı uygulanmaz. Böyle hallerde, edimini öncelikle ifa etmesi gereken taraf, “ödemezlik def’inde

⁹² Günay, s.42.

⁹³ S. Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1985, s.1100-1101.

bulunamaz⁹⁴.

Borç ilişkisi süreliyse bu tür sözleşmelerde, sürekli edim yükümlüsüne önce ifa borcu yüklenmiştir⁹⁵. Bazı hallerde önce ifa borcu ortadan kalkar. Karşı taraf borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmişse, önce ifa borçlusunu yine de edimini önceden yerine getirmeye mecbur tutmak iyi niyet kurallarına ve hayatın normal icaplarına aykırı olur. Bu durumda önce ifa borçlusunu bu borcundan kurtulur. Karşı tarafın borcu muaccel ise bu durum da önce ifayı ortadan kaldıracaktır.

Bazı borç ilişkilerinde taraflardan biri sürekli olarak borç altına girer (örneğin iş sözleşmesinde işçi sürekli olarak iş görmeyi taahhüt edebilir), fakat ücretinin sözleşmeyle veya kanunla belirli olan devrelerde (hafta sonu, ay sonu, üç ayda bir) kendisine ödenmesi gerekir. İşçi bu devrelerden birini tamamladığı halde devre sonunda ücretini alamazsa, yani önce yerine getirdiği edim bölümünün karşılığı kendisine verilmezse onu izleyen dönemlere rastlayan borcunu önce ifadan kaçınabilir⁹⁶.

“Ödemezlik def’i” hakkını kullanan taraf borç ilişkisini sona erdirmek istememektedir. Yasanın vermiş olduğu bu hakkı kullanan taraf sözleşmenin diğer tarafından borcunu yerine getirmesini ya da yerine getireceğini teklif etmesini istemektedir. Karşı yan edimini yerine getirmezse böylece ödemezlik def’ini ileri süren için de borcunu yerine getirilmesi gerekmez. Mantığından da açıkça anlaşıldığı üzere bu hakkı kullanan, diğer tarafı sözleşmeye uyma konusunda etkilemekte buna zorlamaktadır ve böylece karşı taraf borcunu yerine getirmediği sürece kendi edimini yerine getirmekten de kurtulmaktadır. İşçinin çalışmaktan kaçınmasını, hukuki nitelik olarak ödemezlik def’i olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde de, “yapılan düzenleme ile TBK 97.maddesi ile uyum sağlanacaktır” denilerek çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğine de işaret edilmiştir. Öğretide ödemezlik def’i dışında çalışmama hakkını alacaklının temerrüdü olarak yorumlayanlar da bulunmaktadır. Bu görüşleri ileride ayrıntılı açıklayacağız. Öncelikle hukukumuzda düzenlemiş olan ödemezlik def’i ve alacaklının temerrüdü kavramlarını genel olarak açıklayacağız.

⁹⁴ Turgut Uygur, **Açıklamalı İctihatlı Borçlar Kanunu**, 3.cilt, 2003, s.3036. Feyzioğlu, s.128.

⁹⁵ Güzel, s.129. Kaniti, s.138.

⁹⁶ Feyzioğlu, s.130.

C. Ödemezlilik Def'i

1. TBK. m.97'de Düzenlenen Hükümün Önemi ve Fonksiyonu

Def'i, borçlunun gerçekte var olan borcunu özel bir gerekçe ile yerine getirmemesine imkan tanıyan haktır. Def'ilere misaller: Zamanaşımı def'i (TBK. m.97.); semenin(satış bedelinin) indirilmesi def'i ve bağışlayan def'i. Def'ide itirazdan farklı olarak; hak doğmamış veya son bulmuşsa itiraz söz konusuyken, def'ide ise hakkı bulunan borçlu (davalı) özel bir sebep ve gerekçe ile bu var olan hakkını ifa etmekten kaçınmaktadır⁹⁷.

Sözleşme, kanun veya işin mahiyeti aksini emretmiyorsa, bir sözleşmenin taraflarından (A), kendi borcunu ifa etmeden veya teklif etmeden, (B) nin ifada bulunmasını isteyemez, isterse(B), bir def'i ileri sürerek ve (A) nın daha kendi borcunu ifa etmiş olmadığını söyleyerek ifadan kaçınabilir. (B) nin bu yoldaki savunmasına “borcun ifa edilmediği def'i (exceptio non adimpleti contractus) denmektedir. Bu savunma gerçek anlamda bir def'i olduğu için yargıç tarafından kendiliğinden (re'sen) göz önünde tutulamaz. Diğer söyleyişle, davalı borcun ifa edilmediği def'ini ileri sürmediği takdirde, ifaya hüküm giyecek ve gerçekte davacının kendi edimini yerine getirmemiş olması bu sonucu önlemeyecektir⁹⁸.

TBK.'nun 97.maddesi karşılıklı edimleri(borçları) içeren sözleşmelerinin tarafları hakkında “aynı anda ifa karinesi”ni koymuştur. Taraflardan biri borçlanmış olduğu edimi (borcu) ifa etmemişse diğer taraf da kendi edimini (borcunu) yerine getirmeyebilmektedir. Bu tür sözleşmelerde özel bir kanun hükmü, teamül veya anlaşma olmadıkça, sözleşmenin taraflarından birinin borcunu diğerinden daha önce ifa yükümlülüğü yoktur. Aksine taraflar arasında ifa zamanı yönünden eşitlik ilkesi

⁹⁷ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, 2007, s.332-333.

⁹⁸ S. Sulhi Tekinay, s.1101. Feyzioğlu, s.133.

geçerli olup, borçlarını aynı anda ifa etmek zorundadırlar⁹⁹.

Ödemezlik def'inin sözleşmenin tarafları için vermiş olduğu hak ve yetkilere kanunun yorumu yoluyla ulaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki yasa bu konuda yeterince açık değildir. Bu hakkın kullanılması sözleşmenin uygulanmasının şartı mıdır , yoksa bu hakkı ileri süren için sözleşmeye uymama konusunda bir hak mı vermektedir bu durum tartışmalıdır. Ödemezlik def'inin mahiyeti,niteliği açısından görüş farklılıkları vardır ancak kabul gören görüş “gerçek manada def'i” olduğu yönündedir¹⁰⁰.

Benimsenecek görüşün Usul Hukuku ve Borçlar Hukuku bakımından önemli sonuçları olacaktır. Eğer şart kabul edilecek olursa, dava açan ve sözleşmenin diğer tarafından talepte bulunan taraf, kendi borcunu yerine getirmiş olması şart olacağından,bir tarafın diğerinden borcunun ifasını talep edebilmesi için kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması talebin bir şartı sayılacağından davacı bu şartı gerçekleştirdiğini ispat edemezse davayı kaybedecektir.

4857 sayılı İş Kanunu m.34/1'de ayrıca ücretleri ödenmeyen işçiler, iş yapma borcundan kaçınmaları, sayısal olarak bakıldığında toplu nitelik kazanmış olsa da “grev” olarak nitelendirilmemesi gerektiğine yönelik düzenleme yapılmıştır. Çalışanların İşK. m.34 de düzenlenen hakkı öne sürmeleri için her birinin ayrı ayrı ifa edilmezlik def'ini ileri sürmeleri gerekmektedir. Zira def'ilerde taraf kendisi ileri sürmediği takdirde hakim tarafından bu hak kendiliğinden gözetilemez¹⁰¹.

2. Ödemezlik Def'inin Şartları

a. Karşılıklı Edimleri İçeren Sözleşme Söz Konusu Olmalıdır

TBK'nun 97.maddesinde ifade olunan “karşılıklı sözleşme” veya iki tarafa da borç yüklemiş olan sözleşmeler” de sözleşmenin taraflarından birisinin borcu, diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil eder. TBK.'nun 97. maddesi yalnız aynı sözleşme içinde birbiriyle değiştirilen, biri diğerinin karşılığı olan edimlere uygulanır. Sözleşmenin her iki tarafı da diğer tarafın yapmayı taahhüt ettiği edimine

⁹⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10.Baskı, İstanbul, 2007, s.945.

¹⁰⁰ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2009, s.268.

¹⁰¹ Günay, s.46.

ulaşmak için borç altına girer. Yüklenilen borç, karşı tarafın borcu ile eşit derecede, sözleşmenin gayesine hizmet eder, edim değişimi söz konusudur. Bunlara” tam iki taraflı sözleşme” denmektedir¹⁰².

Bu tip sözleşmelerde taraflardan birinin borç altına girmesi diğerinin borç altına girişinin karşılığıdır, karşılıklı sözleşme denilişinin sebebi de budur. Bu sözleşmelerde karşılıklı edimler arasında bir bağlılık ve denge vardır. Satım, trampa, adi ve hasılat kirası gibi ivaz karşılığı kullanma hakkı veren sözleşmeler, hizmet, istisna, tellallık ve komisyon gibi ücret karşılığı bir eser veya iş yapma borcunu yükleyen sözleşmeler ve Ticaret Kanunu’ndaki taşıma, sigorta, denizaşırı satım, deniz ödücü sözleşmeleri her iki yana da karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir¹⁰³.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin niteliği gereği her iki taraf da aynı anda hem borçlu hem alacaklı konumunda bulunmaktadırlar. Sözleşmede her iki tarafın edimi (borcu) arasında karşılıklı olma ve değiştirme durumu bulunmaktadır¹⁰⁴. Her iki tarafa değil de bir tarafa borç yüklemiş olan bir sözleşmede diğer tarafın herhangi borcu olmadığı için aynı anda ifadan söz edemeyiz¹⁰⁵. Karşılıklı sözleşmelerde tüm borçlar için değil, ancak karşılıklı olan borçlar için TBK. m.97 uygulanabilir. Aynı sözleşmede de olsa aralarında değişim ilişkisi olmayan edimlerde ödemezlik def’i kullanılmaz¹⁰⁶. Bu görüş doğru ve yerinde bir görüştür. Çünkü açıklanan def’i hakkını, sözleşmenin her hükmü için tartışmasız uygularsak bunun kötüye kullanılmasını önlemek mümkün olmaz. Bir sözleşmenin esaslı borcundan kurtulmak isteyen veya ifayı geciktirmek isteyen sözleşmenin tali şartını ileri sürerek amacına ulaşmış olur ki bu durumda yasanın amacına hizmet etmiş olunmaz. Aksine yasanın verdiği boşluk kullanılarak haksız olarak avantajlı konuma geçilmiş olur.

Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler: daha doğru bir deyişle edim ve karşılık edim, genetik olma, fonksiyonel ve kondisyonel karşılık ilişkisi içinde bulunurlar. Genetik karşılıkta her iki edim, yani edim ile karşı edimler, devamlılıkları, yani varlıklarının sürdürmeleri yönünden birbirlerine bağlılık gösterebilirler. Fonksiyonel karşılıkta da edimler, ifaları yönünden birbirine bağlı

¹⁰² Uygur, s.3036.

¹⁰³ Feyzioğlu, s.134.

¹⁰⁴ Eren, s.946. Feyzioğlu, s.125.

¹⁰⁵ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10.Baskı, Ankara, 2008, s.442.

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, s.271. Uygur, s.3037.

durumdadırlar¹⁰⁷.

Değişim ilişkisinde kural olarak asli edim yükümlülükleri yer almalıdır. Bununla beraber, yan edim yükümleri de değişim ilişkisi içinde yer alabilir¹⁰⁸. Yan edim yükümünün değişim talebi ilişkisi içinde yer alıp almadığı, somut olay göz önünde tutularak çözümlenir. Yan edim olmaksızın asli ediminin herhangi bir değer arz etmediği sözleşmelerde, yan edim değişim ilişkisi içinde yer alır. Buna karşılık bağımsız olarak dava açılabilen yan yükümler ilke olarak değişim ilişkisi içinde yer almazlar¹⁰⁹.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında TBK.'nun 97.maddesindeki karşılıklı borç yükleyen terimi, birbirinin karşılığı olan esas borçları kapsadığı ikinci derecedeki borçların TBK.97.maddesinin kapsamı dışında kalacağını vurgulamıştır¹¹⁰.

Sözleşmenin ifa edilmediği def'i aynı sözleşme içinde olmakla beraber birbirinin mukabili sayılmayan edimlerde, karşılıklı edimlere bağlı olarak düşünülmemiş sözleşme içindeki veya sözleşmeye yabancı olmayan edimlere uygulanamaz. Edimler mutlaka bir diğerinin sonucu olmalıdır ki, bu def'i ileri sürülebilsin. Aynı şekilde bir iş sözleşmesinde ücret, iş yapma borcunun karşılığıdır. Ücretini isteyen işçiye karşı işveren işi yapmadığı veya yapmayı teklif etmediği için ücret borcunu ifadan kaçınabilir: ya da işçi, ücretini ödemedikçe işverenin bakiye işlerini yapmayabilir¹¹¹.

Değişim ilişkisi içinde bulunan edimler, ani edim, sürekli veya dönemli edim olabilir. Örneğin kira ve hizmet edimlerinde kiralayan ve işçinin borcu sürekli iken, kiracı ve işverenin borcu, ani veya dönemli edimdir. Ard arda teslim edimleri de karşılıklı borç külfeti yükleyen sözleşmelere konu olabilir. Bu itibarla ödemezlik def'i ani, dönemli veya sürekli edimleri içeren iki taraflı sözleşmelerde de

¹⁰⁷ Eren, s.947.

¹⁰⁸ Karşı görüş, Oğuzman/Öz s.271 "Yan edimler için ödemezlik def'i kullanılmaz

¹⁰⁹ Eren, s,949.

¹¹⁰ YHGK, 13.05.1964, T.E,176 K.361. "Davaya temel olan akde göre, yük taşıma borcunun karşılığı, davacı idarenin ayrıca parası alınmak kaydıyla davalıya lastik satması borcudur. Davalı, davacının lastik satma borcunun karşılığı bulunan yük taşıma borcunu yerine getirmemiştir. Bu bakımdan BK.'nun ancak akit gereğince biri öbürünün karşılığı olan borçlara uygulanan 81.maddesinin uygulanması artık söz konusu edilemez. Söz edilen maddedeki mütakabil derecedeki borçlar, bu maddenin kapsamı dışında kalırlar. Ayda 300 liranın davacı idareye ödenmesi şartı, akitte ikinci derecede bir şarttır. Yukarıda açıklandığı üzere, ikinci derecede bir şartın yerine getirilmesinde BK.'nun 81.maddesi uygulanamaz.(Uygur, s.3038)

¹¹¹ Feyzioğlu, s.134-135.

uygulanabilir¹¹².

b. Karşılıklı Her İki Borçta Doğmuş Olmalı ve Sükut Etmemiş Olmalıdır

Kendisinden ifa talep edilen şahsın borcu henüz doğmamış ise veya ifa, takas, imkansızlık, ibra, vs, sebebiyle sükut etmiş ise, bu şahsın ödemezlik def'i kullanmasının lüzum yoktur. Borcun doğmamış veya sona ermiş bulunması talebin reddi için yeter sebeptir. İfa talebinde bulunan tarafın karşı borcu henüz doğmamışsa veya sükut etmişse, bu durumda kendisinden ifa talep edilen tarafın ödemezlik def'ini kullanmasını gerektirecek bir alacak bulunmamaktadır. Def'inin söz konusu olabilmesi taraflar arasındaki hukuki ilişkisinin geçerli şekilde meydana gelmesine ve hukuki ilişkinin devam ediyor olmasına bağlıdır. Borçlunun, alacaklıya karşı borcun varlık ve devamına ilişkin iddialar vakıalar ileri sürmesi, ödemezlik def'i değil, itiraz olarak kabul edilir. Taraflardan birinin def'i hakkını kullanması karşı yandan bir alacağı olmasına bağlıdır. Görüldüğü üzere ödemezlik def'inin kullanılabilmesi için öncelikle karşı alacağın doğmuş ve geçerliliğini devam ettiriyor olması ve sona ermiş olmaması gerekmektedir¹¹³.

Karşı borcun olması gerektiği gibi yerine getirilmemiş olması ayıplı veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması durumunda, borca aykırı ifanın sözleşmeye uygun duruma getirilme imkanı buldukça sözleşmenin ifa edilmediği def'i eksik veya kötü ifayı tamamlamak ya da düzeltmek içinde ileri sürülebilir. Şu var ki bu takdirde sözü geçen def'i sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği def'ine bürünür¹¹⁴.

Alacaklı, borçlunun kısmi ifa veya ifa teklifini reddetme ve borçlanmış olduğu kendi ediminin ifasından kaçınma hakkına sahiptir. Borçlanılan edim tamamen ifa edilmedikçe, kısmi ifayı bilerek de olsa kabul eden taraf ödemezlik def'ini kullanabilir. Ancak kısmi ifanın borçlanılan edimin çok büyük bir kısmını oluşturması ve geri kalan (ifa edilmeyen) kısmının da önem taşıması halinde kısmi ifaya dayanılarak ödemezlik def'inin ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırı düştüğü takdirde, bu hak kullanılmaz¹¹⁵.

¹¹² Eren, s.950.

¹¹³ Eren, s.950.

¹¹⁴ Feyzioğlu, s.136

¹¹⁵ Eren, s.951.

Zamanaşımı, alacağı sükut ettirmeyip talep edilmesine tesir ettiği fakat def'i haklarının zamanaşımına uğramayacağı gerekçesiyle, zamanaşımına uğrayan alacağa dayanarak ödemezlik def'i ileri sürülebilir¹¹⁶.

c. Önceden İfa Yükümlülüğü Bulunmamalı

Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde borçlanılan edimler, aynı anda ifa karinesinden yararlanır. Ancak tarafların anlaşmaları, bir kanun hükmü veya teamül bu karineyi ortadan kaldırabilir. Aynı anda ifa karinesinin mevcut olmaması halinde taraflardan birinin öncelikle ifa yükümlülüğü söz konusu olur. Tarafların birinin borçlanmış olduğu edimi, bir sözleşme, kanun veya teamüle göre sözleşmenin diğer tarafından önce ifa yükümlülüğü bulunması halinde öncelikle ifa yükümlülüğü söz konusu olur. Öncelikle ifa yükümlülüğü olan taraf, ödemezlik def'ine sahip olamaz¹¹⁷.

Sözleşmede iki tarafında borcu bulunduğu halde birisi için önceden ifa yükümlülüğü mevcut ise, aynı anda ifadan söz edilemez. Bu durumda edimlerin ifası için bir sıra vardır. Borcunu kendi sırasına uygun ifa etmeyen borçlunun diğer tarafın edimini ifa etmesini istemesi mümkün değildir. Bu durumda aynı anda değil, belirli bir sayıya, bir başka ifadeyle değişik ifa zamanına uygun olarak ifa söz konusudur¹¹⁸.

Davalının(borçlu) sözleşmeye veya işin mahiyetine göre daha önce ifa yükümlülüğü bulunmamalıdır. Zira TBK. 97.madde aynı zamanda ifa prensibine sıkı sıkıya bağlıdır¹¹⁹.

Sözleşmede taraflar, borçlarının nasıl ifa edileceğini tespit etmişlerse ona göre ifa edilir. Sözleşmenin mahiyetinden veya örf icabı karşılıklı sözleşmelerden hangisinin önce, hangisinin sonra, ifa edileceği anlaşılmakta ise bu sıraya göre ifa edilir. Karşılıklı sözleşmelerden hangisinin önce, hangisinin sonra ifa edileceği kanunlarda yer almışsa buna uyulur. Eğer sözleşme veya kanunla, örfle karşılıklı sözleşmelerde tarafların borçlarının hangisinin evvel ve sonra ödeyeceklerine dair bir açıklık yoksa Türk Borçlar Kanunu'nun 97.maddesi uygulanır bu maddeye göre

¹¹⁶ Oğuzman, Öz, s.272.

¹¹⁷ Eren, s.952

¹¹⁸ Kılıçoğlu, s.442.

¹¹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.1107.

tarafların karşılıklı borçlarını aynı anda ifa etmeleri esastır¹²⁰.

d. Her iki Tarafın Alacağı da Muaccel Olmalıdır

Türk Borçlar Kanunu m.90 gereğince, borcun ifası, taraflarca veyahut yasa ile bir vadeye bağlanmamışsa veya işin nitelik ve mahiyeti icabı bir süreye gerek yoksa, borcun ifası derhal¹²¹ talep edilebilir ve borç derhal yerine getirilebilir¹²². Bir vadenin bulunmadığı hallerde borcun doğumuyla birlikte alacak da talep edilebilir durumdadır. Eğer borcun yerine getirilmesi sözleşme veyahut yasa ileri bir tarihe bağlanmışsa burada süreye bağlı borç söz konusudur. Bu tür borçlarda kararlaştırılan ifa tarihinin gelmesiyle alacak talep edilebilir duruma gelmiş olur ve alacaklı borcun ifasını isteyebilir¹²³.

Alacaklının yönünden borcun ifasını istemek ve hakkını kullanmasına mani olacak sözleşme veyahut yasadan kaynaklı ve bir durum kalmadığı andan itibaren borç talep edilir durumda olur. Borcun zaman olarak talep edilebilir olması, alacaklının, borçludan hukuken borcun yerine getirilmesini talep edebileceği zamanı belirtir ki, borcun ifa zamanı gelmiştir.

Borcun zaman olarak talep edilir olma durumu genellikle zamanaşımı başlangıç tarihine denk düşer. Borçluların alacaklıya karşı bir def'i hakkını haiz bulunduğu hallerde borçlu, bu def'ileri ileri sürerek borcun muaccel olmasını önleyebilir¹²⁴.

İfa talebinde bulunan tarafın alacağı henüz doğmamışsa, diğer tarafın ödemezlik def'i kullanmasına ihtiyacı yoktur. Çünkü davacının dava hakkı doğmamıştır, dava açmakta hukuki yararı da olmayacaktır. Hukuki yarar yokluğundan açmış olduğu davası reddedilecektir. Kendisinden ifa istenen tarafın borcu doğmuş olmasına karşılık, onun karşın taraftan alacağı zaman olarak henüz doğmamışsa ödemezlik def'ini kullanmasına imkanı yoktur¹²⁵. Ödemezlik def'i

¹²⁰ Lütfü Dalamanlı ve Faruk Kazancı, **Açıklamalı Borçlar Kanunu**, Cilt 2, İstanbul, 1990, s.156.

¹²¹ “Derhal” ifadesi lafzına göre değil fakat dürüstlük kuralına (M.K m.2) göre yorumlanmalıdır, Koç, Nevzat, Alacaklının Temerrüdü, Ankara, 1992, s. 89.

¹²² Mehmet Üçer, Alacaklının temerrüdü, Ankara, 2007, s.59.

¹²³ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, İstanbul, 2005, s281-282.

¹²⁴ Koç, s.89-90.

