

İŞVERENLERİN İŞÇİLERİNE KARŞI AVANS MECBURİYETİ VE SINIRI

I- GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu, tüm işçilerin haklarını düzenleyen bir Kanun değildir; m.4'de belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde, m.10'da tanımlanan süresiz işlerde uygulanmamaktadır. Bunlar kural olarak, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde, bir ailenin üyeleri ve 3. dereceye kadar (3. derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, ev hizmetlerinde, çıraklar hakkında, sporcular hakkında, rehabilite edilenler hakkında, Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde ...İş Kanunu hükümleri uygulanmaz.

Deniz İş Kanunu, denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri, Basın İş Kanunu ise, Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan gazetecilerle bunların işverenleri hakkında uygulanır.

Eğer bir işçi iş kanunlarına (İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu) tabi değil ise Türk Borçlar Kanunu kapsamındadır. Dolayısıyla işçilerle bunları istihdam eden işverenler, iş kanunlarından biri ya da Borçlar Kanunu kapsamında olmakta, tabi oldukları bu Kanuna göre haklarını almakta ve yükümlülüklerine katlanmaktadır.

İşçi ücretleri en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile bu süre bir haftaya kadar indirilebilir. İş hukuku mevzuatımızda Basın İş Kanununun 14. maddesi hariç, ücretin peşin ödeneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanununda avansın tanımına ve koşullarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır[1]. Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlara ücretleri peşin ödenmektedir. Avans yalnızca Deniz İş Kanununda ve Borçlar Kanununda yer almaktadır.

İş avansları, işverenden alınan yetki çerçevesinde, işveren adına yapılan harcamalarla ilgili olup makalemiz iş avanslarını kapsamamaktadır.

II- AVANS UYGULAMASI

A- Avansa Duyulan İhtiyaç

İş hukukunda ilke, önce iş sonra ücret şeklindedir. Yani kural olarak ücretin iş yapıldıktan sonra ödenmesi yoluna gidilir[2]. Aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece işçinin ücreti bir ay çalışıldıktan sonra ödenmelidir[3].

Normal olarak, günlük kazancıyla geçinmek durumunda olan işçinin ay sonunu beklemesi kolay değildir. Bu nedenle uygulamada işçinin avans istemesi yoluna başvurduğu görülmektedir. Genellikle ay sonunda veya sonraki ayın beşine kadar kesin ödeme yapılmakta, buna göre de isteyen işçilere ayın onbeşinde veya yirmisinde aylığının yarısı kadar avans verilmektedir. Yargıtay'a göre avans, ileride gerçekleşecek hakka mahsuben geçici olarak yapılan ödeme anlamını taşır[4]. İşçiye ödenecek avans miktarı zamanından önce yapılan bir ücret ödemesidir ve ödeme tarihinde işverenin ücret borcunu otomatik olarak azaltır[5]. Verilen avans, takip eden maaş ödemesinde mahsup edilmektedir.

B- Avans Uygulamasının Kapsamı

4857 sayılı İş Kanunu, bu konuyla ilgili bir düzenleme içermeyip, sadece 37. maddenin 2. fıkrasında ücret hesap pusulasında avans mahsubunun da gösterileceğini belirten ifadeyle bu kavramdan söz etmiş olmaktadır[6]. 4857 sayılı İş Kanununda işverene avans ödeme yükümlülüğü, işçiye ise avans isteme hakkı düzenlenmemiştir. İşçi ve işveren arasındaki asgari normları düzenleyen bu Kanunda olmayan avans uygulaması, iş sözleşmelerine ya da toplu iş sözleşmelerine konu yapıldığında sözleşme hükümlerine göre işçinin talep hakkı, işverenin ödeme yükümlülüğü ortaya çıkar.

Uygulamada bazı hallerde, kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile düzenlenmemesine rağmen işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkileri etkileyici nitelikte ortaya çıkan ve varlığını somut olarak gösteren uygulamalara rastlanmaktadır. İşyeri uygulamaları, bazen iş sözleşmesi hükmü, başka bir deyişle çalışma koşulu (iş şartı) haline gelebilir. Tek başına devamlılık unsuru ya da tekrarlanması yetmemekte, bu uygulamanın bir koşula bağlanmaması da gerekmektedir. İşyeri uygulaması ile oluşan çalışma koşulunun işçi aleyhine olarak işverence değiştirilmesi olanağı yoktur[7]. İşyerinde avans ödenmesi işyeri uygulamasına dönüşmesi durumunda da işveren için avans ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Deniz İş Kanununun 30. maddesine göre ise, işverenler gemiadamının istemesi üzerine kendilerine iş sözleşmesindeki esaslara göre avans ödemek zorundadırlar. Avans ödemesi iş sözleşmesinde düzenlensin veya düzenlenmesin işveren veya vekili (kaptan) gemiadamına isteği halinde aylık ücretine mahsuben avans vermek zorundadır. Bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde avans ile ilgili bir düzenleme var ise bu düzenleme gereğince gemiadamına avans verilecektir[8].

