

FESİH YASAĞI İLE İŞVERENİN KISA ÇALIŞMA VE ÜCRETSİZ İZİN KULLANDIRMA HAKKININ SINIRLARI, FESİH YASAĞININ ÖRTÜLÜ ŞEKİLDE DELİNMESİ^(*)

(**) **Yasemin YÜCESOY**

ÖZ

Yeni Tip Koronavirüs (Covid-19) pandemisi döneminde hem kriz yönetimi hem de işsizlikle mücadelede istihdam politikası olarak kullanılan kısa çalışma uygulaması yanı sıra "ücretsiz izin ve nakdi ücret desteği" kurumları da hukumuza girmiştir.

İşyerindeki kısa çalışma uygulamasından yararlanma hakkı olmayan işçiler için getirilen ücretsiz izin ve nakdi ücret desteği gibi yeni sosyal araçlarla işçilere istihdam güvencesi ve belirli bir gelir güvencesi sağlanması öngörülürken, bu güvencelere erişimin de güvence altına alınması gerekir.

Diğer yandan işverenin pandemi nedeniyle iş veremediği işçiyi kısa çalışma ve ücretsiz izne çıkartma hakkını Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi gereğince de işçiler arasında ay-

rımcılığa yol açmaması gerekir.

İşverenin iş verme koşulları olduğu halde iş vermemesi söz konusu ise, işverenin ücretsiz izin hakkını amacına uygun kullanmadığı, kötü niyetli kullandığı sonucuna varılabilir. Yahut işveren, işten çıkartmak istediği işçiyi fesih yasağı nedeniyle ücretsiz izne çıkartıyorsa, bu durum; ücretsiz izin adı altında örtülü biçimde fesih yasağının delindiği anlamına gelir.

Anahtar Kelimeler: Pandemi, Covid 19, Kısa Çalışma, Pandemi Ücretsiz İzni, Fesih Yasağı.

LIMITS OF THE EMPLOYEE'S AUTHORITY TO USE SHORT WORK AND UNPAID LEAVE, USE OF THE PROHIBITION OF TERMINATION CONTRARY TO ITS PURPOSE

ABSTRACT

While the employer should not use it maliciously in accordance with Article 2 of the Civil Code

(*) **Makalenin Geliş Tarihi** / 11.06.2021 - **Makalenin Kabul Tarihi** / 30.06.2021- **Makalenin Türü** / Araştırma
(**) **Çalışma İlişkileri Uzmanı-Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Başmüfettişi** / Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, yaseminyucesoy@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1585-9040.

when using the right to short-time work and unpaid leave, it cannot use it in a way that causes discrimination in accordance with Article 5 of the Labor Law.

While the employer must use the right to short-time work and unpaid leave in accordance with the rules of goodwill and honesty in accordance with Article 2 of the Turkish Civil Code, it cannot use it in a way that causes discrimination in accordance with Article 5 of the Labor Law No. 4857.

While it is envisaged to provide employment security and a certain income security to workers with new social tools such as unpaid leave and cash wage support brought to workers who do not have the right to benefit from the short-time working practice in the workplace, access to these guarantees is expected to be guaranteed.

In the event that the employer does not provide employment despite the employment conditions, it can be concluded that the employer does not use the right of unpaid leave in accordance with its purpose and uses it maliciously. Or, if the employer puts the worker on unpaid leave due to the prohibition of termination, this means that the prohibition of termination has been violated, implicitly under the name of unpaid leave.

Keywords: Pandemic, Covid 19, Short Work, Pandemic Unpaid Leave, Termination Prohibition.