¹²⁵ Oğuzman/Öz, s.274.

sözleşmeden doğan her iki edimin de muaccel olmasını gerektirir. Borçlardan biri muaccel değilse bunun alacaklısı ödemezlik def'ini ileri sürmez¹²⁶.

e. Karşı Taraf Borcunu İfa Etmediği Gibi, İfasını da Teklif Etmiş Olmamalıdır

Türk Borçlar Kanunu 97'ye dayanabilmek için karşı tarafın borcunu “ifa etmemiş olması” yetmez; ifayı teklif etmemiş olması da şarttır. Karşı borcun ifasının teklif edilmiş olmasından maksat, borcun ifa edileceğinin karşı tarafa duyurulmuş olmasıdır. Başka bir deyimle, teklif o tarzda yapılmalıdır ki, bunun reddi, ifa yerinde gerçekten ve fiilen yapılmış olduğunda alacaklının kabulünden başka kendi yönünden yapılması gerekli hiçbir işlem bırakmayacaktır¹²⁷.

Karşı taraf şayet borcunu ifa etmemiş bulunuyorsa, esasen o borç sükut etmiş olacağı için yukarıda incelediğimiz şart gerçekleşmediği, ortada ödemezlik def'ine mesnet olacak alacak bulunmadığı için def'in ileri sürülmesi söz konusu olmaz. Karşı yan borcunu ifa etmiş olmasa da ifasını önermişse bu durum diğer yanın ödemezlik def'ini kullanmasına mani olur. Yalnız bu neticenin meydana gelebilmesi için, ifa teklifinin reddi alacaklı temerrüdüne yol açacak tarzda yapılmış olması gerekir. Kısaca, ifa teklifi borca uygun tarzda yapılmış olmalıdır. Aksi halde borca uygun olmayan ifa teklifi ödemezlik def'ine engel olmaz¹²⁸.

Gerek(karşı edimin ifa edilmediğini) gerekse(ifasının teklif edilmediğini) ileri sürerek def'iden yararlanan, taraf, bir def'e dayandığı için onu ayrıca ispat durumunda değildir. Aksine, ifa edildiğini veya ifanın teklif edildiğini ispat yükü davacıya aittir¹²⁹.

3. Ödemezlik Def'inin Kullanılması Tarzı ve Kullanılmasının Hükümü

Sözleşmelerde yazılı olma unsuru bulunsa da ödemezlik def'inin kullanılmasında bir şekil şartı getirilmemiştir. Beyan ile de olsa diğer tarafa, karşı

¹²⁶ Eren, s.952.

¹²⁷ Feyzioğlu, s.136.

¹²⁸ Oğuzman/Öz, s.275.

¹²⁹ Feyzioğlu, s.136.

borç yerine getirilmeden kendi borcunun yerine getirilmeyeceğinin açıklanması yeterli kabul edilmektedir. Bildirimde ayrıca ifadan kaçınma sebebinin de açıklanması aranmamaktadır. Bu hakkın kullanılması ile sözleşmenin diğer tarafının talebi def'in kullanabileceği andan sonra haksız duruma gelmiş olur. Her ne kadar bu hakkın kullanılması bir şekil şartı öngörmese de kanımızca açılması muhtemel bir davada ispat kolaylığı açısından yazılı olarak bildirimde bulunulması yerinde olacaktır.

Ödemezlik def'i kullanılınca, def'i ileri süren kimse, karşı yan borcunu yerine getirinceye kadar kendi edimini ifa külfetinden kurtulur¹³⁰.

İfa edilmezlik def'i bağımsız olmayan bir def'i olduğundan ancak, karşı tarafın borçlandığı edim devam ettiği süre boyunca varlığını korur. İşveren ücret ödeme borcunu ifa ettiği takdirde ifa edilmezlik def'i sona ereceğinden işçilerin iş görme borcu söz konusu olacaktır.. Gerçekten işverenin karşı edimini işçinin temerrüdünü doğuracak surette teklif etmesi, ifa edilmezlik def'ini sona erdirir¹³¹.

Karşılıklı sözleşmelerde, bu hakkı kullanan davalının, def'in şartlarının varlığını ispat etmek yükümlülüğü yoktur. Def'in kullanılmayacağını ispatı davacı tarafa aittir. Davacı bu hususu ispat edemezse hakim, davayı şimdilik kaydıyla reddedecektir. Şimdilik, kaydı ile reddin nedeni, def'i hakkının sağladığı ifadan kaçınma hakkının, karşı yan borcunu yerine getirinceye kadar sürmesidir. İfa önerildikten sonra artık def'in bir etkisi kalmamış olur. Bundan dolayı def'in aynı zamanda erteleme özelliği olan def'i olduğu da söylenir¹³². Karşı taraf edimini ifa ettikten, ya da ifayı teklif ettikten sonra def'e dayanan ifa borcu tekrar avdet eder¹³³.

Ödemezlik, def'i şartları gerçekleştiği takdirde borçluya edimini ifadan kaçınma hakkı verdiğinden borçlunun edimini ifa etmesi gecikmiş olur. Bu niteliği itibarıyla ödemezlik def'i hak sahibinin borçlandığı edimin ifasını geçici olarak

¹³⁰ Bkz. Yarg. 14. H.D 14.03.1988 T.E.667, K.2072, Davacı çekişmeli dükkanın adına tescilini isteyebilmesi için Borçlar Kanunu'nun 81.maddesi gereğince, ilk önce kendi edimini yerine getirmelidir. Davalı banka dükkanın bedelini bildirdiği ve şartnamesinin 2 ve 10. maddesinde öngörülen dava koşullarının yerine getirilmesini istediği halde, davacı edimini yerine getirmediğinden davalı banka adı geçen şartnamenin 2 ve 11. maddesi uyarınca tahsis hakkını kaldırma olanağına sahiptir ve müddeabihin mülkiyetini davacıya nakletmesi hususunda zorlanamaz. Bu itibarla davacı edimini yerine getirmediğinden karşı taraftan ifayı istemeyeceği ve davalının şartname dışındaki bir bedeli kabulle mülkiyeti davacıya nakil için zorlanmayacağından, davanın reddi doğrudur.

¹³¹ Günay, s.47.

¹³² Oğuzman/Öz, s.276. Kılıçoğlu, s.443.

¹³³ Feyzioğlu, s.138.

erteler ve geciktirir. Bunun doğurduğu en önemli sonuç ise, borçlunun ödemezlik def'ini kullanmak suretiyle ifa etmek zorunda olduğu borcun muaccel hale gelmesini önlemesidir. Def'i hakkını kullanan borçlu, borcunu ifa etmediği halde temerrüt durumuna düşmez¹³⁴.

Bu def'in şartlarının olayda bizatihi varlığı, def'in hükümlerinin işlemesine, yani borcun muaccel sayılmasını önlemeye yetmez; herhalde bir irade beyanı ile bu def'in kullanılması gerekir. Def'inin kullanılması, ifa talebi haricen yapılıyorsa, şekle ve bir usule bağlı değildir; talep davaya dönüşmüş ise, def'isini medeni usul hukukundaki şekil ile ileri sürmeyen borçlu, sonradan onu dermeyan ederse savunmanın genişletilmesi sayılır; bu ise ancak karşı tarafın kabulü ile geçerli olur¹³⁵.

D. Alacaklının Temerrüdü

1. Genel Olarak

Borçlunun borçlanmış olduğu edimi, gereği gibi yerine getirebilmesi, genellikle alacaklının ifayı kabul etmesine veya ifa fiiline katılmasına bağlıdır. Alacaklı, sözleşme veya yasa gereği usule uygun olarak kendisine sunulmuş bir ifayı kabul etmekten veyahut ifanın yerine getirilmesi için kendisi tarafından yapılması gerekli hazırlıkları yapmaktan haklı bir neden olmadan kaçındığında temerrüde düşmüş olur. Alacaklının, borçlanılan edimin ifası için gerekli hazırlık fiillerini yapması, ifanın bir şartıdır¹³⁶.

Temerrüt taraflardan birisinin haksız olarak, borcun ifasının gerçekleşmesine mani olan bir direnmede bulunmasıdır. Bu direnimde bulunana mütemerrit (temerrüde düşen) denilir.

Temerrütten söz edebilmek için kendi direniş ve davranışları ile ifaya engel olan tarafın, bu gecikmenin meydana gelişinde haklı sayılmaması gerekir. Eğer alacaklının temerrüdü söz konusu ise, ifayı reddedişinin veya ifadan önce yapması gereken hazırlıkları tamamlamaktan kaçışının "haklı bir sebebe dayanmaması"

¹³⁴ Eren, s.953. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1107.

¹³⁵ Feyzioğlu, s.138.

¹³⁶ Eren, s.968.

yeterlidir, ayrıca bu direnişte kusurlu olması aranmaz¹³⁷.

TBK. m.408 uyarınca haklı bir neden yokken işveren, işi kabul etmekte temerrüt ederse, işçi yapmakla yükümlü olduğu işi yapmak zorunda kalmadan sözleşmedeki ücretini isteyebilir. TBK'nun 106. maddesinde ise alacaklının temerrüdü düzenlenmiş şu anlamda hüküm konulmuştur. "Usulünce edim kendisine sunulan alacaklı, haklı bir sebep yokken edimi reddeder veya borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için kendisi tarafından öncelikle yapılması gereken işlemleri yapmaktan çekinirse temerrüde düşmüş kabul edilir."

Her iki düzenlemeye baktığımızda, TBK.'nun 408.maddesi iş sahibinin işi kabulde temerrüt ettiği işçinin ücretini talep edebileceğini düzenlerken, TBK.'nun 106.maddesi ise alacaklının(iş sahibinden) temerrüde düşmüş olma şartlarını ihtiva ettiği görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu gereği alacaklının temerrüdü hükümleri ile ödemezlik def'i birlikte değerlendirildiğinde bir sonuç alınabilmektedir. Dolayısıyla alacaklı temerrüdünün sonuçları, ödemezlik def'i ile birlikte değerlendirildiğinde işçi açısından önemli neticeler verecektir.

Alacaklının usulüne uygun şekilde sunulmamış bir ifayı kabul mecburiyeti yoktur ve böyle bir ifayı reddedebilir. Buna karşılık konu, yer zaman bakımından tam bir ifanın reddi alacaklıyı temerrüdü düşürür¹³⁸.

Alacaklı, temerrüde düştüğü zaman edimin yerine getirilip tamamlanmasında gecikme söz konusu olmaktadır. Gecikmenin sebebi borçlu değil alacaklıdır. Alacaklı ifayı kabul ermekten kaçındığından alacaklı temerrüdüne aynı zamanda kabul temerrüdü de denilir¹³⁹. Borçlunun borcu ifa etmesine alacaklı engel oluyorsa bu duruma alacaklının temerrüdü denilmektedir¹⁴⁰.

Bu temerrüt şekli, ifaya alacaklının katılması gerekli ise, söz konusu olabilir. Bu katılma ya borçlunun ifada bulunabilmesi için alacaklının önceden yapması gerekli olan ön hazırlıkları tamamlaması biçiminde ortaya çıkar; ya da borçlunun ifasını kabul biçiminde olur¹⁴¹.

Yargıtay bir kararında kabulde temerrüt sayılabilecek durumları "...işçiye

¹³⁷ Feyzioglu, s.140.

¹³⁸ Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Konya, 1998, s.292.

¹³⁹ Eren, s.968.

¹⁴⁰ Hasan Nerad, **Borçlar Hukuku**, 5. Baskı, İzmir, 1997, s.109.

¹⁴¹ Mustafa Reşit Karahasan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. cilt, 2003, s.837-838. Feyzioglu, s.141.

işverenin iş vermemesi” “işyerine girmesine engel olması” “ ifa için gerekli hazırlık işlemlerini yapmaması” şeklinde belirtmiş olup bu durumları temerrüt saymıştır. Kabulde temerrüt için, işçinin kesintili veya kesintisiz çalıştırılması şart değildir; işçi bir gün çalıştırılır ertesi gün çalıştırılmazsa bu durumda da kabulde temerrüt vardır¹⁴².

Alacaklı temerrüdünde ispat sorunu şu şekilde açıklanabilir. Borçlu, edimini gereği gibi teklif ettiğini, ve yapması gerekenleri yaptığını ispat etmelidir. Buna karşılık, borçlu tarafından teklif edilen edimi kabulden kaçınmada haklı olduğunu ispat yükü alacaklıya düşer. Borçlu, ifa teklifinde bulunduğunu kanıtladığında, ifaya hazır bulunduğu bir karine olarak kabul edilir. Bu takdirde alacaklının, borçlunun ifaya hazır veyahut ifaya muktedir olmadığını ispat etmesi gerekir¹⁴³.

2. Alacaklının Temerrüdünün Şartları

a. İşçinin İşin İfasını Teklif Etmesi

Alacaklının mütemerrit sayılabilmesinin ilk şartı, ifanın usulü dairesinde alacaklıya önerilmiş bulunması, diğer bir deyişle yapılacak veya verilecek şeyin olması gerektiği nitelikte yerde ve zamanda borca uygun olarak alacaklıya sunulmuş olmasıdır.

İfayı kabul edeceğini ancak kendi edimini yerine getiremeyeceğini beyan eden alacaklı mütemerrit kabul edilir. İfanın alacaklıya önerildiğinin kabul edebilmesi için ifanın eylemli olarak gerçekten önerilmesi gerekmektedir. Borçlu ifanın gerçekleşmesi için borcuna uygun şekilde öneriyi yapmış olmalı, ifanın yerine getirilmesi sadece alacaklı tarafın kabulüne bağlı olmalıdır. Önerilen edimin gereği gibi ifa olabilmesi için eksiksiz olarak önerilmiş olması gerekir. Borcun tamamını, faiz¹⁴⁴ ve giderlerini kapsamalıdır. Alacaklı, kısmi ifayı ilke olarak reddedebilir. Sunulan ifa, borçlanılan edim bir şeyin tesliminden ibaret ise bu şeye uygun olmalı,

¹⁴² Yarg. 9. HD.1.10.1965, E.8310,K.8226 (Senai Olgaç, **Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar**, C.2, İstanbul,1966, s. 589.)

¹⁴³ Eren, s.974.

¹⁴⁴ Sadece ana paranın ödenmesi teklifi borç miktarına her zaman uymayabilir. Varsa akdi faizi, o tarihe kadarki temerrüt faizi ve sair masrafları da kapsayan bir miktar, teklifin konusunu teşkil etmelidir. Feyzioğlu, s.142.

bu şey yerine başka bir şey sunulmamalıdır¹⁴⁵.

Borcun yerine getirilebilmesi için öncelikle alacaklı tarafından yapılması lazım gelen işlemlerin bulunması, alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini önceden duyurması halinde borçlunun edimini sözle önermesi yeterlidir¹⁴⁶. Borcun ifası alacaklının ön hazırlık yapmasını gerektiriyorsa, borçlu, alacaklıya hazırlık işlemlerini yapması için talepte bulunur bu isteği yerine getirmeyen alacaklı mütemerrit addolunur. Borçlu tarafından alacaklıya yöneltilen bu talep ifa önerisi niteliğindedir¹⁴⁷. Alacaklıya düşen işin yapılması için belirli gün(vade) ya da belirli bir süre (zaman) saptanmışsa sözlü bir öneri de gerekmez. Öyle ki bu günün ya da sürenin geçmesiyle alacaklı, temerrüde düşmüş olur¹⁴⁸.

Borçlanılan edimin hukuki ilişkiye uygun gereği gibi önerilmiş, ifa için hazır bulunduğu ve istekli olduğu gösterilmiş kanıtlanmış olunmalıdır¹⁴⁹. Bunun için, mevcut şartlardan teklifin yapıldığının açıkça anlaşılabilir olması yeterlidir.

İş Kanunu bakımından, Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, teklifin fiilen “ her an için iş yapmaya hazır biçimde ” (m.66-f-bent c) bulunmak suretiyle yapılması gerekir¹⁵⁰.

Bununla birlikte işverenin, işçisine kendisini bir şekilde çalıştırmayacağını söylediği¹⁵¹ veya mevcut durumdan böyle bir sonuç çıkarılabildiği takdirde işçinin sözlü teklifi de yeterlidir. Alacaklının temerrüdünden bahsedebilmek için işin ifasının teklifi yeterli değildir. Aynı zamanda teklif edilen işin ifasının mümkün bulunması da şarttır. Bu nedenle ifanın imkansızlığı, işverenin temerrüde düşmesini önler¹⁵².

b. Alacaklının Teklif Edilen İşin İfasını, Haklı Bir Neden Olmaksızın Reddetmesi (Kabulden Kaçınması)

¹⁴⁵ Eren, s.971.

¹⁴⁶ Feyzioğlu, s.143.

¹⁴⁷ Reisoğlu, s.289-290.

¹⁴⁸ Karahasan, s.839.

¹⁴⁹ Eren, s.972.

¹⁵⁰ Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, **İş Hukuku Esasları**, 2. Baskı, İstanbul, 1999, s.108; Centel, s.256-257.

¹⁵¹ Tunçomağ/Centel, s.108.-Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1119.

¹⁵² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1119. Koç, s.91.

Kabul, borçlanılmış edimin ifa olarak anılmasıdır. Kabulden kaçınma ise edimin reddedilmesi olup alacaktan vazgeçme değildir. Edimin doğrudan reddedilmesi veyahut alınmış olduğu halde alınan edimin, ifa olarak kabul edilmediğinin borçluya bildirilmesiyle kabulden kaçınma gerçekleşir.

Borçlunun kendisine düşeni tamamen yerine getirmesine ve edimini her yönü ile alacaklıya sunmasına karşın, alacaklının bunu kabulden kaçınması ya da hazırlayıcı eylemlere katılması gerektiği halde önceden onları yapmayı dürüstlük kuralları (objektif iyi niyet) ile bağdaşmıyorsa, red haklı nedene dayanmıyor demektir¹⁵³.

Kabulden kaçınma tarzında da ifade edilen (öneriyi red) sunulan şeyin, alacaklının ikametgahına götürüldüğünde fiilen ve gerçekten alınmaması, kendi hakimiyet alanına sokulmaması şekillerinde belirebilir. Alacaklının edimi borçlunun ifa amacına ve beyana aykırı bir maksatla elinde alıkoyması da (ifa teklifini red) anlamındadır. Red bazen zımnî olabilmektedir. Mesela; edim olan şeyin ulaştığı kendisine haber verilmesine rağmen alacaklının onu hiç arayıp sormamasında durum böyledir¹⁵⁴. Burada haklı neden, reddi veya kabulden kaçınmayı haklı kılan objektif nedendir¹⁵⁵. Bu itibarla, alacaklı kusursuz bile olsa, red, bunu haklı kılan objektif bir nedene dayanmıyorsa, işveren mütemerrit olur. Diğer bir anlatımla alacaklının kusursuz olup olmaması, kabulde temerrüt bakımından önem taşımaz: önemli olan husus, reddi haklı kılan objektif bir nedenin olmamasıdır¹⁵⁶.

Alacaklının, temerrüde düşmesi için kendisine veya temsilcisine yapılan usulüne uygun bir ifa teklifini haklı bir sebep bulunmamasına rağmen reddetmesi gerekir. Kendisine tanınan bir hakkı(edimi kabul hakkını) kullanmayan alacaklının teknik anlamda bir kusur işlediği kural olarak söylenemez. Bundan dolayı İsviçre-Türk Hukuku'nda alacaklının temerrüde düşmesi için "kusur" kavramına değil; fakat "haklı sebep" kavramına başvurulmuştur¹⁵⁷.

Alacaklının ifayı kabul etmesine ya da ifa eylemlerine katılmasına engel olan eylemli bir nedenin bulunması ,böyle bir neden karşısında, kabulden kaçınmasındaki

¹⁵³ Karahasan, s.840.

¹⁵⁴ Feyzioğlu, s.146.

¹⁵⁵ Tunçomağ/Centel, s.108; Centel s.257.

¹⁵⁶ Eren, s.973.

¹⁵⁷ Koç, s.155.

özrünün ya da çıkarının, borçlunun ifayı gerçekleştirebilmekteki çıkarına oranla daha üstün olduğunun (objektif iyi niyet kurallarına göre) kabul edilebilmesi durumunda haklı nedenin varlığı kabul edilmektedir¹⁵⁸.

Alacaklının ifaya katılması niteliğinde olan ve kendisinin önceden yapılması gereken hazırlıkları yapmaktan kaçınışı örtülü red olarak kabul edilse de bunları sadece yapmamış olmak red sayılamaz. Red, borçlunun ön hazırlıkları tamamlaması yolunda alacaklıya yapacağı davetin veya bu daveti kapsayan sözlü ifa önerisinin semeresiz kalması halinde söz konusu olabilir¹⁵⁹.

Alacaklının ifa önerisini reddetmesi haklı bir nedene dayanmamalıdır. Alacaklının yapılan ifa önerisinin reddinin objektif ölçülere göre haklı olup olmadığına bakılacaktır. Bununla birlikte hangi nedenlerin objektif neden kavramına sokulacağı tartışmalıdır.

Hakim kanaate göre, elektrik kesilmesi, hammadde yokluğu, sipariş verilen işletmede grev uygulanması gibi işverene düşen hazırlayıcı fiilleri istisnaen sekteye uğratan nedenler, alacaklının temerrüdü anlamında (TBK.m.106) meşru nedenlerden (reddi veya kabulden kaçınmayı haklı kılan objektif nedenlerden) sayılmaz¹⁶⁰. Buna karşılık, mücbir sebep kabul edilen haller, işverenin ifayı red veya kabulden kaçınmasını haklı kılan objektif nedenlerdir. Şu halde, işverenin ifayı kabulden kaçınması, ifanın kabulünü veya hazırlayıcı fiillerin yapılmasını geçici olarak imkansızlaştıran, mücbir sebep sayılmayan nedenlere dayanırsa haksız sayılacaktır¹⁶¹.

İş sözleşmesinde, işverenin işi kabulden kaçınması hukuken geçerli bir nedene dayanmadığı takdirde, haksız sayılmalıdır. Doğal olaylar işverenin işi kabulünü geçici olarak imkansızlaştırır veya çok güçleştirirse ya da ekonomik durumdaki değişiklik yüzünden artık işi kabulde işverenin bir menfaati bulunmasa; siparişlerin azalması veya hammaddenin tükenmesi nedeniyle, kendisine arz edilen hizmetten yararlanmasa veya makinesi bozulsa bile işveren, reddedip ücret ödemekten kaçınmakta haklı sayılmaz¹⁶².

¹⁵⁸ Karahasan, s.841.

¹⁵⁹ Feyzioğlu, s.146.

¹⁶⁰ Tunçomağ/Centel, s.109. Alacaklının temerrüdüne ilişkin İBK. m..91'de "meşru neden" TBK. m.106'da "haklı sebep" terimi kullanılmaktadır.

¹⁶¹ Tunçomağ/Centel, s.109.

¹⁶² Koç, s.161.

Alacaklının temerrüdü, kendisine yapılan teklifi reddetmekle gerçekleşir. Teklifin reddinde mutlaka açık bir beyana veya müspet bir davranışa ihtiyaç yoktur, ifa hareketlerine katılması talep edilen alacaklının pasif kalması katılmaması da “red” demektir. Alacaklı önce reddettiği teklifi sonradan kabul edeceğini bildirerek temerrüt haline son verebilir¹⁶³.

3. Alacaklı Temerrüdünün Sona Ermesi

Alacağı sona erdiren nedenlerden birinin gerçekleşmesiyle alacaklı temerrüdü de sona erecektir. “İbra”, “yenileme”, “borçtan kurtaran tevdi”, “takas” gibi nedenleri alacağı sona erdiren nedenlere örnek olarak sayabiliriz. Bu durumların oluşmasıyla alacak sona ereceğinden alacağa bağlı olan temerrüt de sona erecektir. Borç ilişkisinin bir bütün olarak sona ermesi halinde de alacaklı temerrüdü son bulur.