Basın İş Kanununun 14. maddesine göre ücret, her ay peşin olarak ödendiğinden gazetecilerin işverenlerden avans talep etmeleri gibi bir uygulama söz konusu olmamaktadır.

Görüldüğü gibi, iş kanunlarından sadece Deniz İş Kanununda avans düzenlenmiş, diğerlerinde işçiye avans isteme hakkı, işverene avans ödeme yükümlülüğü getirilmemiştir. Türk Borçlar Kanununda ise avansla ilgili ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanununda "Hizmet Sözleşmeleri" başlığı altındaki bölümde yer alan 406. maddeye göre, işveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür. Mülga Borçlar Kanununda ise bu hüküm (m.327), "iş sahibi işçinin zarureti dolayısıyla ihtiyacı bulunan ve tediyesi kendisi için zarar ve müzayakayı mucip olmayan avansları, yapılan iş nispetinde işçiye vermekle mükelleftir" şeklindeydi. Görüldüğü gibi işçiye avans ödenmesiyle ilgili olarak mülga Kanunla şimdiki Kanun arasında bir farklılık bulunmamakta, sadece dilinin sadeleştirildiği, görülmektedir.

Türk Borçlar Kanunundaki avans ile ilgili düzenlemeler ve buna aykırılıklar, bu kanun kapsamında çalışanlar için geçerlidir. Bu husus zaten Kanunun gerekçesinde "hizmet sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır" şeklindeki ifadeyle de belirtilmiştir.

C- Türk Borçlar Kanununa Göre Avans Ödeme Mecburiyeti

Türk Borçlar Kanununun 406. maddesinin son paragrafına göre, işveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür. Buna göre, aşağıdaki üç şartın birlikte olması halinde işverenin avans talep eden işçisine avans ödeme mecburiyeti ortaya çıkar.

1- İşçinin Zorunlu İhtiyacı Olmalı

Bazı işyerlerinde ücretin belli bir bölümü düzenli olarak her ayın belli bir döneminde avans olarak ödenmektedir. Bu tarz avans ödemelerinin yanında zorunlu bir ihtiyaçtan kaynaklanan avanslar da vardır.

İşverenin işçiye karşı avans verme yükümlülüğü, "işçinin zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması haliyle" sınırlandırılmıştır. Kanunda zorunlu ihtiyaçların neler olduğu belirtilmemiş, madde gerekçesinde de ortaya çıkabilecek zorunlu ihtiyaçların hangileri olduğu ifade edilmemiştir. Diğer hallerde avans ödemek işverenin takdirindedir.

İşçinin genel olarak geçim sıkıntısı içinde olması bu hakkı vermez. Ancak, hastalık, icra yoluyla ödeme emri tebliği ve benzeri hallerde işçiye avans ödenmesi gerekecektir. Bireysel ya da toplu iş sözleşmelerinde avans ödemesiyle ilgili işçi yararına düzenlemeler getirilmediği takdirde, zaruret halini ispat yükü işçide olmalıdır. İşçi ve işveren arasında zaruret halinin varlığı noktasında oluşabilecek bir tartışmada işçi bu durumu kanıtlamak zorundadır[9]. Bir başka yazar ise, işçinin avans talebinde bulunması için yalın bir şekilde ihtiyacı bulunduğunu beyan etmesini, ilk koşulun gerçekleşmesi için yeterli görmektedir. Ayrıca zaruretinin ne olduğunu açıklaması ve bunu kanıtlayacak birtakım belgelerin kendisinden istenmesini doğru bulmamakta, zaruret kişinin özel

yaşamına giren, işçi tarafından açıklanmak istenmeyen bir duruma da ilişkin olabilir, demektir. Bu gibi durumları göz önüne alarak, işçinin beyanıyla yetinilmesini; bu konuda, ihtiyaç baskısıyla işçinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmak ve belgeler vermek zorunda bırakılmaması icap ettiğini, belirtmektedir[10]. Kanaatimizce, haklı feshе kadar uzanan bir süreç söz konusu olduğu için zorunlu bir ihtiyaçtan kaynaklandığına ilişkin tereddüt varsa, işçi bunu ispat ettikten sonra avans istemelidir.