GİRİŞ

Covid-19 pandemisi nedeni ile işyerinde çalışma koşullarının ortadan kalkması, ne işçiden ne de işyerinden kaynaklı olmayıp, dışsal kaynaklı zorlayıcı bir nedenden kaynaklandığı için, bunun sonuçları ve maliyetlerinin de sadece işçi ve işveren tarafından karşılanması değil, sosyal olarak üstlenilmesi ve bertaraf edilmesi gerekir. İşçi açısından çalışmaması sonucu uğrayacağı gelir kaybının telafi edilmesi de, sosyal devletin ödevleri arasındadır. Dolayısıyla işçilerin salgın hastalık nedeniyle yaşama ve sağlık hakkı çerçevesinde çalışmamaları halinde, gelir kayıplarının telafisi, sosyal devletin sağlayacağı sosyal koruma mekanizmaları çerçevesinde karşılanmalıdır. Bu sosyal koruma mekanizmalarının başında, çalışanı ve işyerini korumak amacıyla bir sosyal güvence sistemi olarak iş ve sosyal güvenlik mevzuatına getirilmiş olan "kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği" kurumu gelmektedir. Kısa çalışma, krizin yönetilmesinde bir yöntem; krize karşı alınan bir önlem olarak işletmelerin devlet denetiminde başvurdukları bir kriz yönetim aracıdır (Seçkin, 2015: 18). Ancak kısa çalışma, özü itibarıyla işverenin işçiye iş verememesi yahut daha az iş vermesi halleri ile sınırlı hukuki bir uyulama iken, pandemi gibi sadece işyerindeki çalışma kapasitesini değil çalışanların da

çalışma güçlerini ve sağlıklarını tehdit eden kitlesel bir sosyal felaket karşısında, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinin sağladığı istihdam güvencesi ve belirli bir gelir güvencesini daha geniş işyerleri ve çalışanlara sağlayacak yeni sosyal araçlara ihtiyaç duyulmuştur. Bu amaçla İş Kanunu ve İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen geçici maddelerle geçici istihdam güvencesi, ücretsiz izin ve nakdi ücret desteği kurumları mevzuatımıza girmiştir. İşyerindeki kısa çalışma uygulamasından yararlanma hakkı olmayan işçilere getirilen ücretsiz izin ve nakdi ücret desteği gibi yeni sosyal araçlarla işçilere istihdam güvencesi ve belirli bir gelir güvencesi sağlanmış olmaktadır.

1. İŞ SÖZLEŞMESİ FESİH YASAĞI

1.1 İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Yasağı

1.1.1. İşsizlik Sigortası Kanunu ile Getirilen İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Yasağının İşyerleri Açısından Kapsamı

Covid-19 salgını gerekçesiyle yapılacak kısa çalışmaları düzenleyen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 23. maddesi ile kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşullarının değiştirilmesine ilişkin düzenlemelerin yanında işveren tarafından işçi çıkarılmasına ilişkin yasaklar da getirilmiştir. Kısa çalışma, istihdamın de-

vamı koşuluyla işyerine sosyal bir imkân olarak sunulmaktadır.

4447 sayılı Kanun'un Geçici 23. maddesi ile işyerinin Covid-19 kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle kısa çalışmadan yararlanabilmesi için, 4857 sayılı Kanun'un 25/II. maddesinde belirtilen işçinin ahlak ve iyi niyete aykırılık halleri istisna tutulmak üzere işverenin iş sözleşmesini fesih hakkının yasaklandığı görülmektedir. 4447 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesine göre uygulanacak kısa çalışmalarda iş sözleşmesi askıda olup, işverenin bildirimli fesih hakkını kullanması söz konusu değilken, 4447 sayılı Kanun'un Geçici 23. maddesiyle işverenin bildirimli fesih hakkı ve sayılan nedenler dışındaki nedenlerle derhal/haklı fesih hakkı açıkça yasaklanmıştır. Kısa çalışmanın amacı itibarıyla işyerinde faaliyetin durduğu yahut azaldığı dönemlerde, işveren tarafından işçi çıkartılmasına alternatif olarak getirildiği dikkate alındığında, söz konusu madde ile kısa çalışma süresince işverence işçi çıkartılmasına getirilen yasağın, amacına uygun olduğu söylenebilir.

1.1.2. İş Kanunu ile Getirilen İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Yasağının İşyerleri Açısından Kapsamı

4447 sayılı Kanun'un Geçici 23. maddesiyle kısa çalışma uygulanacak işyerleri için getirilen fesih yasağına paralel olarak, 4857 sayılı