Edimin ifası imkansız olmamalı, çünkü temerrüt ifanın mümkün olduğu hallerde söz konusudur. Tarafların anlaşarak ifa zamanını uzatmaları, alacaklının sonradan kabul iradesini beyan etmesi ile alacaklının temerrüdü son bulur. Alacaklının temerrüdü sonucunu doğuran şartların ortadan kalkması da sona erme sebeplerinden biridir¹⁶⁴.

Gerçekten, alacaklı temerrüdü karşısında borçlu, durumun özelliğine ve niteliğine göre borçlanılan edim, şeye ilişkin bir edim ise, borçlu mahkemedan tevdi mahalli tayini talep edebileceği gibi, tevdiye elverişli değilse beklemekle bozulacaksa şeyi satar veya sattırır ya da şeye ilişkin edimler dışındaki edimlerde sözleşmeden dönebilir¹⁶⁵.

“Ödemezlik def’i” ve “alacaklının temerrüdü” kavramlarını bu şekilde açıklamakla yetinerek öğreti ve Yargıtay’ın yorum ve görüşleri çerçevesinde çalışmaktan kaçınmanın hukuki nitelik ve kapsamı üzerinde duracağız.

¹⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1120-1121.

¹⁶⁴ Eren, s.974.

¹⁶⁵ Eren, s.970.

II. ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN KAPSAM VE SINIRLARI

A. Genel Olarak

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemiş olduğu; "hakların kullanılmasında ve borçların ifasında dürüstlük kuralına uymanın zorunlu olduğu, bir hakkın kötüye kullanılmasının kesinlikle korunmayacağı, iyi niyete hukuki sonuç bağlanmış olan durumlarda asıl olan iyi niyetin varlığıdır, kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyi niyet iddiasında bulunamaması" gibi hükümleri işçi ve işveren açısından da geçerli olacağı, aranacağı kuşkusuzdur.

İşçi yasanın verdiği çalışmaktan kaçınma hakkını kullanırken dürüstlük ve iyi niyet kuralları kapsamında kullanılmalıdır. Zira hakkın kötüye kullanılmasını kanun korumayacaktır. Aynı ilkeler işveren açısından da geçerlidir. Her olayın kendi özellikleri içinde değerlendirme yapılarak hakkın kullanımının iyi niyete dayanıp dayanmadığının tespiti yapılacaktır.

Çalışmamızda değinildiği gibi ücreti ödenmediği için çalışmaktan kaçınan işçinin, bu hakkı kullanırken işyerinde hazır durumda olup olmaması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İşçilerin ücretleri ödenene dek işyerine gelmemelerinin sağlıklı bir yöntem olduğu ileri sürüldüğü gibi¹⁶⁶ farklı görüşlerde mevcuttur. Kanaatimize göre kanun koyucunun çalışmaktan kaçınma hakkını düzenlemesinin sebebi işçi için vazgeçilmez bir hak olan işveren için ise yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borç olan ücretin ödenmesi için işçiye yeni ve alternatif haklar getirmektir. İşçi bu hakkını kullanırken yasanın amaçladığı sonuca ulaşabilmesi için çalışmayı tamamen bırakmalı ancak bunu yaparken işyerinin işleyişine zarar vermemelidir.

İş Kanunu'nun 34. maddesinde bu düzenleme getirilirken işçinin serbest ve

¹⁶⁶

Akyiğit, s. 23.

bireysel iradesiyle buna karar vermesi gerektiği ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Zira toplu bir şekilde bu karar alınacak olursa yapılan eylem grev olarak nitelendirilebilecek yasanın düzenlediği unsurların dışına çıkmış olacaktır. Yasa koyucu bu hakkın kullanımında herhangi bir özel şekil şartı getirmemiştir ve bu hak uygulamada yaygın olarak başvurulmuş bir hak değildir. Genelde işçiler yine İş Kanunu'nun verdiği ücretin ödenmemesi halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi yoluna gitmektedir. Yasa koyucu, seçimli hak olarak ayrı ayrı düzenleme getirmiştir. İşçiler isterse ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini haklı sebeple fesih edebilecek veya çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Normal şartlarda çalışmasını aksatan işçiye karşı işveren haklı sebeple fesih yoluna gidebiliyorken yasanın verdiği bu hakkı kullanan işçiye karşı kesinlikle haklı sebeple fesih yolunu seçemeyecektir. Belirtildiği üzere bu hakkın yasaya uygun olarak kullanıp kullanılmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. İşçi, dilerse bu hakkını kullanmaya karar verip daha sonra bu haktan dönebileceği gibi, yasanın getirdiği düzenlemelerden açıkça görülebileceği gibi işveren de, bu hakkı kullanan işçinin yerine yeni işçi alamayacağı gibi, işçi de bu hakkını kullanırken ücreti ödendiği takdirde derhal işe başlamak zorundadır.

B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Ücret Kapsamında Getirdiği Düzenlemeler

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu incelendiğinde ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına doğrudan atıf yapılmamıştır ancak aşağıda açıklandığı üzere ücret konusunda pekiştirdiği ve ayrıca getirdiği yeni düzenlemelerle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını işçi lehine pekiştirmiştir.

İşverene bağımlı olarak, belirli veya belirli olmayan süreyle işçinin iş yapmayı üstlendiği, işverenin buna karşılık ücret ödemeyi kabul ettiği sözleşme hizmet sözleşmesidir.(TBK.393) İşçi açısından önem arz eden husus bağımlılık unsurunun yeni borçlar yasasında kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ayrıca işçi açısından vazgeçilmez olan ücretin, işçinin ediminin karşılığı olduğunun vurgulanmasıdır.

İşverenin, işçiye ödeyeceği sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde

belirlenen ücretin asgari ücretten az olamayacağı da açıkça düzenlenmiştir.(TBK.401).Ücret iş sözleşmelerinin vazgeçilmezdir ve ücretin yasa gereği belli bir miktardan aşağı çekilemeyeceği kamu düzeni ve çalışma yaşamının sıhhati için çok önemlidir. Ücretin her ayın sonunda ödenmesi gerektiği de açıkça düzenlenerek ücretin en geç ödenme tarihi belirlenmiştir. Tarafların daha uzun değil ancak daha kısa ödeme günü belirlemelerinde sakınca yoktur.

İşverenin işçiden alacağı olsa da bu alacak ile işçinin ücretinin işçinin rızası olmadan takas edilmesi yasaklanmış ücret ayrı bir korumaya alınmıştır.

Uzun süreli hizmet ilişkilerinde, işçinin kusuru bulunmaksızın çalışmadığı durumlarda işveren bu dönem için işçiye hakkaniyete uygun ücret ödemekle yükümlüdür.(TBK.409)

Türk Borçlar Kanunu'nun çalışmamıza değinen Madde 409'un gerekçesini yasa koyucu şu şekilde açıklamıştır.

Uzun süreli çalışması olan işçi çalışmasına oranla kısa bir süre sayılan dönemde kendi kusuru olmaksızın harici herhangi bir nedenle iş yapma edimini yerine getiremezse bağımlılık unsuru da dikkate alınarak işçinin mağdur olmaması için işverenin hakkaniyete uygun bir ödeme yapması aynı zamanda işverenin işçiyi gözetim borcunun da bir gereği kabul edilmelidir ve işçiye gerekli ödeme yapılmalıdır.

Ancak işçi kusuru olmasa da çalışmadığı bu dönemde başka bir yerden gelir elde ediyorsa veya etme imkanı varsa o zaman işverenden ödeme yapması beklenemez.

Türk Borçlar Kanunu işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını doğrudan düzenlememiş yukarıda açıklanan maddelerden anlaşıldığı üzere işçinin ücretine ek koruma hükümleri getirmiştir. Özellikle işçi, kendi kusuru olmaksızın iş görme borcunu yerine getiremezse bu süre için işçiye işveren, hakkaniyet gereği uygun kabul edilebilecek düzeyde bir ücret vermekle yükümlüdür.

Ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınması işçiye kusur olarak yöneltilemez zira bu yasadan kaynaklanan bir haktır. Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği kusuru olmaksızın işçinin çalışmasını durdurması halinde işçiye ücret ödenmesi gerekliliği ve bunu işverene borç olarak yüklemesi çok yerinde bir düzenleme olmuştur. Gerek Borçlar Kanunu gerek İş Kanunu ücret konusunda işçiyi

olması gerektiği gibi koruma altına almıştır.

C. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Yargıtay ve Doktrin Görüşleri Işığında Değerlendirilmesi

Yargıtay işçilik alacakları ödenmeden işçiden işe devamını istemenin hakkaniyet ve iyi niyet kurallarına aykırı olduğunu bu durumda işçinin haklı bir neden olmaksızın işe devam etmediğini kabul etmenin isabetsiz olduğunu kararlarında istisnaen belirtmektedir. Ancak Yargıtay'ın 4857 sayılı İşK.'nin yürürlüğünden önceki birçok kararında ücretlerini alamayan işçilerin topluca iş bırakmalarını yasadışı grev¹⁶⁷, daha sonra sadakat borcuna aykırılık kabul ederek¹⁶⁸ iş sözleşmesinin bu nedenle işverence feshini haklı bulmuştur.

Yargıtay'ın bazı kararlarında, ücretin ödenmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınmasının ifa edilmezlik def'inin kullanılması olarak değerlendirilmesinde 4857 sayılı İş Kanunu m.34/1'de ücretleri ödenmeyen işçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş yapma borcunu ifa etmemeleri, toplu nitelikte olsa dahi grev olarak değerlendirilemeyeceği hususu özellikle belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 97.maddesinin ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesinin öngördüğü ifa edilmezlik def'i sadece hak edilmiş ücret alacaklarının ödenmesi ile sınırlı olarak işverene karşı kullanılabilir. Tek tek veya toplu olarak işçilerin hak etmiş oldukları ve günü gelmiş ücret ve diğer alacakları için İş Kanunu'nun 34.maddesine dayanarak iş yapma edimini askıya alabilmeleri mümkündür¹⁶⁹. Yargıtay 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun yürürlüğünden önce ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınmasını ifa edilmezlik def'i olarak yorumlamıyordu, vermiş olduğu birçok kararında ücretlerini alamayan işçilerin topluca iş bırakmalarını yasa dışı grev kabul etmesi ile de ücretin ödenmemesi halinde işçilerin çalışmaktan kaçınmalarını ifa edilmezlik def'i kabul etmediğini de göstermiş olmaktadır¹⁷⁰.

Bir başka kararında işçilerin birlikte tutanak imzalayıp işi bırakmalarını

¹⁶⁷ Bkz.Yarg. 9.HD. 21.06.1994/9862 E,K, “..işçilerin toplu olarak işi bırakmaları, sosyal haklarının verilmemesine dayansa da, bu durum yasaya aykırı direniş anlamına gelecektir. İşverenin iş sözleşmesini bu sebeple feshetmesi haklı nedenle olduğundan tazminat gerektirmemiştir”.- (Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.120)

¹⁶⁸ Yarg. 9.HD.224.1998.E.1997/4345,K.1998/7650,(Günay, s.1695)

¹⁶⁹ Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s.1695.

¹⁷⁰ Mollamahmutoğlu, s.408

ödemezlik def'i olarak yorumlayan yerel mahkemenin kararını bozarak eylemin yasa dışı grev olduğuna hükmetmiştir¹⁷¹.

İşçiye hak etmiş olduğu ücreti verilmez veyahut eksik verilirse yasa bu sebeple işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebileceğini açıkça düzenlemiştir. Ancak işçinin, ücreti eksik verildi diye iş yapma borcunu aksatamayacağına Yargıtay haklı olarak değinmiştir. İşçiye ücretinin eksik verilmesi halinde tanınmış olan hak iş akdinin haklı nedenle feshedilmesi olup işi savaçlama hakkı bulunmadığı açıktır.

Uyarıldığı halde işini aksatan işçinin eylemi için işverenin haklı fesih yolunu seçebileceği Yargıtay tarafından kararında belirtilmiştir.¹⁷²

İşçilerin, ücretleri zamanı geldiğinde ödenmediğini¹⁷³ gerekçe göstererek toplu olarak iş bırakmaları halinde bu eylem grev kabul ediliyordu ve işverenin iş sözleşmesini haklı olarak ortadan kaldıracağına dair Yargıtay'ın bu şekilde kararları öğretide eleştiri konusu yapılmış olup, ücretin ödenmemesi nedeniyle işçinin TBK.'nun 97. maddesine göre edimini ifadan kaçınabileceği isabetli olarak ileri sürülmüştür¹⁷⁴.

Vermiş olduğu başka bir kararında ise, Yargıtay farklı bir sonuca varmış her

¹⁷¹ Ankara 8. İş Mahkemesi'nde görülen bir davada, lokanta işyerinde çalışan işçilerin ücret zammı isteklerinin işverence karşılanmasıyla birlikte birikmiş ücret alacaklarının da ödenmemiş olduğu, bunun üzerine işverene karşı eylem düzenledikleri, işverene vermiş oldukları tutanakta, bu durumun belirtildiği ancak işverenin ücret ödemesi ve ücretlere zam yapılması isteğine karşı-bu şartlar altında çalışmak isteyen çalışır, çalışmayan gitsin- şeklinde hitap ettiği, tutanak da bana maaş soran personelin burada işi yok ben onunla çalışmam, çalışmak isteyen gitsin şeklindeki beyan karşısında işçilerin büyük bir kısmının topluca işi terk ettikleri, Mahkemece işçilerin ücretlerinin zamanında ödenmesini istemelerinin dayanağının BK.m.81 olduğundan ve ücretleri ödenmediğinden çalışmama hakları bulunduğundan topluca dilekçe vermeleri iş kanunsuz yavaşlatma saymak için yeterli olmaz. Ayrıca işçi ücretlerini düzenli ödemeyen işveren işçilere hitaben çalışmak istemeyen çeksin gitsin şeklinde hakaret etmesi karşısında işçilerin topluca olsa da iş bırakmaları kanun dışı grev kabul edilemez, şeklinde hüküm kurmuştur. Dosyayı inceleyen Yargıtay, davalıların toplu olarak tutanak tutup imzalayarak vermiş oldukları belgeden işyerinde çalışan iş bu davalıların filleri İşK.25.maddesinin tanımına girmektedir. Açmış oldukları eylem kanuni grev değil yasa dışı grev kabul edilmeli ve işverenin davasının kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmederek yerel mahkemenin kararını bozarak olayda ödemezlik def'inin uygulanamayacağına hükmetmiştir... Yarg. 9. HD.'nin 06.03.1992 günlü, E, 1992/2607 sayılı kararı. (Günay, **İş Hukuku Şerhi**, s.1695-1696)

¹⁷² Yarg. 9.HD, 1998/57 E, 1998/149 K. "İşçi ücreti eksik ödenmesini gerekçe yaparak iş yapma görevlerini aksatamaz. Bu yola başvuran işçin sözleşmesinin feshi haklı olup işçinin tazminat isteklerinin reddi gerekir".

Tekstil İşveren D,Mart-Nisan,1998)-Aynı görüş için bkz. Yarg. 9.HD 1999/10492 E, 1999/13722 K.

¹⁷³ Yarg. 9. HD, 1993/3638 E, 1993/14256 K. "Davacıların ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek mesai bitiminde işyerini terk etmeyerek ertesi gün boş vizite kağıtlarını kendi adlarına imzalayıp hastaneye gitmeleri ve saat dörtte işyerine dönmeleri haksız direnime niteliğindedir ve yasaya aykırıdır". (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

¹⁷⁴ Güzel, s.135.- Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 2. Baskı İstanbul, 2005, s.119.

olayın kendine özgü koşullar içinde değerlendirilmesini vurgulamış, ücretin ödenmemesinde işverenin tedbirsiz olduğu, işçilerin iş yerinde çalışmaya hazır beklemedikleri nazara alıp işçilerin toplu eylemle işverene tepki göstermesini yasa dışı grev olarak kabul edilmesini isabetli bulmamıştır¹⁷⁵. TBK.'nun 97.maddesinin hükmü açıktır, karşılıklı edimleri barındıran akitlerde bir taraf edimini ifa etmezse diğer tarafa edimini ifa etmeme hakkı verilmiştir. Yasa ile verilen hakkı kullanan işçilerin eyleminin yasa dışı grev olarak yorumlandığı kararlara katılmıyoruz. Açıklanan kararda ise işçinin çalışmaya hazır beklediğini ücretinin ödenmediği için bu yola başvurduğu açıklanmış ve yerinde bir karar verilerek eylem grev tanımına sokulmamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesi ile getirilen düzenleme karşısında işçinin ücretinin ödenmemesi dolayısıyla çalışmaktan kaçınmasına Türk Borçlar Kanunu'nun 97.maddesinin gerekçe olacağı açıktır, bu durum İşK. m.34'ün gerekçesinde de açıkça belirtilmiş, "...böylece TBK.'nun 97.maddesi ile uyum sağlanmıştır..." denilerek durum açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak uygulamada ve öğretide önemli bir tartışma varlığını korumaktadır. Söz konusu hükümde işçinin çalışmaktan kaçınabileceği ve çalışmaktan kaçınmanın yasa dışı grev olarak kabul edilemeyeceği açıkça düzenlenmiş olmasına karşın işçi için yaşamsal önemi bulunan ücret konusunda bir ifadeye yer verilmemiştir.

Ücreti ödenmediği için çalışmaktan kaçınan işçinin, bu dönemde ücrete hak kazanıp kazanamayacağı tartışmalı olup Yargıtay' ve öğretinin farklı görüşleri mevcuttur. Yargıtay 2005 yılında vermiş olduğu, çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenecek olan 34. maddenin uygulanması ile ilgili ilk sayılabilecek kararında, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin bu dönem için ücret talep edemeyeceğine hükmetmiştir.

¹⁷⁵ Yarg.9.HD,1990/7006 K. "İşçilerin işi 4 gün bırakmaları kanunsuz grev sayılması durumunda, işverenin tüm işçilerin iş akdini tazminatsız fesih hakkını doğuracaktır. Ücretin, yasal süre içerisinde ve TİS hükümlerine göre ödenmemesi işçilerin akdini feshetme ve kıdem tazminatını isteme hakkını doğuracaktır. Ücretin ödenmemesi makul ölçülerde, mali imkansızlıklar ve iyi niyet nedeni ile gerçekleşmesi halinde işçilerin topluca işi bırakmaları yasal olarak tasvip görmez ise de bu davada işverenin mali imkansızlığa gitmesinde iyi niyetli bulunmadığından kendisi tedbirsizce hareket ettiğinden karar uygulaması ve davranışı ile işçinin işi bırakmasına sebebiyet vermiştir. İşçi, işyerinde işe hazır beklemiştir, işyerini terk etmemiştir. Avansın ödendiğinde veya ödeneceğinden kabul edilmesi halinde işbaşı yapmaya hazır vaziyette iş yerinde beklemektedir. Bu davanın ve uyuşmazlığın kendine özgü özel koşulları ve durumu vardır. Genel Hukuk İlkeleri içerisinde tüm işçilerin ve davalı gösterilen işçilerin eylemlerinin sonucu itibarıyla kanunsuz grev sayılamayacağı kabul edilmiştir. (<https://www.corpus.com.tr>)

İşK. m.34'ün açık hükmü ve gerekçesi dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu zamanında ücreti ödenmeyen işçilerin kendi kararları ile iş bırakmaları sayısal olarak toplu nitelikte olsa da yasa dışı grev kabul edilemeyeceğinden, Yargıtay'ın 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki, ücretleri ödenmediği gerekçesiyle iş bırakan işçilerin eylemlerini yasa dışı grev kabul eden görüşü de değişmek durumunda kalmıştır.

Ücreti ödenmediği için çalışmama hakkını kullanan işçinin bu eyleminin hukuki temelini TBK.'nun 97.maddesinde yer alan ve ödemezlik def'i olarak tanımlanan hüküm olduğu öğretide ağırlıklı görüş olarak savunulmaktadır. Zira bu düzenlemeye göre karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde sözleşmenin bir tarafı kendi borcunu ifa etmeden karşı taraftan borcunu ifa etmesini isteyemeyecektir.

Sözleşmenin tarafı olan işveren, işçiden iş yapma edimini talep ettiğinde işçi de, bu yasal düzenlemeye dayanarak işverenden önce ücret ödeme edimini yerine getirmesini sonra kendisinden edim talep edilmesini ileri sürerek ücreti ödenmediği için çalışmama hakkını kullanabilir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde genel kural edimlerin aynı zamanda ifa edilmesi olup bu mutlak değildir. İşin niteliği gereği bir tarafın edimini daha önce ifa etmesi gerekebileceği gibi taraflar kendi aralarında farklı ifa zamanı için düzenleme yapabilirler¹⁷⁶.

İş sözleşmelerinde önce işçinin iş yapma borcunu yerine getirmesi sonrasında ücreti talep etmesi genel kabul gören bir anlayıştır¹⁷⁷.

İşçi, iş görme borcunu ifa edecek işveren de dönem sonunda ücretini ödeyecektir. İş sözleşmelerinin niteliğine bakıldığında iş görme edimi ile ücret ödeme edimi sadece bir dönem için değil bir bütün olarak kabul edilmektedir¹⁷⁸.

İş görmekten kaçınan işçinin bu hakkı kullanmasının hukuki nitelendirmesi, hakkın kullanımı esnasında işçinin ücrete hak kazanıp kazanmaması açısından önem arz etmektedir. Güzel, ödemezlik def'inin işverenin temerrüdü hükümleri ile bağlantı içinde birlikte değerlendirilmesini savunarak işçinin ücrete bu hukuki gerekçe ile hak kazanabileceğini vurgulamaktadır. Öğretide de işçinin ücretine hak kazanması noktasından hareket ederek çalışmaktan kaçınma hakkını işverenin işi kabulde

¹⁷⁶ Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,Beta İstanbul 2000,s.134-Eren, s.946

¹⁷⁷ Güzel, s.129.

¹⁷⁸ Kaniti, s.74.

temerrüdü olarak yorumlayan yazarlar bulunmaktadır¹⁷⁹.

Süzek, ödemezlik def'inin(sözleşmenin ifa edilmediği def'i) hukuki sonuçlarının, işverenin işi kabulde temerrüdüne ilişkin hükümler altında toplanmasının ödemezlik def'ini anlamsız hale getireceği görüşünün haklı olduğunu kabul etmiştir¹⁸⁰.

Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, ise "ödemelik def'i"nin kullanılması ile işverenin alacaklı direnimine düştüğünü belirtmiştir¹⁸¹.

Akyiğit, işçinin(şu günden) önceye ait ücret alacağının ödenmesi; bu ücretten sonraki dönemin hak ve borçları için alacaklıya düşen bir hazırlık hareketi niteliğinde olduğunu belirtip hukuki nitelikçe "işverenin işi kabulde temerrüdü" olarak değerlendirilmesi gerektiği kanısına varmıştır¹⁸².