2- İşveren Hakkaniyet Gereği Ödeyebilecek Durumda Bulunmalı

İşverenin işçiye avans ödeyebilecek durumda olması şarttır. Ancak bu şart, ödeyebilme durumu ifadesiyle belirtilmeyip hakkaniyet gereği ödeyebilmek olarak genişletilmiştir. Hakkaniyet, olayın özellikleri ve olaydaki menfaat dengesi göz önünde tutularak o olaya en uygun çözüm yolunu bulmak için araçtır. İşveren, zarar ve sıkıntıya düşmeyecek ise avansı ödemekle yükümlüdür.

3- İşçiye Hizmetiyle Orantılı Bir Miktar Avans Olarak Ödenmeli

İşçiye verilecek avansın sınırı, işçinin hizmetiyle (önceki kanunun ifadesiyle yaptığı iş nispetiyle) orantılı olmalıdır. Ancak bu orantının bire bir aynı olması şart değildir.

İşçiye, işe başlamadan veya işe başladığı sırada verilen para, avans olarak değerlendirilemez. Çünkü henüz çalışma olmadığından, bunun karşılığı hak edilmiş bir miktar sözkonusu değildir; işçinin, bu durumda, avans talep hakkı doğmamıştır. Bu durumda işçiye verilen para, ödünç olarak düşünülmelidir[11]. Ancak bu görüş öğretide azınlıkta kalmıştır. Çoğunluğa göre, avans ödemesi, kural olarak hak edilen ancak henüz ödeme dönemi gelmemiş olan ücretle ilgili olsa da, işveren tarafından henüz çalışılmayan dönem için yapılan ödeme de teknik anlamda avans olarak değerlendirilmelidir[12]. Yargıtay da öğretideki ağırlıklı görüşü benimsemiştir: İş ilişkisinin kurulduğu tarihten bir gün sonra işçiye yapılan ödemeyi, işçi transfer parası olarak iddia etse de ispatlayamadığı için avans olarak kabul etmiştir[13].

D- Avans Ödenmemesi Durumunda İşçinin Haklı Fesih Hakkı

Öğretide koşulları gerçekleştiği halde işçiye avans ödemesi yapılmamasının Borçlar Kanununun 344. (yeni TKB 435) maddesine göre, işçinin haklı feshine imkan tanıdığı görüşü ileri sürülmüştür. Düşüncemize göre bu konuda İş Kanununda bir boşluk olmayıp, genel kanuna gitmeye gerek yoktur. Avans, niteliği itibarıyla ücret olmakla, koşullarının oluşmasına rağmen ödenmemesi, İş Kanununun 24/II (e) bendi uyarınca haklı fesih imkanı verir. Yine avans ödenmesi yasalarla belirlenen çalışma şartları arasında yerini almakta olup, işverence buna uyulmaması, aynı yasanın 24/II (f) son cümle gereği de haklı fesih nedeni olarak değerlendirilebilir[14]. 4857 sayılı İş Kanununda işverenin avans ödemesiyle ilgili bir yükümlülük bulunmadığından bu Kanun kapsamında işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesiyle ya da toplu iş sözleşmesiyle avans ödeme taahhüdü altına girmediyse ya da işyeri uygulamaları arasında avans ödemesi yoksa, herhangi bir sorumluluğu olmayacağı değerlendirilmektedir.

E- Avans Ödenmesinde Banka Mecburiyeti

Türk Borçlar Kanunu, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Deniz İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalıştırılan işçi, gazeteci ve gemi adamının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü istihkakının, **Ücret, Prim İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Çeşit İstihkakın Bankalar Aracılığı Ödenmesine Dair Yönetmelik hükümlerine göre ödenmesi gerekmektedir. Yönetmelikte en az 10 işçi, gazeteci ya da gemi adamı çalıştırılması hâlinde ödemelerin banka aracılığıyla yapılması konusunda bir zorunluluk getirilip, aksine davranışlar idari yaptırımlara bağlanmış ise de Borçlar Kanununa tabi olarak işçi çalıştıran işverenler için bu yönde bir zorunluluk bulunmamaktadır.**