İş Kanunu'na geçici 10. maddesinde "4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının iki (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemeyeceği" düzenlenmiştir¹. Bununla birlikte, İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 23. maddesiyle fesih yasağı, sadece kısa çalışma uygulanacak işyerlerinde çalışan işçiler için getirilen bir istihdam güvencesi ve işverenler için de kısa çalışmadan yararlanmak üzere bir koşul iken, İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesindeki iş sözleşmesini fesih yasağı, 4857 sayılı İş Kanunu ve diğer İş Kanunları ile bu Kanunların kapsamında olmayan diğer işyerlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesindeki iş sözleşmesinin işverence feshine ilişkin yasağın kapsamına, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olan iş sözleşmelerinin yanı sıra, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında yapılan iş sözleşmeleri ile 6098 sayılı Borçlar Kanunu kapsamında yapılan hizmet akitleri ile çalışmalar da, girmiştir. Dahası İş Kanunu kapsamında olmayan çalışanlar da Kanun'un geçici 10. maddesi kapsamına alınmıştır (Deniz taşı-

ma işleri, hava taşıma işleri, 50 ve 50'nin altında işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, bir ailenin üyeleri ve üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işler, ev hizmetleri, ile çıraklar, sporcular, rehabilite edilenler.).

Ayrıca belirtilmelidir ki, fesih yasağı sadece pandemi nedeniyle ücretsiz izin uygulanan işyerlerine değil, tüm işyerlerine getirilmiştir. Ücretsiz izin uygulansın yahut uygulanmaksın tüm işyerlerinde, fesih yasağı hükümleri geçerli olacaktır.

1.2. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Yasağı

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 23. maddesinde, kısa çalışma yapan işçinin iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme olmasa da, İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinde bu durum açıkça düzenlenerek, ücretsiz izine ayrılmanın işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermeyeceği belirtilmiştir. Buna göre; işçinin ücretsiz izine bağlı olarak ücret alamaması yahut eksik ücret alması ya da çalışma şartlarında

¹4857 sayılı İş Kanunu Geçici 10. maddesine göre; "... Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez."

değişiklik meydana gelmesi hallerinde, İş Kanunu'nun 24. maddesinin II-e veya II/f bendine göre iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı, bu düzenlemeyle açıkça kaldırılmış olmaktadır. Diğer yandan yine İş Kanunu 24. maddesinin III. bendinde işçiye haklı fesih nedeni veren "İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması" hali de, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih etmesi için geçerli neden olmayacaktır.

1.3. İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Yasağının Sınırları

Kanun koyucunun, söz konusu yasal düzenlemeler ile işçinin istihdamda kalmasını amaçladığı ve salgın nedeniyle kitlesel nitelik kazanabilecek işsizliğin önlenmesi amacını ön planda tuttuğu görülmektedir. Ayrıca, salgın nedeniyle faaliyeti duran işyerlerinin maliyetlerinin, kıdem tazminatı gibi işçilik maliyetleri ile artarak, ekonomik açıdan daha zor duruma düşmelerinin önlenmesi amacının gözetildiği görülmektedir.

Gerek 4447 sayılı Kanunu'nun Geçici 23. maddesi düzenlemesi gerekse İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesi düzenlenmesiyle işverene ve işçiye getirilen fesih yasaklarının mutlak anlamda bir fesih yasağı olduğundan söz edilebilir mi?

4447 sayılı Kanunu'nun Geçici

23. maddesi düzenlemesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde belirtilen işçinin ahlak ve iyi niyete aykırılık halleri istisna tutulmak üzere işverenin iş sözleşmesini fesih yasağı getirilirken, İş Kanunu Geçici 10. maddesi ile İş Kanunu 25/II. maddesinde belirtilen hüllere ek olarak "diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemeyeceği" hükmü getirilmiştir.

23/7/2020 tarihli ve 7252 sayılı Kanun ile ilgili maddeye birtakım istisnalar getirilmiş ve fesih yasağının kapsamı bir ölçüde daraltılmıştır. Getirilen istisnaya göre, iş yerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi veya ilgili mevzuata göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi durumları fesih yasağının kapsamı dışına çıkartılmış ve geçerli fesih nedeni oluşturan bu durumlara dayalı olarak işverenin fesih uygulayabileceği belirtilmiştir. Belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi durumunun da yasak kapsamı dışında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmeleri fesih yoluyla değil de süresi sonunda kendiliğinden sona erdiğinden, işverenin işten çıkartması kapsamında sayılması gerektiği yönündeki görüş yasalaşmıştır (Erday, 2020: 106).