Kılıçoğlu, ödemezlik def'i içerisinde bu sorunun çözüleceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, işçinin ödemezlik def'ini kullanması bir ihtar değildir dolayısıyla bu def'inin kullanılması alacaklıyı direnime düşürmez. Ancak işçinin yerine getirmek zorunda bulunduğu borcun zamansal olarak talep edilebilir duruma gelmesine mani olur. Alacaklı direninde, kendisine usule uygun sunulmuş bir edimi kabul etmemek veyahut bu edimin ifası için gerekli hazırlık işlemlerini yapmamak durumu söz konusu olduğundan iki hukuki müessese fonksiyonel olarak farklı sonuçlar vermektedir. Bu bakımdan, İşK.m.34 ödemezlik def'i kriterleri içinde incelenmelidir¹⁸³.

Kanunen belirtilmiş vadenin sonunda ücret ödeme borcunu ifa etmeyen işverene karşı, işçi de çalışmasını sürdürmekten kaçınabilecektir. İşçinin işten kaçınabilmesi durumunun hukuki dayanağı da ödemezlik def'inin ileri sürülmesi(TBK. m.97) sonucu, işverenin alacaklının temerrüdü hükümleri çerçevesinde(TBK. m.106 vd.) temerrüde düşmesi olarak gösterebilecektir¹⁸⁴.

Soyer, İş Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'nun daha liberal görüşlerinin

¹⁷⁹ Akyiğit, s.23.-Soyer, İHU, İşK. 26, No.1, s.4-Tuncay, Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları, Legal İHSGHD,2005/6, s.654,-Engin, s.80.

¹⁸⁰ Süzek, s.302.

¹⁸¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.107.

¹⁸² Akyiğit, **Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması**, Legal, 5/2005 s.23.

¹⁸³ Mustafa Kılıçoğlu, **4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul 2005, s.373.

¹⁸⁴ Keser, s.74.

gerisinde kalamayacağını, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin ifa edilmezlik def'ini ileri sürdüğünü ve bunun sonucunda işverenin,Türk Borçlar Kanunu 106.maddesi uyarınca alacaklının temerrüdüne düştüğünü savunmuştur¹⁸⁵.

Açıklamış olduğumuz öğreti görüşleri çalışmaktan kaçınmanın hukuki nitelendirmesinde farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.Bu görüşlerin gerekçelerini incelediğimizde her birinin önemli tespitler içerdiği görülmektedir.Ücret ödenmediği için işçiye çalışmama hakkını her şeyden evvel yasa koyucu vermiştir.Bu hak yasa ile teminat altına alınmıştır. Ücret iş sözleşmesinin en temel unsuru olduğuna ve iş görmenin sonucunda ücret ödenmesi iş sözleşmelerinin vazgeçilemez unsurlarından olduğuna göre öncelikle işçinin ücretinden feragat etmesi beklenemez.

İşçi,fiilen emeğini sunarak iş görmeye hazır olduğunu eylemli olarak beyan ettiğine göre artık bu durumda harekete geçmesi gereken işverendir.Sözleşme, her iki yan içinde karşılıklı borç yüklediğine göre işçi borcu olan iş görme edimini sunduğundan ve ücret iş görmenin zorunlu sonucu olduğundan bu aşamada işverenin direnime düştüğü açıkça bellidir. Öğretice haklı olarak ileri sürüldüğü gibi gerek “ödemezlik def'i” gerek “alacaklı temerrüdü” birlikte değerlendirilmek suretiyle sonuca ulaşılabacaktır. Kanımızca da bu iki hukuki müessese beraber değerlendirilerek çalışmama hakkının hukuki niteliği ve ücret konusu açıklığa kavuşacaktır. Sadece def'i hakkı kullanılarak ya da alacaklı temerrüde düşürülerek sağlıklı bir sonuca ulaşılamayacağı kanaatini taşıyoruz. İşçi ifa edilmezlik def'ini ileri sürerek alacaklıyı temerrüde düşürmüş olacaktır.İki müessesenin birbirini tamamlaması ile sonuca ulaşılabacaktır.

¹⁸⁵ Polat Soyer, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nun, Ücret İşin Düzenlenmesi, İş sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümler Üzerine Düşünceler, **4857 sayılı İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları**, 12-13 Temmuz 2003 Kuru Otel Bolu, Türk İş Yay.- s.18.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKINI KULLANABİLMESİ
KOŞULLARI, SONUÇLARI VE ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ
SONA ERMESİ

I. İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KOŞULLARI

A. İşçinin Ödenmesi Gereken Ücret Alacağıın Olması

İş yapma ediminden kaçınabilmek için öncelikle ödenmesi lazım gelen ancak muaccel olmasına rağmen ödenmeyen bir ücret alacağı bulunmalıdır.

Genel anlamda ücret, bir kimseye gördüğü iş karşılığında işveren veya üçüncü kişi tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Ancak işçinin asıl ücreti yanında, ikramiye, prim, bahşış ve aynı ödemeler gibi asıl ücretinin dışında ek ödemeler için de bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur.

İş hukukunun, işçi lehine yorum ilkesinden hareketle işçinin ek ödemeler için de iş görmekten kaçınma hakkı vardır¹⁸⁶. Uzun'a göre ödenmeyen ücret eki, ikramiye, yakacak parası, fazla çalışma ücreti gibi gerçekten işçinin kısıtlı bütçesinde önemli yer tutan, zamanında ödenmemesi işçiyi maddi bakımdan sıkıntıya sokacak miktarda olan ücret eklerinde temerrüt halinde de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı olduğu kabul edilmeli; ancak geç veya eksik ödenmesi, işçiyi ve bütçesini sarsmayacak miktardaki ücret ekleri ya da sosyal yardımlar için işçinin böyle bir hakkının bulunduğu kabul edilmemelidir¹⁸⁷.

Bu görüşe katılmayacağımızı belirtmek isteriz zira bu durum işçiye ek ödeme vermek istemeyen işverenlerce, istismar edilme olanağı bulunan kötüye kullanabilecek bir çıkış yolu olabilecektir. İşçinin de TMK 2.maddesi uyarınca hakkını kullanırken dürüstlük kuralına riayet etmesini beklemek işverenin en doğal hakkıdır.

¹⁸⁶ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yenilenmiş 30.Baskı, Eylül 2017, s.313.-Akyiğit, s.18. Mehmet Uçum, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, İstanbul 2003, s.61.

¹⁸⁷ Bekir Uzun, **Yeni İş Yasası Semineri**, İTO yayını İstanbul 2004-31, s.129-130.

İşçinin ödenmesi gereken ücret alacağının varlığı için, hak edilen ücretin, fiilen çalışma karşılığı olması ya da fiilen çalışılmadığı halde (işverenin işi kabulde temerrüde gibi) çalışmış sayılarak ücrete hak kazanılan durumlar (İŞK. 66-c, TBK.408) neticesinde var olması arasında herhangi bir farklılık olmamalıdır.

İş görmekten kaçınmaya imkan verebilmek için ücret alacağının içinde iş görmekten kaçınmaya gidilecek iş ilişkisi içinde gerçekleşen bir ücret alacağının olması gerekir. İşçinin aynı işverenin yanında daha önce son bulan iş ilişkisindeki ücret alacağı ödenmedi diye yeni ilişkide iş görmekten kaçınması mümkün değildir. Ayrıca ücret alacağının varlığı olgusu, işverenin işçinin ücretinde hukuka aykırı biçimde tek taraflı indirim yapılması yahut hukuka aykırı şekilde ücretten fazla kesinti yapması hallerinde de mevcut sayılmalıdır¹⁸⁸.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında işçinin ikramiye alacağının ödenmemesini iş görmekten kaçınmayı haklı kılan bir neden olarak kabul ederek ücret eklerini de kaçınma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir¹⁸⁹. Zira Yargıtay “süreklilik gösteren sosyal haklar”dan işçinin yoksun bırakılması halinde işçiye bildirimsiz feshetme hakkının tanınabileceği görüşünü benimsemiş olmakla¹⁹⁰, sosyal haklar açısından kaçınma hakkını da haklı bulması zayıf olan işçinin işverene karşı korunması bakımından hakkaniyete uygundur. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ücretin tamamının ödenmemiş olması şart değildir, kısmi ifa halinde de çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılabilir¹⁹¹.

B. Ücret Ödenmesinin Bir Süre Gecikmesi

1. Ücret Ödenmesinin Yirmi Gün Geciktirilmesi

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi, için gerekli şartlardan bir tanesi, ücretin ödeme zamanından itibaren 20 gün içinde ödenmemesidir. İşçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için ücretin ödenme zamanının 20 gün

¹⁸⁸ Akyiğit, s.18-19.

¹⁸⁹ 9.HD. 11.04.2005 T, 10352-12625 E.K (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹⁹⁰ 9.HD 27.03.1997, E./996/22991 K.997/6181 Tekstil İşveren, 1997, S 216, s.16.

¹⁹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.313.

gecikmiş olması gerekmektedir¹⁹². 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesinin 1. fıkrasındaki hükme göre, “Ücreti, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Kanunun bu hükmüne göre, ücretin, ödeme günü gelerek muaccel olmasına karşın işverenin zorlayıcı bir neden olmaksızın ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ücretini ödememiş bulunması işçiye işten kaçınma hakkını vermektedir.

Yasa, ücretin ödenmemesinin mücbir sebebe dayandığı durumlarda işçiye, çalışmaktan kaçınma hakkı vermediği halde doktrinde bazı yazarlar işverenin kasten ödeme yapmadığı durumlarda da işçiye 20 günlük süreyi beklemeden kaçınma hakkının kullanabileceğini savunmaktadır¹⁹³.

İşçi, iş görmekten kaçınma hakkını ücretin ödenme gününden itibaren 20. günün bitiminden sonra elde eder. Fakat 21.gün bunu kullanmak zorunda değildir, sonraki bir zamanda da iş görmekten kaçınma yoluna gidebilir, yeter ki 20.günden sonraki evrede işçinin sergilediği tutum dürüstlük kuralı çerçevesinde o ücret alacağı için bu hakkı kullanmayacağı sonucuna götürmesin¹⁹⁴.

İşçinin ücretinin ödenmesinin 20 gün gecikmesine rağmen, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmadan evvel işveren geciken ücretleri ödemişse işçinin artık çalışmaktan kaçınamayacağı, Yargıtay'ca belirtilmiştir. “...davalının iş görmekten kaçınma hakkının kullandığı tarihten önceki ücretlerinin ödendiği dosyadaki belgelerle mevcut olup hal böyleyken yasaya uygun çalışmaktan kaçınma hakkından söz edilemeyeceği...” gerekçesiyle yerel mahkemenin kararı hatalı bulunmuştur¹⁹⁵.

2. Yirmi Günlük Sürenin Niteliği ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılmasına Etkisi

Kanunda öngörülen asgari “20 gün”, “iş günü” değil takvim günüdür. Çünkü hükümde iş günü olarak belirtilmediği gibi, işçinin ücretsiz kaldığı her günün ihtiyaç halinde olduğu kabul edilir¹⁹⁶. Ücretin ödenme zamanından itibaren 20 tam günü

¹⁹² Bilim komisyonu taslağına bu süre 10 gün olarak benimsenmiş, hükümet tasarısında yer almamış, TBMM’de görüşülürken 20 güne çıkarılarak kanun hükmünü almıştır.

¹⁹³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.137-138.

¹⁹⁴ Akyiğit, s.21. Uzun. **İş Yasası Semineri**, s.167.

¹⁹⁵ Bkz. Yargıtay, 9.HD. 27.11.2006, 22919-31264 (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹⁹⁶ Kılıçoğlu, s.376.

ifade etmektedir. Tatil günleri de asgari gecikme süresinin belirlenmesinde dikkate alınır. Ancak, sürenin son gününün tatil gününe rastlanması durumunda, işyerindeki ücret ödeme şekli konusundaki uygulamaya bakılmalı, işyerinde ücretler banka hesabına yatırılmakta ise sürenin takip eden iş gününe uzadığı kabul edilemez¹⁹⁷.

Ücretin işyerinde ödendiği hallerde hukuk uygulamasındaki süre konusundaki düzenlemeler dikkate alınarak ertesi günü sürenin son bulacağı da açıktır.

Yasanın iş görmekten kaçınma hakkı ile ilgili olarak öngördüğü, asgari 20 günlük gecikme süresi sadece iş görmekten kaçınma hakkının kullanımına ilişkindir. Süreye ilişkin düzenleme, İş Kanunu'nun 32.maddesinin 4.fıkrasında belirtilen ücretin ödenme zamanlarını uzatmamıştır. 20 günlük süre işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesi için bir ön koşuldur, yoksa işverenin ücret ödeme borcunu uzatan ek bir süre değildir. Sürenin bu niteliği ücrete işleyecek faizin başlangıç tarihi açısından önemlidir. Hal böyle olunca faizin başlangıç tarihi de ödeme gününden hesaplanacaktır. Fakat doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Demir'e göre faizin başlangıç tarihi 20 günlük sürenin bitim tarihi olmalıdır¹⁹⁸. Ağırlıklı olarak öğretiyeye göre isabetli olan (gecikmeye zorlayıcı sebebin yol açmadığı hallerde) 20 günlük süre, ücretin ödenmemesi bakımından ek bir vade değildir. Bu yüzden işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullansa da kullanmasa da, gecikmenin başladığı ilk günden itibaren gecikme faizi isteyebilir¹⁹⁹.

Bizim katıldığımız görüş, sürenin ek süre kabul edilmediği sadece kaçınma hakkının kullanımı için yasa ile özel olarak getirilmiş bir düzenleme olduğu da dikkate alınarak faizin başlangıç tarihi olarak ödeme günü esas alınmalıdır. Zira yasa maddesinin amacına baktığımızda, getirilen sürenin anlamı ödeme gününü uzatmak değil iş görmekten kaçınma hakkı için bekleme süresidir.

Doktrinde bazı yazarlar, bu sürenin hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecek kadar uzun bir süre olduğunu ve adil olmadığını ileri sürmektedirler²⁰⁰.

20 günlük süre kısaltılabilirse de uzatılmayacaktır. Zira bu sürenin getirilme amacı zor duruma düşen işverene zaman verip ödeme imkanına kavuşmasını sağlamaktır.

¹⁹⁷ Akyiğit, a.e.m. s.20.

¹⁹⁸ Demir, s.194.

¹⁹⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.39.

²⁰⁰ Sur, s.398.

Süre uzatıldığı takdirde kötüye kullanılarak keyfi olarak uzatılmak isteneceği de açıkça öngörülebilmektedir. Zaten sürenin uzatılması mağdur olan işçinin daha fazla mağdur olmasını sağlayacak ücret almadan çalışması beklenecektir.

C. Mücbir Sebep Olmayan Bir Sebepden Dolayı Ücretin Ödenmemiş Olması

1. Mücbir Sebep Kavramı

İş Kanunu'nun işçinin çalışmama hakkını kullanabilmesinde öngörmüş olduğu ,aradığı diğer şart mücbir neden dışında bir sebeple ücretin ödeme vadesi geldiği halde yirmi gün içinde ödenmemiş olmasıdır. (İşK. m.34-1) “Mücbir neden” (force majeure) kavramı gelen bir kavram olup herkes açısından karşı konulamayan, önlenemeyen özellikleri içerir. Herkes için aynı etkiyi yaptığından objektif bir etkisi vardır.

Buradaki “mücbir neden”in zorlayıcı sebep olarak algılanması gerekir. Yasanın İşK.20/son ve İşK. m.25-3'den farklı olarak burada mücbir neden sözüne yer vermesi anlamında farklılığa götürmez. Zira birisi(mücbir neden) aynı olgunun eski kelimelerle diğeriyse(zorlayıcı sebep) biraz daha yeni kelimelerle ifadesinden başka bir şey değildir²⁰¹.

Mücbir neden öğretide şu şekilde tanım bulmuştur. “Ortaya çıkması harici kuvvetlerden kaynaklanan kaçınılması, önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan ve borcun yerine getirilmesini de imkansız duruma getiren nedenlerdir²⁰².”

Mücbir neden işverenin iradesi dışında gerçekleşen kaçınılmaz bir durumdur. Borcun ifasını imkansız hale sokan olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için,tamamen dışsal bir sebepten doğmuş olması gerekmektedir. Bu dış sebep tabiat olayı veya hukuki de olabilir. Önemli olan, borçlunun kendi iradesi dışında olmasıdır, kendi durumu ve işletmesi ile bağlantılı bulunmamalıdır. Bu nedenle bir deprem, anormal yağmurlar, genel grev, yıldırım düşmesi, savaş, bir ihracat veya

²⁰¹ Akyiğit, s.20.

²⁰² Uygur, s.4019. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1997, s.285.

ithalat yasağının konulmasında sebep hep haricidir.

Olayın meydana gelmesini ve bu olayın borcun ifasını imkansız hale sokmasını önlemek imkansız olmalıdır. Aşılması imkansız bir engel olmalı, kaçınılmazlık ve aşılmazlık sadece borçlu açısından değil objektif olarak herkes için geçerli olmalıdır. Borçlu, böyle bir dışsal sebebin doğabileceğini önceden tahmin edememiş olmalıdır²⁰³.

Borçlu aşılması imkansız bir engelin meydana gelme ihtimalini bile bile onu göze alarak borcun ifasını yüklenmişse, olayın doğuşundan sonra bunu artık “kusursuz imkansızlık” hali olarak ileri süremez. Borcun ifası mücbir sebep niteliğindeki olay yüzünden imkansız hale gelmeli, örneğin deprem sonucunda kiralanan ev yıkılmış, bu yüzden kiralayan teslim borcunu yerine getirmemiş olmalıdır²⁰⁴.

Yargıtay bir kararında, borçlunun sorumlu olmaması için, borcun ifa edilmemesinde kusuru bulunmadığını kanıtlaması gerektiğini, sözleşmenin doğumu sırasında borçlu, kaçınılmayacak bir durumun vuku bulabileceği tahmin ediyor buna rağmen borcu ifa yükümlülüğü altına giriyorsa bunun sonuçlarını göze almış olduğunu ve sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir²⁰⁵.

İşyerinin ekonomik olarak zor durumda olması, hükümetin devalüasyon kararı veyahut ekonomik kriz mücbir neden oluşturmayacaktır²⁰⁶. Ancak ülkenin genelinde bir anda ortaya çıkan, tüm ülke için geçerli olan, öngörülemediği olan ekonomik krizin mücbir neden olarak kabul edilmesini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır²⁰⁷. Sektörel krizin mücbir sebep olmayacağı da öğretilen ileri sürülmektedir²⁰⁸. Mücbir sebebin işverende gerçekleşip ücretin ödenmesini

²⁰³ S. Sulhi Tekinay, **Borçların İfası, İhlali, Sona Ermesi**, İstanbul, 1967, s.207.

²⁰⁴ Uygur, s.4020.

²⁰⁵ Yarg. 13.H.D 1981/7662 E, 1982/820 K “...borcun ifa edilmesi yüzünden uğranılan zararın borçludan talep edilebilmesi için, borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulabilmesi gerekir. BK.m.96’nın önerdiği kural; alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu kanıtlamakla yükümlü değildir. Borçlu sorumlu olmamak için borcun ifa edilmemesinde kusuru bulunmadığını kanıtlamak zorundadır. Borçlu bunu kanıtlayamaz ise aslında kusuru bulunmasa dahi sorumlu olacaktır. Davalı mücbir sebepten ileri geldiğini kanıtlar ise borçlu kusursuz olduğunu kanıtlamış olur ve borcun ifasından sorumlu tutulamaz. (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>)

²⁰⁶ Süzek, s.300. Tuncay, s.652. Çil, s.2375.-E.Tuncay Senyen Kaplan,**Bireysel İş Hukuku**,Yenilenmiş 8. Baskı Ankara 2017, s.149.

²⁰⁷ Uçum, Mehmet **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, İstanbul 2003, Sayfa 61.Kılıçoğlu, s.370-Karşı görüş, Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E, Tuncay Kaplan, **İş Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, 2004, s.131. “Ekonomik kriz teknik anlamda mücbir sebep kabul edilemez”.

²⁰⁸ Kılıçoğlu, s.370.

engellemesi gerekir, işçide gerçekleşen bir mücbir sebep yüzünden (ödeme gücü olduğu halde) ödeme yapılamaması durumunda ise çalışmaktan kaçınma imkanının bulunmaması gerekir. Ücret ödemesinin gecikmesi mücbir nedenden kaynaklanmışsa ve bu süre 20 günü fazlasıyla geçmiş olsa da işçi gecikme sebebiyle çalışmama hakkını kullanamaz, fakat bu süre için ücretinde faiz isteyebilir ve sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir²⁰⁹.

Öğretide farklı durumları mücbir sebep kabul eden yazarlar da mevcuttur. İşverenin istisna sözleşmesi gereğince yapmış olduğu işin parasını alamamış olması, veya kamu kuruluşu ile yapmış olduğu ihalenin bedelini tahsil edememiş olması, bankadaki hesaplarının bloke edilmesi gibi nedenler ‘mücbir sebep’ kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak işverenin zarar etmesi gibi anlık olmayan ve uzun bir zamana yayılan fiili durumların ‘mücbir sebep’ sayılamayacağı düşünülmelidir. İşveren bu hallerde gerekli tedbirleri almak, işçi çalıştırdığına göre ücretini de ödemek için üzerine düşeni yapmak zorundadır.

Bunların dışında gerçek anlamda mücbir sebep olan deprem, yangın, su baskını gibi doğal afetlere bağlı ödeyememe hali ile işyerinin geçici ya da sürekli kapatılması gibi idari işlemde kaynaklanan durumların işçiye iş görme borcunu yerine getirmeme hakkı tanımayacağı açıktır²¹⁰.

Yargıtay mücbir sebebin sorumluluktan kurtarıp illiyet bağının kestiğini kabul ederek olayın niteliğinin mücbir sebep olup olmayacağını araştırılmasını ve ona göre karar verilmesini belirtmiştir²¹¹.

Mücbir sebep sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleşmelidir zira başlangıçta var olan bir mücbir sebep TBK.m 27 uyarınca sözleşmenin yok hükmünde olacağı sonucunu doğurur. Ayrıca TBK.’nun 154.maddesinde zamanaşımını kesen haller açıkça sayılmıştır. Bunlar, borçlunun borcu kabul etmesi alacaklının mahkemeye başvurması veya icra takibi yapmasıdır. Görüldüğü gibi mücbir sebep zamanaşımını kesen nedenler arasında sayılmamıştır.

²⁰⁹ Akyiğit, s.21.

²¹⁰ Çil, Şahin, s.2375

²¹¹ Bkz.Yarg. 13. H.D 2002/12730 E, 2003/1774 K. “...Bir edim borçlusu sorumluluğu olan borçtan üçüncü kişiyi de sorumlu tutarak sorumluluktan kurtulamazsa da üçüncü kişinin ağır kusuru veya mücbir neden hallerinin illiyet bağını kestiği uygulama ve öğretide kabul görmektedir.Davalıya ait işyerine duvar düştüğü ve bunda aşırı fırtınanın da etken olduğu ileri sürüldüğüne göre davalının sorumluluğunun tespiti için olayın oluş şekli olay ile oluşan zarar arasında ve üçüncü şahsın eylemi arasında bir illiyet bağının olup olmadığı araştırılmalıdır....”