Avans ödemelerinin banka hesabına yapılmasının gerekip gerekmediği tartışılması gereken bir konudur. Borçlar Kanununda bu işverenin yükümlülüğü şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay'a göre avans, işçinin henüz ücrete hak kazanmadığı bir dönemde ihtiyacına karşılık işverence yapılan ödemeyi ifade eder ve işçinin zarureti halinde ve işveren açısından zarar ve zorda kalmayı gerektirmeyen bir durumda avans ödemesi, zorunlu bir hal olarak yasada düzenlenmiştir. Bu durumda avans da ücretten başka bir şey değildir. Bu nedenle banka hesabına ücret ödeme

zorunluluğu olan işyerleri bakımından, avans ödeme borcunun da bankaya ödeme yoluyla yerine getirilmesi gerekir. Bankaya ödeme zorunluluğu olan işyerleri bakımından işçi avanslarının bankaya ödenmesinin zorunlu olmadığı kabul edildiğinde, işverenlerin sözü edilen yasal yükümlülüğü aşmak için ücret ve diğer ödemeleri avans adı altında yapmaları gündeme gelebilir ki, düşüncemize göre bu yol açılmamalıdır[15].

Bankaya ödeme ile ilgili bu ana kurala katılmakla beraber istisnai özel durumların da Yönetmelikte düzenlenerek elden ödemenin önü açılmalıdır. Gerçekten, iş sözleşmelerinde/toplu iş sözleşmelerinde avans ile ilgili bir hükme yer verilerek işçinin talebi halinde her ayın ortasında ücretinin %30, %40 vs. avans olarak ödenmektedir. Kendini tekrarlayan, sürekli bir uygulamaya dönüşen bu tarz avans ödemelerinin banka aracılığıyla yapılmasında işçinin bir mağduriyeti olmamaktadır. Ancak, acilen çıkan bir ihtiyaç için örneğin ameliyat, icra, kaza vs. gibi önceden öngörülmeyen ve para ile halledilebilecek sıkıntılar için, bankanın aracılığını şart koşmak, avanstan elde edilecek faydayı ciddi ölçüde azaltacaktır. Bu nedenle, **Ücret, Prim İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Çeşit İstihkakın Bankalar Aracılığı Ödenmesine Dair Yönetmelik hükümlerinde değişikliğe gitmek yerinde olacaktır**[16].

III- SONUÇ

Avans, işçinin henüz ücrete hak kazanmadığı bir dönemde ihtiyacına karşılık işverence yapılan bir ödemeyi ifade eder. İşçinin zarureti halinde ve işveren açısından zarar ve zorda kalmayı gerektirmeyen bir durumda avans ödenmesi zorunlu bir hal olarak Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

Çalışma hayatımızda önemli bir yer tutmasına rağmen Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu hariç diğer iş kanunlarında avans uygulamasına yer verilmemiştir. İş sözleşmesinde/toplu iş sözleşmesinde ya da işyeri uygulamaları arasında işçiye avans ödenmesiyle ilgili fiili bir durum yok ise 4857 sayılı İş Kanununda kapsamındaki işverenin avans ödeme yükümlülüğü bulunmadığı, şeklinde bir değerlendirme haklı olarak yapılsa bile ağırlıklı yorumun avansın niteliği itibarıyla "ücret" olduğu dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, banka hesabına ücret ödeme zorunluluğu bulunan işyerlerinin işçilerine yapacakları avans ödemelerini de banka aracılığıyla yapma gereği ile avans, niteliği itibarıyla ücret olduğundan koşulları oluşmasına rağmen ödenmemesi durumunun işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı verdiği, unutulmamalıdır.

[1] Öner EYRENCİ, Savaş TAŞKENT, Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2010, s.133.

[2] Ercan AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, s. 1485.

[3] Yrg. 9. HD'nin 23.06.2009 tarihli ve E.2007/33269, K.2009/17717 sayılı kararı.

[4] Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, s.155.

[5] Sarper SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2011, s.325.

[6] Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 491.

[7] ÇELİK age. s. 116.

[8] Bektaş KAR, Deniz İş Hukuku. Ankara 2012, s.140.

[9] Şahin ÇİL, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, s. 495.

[10] MOLLAMAHMUTOĞLU, age. s. 492.

[11] Tankut CENTEL, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, s.307.

[12] ÇİL, age. s. 496.

[13] Yrg. 9. HD'nin 23.05.2006 tarihli ve E.2005/34041 ve K. 2006/15207 sayılı kararı.

[14] ÇİL, age. s. 495.

[15] ÇİL, age. s. 479.

[16] Mehmet KARADURMUŞ, "Ücret Avansının Kayıtdışı Uygulamasına Etkisi ve Avansların Bankaya Yatırılma Zorunluluğu" Yaklaşım Dergisi, Eylül 225. Ankara, **2011, s.225.**