Bu düzenlemelerle, işverenin ahlak ve iyiniyete aykırı haller hariç, iş sözleşmesini fesih edemeyeceği açıktır. Burada asıl amacın işverenin diğer haklı nedenler yahut geçerli nedenler halinde iş sözleşmesini feshetmesinin engellenmesi olduğu söylenebilir. Ancak, söz konusu yasal düzenlemelerle açıkça belirtilmemiş olsa da, iş sözleşmesinin işverence feshi anlamına gelmeyen iş sözleşmesinin sona erme biçimlerinin ise, fesih yasağı sınırları dışında kaldığı söylenmelidir. İşçi ile işverenin anlaşarak iş ilişkisini sona erdirmesi (ikale), işveren tarafından fesih sayılamayacağından, fesih yasağının kapsamına girmemelidir. Diğer yandan, iş sözleşmesinin devri sebebiyle işçinin bir işveren nezdinden Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) çıkışının yapılarak başka bir işveren nezdinde girişinin yapılması da bu kapsamda değerlendirilmemelidir (Erday, 2020:106).

Deneme süreli iş sözleşmelerine ise, fesih yasağına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. İşveren yasak döneminden önce ya da yasak döneminde işe aldığı bir işçiyi, deneme süresinde olsa dahi yasak devam ederken işten çıkaramayacaktır. Ancak işçi isterse sözleşmesini deneme süresinde feshedebilecektir.

Diğer yandan, "iş yerinin kapanması ve faaliyetinin sona ermesi" halinin fesih yasağı

kapsamında olmadığı açıkça düzenlenmiş olsa da, işletme bünyesinde işverenin başka işyeri varsa ve işçiye uygun pozisyonlar bulunuyorsa, bu pozisyonlar teklif edilmeden yapılacak feshin geçerli olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, fesih yasağından önce fesih için geçerlilik şartı olan "işverenin başka işyerinde işçiye uygun pozisyonda iş varsa teklif etmesi" koşulunun, fesih yasağı döneminde de uygulanması gerekir.

Söz konusu yasağa aykırı şekilde fesih işlemi yapılması halinde ise, iş sözleşmesi feshedilen her işçi için işveren aleyhine aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası öngörülmüştür (İş Kanunu Geçici 10. maddesi).

Diğer yandan, işçinin sadece "ücretsiz izin" nedeniyle fesih hakkı ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla ücretsiz izin verilmeyen işçi fesih hakkını İş Kanunu çerçevesinde kullanabilecektir. Ücretsiz izin verilen işçi de sadece bu nedenle iş sözleşmesini İş Kanunu 24. maddesinin ilgili hükümlerine göre fesih edemeyecek, ancak başka haklı nedenlerin olması halinde fesih edebilecektir. Ayrıca, kısa çalışmada olduğu gibi ücretsiz izin süresince de iş sözleşmesi askıya alındığı için, ücretsiz izin başladıktan sonra bu süre içinde işçinin ihbar öneli vererek iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı olmadığından

ancak ücretsiz iznin bitiminde iş sözleşmesini feshedebilecektir.

2. İŞVERENİN KISA ÇALIŞMA YAPTIRMA HAKKI VE SINIRLARI

2.1. Kısa Çalışmanın Tarafların Anlaşmasına ve İşçilerin Onayına Bağlı Olmaksızın Uygulanması

Zorlayıcı nedenlerle yahut tamamen tanınan diğer benzer nedenlerle işyerinde faaliyetin kısmen veya tamamen durmasını yahut çalışma saatlerinin azaltılmasını içerecek şekilde yapılan ve işçilerin çalışmadıkları dönemlere ilişkin ücretlerinin bir kısmının sosyal fonlardan- genellikle sosyal sigorta sistemi fonlarından- karşılandığı "kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği" olarak adlandırılan uygulama, çalışma koşullarında değişikliğin özel bir durumuna yahut iş sözleşmesinin askıya alınması haline karşılık gelmektedir (Yücesoy, 2020: 48). Kısa çalışma uygulamaları, işsizliği önlemeye hizmet eden bir sosyal politika ve sosyal güvenlik aracıdır (Topgül, 2020:12).

Kısa çalışma, kanunda öngörülen koşullar altında ve işçinin rızası olmaksızın geçici olarak çalışma sürelerinin azaltıldığı yahut işin tamamen tatil edildiği, bir çalışma biçimidir.

4857 sayılı İş Kanunu 22. maddesi düzenlemesi çerçevesinde,

çalışma koşullarında esaslı değişiklik tarafların anlaşmasıyla uygulanabilecekse de, çalışma koşullarında değişikliğin özel bir durumuna yahut iş sözleşmesinin askıya alınması haline karşılık gelen kısa çalışma uygulaması için başvuru hakkı işverene tanınmış olup, işçilerin kısa çalışmaya onay vermesi koşulu getirilmemiştir (Çetinkaya, 2014: 428).