2. Mücbir Sebep ile Umulmayan Hal, Olağanüstü Hal Kavramlarını Benzerlik ve Farklılıkları

Türk Borçlar Kanunu'nun 136.maddesinde "Borçlu ile ilgisi olmayan haller sebebiyle borcun ifası mümkün değilse borç sona erer." şeklinde ifade edilen hüküm, mücbir sebebi tam olarak tanımlamamaktadır. Zira borçluya isnat olunamayan hal sadece mücbir sebep olarak karşımıza çıkmaz.

Umulmayan hal ve hatta üçüncü şahsın fiili de borçluya isnat olunamayan hallerdir mücbir sebep veya umulmayan hal, sorumluluğu ortadan kaldıran önemli hukuki sebepleridir²¹².

TBK.m.136 uyarınca borcu ortadan kaldıran kusursuz imkansızlık, sözleşmenin yapılmasından sonra ve fakat temerrüde düşülmesinden önce meydana gelmiş olan imkansızlık olarak kabul edilmiştir. TBK.m.27 uyarınca belirtilen imkânsızlık, sözleşme kurulmadan önce zaten var olan objektif nitelikteki imkansızlıktır. Sözleşme bu durumda hiç meydana gelmemiştir, geçersizdir. Oysa TBK'nun 136. maddesinde düzenlenmiş olan imkansızlıkta ise, sözleşme kurulmuştur ve fakat oluşan hukuki ilişkisi, imkansızlık sebebiyle son bulmaktadır. İmkansızlığın objektif veya subjektif olması önemli değildir, her iki tür imkansızlık da, borcu sona erdirir, yeter ki, borçlunun bu imkansızlıkta kusuru bulunmasın²¹³.

Mücbir neden ile umulmayan hal arasında üç fark olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, mücbir neden kabul edilen olayın, umulmayan duruma nazaran, mutlak olarak kaçınamamak sonucunu doğurması, çok daha büyük çapta bir olay olması gerekmektedir.

İkinci farklılık, mücbir nedende, işyeri dışı harici yabancı dış bir etken olmasına karşılık, umulmayan halde işyeriyle ilgili ve işyerinde oluşan etken olabilmesidir. Mücbir sebebi hem umulmayan halden hem olağanüstü halden ayıran en temel özellik haricilik unsurudur.

Üçüncü fark ise, mücbir neden ile her zaman illiyet bağı kesildiği halde, umulmayan halde illiyet bağı her zaman kesilmez.. Umulmayan hal borçlunun

²¹² Pulat Gözübüyük, **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, Ankara, 1997, s.81.

²¹³ Uygur, s.4017.

kaçınmayacağı şekilde ortaya çıkan tesadüfi bir olay olarak kabul edilmektedir, mücbir sebeplerde kaçınılmazlık daha mutlak ve objektiftir²¹⁴.

5510 sayılı Kanun'un 21/1.maddesinde "işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır" hükmüne yer verilmiştir.Bu düzenleme gereği kaçınılmazlığın varlığı durumunda, işverenin rücu tazminatı sorumluluğunu aynı oranda sınırlandırması gerekecektir.Kaçınılmazlık olgusunda işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda geçerli mevzuat hükümleri çerçevesinde, doğabilecek olası zararlı sonuçların önlenmesi yönünde, duruma ve koşullara göre ilgililerden beklenebilecek tüm özenli ve dikkatli çabaya karşın, sigortalıyı bedence ve ruhça arızaya uğratan iş kazasının meydana gelmesi durumunda söz edilebilir.Umulmadık bir hal kaçınılmazlık olarak nitelenemeyecektir²¹⁵.Meydana gelen iş kazasında;şayet,işveren,tüm önlemleri almış bulunmasına karşın zararlandırıcı sigorta olayı ortaya çıkmışsa kaçınılmazlıktan söz edilebilir²¹⁶

Kusursuz imkansızlık iki taraf içinde söz konusu ise borç ilişkisi iki taraf içinde son bulacaktır. Fakat kusursuz imkansızlık taraflardan sadece birisi için söz konusuysa; karşı taraf edimini imkansızlıktan önce ifa etmişse varlığı sona ermiş bir sebebe dayanan haksız iktisap söz konusu olur. Türk Borçlar Kanunu'nun 77.maddesi gereğince bedelden mal varlığından kalan fazlalığın iadesi gerekir. Karşı taraf edimini imkansızlıktan sonra hataen ifa etmişse borç olmayan şeyin hataen ifa hükümlerine göre (TBK. m.78) iadesi gerekecektir. Karşı taraf edimini henüz ifa etmemişse ediminin ifası talebi karşısında,Türk Borçlar Kanunu'nun 97.maddesi gereğince ödemezlik def'inden yararlanılır²¹⁷.

Olağanüstü hal, borçluya isnat olunamayan, ön görülemeyen ve borçlu yönünden borcun ihlal edilmesini kaçınılmaz hale getiren durum ve nedenlerdir.

Olağanüstü olaylarda, borcun ifasına engel olan (veya borcun ihlaline sebep olan) olayın doğumunda borçlunun rolü bulunmamalıdır. Meydana gelen olay nedeniyle her türlü özene rağmen borcun ihlali kaçınılmaz hale gelmelidir. Borçlu, bu olayın ortaya çıkacağını önceden bilememelidir. Eğer sözleşmenin doğumu sırasında borçlu, ya ifa zamanına kadar ya da ifa zamanında böyle bir kaçınılmaz

²¹⁴ Uygur, s.4020.

²¹⁵ Yarg.10.Hukuk Dairesi,E:2015/8952 K:2015/10854 (<https://www.hukukmedeniyeti.org>)

²¹⁶ Yarg.10.Hukuk Dairesi,E:2015/21441 K:2017/7632 (Filiz Berberoğlu Yenipınar, **İş Sağlığı Ve Güvenliği**, Legal Birinci Baskı Ocak 2018, s.27.)

²¹⁷ Uygur, s.4022.

olayın gerçekleşebileceğini tahmin etmiş veya tahmin etmesi gerekmiş ise, sorumluluktan kurtulamaz. Bu şartlar olayın (olağanüstü) sayılması için yeterlidir. Bunlara ilaveten olayın, borçlunun şahsı dışındaki tamamen harici olan nedenlerden ileri gelmiş olması gerekmez. Esasen (harici sebep) olağanüstü hallerin değil, mücbir sebebin şartlarından biridir²¹⁸.

Kaza kavramında ise önceden öngörememe veyahut kaçınamama durumu tamamen kişiyle ilgili olan subjektif bir durum söz konusudur. Oysa mücbir neden, kaçılması veyahut ortadan kaldırılması, objektif olarak mümkün olmayan olayı açıklar. Mücbir neden, karşı konulamayan şiddetle ortaya çıkmış ve ifa mutlak olarak imkansız hale gelmiştir. Mücbir neden sürekli olarak dışsal bir kuvvetin sonucudur. Bu sebeple yıldırım düşmesi ile oluşmuş yangın ya da dıştan yönlendirilen bir grev de mücbir neden kabul edilmelidir²¹⁹.

D. İşçinin Kişisel Kararı İle İş Bırakması

1. İşçinin İş Fiilen Bırakması

Ücreti zorlayıcı bir neden bulunmadığı halde 20 günden beri ödenmeyen işçi, bu gecikme yüzünden işi bırakabilir çalışmayabilir. İş bırakma gerekçesi ücretinin ödenmemesi olmalıdır. Ancak işçinin iş bırakmasının ne şekilde olacağı, işyerine gidip gitmeyeceği, işin tamamının mı yoksa bir kısmının mı bırakılması gerektiği konuları madde metninden anlaşılmadığı için bu konular öğretilerde farklı yorumlanmıştır.

İş görmekten kaçınma amacıyla işi bırakabilmek için, öncelikle 20 gün geçse de işçinin iş yapma borcu olması ve bu borcun devam etmesi şarttır. Grev ya da raporlu olma –izinli olma vs. gibi nedenlerle işçinin zaten çalışma borcunun bulunmadığı evrede ücretteki gecikme gerekçesiyle çalışmaktan kaçınma gerçekleşemez²²⁰.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için işi bırakacak olan işçinin işini kısmen ya da tamamen mi bırakması gerektiği de yasada belli olmadığından bu konuda yoruma açıktır.

²¹⁸ Uygur, s.4017-4018.

²¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.1344-1345.

²²⁰ Akyiğit, s.21. Akyiğit, s.1571.

İşin tümünden bırakımı halinde hiç çalışılmadığı için, iş görmekten kaçınmanın en bariz biçiminin bu olduğu söylenebilir. Böyle hallerde ücretleri ödeninceye dek işçilerin, işyerlerine hiç gelmemeleri en sağlıklı yöntemdir. İşyerine gelerek fiilen çalışmama şeklinde bir tutumda sergileyebilirler. İş görmekten kaçınma hakkının kullanımı, işe gelerek birkaç saat çalışıp sonrasında işi bırakma şeklinde çalışmanın kısmen bırakımı tarzında da gerçekleşmesi mümkündür²²¹. Ancak işçiler çalışırken işi yavaşlatma, verimi düşürme şeklinde çalışırlarsa bunun yasa dışı grev kabul edileceği de açıktır (AY. 54-7).

Bizim kanaatimize göre, kanun koyucunun çalışmaktan kaçınma hakkını düzenlemesinin sebebi, işçi için vazgeçilmez bir hak olan işveren içinse yerine getirmekle yükümlü olduğu borç olan ücretin ödenmesi için, işçinin elini güçlendirmektedir. Dolayısıyla, işveren üzerinde istenen etkinin alınabilmesi, işin tamamen bırakılması ile sağlanabilecektir. İşyerine gelip bir de birkaç saat çalışıp sonra çalışmama şeklinde bir eylemin doğru olmayacağı kanısındayız. Bu tür hareketler, işveren üzerindeki caydırıcılığı azaltacağı gibi hem de niyetin ciddi olduğu iş bırakmanın kesin ve kararlı olduğu konusunda da inandırıcılık etkisini azaltacaktır.

Öğretide Akyiğit'e karşı görüş olarak işçilerin iş yapmaktan kaçınma haklarını işyerine gelerek kullanmış oldukları makine veya iş gereçlerinin başında bekleyerek kullanmaları gerektiğini savunan yazarlar da vardır. İşveren her an ücreti ödeyebileceğinden, işçi yerinde çalışmaya hazır beklemelidir, işyerinde bulunmayan işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshedebileceği savunulmaktadır²²².

Ücretlerin yirmi günlük ödeme süresi geçtiği için çalışmaktan kaçınan işçiler, grup oluşturmuş olsa da yasadışı grev yapmış sayılmadıkları gibi, yasal grev de söz konusu olmadığından işyerlerinden ayrılmamaları gerekir. Anayasal bir hak olan grev hakkının kullanımında ise işçiler işyerinden ayrılmak zorundadır²²³.

Farklı görüşlerin kendi içinde tutarlı gerekçeleri vardır. İşçinin işyerine hiç gelmeyeceği kabul edilse, işveren ücret borcunu ödediği takdirde işçinin çalışma yükümlülüğü başlayacağından işveren, iş sözleşmesinin feshi yolunu kullanabilecektir. Öte yandan işverence ücretin uzun süre ödenemeyeceği

²²¹ Akyiğit, **Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması**,s.23.

²²² Uçum, **Yeni İş Yasası Semineri**, s.177. Günay, s.48. Çil, s.2375.

²²³ Günay, s.47-48.

belirtilmişse, işçilerin işyerine gelmelerinin pratik bir faydası olmayacak, mağduriyetleri arttırılmış olacaktır. Kanaatimizce eğer işveren uzun sayılabilecek bir zaman süresince ücreti ödemeyeceğini açıkça beyan etmişse, işçilerin işyerine gelip beklemelerinin bir anlamı olmayacaktır. Fakat işyerinde beklemek, işverenin iş görmekten kaçınan işçilerin yerine başka işçi almasına engel olabilecektir.

İş görmekten kaçınmanın işe gelip de, çalışmanın kısmen bırakımı tarzında gerçekleşmesi mümkündür. Fakat bu durumda da (özellikle yarım gün çalışıp gerisinde çalışmamak örneğinde) işverenin anılan işçilere öğle yemeği vermesinin beklenemeyeceği açıktır. Aynı şey işin tamamen bırakımında da geçerlidir, işi tümünden bırakan işçilere yönelik olarak işverenin servis aracı tahsis etme yükümlülüğü de yoktur. İlgili işçi(ler) iş görmekten kaçınmalarının belli bir süre devam edeceğini belirtebilirler. Fakat işçilerin böyle bir açıklama yapması gerekmediği gibi açıklamış olsalar bile tanınan süre bittikten sonra da iş görmekten kaçınmaya devam edebilirler, yeter ki söz konusu ücret ödememe eylemi devam etmiş olsun²²⁴.

İşçilerin toplu olarak iş bıraktıkları bir anda işyeri yakınlarında işverenin de duyabileceği şekilde ücret isteklerini içeren bazı sözler söylemeleri, ücret alacaklarına kavuşmanın dışında bir başka amaca yönelmedikçe ve İşK.'nun 25-2 maddesine aykırı bir vaziyet oluşmadıkça işçilerin eylemi sadakat borcunun ihlali olarak nitelendirilmemelidir²²⁵.

İşçi(ler) iş bırakma eylemlerini gerçekleştirirken, işverene karşı sadakat borçlarının devam etmesi nedeniyle dürüstlük ve iyi niyet kurallarına riayet etmelidir. İş bırakmanın kanunun öngördüğü amaç dışına çıktığı takdirde iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshi ile karşılaşabilirler.

2. İş Bırakmanın İşçinin Kişisel Kararına Dayanması ve İş Bırakmanın Grevle İlişkisi

Ücret ödenmediği için iş yapmaktan kaçınmanın İşK'nun 34.maddesine uygun olabilmesi, grev, yasa dışı grev kabul edilmemesi için işçinin işi bırakması

²²⁴ Akyiğit, *Çalışmaktan Kaçınma*, s.23.

²²⁵ Çil, s.2376.

bireysel bir tercih olmalıdır. Yasa açıkça kişisel karara dayanmak şartıyla iş bırakma toplu nitelik kazansa da bunun grev olarak kabul edilmeyeceğini düzenlemiştir.

İşçilerin tamamının iş görmekten kaçınma yoluna gitme zorunluluğu yoktur. İşçilerin birkaçı bu yola yöneleceği gibi tümü de birlikte aralarında anlaşarak karar vermeksizin bireysel tercihleriyle bırakma yoluna gidilebilir. İş bırakma kişisel karar dışına çıkıp, sendikanın verdiği karara uyarak ya da işçiler kendi aralarında anlaşarak topluca ortak irade ile hareket ettikleri takdirde iş bırakma eylemlerinin yasa dışı grev olarak kabul edilmesi söz konusu olabilecektir.

İş bırakma kararının alınış ve uygulanış şekli, bırakma eyleminin grev sayılıp sayılmayacağı yönünde bir sonuç doğuracaktır ve kanun koyucu ve öğreti tarafından belirli şartlara uyulması halinde iş bırakmanın yasal olacağı grev sayılmayacağına hükmedilmiştir. 1475 sayılı İşK. döneminde ücretteki gecikme yüzünden bir işçinin de bir çok işçinin de kendi verdikleri kararlar işi bırakması öğretide tartışmalı olup bunu yasal görenler vardı ama uygulamada Yargıtay bunu iş görme borcunun ihlali (1475 sayılı İşK. m17-2 (d) olarak yorumlamaktaydı. Hatta bu tutum zaman zaman kanun dışı grev olarak da algılanabiliyordu. İşte 4857 sayılı İşK'nun getirdiği bu hüküm (İşK. m.34-1) ile ücretteki gecikme nedeniyle iş görmekten kaçınma (ilgili işçilerin kişisel tercihlerine dayandıktan sonra) ister bireysel isterse de toplu nitelik taşıyan artık yasadışı bir davranış olarak algılanamayacaktır (İşK. m.34)²²⁶.

Ancak ücretlerinin ödenmesi geciken işçilerin bu yüzden işi bırakmalarını bir işçi sendikasının harekete geçirdiği hallerde İşK. m.34-1 anlamında yasal bir iş görmekten kaçınmanın bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. 6356 Sayılı Kanun'un 58.maddesine göre, İşK. m.34-1 hükmü olmasaydı bunun yasadışı grev sayılması gerekecekti, İşK'nun 34. maddesinin düzenlenmesi ile bu durum farklı yorumlanmıştır.

6356 Sayılı Kanun'da, toplu olarak çalışmayarak işyerinde çalışmayı durdurmak veyahut çalışmayı önemli ölçüde aksatmak niyetiyle işçilerin aralarında anlaşarak ya da bir kurumun aynı niyet ve maksatla toplu olarak çalışmama kararına uymak suretiyle iş bırakılmasına grev denileceği düzenlenmiştir. TİS'nin yapılması esnasında uyuşmazlığın meydana gelmesi halinde işçilerin çalışma şartlarını

²²⁶

Akyiğit, *Çalışmaktan Kaçınma*,s.22. -Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, s.1570.

korumak veyahut şartları iyileştirmek maksadıyla bu kanuna uygun şekilde yapılan greve kanuni grev denileceği, yasal grev için olması gereken şartlar oluşmadan yapılan eylemin ise kanun dışı grev kabul edileceği de düzenlenmiştir.

Grevin oluşması için maddi ve manevi (psikolojik) unsurların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. İşçilerin aralarında anlaşarak topluca işi bırakmaları veya sendikanın aldığı grev kararı ile hareket etmeleri bu unsurların gerçekleştiğini gösterir.

Grev için birden çok işçinin işi aynı anda bırakması gerekmektedir²²⁷. Topluca iş yapmaktan kaçınma unsuru grevin maddi unsuru olup bu unsurdan söz edebilmek için işçilerin yapmakla görevli oldukları işi toplu olarak bırakmaları gerekmektedir²²⁸. Manevi unsur ise, işçilerin kendi aralarında anlaşarak karar vermeleri ya da bir kurumun verdiği karara katılma kararı vermeleri şeklinde ortaya çıkmaktadır²²⁹.

Çalışmaktan kaçınma hakkında işçiler, yasanın verdiği hakkı kullanmaktadırlar, ücretleri ödenmediği zaman zarfında işçilerin çalışmama hakkı vardır. İşçiler, işi bırakırken grev yapmak amacıyla bırakmıyorlar yasanın verdiği çalışmama hakkını kullanıyorlar. Çalışılmayan sürede işçilerin görmekle yükümlü oldukları işi yapmadıkları ileri sürülemez, bu dönemde işçinin iş görme borcu bulunmamaktadır.

Öğretide, bir kuruluşun ya da başkalarının kararına uymak suretiyle işçilerin toplu olarak iş bırakmalarının yasadışı grev olacağı görüşü de dile getirilmektedir²³⁰. Önemli olan işçilerin başkalarının tesirinde kalmadan kendi özgür iradeleriyle çalışmama hakkını kullanmalarıdır. İşçiler üzerinde tesiri olmayan sembolik kurumların açıklamalarından sonra işçi kendi iradesiyle iş bırakıyorsa bu durum, kurum kararına uyarak iş bıraktığı şeklinde değerlendirilmemelidir²³¹.

Belirtmek gerekir ki İşK.m.34, şartlar oluştuğunda iş yapmaktan kaçınmayı, hak etmiş olduğu ücreti ödenmemiş olan işçiler için hak şeklinde düzenlemiştir.

²²⁷ Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku II**, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.s.543.

²²⁸ Ünal Narmanlıoğlu, **Grev**, Ankara, 1990, s.59. Melda Sur, **Grev Kavramı**, Ankara 1987, s.91.

²²⁹ <https://www.hukukiyaklasim.com>

²³⁰ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.107.

²³¹ Akyiğit, s.22. Aynı görüşte Melda Sur, **İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, s.399.

İşyerinde çalışıp herhangi bir yasal gerekçesi olmayan diğer işçiler, çalışmama hakkını kullanırlarsa yasanın bu hükmünden yararlanamayacakları gibi olumsuz yasal yaptırımlarla karşılaşmaları da kaçınılmaz olacaktır²³².

Ücretlerinin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi karşısında yapılan eylemin, işçi tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi mi, yoksa işverene sözleşmeyi feshetmek için haklı sebep tanımak anlamına mı geleceği tartışılabilir.

İşçiler, ücretlerinin yirmi günlük ödeme süresinin geçirilmesi nedeniyle iş terk etmişlerse, böyle bir eylemle iş akdinin işçiler tarafından topluca sona erdirilmesini kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. Zira işçiler işi terk etmekle, sözleşmeyi sona erdirmek değil, aksine işvereni, sözleşmenin veya mevzuatın tam anlamıyla uygulanmasına yöneltmek istemektedirler. Yasal koşullara uymayan işvereni zorlama amacıyla yapılan eylemin “grev kavramı” dışında kalacağı, bu açıdan ne sözleşmenin sona ereceği, ne de bu durumun işveren için sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturacağı ileri sürülmektedir²³³.

Grevin yasak olduğu iş ve işyerlerinde çalışan işçi(ler) de ücretleri ödemediği için çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilirler²³⁴. Kanunun çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen hükmünde bu konuda bir sınırlama getirilmediğinden bu görüşün isabetli olduğu söylenebilir.

Çalışmama hakkı işçilerin kişisel kararları ile kullanılan bir hak olması, işçilerin arasında topluca işi bırakma yönünde bir anlaşma olmaması ve çalışmaktan kaçınılan dönemde işçilerin iş görme borcu altında olmadıkları nazara alındığında iş bırakmanın grev sayılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

3. İş Görmekten Kaçınma-Hak Grevi İlişkisi

T.C.Anayasasına göre kimse zorla çalıştırılmaz ve kimse ücretsiz angarya olacak şekilde çalışmaya da zorlanamaz 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesinde konuya açıklık getirilmiştir. Bu düzenleme, bir sendikanın veya işçilerin kararına uyarak işçilerin topluca iş bırakma eylemlerini kapsamamaktadır. Bu tür toplu iş

²³² Süzek, İş Hukuku, s.301.

²³³ Günay, **Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları**, s.45.

²³⁴ Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, s.1569.

bırakma eylemleri yasa dışı grev kabul edilecektir. Zira yasaya göre ücreti ödenmeyen işçilerin işi bırakmaları bireysel kararlarına dayanmalıdır²³⁵.

Ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınması bir haktır ve işçi bu hakkını işverenin, iş sözleşmesine riayet etmesini ihlal etmemesi ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için kullanmaktadır. Çalışmaktan kaçınma işverenin üzerinde bir baskı oluşturacaktır. Hak grevleri de toplu iş sözleşmesi ve mevzuat hükümleri ihlal edildiği için yapılmaktadır. Grev eylemlerinde de işçiler çalışmaktan kaçınmaktadırlar.

Ödemezlik def'ini (ifa edilmezlik def'ini) kullanan işçilerin iş yapma borcu yasa gereği olmadığından kendi iradelerine dayanmak kaydıyla toplu çalışmamaları yasa dışı hak grevi değildir çünkü yasanın verdiği hak kullanılmaktadır.

Ödemezlik def'i hak olup bireysel olarak kullanılabilirdiği halde yasa dışı grevde toplu hareket etme birlikte karar verme söz konusu olduğundan karar süreçleri de farklıdır. Bu nedenle nitelik olarak ve meydana geliş şekli olarak da farklı olan işi bırakma ve hak grevi müesseseleri birbirlerinden hukuki tanım ve nitelikleme olarak farklıdırlar²³⁶.

İşverenin yürürlükte olan yasa ve toplu iş sözleşmesi hükümlerini yanlış ve noksan uygulaması ve sözleşmeye aykırı davranışına karşı hak grevi söz konusu olmaktadır. Batı Hukuku'nda ekonomik nedenlerle yapılan grevlere katılan işçiler gibi, haksız iş uygulamaları nedeniyle greve katılan işçiler de işten çıkarılamaz²³⁷.

1982 Anayasası'nda toplu hak uyuşmazlıklarının çözümünde grev ve lokavt kabul edilmemiştir. Grevin her türünün toplu hak uyuşmazlıklarının çözümü için yapılması yasaklanmıştır²³⁸.

Anayasa'nın 54.maddesinde grev hakkı ve lokavt düzenlenmiştir. TİS.'nin yapılması sırasında, uyuşmazlığın ortaya çıkması durumunda işçilere grev hakkı verilmiştir. Anayasa'da açıkça gösterildiği üzere grev sadece TİS'lerinin yapılması esnasında uyuşmazlığın çıkması durumunda mümkündür. Buna karşılık toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken bu sözleşmenin ya da mevzuatın ihlal edildiği, uygulanmadığı gerekçesiyle de olsa greve gidilemez. Anayasada siyasi maksatlı

²³⁵ Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s.1691.

²³⁶ Engin,Murat, s.81-82.

²³⁷ Günay, s.45.

²³⁸ M. Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, 3.Bası, İstanbul, 1984, s.173.

grev, lokavt, genel grev, işyerinin işgali, verimi düşürme, işi yavaşlatmanın da yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece Anayasa'nın toplu hak uyuşmazlıklarında hak grevini de yasaklamış olduğu açıkça gözlenmektedir²³⁹.

E. İşçinin Çalışmama Hakkını İşverene Bildirmesi

Karşılıklı borçları içeren sözleşmelerde, bir taraf kendi borcunu yerine getirmiş veya ifasını teklif etmişse diğer taraftan borcunu ifa etmesini isteyebilir (TBK. m.97). Ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınması, madde gerekçesi ile de açıkça düzenlenmiş olduğu gibi Borçlar Kanunu'nda yer alan ödemezlik def'i ile uyum içindedir. İşçi kendi borcunu ifa ettiğinde, işverenden ücret ödeme borcunu talep edebilecektir. Ödemezlik def'i gerçek anlamda bir def'i²⁴⁰ olup itirazdan farklı olduğu için tarafların bizzat ileri sürmesi gerekmektedir,²⁴¹ hakim re'sen nazara alamayacaktır. Dolayısıyla, ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını beyan etmesi, işverene karşı ileri sürmesi işçinin, borçlu temerrüdüne düşmemesi için şarttır.

İşçinin iş görmekten kaçınması nasıl gerçekleşebileceğine dair yastada hüküm yoktur. Herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu yüzden ilgili işçi veya işçiler dilerse işverene bir süre önceden haber verip işi bırakabilecekleri gibi, haber vermeden fiilen çalışmayarak da iş yapmaktan kaçınabilirler. Önemli olan işi bırakmanın başka bir gerekçeden değil de ,vadesi gelmiş ücretin ödenmesindeki gecikme nedeniyle çalışılmadığının anlaşılmasıdır.²⁴² İş bırakmanın yazılı şekilde bildirilmesi gerektiği görüşü de öğretide savunulmaktadır²⁴³.

Kanımızca da işverene durumun yazılı olarak bildirilmesi yerinde olacaktır. Bu durumda hem işveren hazırlıksız olarak bir anda işin bırakılmasıyla karşılaşmamış olacak, hem de hukuki hakların kullanımında işçi açısından ispat kolaylığı olacaktır.

²³⁹ Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s.1691.

²⁴⁰ Oğuzman/Öz, s.268.

²⁴¹ "Ödemezlik def'inin olayda bizatihi varlığı, def'in hükümlerinin işlemesine, yani borcun muaccel sayılmasını önlemeye yetmez; herhalde bir irade beyanı ile bu def'in kullanılması gerekir."- Feyzioğlu, s.138.

²⁴² Akyiğit, s.22-23.

²⁴³ Uzun, s.167.

İşçi ücreti ödenmediği için işi bıraktığını işverene bildirmezse, işveren bunu sadakat borcuna aykırılık olarak kabul edebilir ve sözleşmeyi devamsızlık sebebiyle feshedebilir. İşçinin ücreti talep hakkı olduğu gibi işverenin de iş görme borcunu talep hakkı bulunmaktadır çünkü bu sözleşmeler ki tarafa da edim yükleyen sözleşmelerdir. İşçi, yasanın verdiği çalışmama hakkını kullandığını işverenin bilmesini sağlamalıdır.

Ödemezlik def'inin baskı ve teminat fonksiyonu olduğu gibi, iş görmekten kaçınmanın işveren üzerinde beklenen amacı gerçekleştirilebilmesi için de, işçi çalışmaktan kaçındığını işverene bildirmelidir. Bu durumdan işverenin haberdar olmaması, işçinin iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle feshedilme ihtimalini ortaya çıkardığı gibi, işveren işçinin yerine yeni işçiler de alabilir.

Ücretin ödenmemesi nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kanun koyucu tarafından düzenlenmesinin amaçlarından biri de sözleşmenin ayakta kalmasını sağlamaktır. Zira İşK'na göre işçi ücreti ödenmediği takdirde iş akdini haklı sebebe dayanarak feshedebilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen bu düzenleme, işçiye sözleşmeyi feshetmeden işveren üzerinde baskı kurarak sözleşmenin devamlılığını sağlamayı amaçlamıştır. İşçi çalışmama hakkını kullandığını işverene bildirmezse, işveren iş sözleşmesini feshetme yoluna giderse, işçi zamanında ileri sürmediği için ödemezlik def'ini ileri süremeyecektir. Dolayısıyla iş sözleşmesi sona ermiş olacaktır.

Her ne kadar çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacağı zamana karar verme işçinin elinde olsa da dürüstlük kuralı gereği, işyeri için özellikle işin zorunluluk arz ettiği hallerde durum önceden işverene bildirilmeli ve zorunluluk arz eden konularda işverene tedbir alma imkanı tanınmalıdır. Örneğin; güvenlik görevlisi, çalışmaktan kaçınma hakkını, kullandığı dönemde gerçekleşen hırsızlık olayına müdahale etmezse sadakat borcuna aykırı olarak kanundan doğan hakkını kötüye kullanmış sayılmalıdır. İşçi çalışmaktan kaçınmayı iyi niyet ve dürüstlük kuralları içinde makul ölçülerde kullanmalıdır. Kısacası işçinin bu davranışı, bir an önce alacağına ulaşma dışında bir amaç taşımamalıdır²⁴⁴.

İş Kanunu'nun 109.maddesine göre, "Bu yasada öngörölmüş bildirimlerin ilgisine yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekmektedir" hükmü

²⁴⁴ Çil, s.2376-2377.

bulunmaktadır. Bu hükümde iş kanununda öngörülen bildirimlerin yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Oysa işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, kanunun tanıdığı bir haktır bildirim olarak kabul edemeyiz.

Kanunda her ne kadar bildirim şartı olmadığı için işçi, çalışmaktan kaçındığını işverene yazılı veya sözlü bildirebilme hakkına sahipse de; bildirim şartı olmamasına rağmen uygulamada açılan davalarda işçinin davasını ispat kolaylığı için işverene yazılı bildirim yapması işçinin faydasına olacağı kanısındayız. Bununla birlikte işçi işi bıraktığını ister sözlü ister yazılı olarak işverene bildirsin, ücreti ödenmediği için işi bıraktığını mutlaka belirtmelidir.

II. İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKINI KULLANMASININ SONUÇLARI

A. İş Sözleşmesinin Durumu

1. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Kavramı

İş sözleşmesi nitelik olarak süreklidir ve borç ilişkisi süreklilik arz eder. Bu yüzden bu iş ilişkisi içinde zaman zaman çalışma koşullarında aksaklıklar yaşanabilmektedir. Geçici ifa engelleri olarak ortaya çıkan durumlar, işçinin geçici bir süre ile kusursuz olarak iş yapma borcunu yerine getirmesini olanaksız kılarlar.

İş ilişkisinin devamında işçinin iş yapma borcunu ya da işverenin işi kabul borcunu geçici olarak yerine getirmesine engel olan belirli olgular (ifa engelleri) ortaya çıkabilmektedir.

Bu gibi hallerde iş sözleşmesinin sonlandırılması yerine “askıya alınması”, seçeneği iş hukukuna özgü olan çağdaş seçeneklerden biridir²⁴⁵.

Çalışma yaşamını düzenleyen mevzuatımızda belirli hallerde iş sözleşmesinin

²⁴⁵ Savaş Taşkent, İş sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, **Mess Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül, 2006, S.3, s.20.

askıya alınacağı düzenlenmiş ve bu durumların hukuki sonuçları da açıklanmıştır. İş yasasındaki “zorlayıcı nedenler” (m.24-3, 25-3), sağlık sebepleri (m.25-1(b)), işçinin tutuklanmış olması veya göz altına alınmış olması (m.25-4), askerlik ve kanundan doğan çalışma (m.31), yıllık ücretli izin durumu (m.53.vd), grev ve lokavt sırasında da işçilerin sözleşmeleri askıdadır. İtiraz edilmeyen ücretsiz izin uygulaması esnasında da iş sözleşmesinin askıya alınmış olacağı da ileri sürülmektedir²⁴⁶.

İş yapma borcuna geçici olarak engel olan bu durumlarda iş sözleşmesi sona ermez taraflarca askıya alınmış olur. İş yapmayı geçici engelleyen hallerin sona ermesi ile iş sözleşmesinin hükümleri uygulanmaya devam eder. İş sözleşmesinin askıda kaldığı durumlarda işçinin işe devamsızlığı yasal bir nedene dayandığından sözleşmenin askıda olduğunu sürede işveren iş akdini bu devamsızlık sebebiyle feshedemeyecektir²⁴⁷.

Sözleşmesinin askıda olma hali iş güvencesi sağladığı gibi, işverenin işyerindeki iş gücünü kaybetme tehlikesini de ortadan kaldırır²⁴⁸.

İş sözleşmesinin askıya alınması için iş yapma borcunun ifasının geçici imkansızlığı meydana gelmiş olması gerekir. İşçinin dışında gelişen onun bir dahlinin olmadığı ifa engelleri iş yapma borcunun yerine getirilmesinin mümkün olmasını engellemektedir. Bu haller işçinin çalışmasına mani olur. Böylece işçinin edimini ifa etmesi geçici olarak imkansızlaşır²⁴⁹.

2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı İle İş Sözleşmesinin Askıda Olmasının Karşılaştırılması

İşçinin İş Kanunu'nun 34.maddesine dayanarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması yasanın kendisine verdiği ücretini korumaya yönelik bir haktır. İşçi, ödemezlik def'ini (ifa edilmezlik def'ini) ileri sürdüğü dönemde iş yapma borcu altında olmadığı için işveren, işçi bu hakkı kullandığı diye iş sözleşmesini feshedemeyecektir²⁵⁰.

Ücretin ödenmemesini iş sözleşmesinin askıya alınmasına neden olan

²⁴⁶ Taşkent, s.20.

²⁴⁷ Süzek, s.373. Engin, a,g,m, s.79. Tunçomağ, Kenan, **İş Hukuku** 1984, Cilt I, s.347.

²⁴⁸ Fevzi, Demir, **İş Güvencesi**, İstanbul 1986, s.82.

²⁴⁹ Süzek, s.379.

²⁵⁰ Engin, s.79.

sebeplerden biri olarak değerlendirmek isabetli olmaz. Zira nitelik olarak baktığımızda ifayı geçici imkansızlaştıran sebepler ile ücretin ödenmemesi gerekçesi farklıdır. İşçi, ücreti ödenince çalışmaya devam edecektir. Sözleşmenin askıya alınmasında işçinin iradesi dışında gerçekleşen sebepler vardır ve bunlar ifayı geçici olarak imkansızlaştırır. Oysa ücret ödenmediği için işçinin çalışmama hakkını kanun işçiye vermiştir ve nitelik olarak ifanın geçici imkansızlaştırılmasına sebep olan gerekçelerden olmadığı da açıktır.

Sözleşmesinin geçici askıya alınması ile işçinin ücreti ödenmediği gerekçesiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının sonuçları da farklıdır.

İş sözleşmesinin askıya alınmasıyla bu sözleşmeden kaynaklanan temel borçlar, diğer deyişle iş yapma borcu ile ücret ödeme borcu da askıya alınmış olur. Askı süresinde iş sözleşmesi varlığını sürdürmeye devam eder, ancak tarafların bu sözleşmeden doğan temel borçları bu süre içinde ertelenir. İş sözleşmesinin askıya alınmasının koşullarının gerçekleşmesi halinde işçi iş görme edimini yerine getiremez, buna karşılık askı süresince işveren de kural olarak ücret ödemekle yükümlü değildir.

Sözleşmesinin askıda olduğu dönemde, işverenin kural olarak ücret ödeme borcunu yerine getirmemesinin hukuki gerekçesi bu sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olmasıdır. İş yapma ve ücret ödeme borçları birbirine bağımlı olan borçlardır. Ücretin gerekçesi işçinin iş yapma borcudur ve ücret iş görmenin karşılığıdır, sonucudur. Bu yüzden (geçici imkansızlık hali) işçinin çalışmaması durumunda işverence ücret ödenmeyecektir²⁵¹.

İş Hukuku'nun koruyucu ve ücretin sosyal niteliği nedeniyle mevzuatımızda sınırlı da olsa bazı durumlarda iş sözleşmesi askıya alınsa da işçiye ücret ödeneceği düzenlenmiştir. İş Yasasının 24 ve 25.maddelerinin 3.bentlerinde zorlayıcı nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınmasında bir hafta süre ile yarım ücret ödenir (İşK. m.40)²⁵². Basın İş Kanunu uyarınca böyle durumlarda gazetecinin ücret alması mümkündür²⁵³. Bu istisnai hükümler dışında işçiye askı süresince işverenin ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. Oysa çalışmaktan kaçınma hakkında, işçinin ücret

²⁵¹ Süzek, s.387-388. Sarper Süzek, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara, 1989, s.100.

²⁵² Süzek, s.388.

²⁵³ Günay, s.358.

isteyebileceği öğretide ciddi gerekçelerle savunulmaktadır. İşveren askı süresinde çalışmayan işçinin yerine yeni işçi alabilecekken, çalışmaktan kaçınma hakkında yeni işçi alma hakkı açıkça yasaklanmıştır.

İş görmekten kaçınma halinde iş görme borcu ile ücret ödeme borcunun durumu tartışmalı ise de iş sözleşmesinin devam ettiği kuşkusuzdur. Bu yüzden işçinin sadakat borcu ile işverenin işçiyi gözetme borcunun belli çerçevede varlığını sürdürdüğü söylenebilir. Bu bağlamda anılan sürede bile işçinin veya işverenin söz konusu borca aykırı tutumu diğer tarafa bu yüzden sözleşmeyi derhal feshetme hakkı verir (İşK. m.24-2 (f) ve İşK.m.25-2(e))²⁵⁴.

Sözleşmenin askıda olduğu dönemde de işçilerin itaat ve sadakat borçları, işverenin de gözetme borcu, devam eder. Askı döneminde bu yan borçlara aykırı davranılması iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açar.

İş sözleşmesinin askıya alınması süresi belirli olan iş sözleşmesinin süresini ve sözleşmenin sona ermesi zamanını etkilemez. Süresi belirsiz olan iş sözleşmelerinde ise iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyularak sona erdirildiğinde askıya alınma bildirim süresini etkiler. Feshetme işlemi askıya alınmadan önce yapılmışsa, bildirim süreleri de askı süresinde işlemeyecektir. Feshetme işlemi askı döneminde yapılmışsa bildirim süresi askı döneminin sona ermesinden itibaren başlar²⁵⁵.

Bu açıklamalar ışığında, sözleşmenin askıda kalması hali ile işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması birbirine benzerse de sebep ve sonuçları açısından farklılık arz ettiği açıktır. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığı sürede sözleşmenin askıda olduğunun kabulü de mümkün değildir, bu sürede iş sözleşmesi varlığını devam ettirmektedir. Sözleşmenin askıda kalma süresinde işverenin ücret ödeme borcu yoktur. Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınılan süre boyunca her ne kadar Yargıtay aksi görüşte ise de, öğretide ki baskın görüş ücretin işverence ödenmesi gerektiği yönündedir.

²⁵⁴ Akyigit, s.25.

²⁵⁵ Taşkent, s.21.

B. İş Görmekten Kaçınılan Sürede İşçiye Ücret Ödenip Ödenmeyeceği Sorunu

1. Genel Olarak

Ücret iş sözleşmesinin zorunlu şartıdır, ücretsiz iş sözleşmesi düşünülemez. İşçi ve ailesi için hayati önemi haiz ücret kanunlarımızda koruma altında alınmıştır. Kanun koyucu ücretin güvencesi kapsamındaki korumalar dışında ücretin öneminden hareket ederek işçiye hak etmiş olduğu ücretin ödenmemesi durumunda çalışmaktan kaçınmayı hak olarak vermiştir. İşveren, ödemesi gereken ücreti ödemeyerek kendi edimini yerine getirmedeğinden, işçi de kendi edimi olan iş görme borcunu ödemezlik def'i hakkını kullanarak yerine getirmeyecektir. İşveren ücreti ödeninceye kadar işçiden işi görme borcunu ifa etmesini isteyemeyecektir.

Bilim Komisyonu Taslağının işçiye ücret ödeneceği yönündeki olumlu yaklaşımı (Bil. Kom. Tas.35) kanunda yer almadığından konu öğretilerde tartışmalıdır. Eğer olayda işverenin iş kabulde temerrüdü niteliği görülürse, iş görmekten kaçındığı evrede işçi çalışmış sayılacak ve bu sürenin ücret vs. işçilik haklarının ödenmesi gerekecektir (TBK. m.408, İşK.m.66-c). Fakat durum ödemezlik def'i niteliğinde kabul edilirse, anılan dönemde çalışma borcu da çalışmış sayılmada oluşmaz ve bu dönem için işçiye ücret vs. ödemesi yapılmaz. Çünkü ödemezlik def'i sonucu çalışmama çalışılmış sayılan hallere katılamaz²⁵⁶.

Madde gerekçesinde iyi niyetli olan işverenlerin geçici olarak ödeme güçlüğü içine düşebileceği, öngörülmüş ve on gün süre (yirmi gün olarak yasalaşmıştır) getirilmiş, işçinin hemen bu hakkı kullanmaması istenmiştir. Ancak bu süre geçtikten sonra işçiden ücret almadığı halde çalışmasının istenmesinin de angarya olacağı belirtilerek işçiye çalışmama hakkı verilmiştir.

²⁵⁶

Akyiğit, s.24-25.

Hak ettikleri ücreti alamayan işçilerin, kişisel kararlarına dayanarak iş bırakmaları halinde bu eylemleri toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemeyeceği hükme bağlanmış yasal bir hakkın grev kabul edilmesine engel olunmuştur. Ayrıca işçilerin çalışmadıkları sürede de ücrete hak kazanacakları düzenleme de yer almış olup, ilkesel olarak TBK'nun 97.maddesindeki düzenleme ile uyum oluşturulmuştur²⁵⁷.

Maddenin kabul edilen son hali ile taslakta yer alan ve on gün olan süre yirmi gün olarak değiştirilmiş, mücbir neden dışında bir sebep şartı getirilmiş ve çalışmadıkları sürede ücret ödeneceği şartı kaldırılmıştır. Madde gerekçesinde ilkesel açıdan, TBK.97.maddesi ile uyumun sağlanması, işçilerin toplu olarak iş bırakmaları halinde bu eylemin grev sayılamayacağı yönündedir. Kanun koyucunun ücreti ödenmediği için işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı verip diğer yandan bu sürede ücret ödenmesi hükmünü maddeden çıkarması eleştirilmiştir, maddenin işlerlik kazanması zorlaşmıştır. Ücret konusu öğretide farklı gerekçelerle ödemezlik def'i ile irtibat kurularak açıklanmıştır. Yargıtay'sa madde düzenlemesini esas alarak kanun koyucunun iradesi doğrultusunda ücret konusunda bir sonuca varmıştır.

2. Ücretin Ödenmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması

1475 sayılı İş Kanunu zamanında işçi ücreti ödenmediği için çalışmayı bırakırsa Yargıtay işçinin bu hareketini sadakat borcuna aykırılık, yasadışı grev olarak yorumlayıp ücretin ödenmemesinin işçinin görevlerini yapmasına mani olmadığını, işçinin iş görme borcunun devam ettiğini belirtiyordu. Ücreti ödenmediği için çalışmayan işçinin sözleşmesi işveren tarafından haklı sebeple feshediliyordu.

4857 sayılı İşK. hak etmiş olduğu ücreti ödenmemiş işçiye çalışmaktan kaçınmayı hak olarak tanımış ve çalışmadığı için işverence iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği vurgulanmıştır. Ancak anılan düzenlemede çalışılmayan sürede işçinin ücretinin ne olacağı konusuna yer verilmemiştir.

Yargıtay İş Kanunu 34.maddeye göre, ücreti ödenmediği için çalışmama hakkını kullanan işçiye ücret ödenemeyeceğini, yasa koyucunun iradesini esas alarak

²⁵⁷ 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını, Yayın No.234, Temmuz 2003, s.138.

karara bağlamıştır. Ücret ödenmeyeceğinin gerekçesini, madde metnine böyle bir hüküm konulmamış olmasına, ücretin çalışmanın karşılığı olduğu bu yüzden işçinin fiilen çalışmadığı dönemin ücretini alamayacağına, çalışmamanın işçinin kendi iradesi ile gerçekleşmesine bağlamıştır²⁵⁸.

Yargıtay ücretin ödenmemesi gerekçesiyle çalışmaktan kaçınan işçiye, çalışmadığı sürede ücret ödenmemesi kararını madde metnine yani kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak vermiştir. Kanun koyucunun maddeyi düzenleyiş amaç ve gerekçesine değinmemiştir.

Anayasa m.49.uyarınca “Devletin çalışanlarının hayat standartını yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek amacıyla, çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemeye elverişli ve yeterli ekonomik bir ortam sağlamak ve çalışma barışını da sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alacağı ” hükme bağlanmıştır. Anayasaca düzenlenen bu amaçlar esas alınarak işçiler çıkan kanunlarla işçi lehine yorum ilkesi çerçevesinde işverene oranla daha fazla koruma altına alınmıştır.