Kısa çalışma, İş Kanununda iş şartlarında esaslı değişikliğe getirilen bir nevi istisna niteliğindedir (Caniklioğlu, 2005: 499-547; Çetinkaya Kayalı, 2014: 424). Kanun'un, şartların oluşması halinde kısa çalışmayı uygulayabilme yetkisini işverene tanıyarak, işverenin yönetim hakkının kaynaklar hiyerarşisindeki konumunu yükselttiği söylenmelidir (Seçkin, 2015: 144). Diğer yandan, kısa çalışma uygulaması işveren tarafından maddi temeli olmaksızın tek başına verilen bir karara dayanmayıp, kısa çalışmaya yönelik prosedür ve resmi kurum onayı gerektirmesi, "tek taraflı esaslı değişiklik" kavramının dışında kaldığını göstermektedir (Seçkin, 2015:144).

Belirtmeliyiz ki, yasal gerekçelerle yapılacak kısa çalışma halinde, işçinin onayının alınması zorunluluğunun getirilmemiş olması, kanun koyucunun kısa çalışmanın işyerini ve istihdamı koruma işlevini gözetmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, kısa çalışma ödeneğiyle işçinin ge-

lır kaybının tümüyle değil de, bir kısmının telafi edilmesi nedeniyle kısa çalışmanın, işçilerin tercih etmeyebileceği bir uygulama olacağı da unutulmamalıdır. Kanun koyucunun kısa çalışma için işçi onayını zorunlu tutmamasından, sosyal anlamda gördüğü faydayı, bireysel anlamda işçi menfaatinin önünde tuttuğu anlaşılmaktadır.

Kısa çalışma için işçinin onayının aranmaması, mevzuatımızdaki kısa çalışmanın en belirleyici özelliğidir. Ancak belirtelim ki, kısa çalışmanın uluslararası uygulamasına baktığımızda, işçinin yahut işçi sendikalarının onayının alınmasını zorunlu tutan ülkeler de bulunmaktadır (Kayırgan, 2019: 69).

2.2. Kısa Çalışmanın İşveren Talebi ve Talebin Onaylanmasına Bağlı İdari İşlemlerle Gerçekleşen Bir Uygulama Oluşu

Kanunda belirtilen nedenler gerçekleştiğinde kısa çalışmanın uygulanabilmesi, işverenin talebine bağlıdır. Ancak işverenin talebi tek başına yeterli görülmemiştir. İşverenin talebinin Çalışma ve İş-Kurumu Müdürlükleri tarafından onaylanması gerekir.

Çalışma ve İş-Kurumu Müdürlüklerinin uygunluk kararı, iş hukukuna ilişkin olsa da, idari bir karardır (Akyiğit: 2004: 16). Kısa

çalışma tarafların anlaşması yerine idari kararlar uygulamaya giren, çalışma koşullarında değişik yaratan özel bir durumdur.

2.3. İşverenin Kısa Çalışma Yaptırma Hakkının Sınırları

Kısa çalışma yaptırılacak işçilerden kanunen onay alınması zorunluluğu olmasa da, işverenin tek tarafı olarak kullanabileceği bu hakkı, hukukun temel ilkelelerinden olan "hakkın iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması" ilkesine uygun olarak kullanması beklenir. Özellikle işyerinin tamamında kısa çalışma uygulanmadığı hallerde kısa çalışma kapsamında olmayacak işçilerin belirlenmesi gerektiği durumlarda, işverenin bu yetkisini Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması gerekir. Diğer yandan, İş Kanunu'nun 5. maddesi gereğince kısa çalışma yaptırılacak işçilerin seçiminde "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." (4857 s. İş K. madde 5 - /Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) Aksi halde eşit davranma borcunun ihlalinden doğan hukuki sonuçlar gündeme gelebilecektir².

Kısa çalışmanın yöntemini, iş-

² İş ilişkisinde veya sona ermesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı davranılığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.

yerinin hangi bölümlerinde ve ne ölçüde uygulanacağını belirleme konusunda, Kanun ve Yönetmelik ile herhangi bir kısıtlayıcı düzenleme yapılmamış ve bu konuda yönetim hakkı çerçevesinde işverene inisiyatif tanınmış ise de, işveren elbette, yönetim hakkını objektif ilkelere göre kullanmalıdır.