İşçi lehine yorum ilkesi her kanun maddesi için kayıtsız uygulanamayacaktır. Boşluk bulunan açık olmayan tereddütlü hükümlerin yorumunda işçi lehine yorum yapılacaktır. İşçi lehine yorum sınırsız düşünülmemelidir. Hakim mevzuatın öngördüğü çerçeve içerisinde yorum yapabilir. Açık hukuk normlarının görevine giren yasayı işçi lehine çevirme işlevini yüklenemez²⁵⁹.

Yargıtay anılan kararlarında vermiş olduğu hükümde, TBMM, görüşmelerinde işçiye ücret ödenmesini içeren düzenlemenin çıkarıldığını belirtiyor. Yasama organının bu suretle işçiye çalışmaktan kaçındığı dönemde ücret ödenmemesi gerektiği yönündeki iradesini ortaya koyduğuna dikkat çekiyor. Bu yorumuyla, İş Kanunu'nun 34.maddesinin ücret konusunda işçi lehine yorumlanmayacağını, madde metni ile bağlı kalınması gerektiğini açıklamış olmaktadır.

Kanaatimizce İşK. m.34 hakimın kesinlikle yorum yapmaması gereken mutlak emredici bir hüküm değildir. Kaldı ki madde metninden de bir boşluk olduğu anlaşılmaktadır. Zira ücret ödenmez şeklinde bir düzenleme maddede mevcut

²⁵⁸ Bkz. Yarg. 9.HD, E.2004/13259, K.2005/3782, T.10.02.2005.

²⁵⁹ Günay, **İş Hukuku**, s.102.

değildir. Bilim Komisyonu tasarısında yer alması son anda madde metninden çıkarılması ve dahası maddenin lafzı ve amacı da nazara alındığında çalışılmayan dönem için ücret ödenip ödenmemesi konusunun açık bir hükme bağlanmadığı ortadadır.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında ücretin fiili çalışmanın karşılığı olduğunu özellikle belirtmiş. Bu konudaki görüşünü kararlılıkla sürdürmüştür. İşK. m.34 ile ilgili vermiş olduğu kararlarında da işçinin fiilen çalışmadığı boşta geçen süreler için ücret istenemeyeceğini ücretin çalışmanın karşılığı olduğunu ısrarla vurgulamıştır.

Ücret sorununun çözümünde, somut olayın özelliğinden yola çıkarak tarafların haklarını yerine getirirken iyi niyet dürüstlük kuralları ile hareket edip etmediklerine özellikle dikkat edilmelidir. Taraflar kanunun vermiş olduğu yetkiyi dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kötü niyetli olarak kullanabilirler. Örneğin çalışmaktan kaçınan işçiye nasılsa ücret ödenemeyeceğini düşünen işveren, iyi niyetli olmayan tavır ve davranışlar içine girip işçinin emeğini istismar edebilir.

Keza işçi de çalışmaktan kaçındığı için kendisine ücret ödenemeyeceğini düşündüğü için kanunun verdiği hakkı kullanmaz ve uzun süre ücret almadan çalışmak zorunda kalabilir.

Kaldı ki ücretin sosyal özelliğinden dolayı ille de fiili çalışma gerektirmediği göz önüne alındığında, işverenin sözleşmeden doğan borcu olan ücret ödeme borcunu yerine getirmek durumunda olması gerekecektir. Dolayısıyla maddenin gerekçesi ve amacı ile birlikte iş sözleşmesinin taraflara yüklediği borçlar ve iş sözleşmesinin çalışılmayan dönemde de varlığını sürdürdüğü nazara alındığında Yargıtay'ın ücret ödenmemesi yolundaki kararlarının isabetli olmadığı kanısındayız.

Ödemezlik def'inin niteliği ve taraflara sağladığı haklar açısından alacaklının temerrüdü ile bağlantılı değerlendirilmesi gerekmektedir. Alacaklının temerrüdü de işverenin kendi kusuruyla neden olduğu çalışmama eylemi için kusuru bulunmayan işçinin ücretini, kabulde temerrüt dolayısıyla ödenmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla ücret ödenmemesi yönündeki görüşlerin düzenlemenin hukuki niteliğine de uygun olmadığını düşünüyoruz.

3. Öğreti Görüşleri

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlük döneminde işverenin ücret ödememesi durumunda, işçinin ödemezlik def'ini ileri sürerek iş yapma borcunun ifasından kaçınabilme hakkı olduğu öğretide savunulmuştur²⁶⁰. İşçinin kaçınma hakkı genel görüş olarak kabul edilmiş ancak çalışmadığı dönemde ücret ödenip ödenmeyeceği konusu fazlaca irdelenmemiştir.

Öğretide işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı dönemde ücret isteyip istemeyeceği farklı şekillerde savunulmuştur. Ücretin işin karşılığı olduğu, çalışılmadan ücret istenemeyeceği, istenebilmesi için kanunda düzenlenmiş olması gerektiğini savunanlar²⁶¹ olduğu gibi, işçinin iş yapma ediminden kaçınmasının işverenin işi kabulde temerrüdünden kaynaklandığı için, işçinin, çalışmadığı günler için de ücret istemesinin mümkün olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır²⁶².

Ücret talep edebileceğine ilişkin hükmün madde metninden çıkartıldığını, 6331 Sayılı Kanun'un m.13.de düzenlenmiş olan iş sağlığı güvenliği nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınması halinde ücret hakkının saklı olduğu yönündeki hükmün İşK'nun 34.maddesinde yer almaması dolayısıyla işçinin ücret talep edemeyeceği başka bir görüş olarak belirtilmektedir²⁶³.

Ücreti ödemediği için çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiye ücret ödenip ödenemeyeceği farklı yorumlayan öğreti, görüşlerini şu gerekçelere dayandırmıştır.

İşveren, kusurlu davranışı ile kendi edimi olan ücreti ödememiş ve işçinin haklı olarak çalışmaktan kaçınmasına sebep olmuştur. İşçi ücretini talep edebilmelidir. Çünkü işçi edimini ifa ettiğini veya ifaya hazır olduğunu ileri sürerek işverenden karşı edim olan ücret ödeme borcunu ifa etmesini beklemektedir. İşçinin hareketinin sadece ödemezlik def'i olduğunun kabulünde iş görme olmayacağı için ücret talep edilmeyeceği; işçinin hareketi karşısında işverenin alacaklı direnimine düştüğünün kabulünde ise ücrete hak kazanılacağı ileri sürülmüştür.

²⁶⁰ Can Tuncay, Karar İncelemesi, İHU, 1979/2 TSGLK, 19 No.2-Kaniti, s.141.

²⁶¹ Kemal Oğuzman, "Direniş Nedeniyle Çalışılmayan Günlerde Ücret Ödenmemesi", İHU, İşK. m.26. No.1- Mollamahmutoğlu, s.417.

²⁶² Polat Soyer, Karar İncelemesi, İHU, 1979/1, İşK.m.26.No-1 Centel, Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul, 1998, s.372. Engin, s.80. Tuncay, s.654. Güzel, s.143. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.107. Sur, s.401-402. Süzek, s.301-302.

²⁶³ Cevdet Günay, İş Kanunu Şerhi, C. II, Ankara, 2005, s.1371.

Ücret çalışmanın karşılığıdır, çalışılmadığı halde ücret istenebilecek durumlar iş kanununda düzenlenmiştir. Çalışmama hakkının kullanıldığı dönemde ücret isteneceği yasada öngörülmemiştir. Bu sebeplerle işçinin bu dönem için ücret talep hakkı yoktur, ücret çalışma karşılığı olduğundan işveren de ücret ödeme borcundan kurtulur²⁶⁴.

İş yapmaktan kaçınmanın niteliği ödemezlik def'i olduğundan, bununla birlikte işverenin işi kabulde direnime düşmesi hükümlerinin de kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini, hem ödemezlik def'i hem de temerrüt hükümleri birlikte değerlendirildiğinde işçinin ücret isteme hakkının olduğu da savunulmuştur²⁶⁵.

Başka bir görüşe göre, çalışmama hakkının kullanıldığı dönemde ücret ödenmesi gerektiği kabul edilmeyecek olursa dolaylı şekilde işverenin ücretsiz izin uygulamasının da önü açılmış olacak ve işveren kendi kusurlu davranışı nedeniyle oluşan durumdan kendi lehine sonuçlar çıkarmış olacaktır²⁶⁶.

TBK m.408.uyarınca iş yapma edimini öneren işçiyi işveren işe kabulde direnime gösterirse işçi çalışmadan da ücrete hak kazanacaktır. Ödemezlik def'i ile işverenin işi kabul etmede temerrüde düşmesine ilişkin hükümler (TBK.m.408,106) bağlantılı olarak birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶⁷.

İşçi, iş yapma borcunu ifaya hazır olduğunu, yapılmış olan işin karşı edimi olan ücretin işverence ödenmemiş olduğu için bu yola başvurulduğunu açıklamaktadır. İşverence ücret ödendiğinde iş görme edimine hazır olduğunu açıklayan işçi, bu durumda (TBK.408 uyarınca)çalışmadığı sürede ücrete hak kazanmalıdır²⁶⁸.

4. İşçinin Çalışmaktan Kaçındığı Dönem için Ücret Ödenmesi Hakkındaki Görüşümüz

²⁶⁴ Mollamahmutoğlu, s.417. Demir, **İş Hukuku**, s.79. Günay, **İş Kanun Şerhi**, s.1371.

²⁶⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.107. Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, s.146. Süzek, **İş Hukuku**, s.301. Soyer, İHU, İşK. m.26.no.1. Tuncay, s.653.

²⁶⁶ Süzek, s.302. Soyer, **Konferans Notları**, s.18.

²⁶⁷ Süzek, s.214.

²⁶⁸ Akyiğit, s.23-24. Murat Engin, **Kaçınma Hakkı**, s.80. Eyrenci, Öner, 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2004/1, s.39. Süzek, s.214-215. Keser, Ücret Alacağıın Ödenmemesi, s.74.

İşK.m.34 gerekçesinde, işverenin geçici olarak ödeme zorluğu içine düşebileceği dikkate alınarak ücret ödenmesinin belli bir süre gecikebileceği, fakat bu süre dışında işçinin ücretsiz çalıştırılmasının angarya sayılacağı düzenlenmiştir. Madde içeriği TBK'nun 97.maddesi ile uyumlu hale getirilmiştir. Ödeme def'inin açılımına baktığımızda her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde bir taraf kendi edimini, karşı edim ifa edilinceye kadar veya ifası önerilinceye kadar yerine getirmekten kaçınabilir.

İşçi edimini ifaya hazır fakat işveren ücret ödeme edimini yerine getirmemektedir. İşveren kusurlu hareketiyle, işçinin edimini ifa etmemesine neden olmaktadır. Yasa koyucu işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanımış ancak çalışılmadığı sürede ücretin ne olacağını maalesef açıklamamıştır.

Tek geçim kaynağı çalıştığı işten aldığı ücret olan işçiye çalışmadığı sürede eğer ücret ödenmeyeceği kabul edilirse bu durum hakkaniyete aykırı olacaktır. Zira işveren hem kusurlu olacak hem de işçiyi ücretsiz çalıştırarak kendisine haksız kazanç sağlayacak, Anayasanın angarya yasağı ihlal edilecektir. Kanımızca çalışmaktan kaçınma hakkında ödeme def'i ve alacaklının temerrüdü hükümleri birlikte değerlendirilmelidir.

Sadece ödeme def'i olduğu ve sonuçları itibariyle alacaklının temerrüdü hükümlerine bağlanmadığı takdirde, İşK, m.34'ün uygulanma imkanı kalmayacaktır. Zira çalışmaktan kaçınma hakkı verip ücret verilmediği zaman hiçbir işçi bu yola başvuramayacaktır.

İşçi çalışmaktan kaçınmada, edimini ifaya hazır beklemektedir, işveren ücreti ödemediği takdirde işçi çalışmaya başlayacaktır. Burada tüm sorumluluk işverendedir, işveren kendi edimini ifa etmeyerek işçinin çalışmaktan kaçınmasına neden olduğu gibi ücret ödeme edimini ifa ederek derhal çalışmaya başlamasını da sağlayabilir.

Ücretin çalışmanın karşılığı olduğu, kanun metninde ücret ödeneceğine dair bir hüküm olmadığı gerekçesiyle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçiye ücret ödenmemesi gerektiği görüşünün de yerinde olmadığını düşünüyoruz. Zira ücret salt çalışmanın karşılığı değildir ücretin sosyal niteliği bulunmaktadır.

Kanun metinlerinde boşluk olduğu durumlarda hakkaniyet ölçüleri ve kıyas yoluyla yorum yapabilecektir. Bu iddiaya tersinden baktığımızda, yasa koyucu ücret ödenir dememiştir ancak ücret ödenmez de dememektedir. Uygulamada Yargıtay'ın görüşü nazara alınarak, yerel mahkemeler hüküm kurmaktadır. Maddenin gerekçesi,

ücretin sosyal özellikleri, işverenin kendi kusuru göz önüne alındığında ödemezlik def'i ve alacaklının temerrüdünü hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, işçiye ücret ödenmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Kanun koyucu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı durumlarda da işçiye çalışmama hakkını vermiş olup bu dönemde işçinin ücret alacağı saklı olduğu 6331 sayılı yasanın 13. maddesi ile düzenlenmiştir. İşçinin ücreti kendisinin ve ailesinin yaşamını idame ettirmesi için zorunludur ve işyeri güvenliği kadar önemi vardır. Dolayısıyla iş güvenliği önlemlerinde çalışmaktan kaçınma hakkı vererek ücretin ödenmesi gerektiğini düzenleyip, ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınmada ücretin ödenmemesini düşünmek yerinde olmayan bir sonuçtur. Bu sonuç yasanın kendi içinde tutarsız olmasına neden olur ki bu durum hukuk sistematığı açısından da sakıncalı olacaktır.

TBK.'nun 97.maddesinde genel olarak düzenlenmiş ödemezlik def'i iş mevzuatında özel bir uygulama alanı olan hüküm (İşK. m.34) ile işverenin direnimine ilişkin hükümler (TBK.m.106, TBK.m. 408) arasında irtibat kurularak işçinin çalışmaktan kaçındığı sürede ücretinin ödenmesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Ödemezlik def'inin kullanımını uygun bulup sonuçlarını dışlamak isabetli olmayacaktır, hem ödemezlik def'i hem de bunun özel bir uygulama biçimi olan çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İş Kanunu'nun hükmü anlamını yitirecek, işçilerin yasal olarak kendilerine verilen hakkı kullanmalarına engel olunacaktır.

C. Çalışmaktan Kaçınan İşçinin Sözleşmesinin Feshedilememesi

İşK.34.madde uyarınca çalışmaktan kaçınan işçinin iş sözleşmesi bu nedenle feshedilemeyecektir. İşK. m.34-2 "...Bu işçilerin sözleşmeleri çalışmadıkları için feshedilemez..." şeklinde açık emredici hüküm bulundurmaktadır. İş görmekten kaçınan işçilerin bu kaçınma tutumu işveren için geçerli sebep olarak da değerlendirilemez²⁶⁹.

Bu maddenin getirmiş olduğu iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemez hükmü çalışmaktan kaçınmanın gerekçe yapılarak feshedilememesidir, yoksa işveren eğer başka haklı sebep varsa iş sözleşmesini o haklı sebebe dayandırarak feshedebilecektir. İşçilerin iş sözleşmeleri çalışmaktan kaçınıldığı için feshedildiği takdirde işveren, iş Kanunu'nun 17 ve şartları varsa 18-21 maddelerindeki yaptırımlara tabi olacaktır²⁷⁰.

Çünkü İş Kanunu'nun 34-2. fıkrası işçilerin iş görmekten kaçınma haklarını kullanmaları nedeniyle iş sözleşmeleri, çalışmadıkları için feshedilmez yerlerine yeni işçi alınamaz bu işler başkalarına yaptırılmaz hükmünü içermektedir²⁷¹.

İş görme borcunu yerine getirmekten kaçınan işçilerin yasa gereği diğer borçları devam etmektedir. İşçilerin sadakat borcu devam ettiği gibi, işçilerin çalışmaktan kaçınması dürüstlük ve iyi niyet kuralları içinde gerçekleşmelidir²⁷². İşçiler doğrulukla bağdaşmayan bir niyetle bu haklarını kötüye kullanırlarsa, o zaman yasal bir haktan bahsedilmeyecek aksine işveren İşK. 25/2-e. uyarınca iş sözleşmesini haklı olarak hemen feshedebilecektir²⁷³.

Feshin, uygulanması ve sonuçları iş güvencesi kapsamına giren işçiler ile bu kapsama girmeyen işçiler bakımından farklılık arz etmektedir.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri işveren tarafından herhangi bir geçerli sebep gösterilmeksizin feshedilebilecektir. Ancak işveren bu durumda da hakkını kötüye kullanmamalı iyi niyet ve dürüstlük kuralları gibi hukukun temel kurallarını ihlal etmemelidir.

Yargı kararlarında da yasaya uygun çalışmaktan kaçınma hakkının uygulandığı evrede iş sözleşmesinin bu sebeple feshi haksız bulunmuştur.

²⁶⁹ Akyiğit, s.25

²⁷⁰ Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s.1699.

²⁷¹ Tuncay, s.653.

²⁷² Bkz.Yarg. 10. HD, 2007/7349 E, 2007/14363K.

²⁷³ Sarper Süzek, **İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları**, s.211-212.

Mahkemece, İşK 34.madde uygulaması gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshedilmesi haksız fesih kabul edilmiş, Yargıtay'ca bu karar onanmıştır²⁷⁴.

D. Çalışmama Hakkını Kullanan İşçilerin Yerine Başka İşçi Alınmaması

İşK. m.34-2 ile ücreti ödenmediği için çalışmama hakkını kullanmakta olan işçilerin yerlerine başka işçi alınması yasaya aykırı olduğu gibi bu işçilerin yaptıkları işler başkalarına yaptırılamaz hükmü de getirilmiştir.

Çalışmama hakkını kullanmakta olan işçilerin sözleşmelerinin feshedilemeyeceği ve yerlerine başka işçi alınmayacağı işlerinin başkalarına yaptırılamayacağı hüküm altına alınarak bir ölçüde yasal greve katılan işçiler gibi bu işçilere de bir iş güvencesi sağlanmıştır²⁷⁵. Zira 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 68.maddesinde işverenin, yasal grev veya lokavt süresince iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçları askıda olan işçilerin yerine kesinlikle daimi veya geçici işçi alamayacağı düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 34-2 hükmüne aykırı hareket ederek işçilerin yerine başka işçi alan işverenler için herhangi bir yaptırım öngörülememiştir. Böyle olması hükmün, işveren üzerinde baskı unsuru olması özelliğini bertaraf etmekte ve işveren, çalışmama hakkının kullanıldığı dönemde işçilerin yaptıkları işleri başkalarına yaptırabilmektedir.

İşverenin, iş görme ediminden kaçınma hakkını kullanan işçilerin işlerini

²⁷⁴ Davacı vekili, dilekçesinde müvekkilinin davalıya ait işyerinde çalışmakta iken, ücretlerinin ödenmemesi üzerine 4857 sayılı İş Yasası'nın 34.maddesi gereğince çalışmama hakkını kullandığını, bu hususun noterce düzenlenen tutanakla tespit edildiğini, müvekkilinin davalı işyerine gidip çalışmak istediğini bildirdiği halde işveren tarafından işyerine alınmadığını bunun üzerine işyerinin müvekkilinin iş akdini haksız yere feshettiğini ihbar kıdem tazminatı alacakları ile bir kısım alacaklarının ödenmediğini ileri sürmüştü, davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının İşK. m.34.maddesi gereğince iş görme borcunun yerine getirmediği iddiasının doğru olmadığını, iş görme borcunun yerine getirilmeme hakkının kullanılabilmesi için, işçinin işyerinde bilfiil işinin başında olması gerektiğini, ancak davacının işyerini terk ettiğini, bu bakımdan kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığını davacı ve arkadaşlarının 34.maddeye aykırı olarak yaptıkları işi bırakma eylemleri nedeniyle işletmenin zarara uğradığını bu nedenle davada red kararı verilmesi istenmiştir. Toplanan delillerle davacı,davalı işyerinde çalışmakta iken hizmet akdinin piyasa daralması sonucu oluşan olumsuz ekonomik koşullar nedeniyle bildirimiz olarak haksız yere feshedildiği bu fesih nedeniyle davacının kıdem ve ihbar alacaklısı olduğu anlaşılmıştır. Bkz .Karşıyaka İş Mahkemesi 2004/492 E, 2005/231 K, 20.04.2005 T.sayılı kararı.

²⁷⁵ Günay, **İş Kanunu, Şerhi**, s.1699.- Mustafa Kılıçoğlu, **4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul. 2005, s.371.

yaptırmak için hizmet sözleşmesi ile bağılı olacak işçi alması yasak olduğu gibi geçici işçi alması (İşK. m.7) da yasa koyucu tarafından engellenmiştir. İşverenin aile üyelerinin bu işlerde çalıştırılması yasak kapsamında görülebilir fakat işleri bizzat işverenin yapması yasak sayılamayacaktır. Bu yasağa rağmen çalışmaktan kaçınan işçilerin yerine alınan yeni işçilerle yapılan hizmet sözleşmesinin de geçersizliğinden bahsedilemeyecektir.

Anılan yasağa aykırı davranan işverenlerin karşılaşacağı tek olumsuzluk işçi tarafından iyi niyet ve ahlak kurallarına aykırılıktan dolayı iş sözleşmelerinin haklı olarak feshedilmesi ihtimalidir²⁷⁶.

Mevzuattaki boşluk giderilerek çalışmama hakkını kullanmakta olan işçi yerine yeni bir işçi alınmaması ya da işin başkasına yaptırılmasına ilişkin yasağın ihlali hukuki cezai yaptırıma tabi tutulduğu takdirde, iş görmekten kaçınma hakkının teminat ve baskı fonksiyonu gerçekleşebilecektir.

İş görmekten kaçınma hakkı, işvereni ücret ödeme borcunu ifaya zorlamayı amaçlamaktadır. İşverenin o işi başkasına yaptırması kaçınma hakkının sağladığı hukuki korumayı ciddi bir biçimde aksatacaktır. İşveren için herhangi bir yaptırım öngörülmediği ve çalışmaktan kaçınıldığı dönem de ücret ödenmesinin de Yargıtay'ca kabul edilmediği bir durumda uygulamada işverenlerce yine işçilerin emeği istismar edilebilecek çalışmaktan kaçınan işçilerin yerine başka bir işçi alınabileceği gibi bu işlerin başkalarına daha az ücret ödenmesi karşılığında yapılmasının yolu da açılmış olacaktır. Bu olumsuz sonuç, çalışmaktan kaçınılan sürede işçinin çalışmış sayılacağı ve ücrete hak kazanacağı görüşünün isabetli olduğunu da başka bir açıdan ispatlamaktadır.

²⁷⁶

Akyiğit, s.25-26.

III. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ SONA ERMESİ

İşçinin çalışmaktan kaçınması hakkını kullanmasının nedeni işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmemesidir. İşçi çalışma edimini sunmak için hazır beklemektedir, çalışmaktan kaçınmasının sebebi çalıştığı dönemin ücretinin ödenmemesidir. İşçi, işveren tarafından ücret ödeme borcu yerine getirildiği takdirde derhal çalışmaya başlamak zorundadır. Kanunun verdiği çalışmama hakkı ücretin ödenmesi ile sona ermektedir.

İşçi işvereni ibra ettiği, işverenin karşı edimini işçiyi temerrüde düşürecek şekilde teklif etmesi halinde de ifa edilmezlik def'i olan kaçınma hakkı da sona erecektir²⁷⁷.

Çalışmama hakkını kullanmakta olan işçi, bu tavrından vazgeçerek tekrar çalışmaya başlaması da doğal olarak çalışmaktan kaçınma hakkını sona erdirecektir. İşçi çalışmadığı dönem için alacaklı olduğu miktardan feragat ederse bu husus çalışmaktan kaçınma sebebinin de ortadan kaldırdığını gösterir.

Taraflar iş sözleşmesini haklı nedenle feshederse bunun doğal sonucu olarak çalışmaktan kaçınma hakkı da sona erer. İşverenin haksız feshi karşısında işçi gerekli yasal haklarını usulünce kullanmadığı takdirde fesih geçerli hal alırsa iş görmekten kaçınma hakkı da son bulacaktır.

İşverenin herhangi bir kusuru olmaksızın ediminin ifası imkansızlaşır işçinin de bu durumda çalışmaktan kaçınma hakkının olmadığı kabul edilmelidir. İşveren, ücret alacağıının çok büyük kısmını ifa etmiş ve ödenmemiş olan tutar çok düşük bir miktar ise, işçinin çalışmaktan kaçınmaya devam etmesi dürüstlük ve iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Zira bir kimse haklarını kullanırken dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uymak zorundadır.

²⁷⁷ Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s.1697.

SONUÇ

İş sözleşmesi karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

İş sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak iş yapmayı, işverenine buna karşılık ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İşverenin, işçinin çalışması karşılığında işçiye ücret ödeme borcu olduğu gibi onu koruyup gözetme talimatlarına uyma ve sadakat borcu bulunmaktadır. Tarafların edimleri ifa zamanı geldiğinde muaccel olacak ve yerine getirilmesi gerekecektir. İş sözleşmelerinde önce işçinin iş görme edimi sonra ücretin ödenmesi esastır. İşveren iş görme ediminin yerine getirilmesi ile ücreti ödemelidir.

Ücret sadece çalışmanın karşılığı olarak dar yorumlanmamalıdır. Ücretin işçi ve ailesi için sosyal önemi olduğu ve işçi için ücretin, yaşamını idame ettirebilmek için tek geçim kaynağı olduğu da açıkça bellidir. Ücret ikramiye, prim gibi ücret eki niteliğinde ödemeleri de kapsar ve geniş olarak yorumlanır. İşte ücretin bu hayati önemi haiz vasfından dolayıdır ki bireysel ve toplu iş hukukunun çok önemli bölümleri ücret ekseninde düzenlemeler içermektedir.

Ücretin ödenme zamanı için 4857 sayılı İşK.m.32 uyarınca, ücretin en geç ayda bir ödeneceği ancak tarafların sözleşmelerinde ödeme süresini bir haftaya kadar indirebileceklerini düzenlemiştir. Ödenme zamanı geldiği halde ücretin ödenmemesi durumunda işçiye yasal haklar tanınmıştır.

İşçi, ücreti gününde ödenmediği ya da eksik ödendiği zaman, dilerse İşK.m.24/2 (e) uyarınca iş sözleşmesini derhal haklı nedenle feshedebilir. İş sözleşmesini feshetmek istemezse eda davası açarak aynen ifayı faizi ile birlikte talep edebilir. Ücretin ödenmemesi dolayısıyla talep edilecek faiz mevduata uygulanacak en yüksek faizdir.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde de işçi, ücretlerinin tahsili konusunda sıkıntı yaşıyordu. İşveren işçinin ücretini eksik veya geç ödeyebiliyordu. Ücretini alamayan işçiler iş bırakma eylemi yaptıklarında Yargıtay bu eylemi yasa dışı grev ve sadakat borcuna aykırılık kabul ediyor ve iş sözleşmesi işverence haklı sebeple feshedilebiliyordu. Bu olumsuz sonuçlarla karşılaşan işçiler ücretlerini alamadan işlerini kaybetmemek için çalışmak durumunda da kalıyorlardı.

Kanun koyucu ücret konusunda hem bu olumsuz uygulamalara son vermek hem işçinin ücretsiz çalışmaya zorlanmasını angarya yasağı kabul ederek yeni bir düzenleme yapmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34.maddesine göre, mücbir sebep dışında ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ücretleri ödenmeyen işçiler çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olacaklardır. Çalışmaktan kaçındıkları için iş sözleşmeleri işverence feshedilemeyecek ve yerlerine yeni işçi alınamayacaktır. İş bırakmaları grev kabul edilmeyecektir. Maddenin Bilim Komisyonunda kabul edilen hali işçinin ücretini tam olarak koruyacak bir şekilde düzenlemiştir. Zira yasalaşmayan ilk metninde çalışmaktan kaçınan işçilere bu sürede ücret ödeneceği açıkça belirtilmişti.

4857 sayılı İşK.'nin 34.maddesi işçiye ücreti ödenmediği dönemde çalışmama hakkını sağlarken, bu dönemde ücret ödeneceğini öngörmemiştir. Yargıtay maddenin içeriğinden yola çıkarak ücret ödenmeyeceğini vurgularken öğretide bu konuda haklı olarak tartışmalar yaşanmış farklı görüşler ileri sürülmüştür. Zira yasada bu konuda bir boşluk olduğu açıktır. Madde tasarıdaki haliyle kabul edilmiş olsaydı, işçiler bu dönem de ücretlerini alabileceklerdi kabul edilen metinde ücret hakkının kaldırılması hem yasa da boşluk oluşturmuş hem de iş sözleşmesinin en temel unsuru olan ücret hakkını düzenlemeyerek, maddenin fiilen uygulanmasını bir bakıma olanaksız kılmıştır. Zira tek geçim kaynağı aldığı ücret olan işçiye, çalışmadığı dönemde ücret ödenmezse işçinin çalışmama hakkını kullanmasının bir yararı olmayacaktır.

Yargıtay'ın çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığı dönemde ücret ödenmemesi yönündeki kararına katılmadığımızı belirtmek isteriz. Yargıtay, "ücret ödenmez" sonucuna, TBMM. görüşmelerinde madde metninden ücret düzenlemesinin çıkarılması, ücretin çalışmanın karşılığı olduğu ve işçinin çalışmaması kendi iradesi ile gerçekleştiği gerekçeleri ile ulaşmıştır.

Bu gerekçelerin yerinde olmadığını düşünüyoruz. Zira anılan maddenin gerekçesinde işçinin ücretsiz çalıştırılmasının angarya sayılacağı açıkça belirtmiştir. Maddenin konuluş amacına bakıldığında, ücretin sadece çalışma karşılığı yorumlanamayacağı sosyal niteliği de nazara alınmalıdır. İşçi çalışmaktan kaçınma hakkını kendi iradesi ile kullanmıştır ancak kanunun verdiği hakkı kullanmış bulunmaktadır. Bu durumda ücret ödenmeyeceğinin kabulü işçiyi cezalandırmak

anlamına gelecektir.

Ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanmasının hukuki gerekçesi öğretide ve İşK. m. 34'ün gerekçesinde belirtildiği gibi ödemezlik def'i hakkının kullanılmasıdır. Ödemezlik def'i, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olmakta ve taraflardan biri edimini ifa etmeden veya eylemli ciddi bir biçimde teklif etmeden, karşı edim sahibine edimini ifadan kaçınma hakkı verir.

Öğreti ağırlıklı görüşünde haklı olarak, ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını, TBK. m.97'de genel olarak düzenlenen ödemezlik def'inin özel uygulaması olarak yorumlamıştır. Zira iş sözleşmesinde işveren ücret ödeme edimi ile yükümlüdür bu edimini yerine getirmemesi işçiye, karşı edim olan iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkını verir.

İş sözleşmelerinde önce işçinin edimini ifa borcu olduğu daha sonra işverenin ücret ödeme borcunun muaccel olacağını belirterek işçinin ödemezlik def'ine dayanamayacağı savunanlar da bulunmaktadır. Ancak bu görüşün isabetli olmadığını düşünüyoruz. Zira iş sözleşmelerinde karşılıklı olarak taraflar kendi edimlerini ifa edecekleri yönünde birbirlerine güvenleri bulunmaktadır. İşveren kusurlu hareketiyle yani ücreti ödemeyerek bu güven ilişkisine zarar verdiği için işçi de çalışmaktan kaçınabilmelidir. Ayrıca işçinin çalışmış olduğu dönemin ücreti ödenmediği takdirde işçinin ödenmesi gereken muaccel bir alacağı bulunacağından ödemezlik def'ini kullanabilecektir.

Sadece ödemezlik def'inin kullanılması işçiye pratikte ciddi bir menfaat sağlamayacaktır. Çünkü işçi, işveren ücret ödemediği için def'i hakkını ileri sürerek iş görme borcunu ifadan kaçınacaktır. Fakat işçi için vazgeçilmez bir unsur olan ücretini işverenden talep edemediği takdirde ciddi anlamda mağdur olacaktır.

Ödemezlik def'inin bir anlam kazanabilmesi için alacaklının temerrüdü ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Yapılacak veyahut verilecek şey usulünce kendisine sunulan alacaklı, geçerli haklı bir sebep olmadan onu reddeder veyahut borçlunun edimini ifa edebilmesi için öncelikle kendisinin yapması lazım olan muameleleri yapmaktan kaçınırsa alacaklı temerrüdü söz konusu olur. Alacaklının temerrüdü borçluya borcundan kurtulma imkanı vermektedir. Alacaklının, edimin ifası için yapması gereken hazırlık hareketleri arasında işçinin ücretinin ödenmesinin

de bulunduğu öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür. İşçi bir dönem edimini ifa etmişse, ikinci dönem de ifa etmesi için işverenin ücreti ödemesi gerekmektedir.

TBK.m.408, işverenin işi kabulde temerrüt etmesi halinde, işçi taahhüt ettiği işi yapmaksızın ücrete hak kazanacağını düzenlemiştir. Alacaklının temerrüdü, kabul temerrüdü olarak da yorumlanmaktadır. Dolayısıyla işçi, TBK. m.97’de genel olarak düzenlenmiş olan ödemelik def’i hakkını kullanmak suretiyle, TBK. m.106 ve m.408 hükümlerine dayanarak çalışmaktan kaçındığı dönemin ücretini işverenden talep edebilecektir.

Ayrıca İş Kanunu’nun işçiye vermiş olduğu başka bir çalışmaktan kaçınma hakkı, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin işverence alınmaması durumunda, çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Kanun koyucu, bu gerekçe ile çalışmaktan kaçınan işçinin ücretini saklı tutarken, işçi ve ailesi için hayati önemi haiz ücretin ödenmemesi için çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasında ücret hakkını saklı tutmaması kanunun kendi içinde açıkça tutarsızlık oluşturmuştur.

İşçiye çalışmaktan kaçındığı dönemde ücret ödenmeyeceğinin kabulü, işverence istismar edilecek ve işçi ücretsiz çalıştırılma ile karşılaşacaktır. Her ne kadar ücret ödenmediği için çalışmaktan kaçınma hakkı tanınsa da bu dönemde ücret alamayacağını bilen hiçbir işçi İşK’nun 34.maddesini kullanmayacaktır ve bu hüküm fiilen uygulanmayan bir hüküm olacaktır.

Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen hükümde işçiye hakkını kullanabilmesi için, yirmi gün bekleme süresi getirilmiştir. Bunun amacı işverenlerin geçici olarak zaman zaman ödeme sıkıntısı çekebilecekleri beklemeden çalışmama hakkının kullanılmasının işverene zarar verip çalışma hayatını olumsuz etkileyeceği düşünülmüştür. Ancak kanunda belirtilen yirmi günlük süre çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için konulmuş ön koşuldur. Yoksa ücretin ödenme zamanını uzatan ek süre değildir. Dolayısıyla işçinin işverenden isteyeceği faizin başlangıç tarihi ücretin ödenme zamanı olacaktır.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması işçinin kendi iradesi ile gerçekleşmesi durumunda iş bırakma grev olarak kabul edilmeyecektir. İşçi(ler) iş bırakma eylemini kendi aralarında anlaşarak ya da sendikanın verdiği karara uyarak gerçekleştirirlerse eylemleri yasadışı eylem olacaktır. Grevin söz konusu olabilmesi için işçilerin görmekle yükümlü oldukları işlerini topluca ve aralarında anlaşarak

bırakmaları gerekmektedir. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması sırasında kanunen işçi, iş görme borcu altında değildir. Dolayısıyla iş bırakmanın grev kabul edilemeyeceği de ortadadır. Fakat hem hükümden düzenleniş şekli hem de çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması ödemezlik def'i hakkının kullanılması anlamına geldiğinden işçiler kendi bireysel iradeleri ile işi bırakmalıdırlar.

İşçinin çalışmaktan kaçınabilmesi için bir diğer koşul, işverenin ücret ödeme borcunu mücbir sebep dışında bir sebeple ödememiş olmasıdır. Zira mücbir sebep, sorumluluğu ortadan kaldıran kusura dayanmayan harici, önlenemez ve öngörülemeyen bir sebeptir. Burada işverene kusur yüklenemeyeceğinden işçi çalışmaktan kaçınma hakkını bu durumda kullanamayacaktır.

Çalışmaktan kaçınılan süre boyunca iş sözleşmesi geçerliliğini sürdürür. Aynı şekilde işverenin işçiyi gözetim borcu, işçinin sadakat borcu devam eder.

İşveren çalışmaktan kaçınılması sebebiyle iş sözleşmesini feshedemez. Ancak işçi bu hakkını kullanırken hükmün amacını aşarak doğruluk, güven ve sadakat borçlarını ihlal ederse işveren bu sebeplerle iş sözleşmesini feshedebilecektir.

İşverenin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmakta olan işçilerin yerine başka işçi alamayacağı kanun hükmünde düzenlenmiş olmasına rağmen, aldığı takdirde herhangi bir yaptırım uygulanamayacaktır. Bu durum da getirilen düzenlemenin eksik yanlarından biridir. İşverenin başka işçiler alması doğruluk ve iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturur ve işçiye sözleşmeyi feshetme hakkı verir. Ancak işçi zaten ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. İş sözleşmesini sonlandırmak istemediği için çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaktadır.

4857 sayılı İşK.'nin 34.maddesi ile getirilen ücreti ödenmeyen işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmesinin işçinin lehine olduğundan şüphe yoktur. Ancak iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olan, işçi için vazgeçilmez niteliği olan ücret hakkındaki düzenlemenin tasarı metninden çıkarılarak kanunlaştırılması yerinde olmamıştır. Çalışmaktan kaçınan işçinin ücret alıp almayacağı konusunda Yargıtay ve öğreti farklı düşünmektedir. Bu konuda tereddütleri giderecek düzenlemenin yapılması gerekmektedir. İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem için ücret alacağı yönündeki düzenleme hükmün konuluş amacına da uygun olacak ve anılan hükme işlerlik kazandıracaktır.

KAYNAKÇA

Aktay, Nizamettin,/ Arıcı, Kadir./Kaplan, E.Tuncay. **İş Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2004.

Akyiğit, Ercan. **İçtihatlı Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi**, 2.Cilt, 3.Baskı, 2008.

Akyiğit, Ercan. **4857 sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları**, Sakarya, 2005.

Akyiğit, Ercan. Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 5/2005.

Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**,Seçkin 10. Baskı 2014

Andaç, Faruk. **İş Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Ayan, Mehmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Konya, 1998.

Centel, Tankut. **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul,1998.

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, 11. Baskı, İstanbul, 1992.

Çelik,Nuri./Caniklioğlu,Nurşen/Canbolat,Talat.**İş Hukuku Dersleri**,Beta Yenilenmiş 30.Baskı, Eylül 2017,

Çenberci, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**, 4.Baskı, Ankara, 1978.

Çil, Şahin. **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 2.Cilt, 2.Baskı, Eylül, 2007.

Çolak, Mahmut. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Bilgiler-Formüller**, Seçkin 2. Baskı 2014

Dalamanlı, Lütfü ve Faruk Kazancı. **Açıklamalı Borçlar Kanunu**, Cilt.2, İstanbul, 1990.

Demir, Fevzi. **İş Güvencesi**, İstanbul, 1986.

Demir, Fevzi. **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, İzmir, 2018

Demircioğlu, A. Murat ve Tankut Centel. **İş Hukuku**, İstanbul, 1997.

Ekonomi, Münir. **İş Hukuku**, 3.Baskı İstanbul 1987.

Engin, Murat, Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, **DEÜHFD**, S.1.77-94

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10.Baskı, 2007.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, İstanbul, 1994.

Erkul, İhsan ve Nuray Gökçek Karaca. **Türk İş Hukuku**, Eskişehir, 2000.

Evren, Kemal Öcal. **İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Eyrenci, Öner. 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2004/1.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, 2.Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.

Feyzioğlu, Fevzi Necmettin. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 2. Baskı, İstanbul, 1997.

Gerek, Nüvit. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler, **Mess Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.,11, Eylül, 2008.

Günay, Cevdet İlhan. Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları, **Mess Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.1, Mart, 2006.

Günay, Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi**, Cilt.2, 2. Baskı, Ankara, 2006.

Günay, Cevdet İlhan. **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, 2. Baskı, Ankara, 2004.

Güzel, Ali. Karar İncelemesi, **Çalışma ve Toplum Birleşik Metal İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi**, 2005/2.

Gözübüyük, Pulat. **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, Ankara, 1997.

<https://www.hukukmedeniyeti.org>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://www.corpus.com.tr>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.hukukiyaklasim.com>

Işıklı, Alparslan. **İş Hukuku**, Ankara, 2002.

İzveren, Adil ve Erol Akı. **İş Hukuku**, İzmir, 1998.

Kaniti, Salamon. **Akdin ifa edilmediği Def'i**, İstanbul, 1962.

Kaplan, Senyen Tuncay E. **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 8.Baskı Ankara Eylül 2017.

Kar, Bektaş. İş Güvencesi Kavramı, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 6/2005.

Karahasan, Mustafa Reşit. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2.Cilt, 2003.

Keser, Hakan. **Ücret Alacağının Ödenmemesi Halinde Uygulanacak Hukuki Hükümler**, C. XXII, S.210-212.

Kılıçoğlu, Mustafa. **4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, 2005.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, 2008.

Kılıçoğlu, Mustafa. **Sorumluluk Hukuku**, 2002.

Koç, Nevzat. **Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 1992.

Kuru, Baki. **İcra ve İflas Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul, 2006.

Kuru, Baki./Yılmaz,Ejder./Arslan,Ramazan.**İcra İflas Hukuku**, Ankara, 2004.

Kuru,Baki./Yılmaz,Ejder./Arslan,Ramazan.**Medeni Usul Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, 2007.

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, 2005.

Narmanlıoğlu, Ünal. **Grev**, Ankara,1990.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku Ferdi İş ilişkileri I**, İzmir, 1998.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku, II, Toplu İş İlişkileri**, İzmir, 2001.

Nerad, Hasan. **Borçlar Hukuku**, 5.Baskı, İzmir, 1997.

Nomer, Haluk. **Borçlar Hukuku Genel**, Beta, İstanbul, 2000.

Ocak, Uğur. **Feshe Bağlı İşçilik Alacakları**, Gaziantep 2018

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2009.

Oğuzman, M. Kemal. **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, 3.Baskı, İstanbul,1984.

Olgaç, Senai, **Kazai ve İلمي İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar**, Cilt 2, İstanbul, 1966.

Öztan, Bilge. **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 5.Baskı, Ankara, 2000.

Poyraz,Ercan **İş Hukuku Şemalı Anlatımlı**,Seçkin 2.Baskı Nisan 2011.

Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuk Genel Hükümler**, İstanbul, 2005.

Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1997.

Sur, Melda. **İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, A.Can Tuncay'a Armağan, LEGAL, Mayıs, 2005.

Sur, Melda. **Grev Kavramı**, Ankara, 1987.

Sur,Melda. **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı İzmir 2017

Soyer, Polat. 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nun Ücret İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, **4857 sayılı İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları**, 12-13 Temmuz 2003 Koru Otel Bolu, Türk İş Yayınları.

Süzek, Sarper. **İş Akdinin askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara, 1989.

Süzek, Sarper. İşçi Ücretlerinin ödenmesinin Haklı Sonuçları, **AÜHFD**, C. 56, S.4.

Süzek, Sarper **İş Hukuku**, 2.Bası, İstanbul 2005

Şakar, Müjdat. **İş Hukuku Uygulaması El kitabı**, İstanbul, 2000.

Talas, Cahit, **Sosyal Ekonomi**, 4.Baskı, Ankara 1976.

Tankut, Centel. İş Hukukunda Ücret, **Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi**, no.9, Yalçın Ofset, İstanbul, 1987.

Taşkent, Savaş. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, **MESS Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı,3, Eylül 2006.

Taşman, Bilgehan. **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, 1988.

Tekinay, S. Sulhi. **Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1985.

Tekinay, Selahattin,/ Akman,Sermet S./ Burcuoğlu, Haluk./Altop,Atilla. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, 1988.

Tekinay, S. Sulhi. **Borçların İfası İhlali, Sona ermesi**, İstanbul, 1967.

Tekinay/Akman /Burcuoğlu/Altop. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, 1988.

Tekstil İşveren Dergisi, Mart-Nisan, 1998.

4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, **Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayını**, Yayın No. 234, Temmuz 2003.

Tuna, Orhan ve Nevzat Yalçıntaş. **Sosyal Siyaset**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**, B,2, İstanbul, 1999.

Tunçomağ, Kenan. **İş Hukuku**, Cilt, 1, İstanbul, 1984.

Tulukçu, Binnur. **İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları**, Konya, 2000.

Tuncay, Can. Karar incelemesi, Ücret ödenmemesinin Sonuçları, **Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2005/6.

Tuncay, Can. Karar incelemesi, **İHU**, 1979/2, TİSGLK, m.19, no.2.

Turan, Kamil. **Ferdi İş Hukuku**, Ankara, 1993.

Uçum, Mehmet. **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, İstanbul, 2003.

Ulucan, Devrim. Ücreti zamanında ödenmeyen gazeteciye geciken her gün için ödenmesi gereken yüzde beş faizin Anayasa'ya uygunluk sorunu, **Legal İş hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 6/2005.

Uygur, Turgut. **Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu**, 3.cilt, Ankara,2003.

Uzun, Bekir. **Yeni İş Yasası Semineri**, İTO Yayını, İstanbul,2004-31.

Üçer, Mehmet. **Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 2007.

Yelekçi, Memduh İlhami. **İş Kanunu Şerhi**, Ankara, 2002.

Yenipınar, Berberoğlu Filiz. **İş Sağlığı Ve Güvenliği**, Legal Birinci Baskı Ocak 2018.

Yılmaz , Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2003

Zevkliler, Aydın. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2002.