İşyerinin bütününde değil de belirli bir bölüm ya da bölümlerinde kısa çalışma uygulanabileceğinden, işyerinin kısa çalışma yapılacak bölümlerinde çalışan işçilerin ayırım yapılmaksızın kısa çalışma kapsamına alınması; işin gereğinden kaynaklı nedenlerle bazı işçilerin tam zamanlı çalıştırılması gerekiyorsa bu işçilerin de objektif kriterlere göre belirlenmesi gerekir. Diğer yandan, azaltılmış sürelerle kısa çalışma uygulaması halinde de, işyerinin aynı bölümünde çalışanlara, işin niteliğinden kaynaklı bir neden olmadıkça, aynı çalışma sürelerinin uygulanması gerekir. Böylelikle işçilerin çalışmayacakları saatler nedeniyle ödenmeyecek ücretleri açısından üstlendikleri fedakârlığın eşitlenmesi gerekir. Aksi durum, eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilecek olup, işçi açısından oluşan kaybın da, borçlar hukuku ilkeleri gereği işverence tazmin edilmesi istenebilecektir. İşverenin aynı birimde çalışanlar arasında farklı işlem yapması, kısa çalışma hakkının dürüstlük ve iyi

niyet ilkelerine aykırı olarak kullanılmış olacağını gösterir (Ocak, 2008: 253).

3. İŞVERENİN PANDEMİ NEDENİYLE ÜCRETSİZ İZİN KULANDIRILABİLECEĞİ HALLER VE BU HAKKIN SINIRLARI

3.1. Ücretsiz İzin ve Koşulları

3.1.1. Ücretsiz İznin "Pandemi Nedeniyle" Verilmesi Koşulu, "İşyerinde Zorlayıcı Neden"in Varlığının Aranmaması

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinde, işverene iş sözleşmesini fesih yasağı getirilirken, çalıştırmayacağı işçileri de bu sürede ücretsiz izne ayırma hakkı getirilmiştir. Yani kanun koyucu, iş sözleşmesinin feshi yerine ücretsiz izin süresince istihdamın korunmasını öngörmüştür. İşveren de iş sözleşmesinin feshi sonucu doğacak tazminat haklarının maliyetinden kurtulmuş olmaktadır. Ücretsiz izin süresince işçilere verilecek ve ayrıntılarını aşağıda açıklayacağımız nakdi ücret desteğiyle de işçilerin ücret kayıplarının bir ölçüde telafi edilmiş olması amaçlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesine göre, " ...Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir"³.

³ 4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinin son paragrafında, Cumhurbaşkanının birinci ve ikinci fıkrada yer alan fesih yasağı ve ücretsiz izne ilişkin üç aylık süreleri altı aya kadar uzatmaya yetkili olduğu düzenlemesi yer almış olup, Cumhurbaşkanlığı kararları ile bu süreler uzatılmıştır.

Söz konusu madde düzenlemesinde, "Covid-19 salgını" ibaresi geçmemektedir. Ancak, maddeyi düzenleyen 7244 sayılı Kanun'un gerekçeleri incelendiğinde, Covid-19 salgını gerekçesiyle verilecek ücretsiz izinlerin düzenlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan söz konusu yasal düzenlemede, işveren tarafından ücretsiz izin verilmesi için, kısa çalışmadan yararlanma için getirilen işyerinde zorlayıcı nedeninin varlığı koşulu aranmadığı gibi, herhangi bir koşul getirilmemiştir. Bilindiği üzere, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik'in (Değişik: RG-9/11/2018-30590) 3. maddesinde zorlayıcı sebep "İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları" ifade edeceği belirtilmiştir. Türkiye Çalışma ve İş Kurumu 19.03.2020 tarih ve 31 sayılı Kararı ile yeni tip Koronavirüsün (covid-19) etkilerinin işyerleri açısından "dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumlardan ileri gelen zorlayıcı sebep" olduğunu kabul etmiştir.

Ücretsiz izin ise, pandemi ne-

deniyle işyerinde zorlayıcı nedenin ortaya çıkıp çıkmadığının tespitine bağlı kalmaksızın, işverenlere tek taraflı olarak kullanabilecekleri bir yetki olarak düzenlenmiştir. Kuşkusuz ki, bunun altında pandemi nedeniyle işyerlerinde istihdamı koruma düşüncesi yatmaktadır.

3.1.2. Ücretsiz İzinin "İşçiden Kaynaklanan Zorlayıcı Neden"e Bağlı Olarak Verilebilmesi

Covid-19 salgını, işverene zorlayıcı bir neden olmaksızın da işçiyi ücretsiz izne çıkarma hakkı vermiştir. Acaba işçi açısından zorlayıcı neden varsa, işveren işçiyi ücretsiz izin verebilecek midir?

İş Kanunu'na Geçici 10. maddesine göre, ücretsiz izin verme inisiyatifi işverene verilmişse de, pandemi nedeniyle işçiden kaynaklanan bir zorlayıcı neden söz konusu olması halinde de yine işveren tarafından ücretsiz izin verilebileceği anlaşılmaktadır. Ücretsiz iznin, hem işveren tarafından işçiyi iş verilememesi halinde hem de işçinin işyerinde çalışmaması halinde işverence başvurulabilecek bir yöntem olarak kullanılmasına engel bulunmamaktadır.

3.1.3. Ücretsiz İzne Çıkarılacak İşçinin Onay Şartı Olmaması

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10.maddesinde, işverenin işçiyi ücretsiz izne ayırabileceği öngörülmüş olup, buna göre tıpkı kısa

çalışma düzenlemesinde işçiden onay alınması zorunluluğu bulunmadığı gibi, ücretsiz izne ayrılacak işçiden onay alınması şartı da aranmamıştır.

Ayrıca söz konusu maddenin devamında, işçinin ücretsiz izne çıkarıldığı gerekçesiyle iş sözleşmesini fesih hakkı olmadığı belirtilerek, işçinin onay zorunluluğu olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

Ücretsiz izin, iş hukukunda genel olarak kabul edilmiş biçimiyle, tarafların çalışma koşullarının değişikliği konusunda aralarında anlaşarak kararlaştırabildikleri bir uygulama iken, İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesi ile işverenin işçileri ücretsiz izine çıkarması için, kararı yeterli görülmüştür. Kısa çalışma uygulaması için de işverenin talebi yeterlidir. İşçilerin onayı alınmaksızın ücretsiz izin uygulaması, bu açıdan kısa çalışma uygulamasına benzemektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesi düzenlemesiyle ücretsiz izin için işçilerin onaylarının alınması zorunluluğu getirilmemesi, Covid-19 salgını kaynaklı zorlayıcı nedenle çalıştırılmayan işçinin, istihdamda kalmasına sosyal anlamda öncelik verildiğini göstermektedir. Yasal düzenleme yapılırken, işsizliğin önemli bir sosyal sorun olarak ortaya çıkmasını engellemek gibi sosyal amaçların, işçinin tercihinin önüne geçtiği görülmektedir. Diğer yandan, işçilerin istihdamda kalmaları sağ-

lanırken, ücretlerinden mahrum olmaları söz konusu olmaktadır. Zorlayıcı neden dışındaki nedenlerle işin durması veya azalması halinde tarafların anlaşması hali dışında, Borçlar Kanunu çerçevesinde işçinin ücret hakkı devam etmekteyken, kısa çalışma ve ücretsiz izin uygulamasıyla, işçinin ücret hakkının yerini kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteği almakta ve işçi ücretinin belirli bir oranında ödenek almakla yetinmek zorunda kalmaktadır.

Kısa çalışma ödeneği gibi ücretsiz izin süresince verilen nakdi ücret desteği de işçi ücretinden daha düşük olduğu halde, işçi, mevcut iş sözleşmesini İş Kanunu 24. maddesi /II-e-f bentlerine göre çalışma şartlarının değişmesi yahut ücretinde indirim nedeniyle haklı nedenle fesih etme hakkını kullanamayacak ve böylece başka bir işe girme hakkı da ortadan kalkmış olacaktır.

3.1.4. İdarenin Ücretsiz İzni Onaylaması Koşulu Olmaması

İşyerinde kısa çalışma uygulanması için, İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek.2. maddesinde öngörüldüğü üzere zorlayıcı nedenin varlığının T. Çalışma ve İş-Kurumu Yönetim Kurulunca kabul edilmesi yanı sıra, işyerinin zorlayıcı nedenden etkilenmesine ilişkin koşulların ve bu koşullara uygunluğun ilgili Çalışma ve İş-Kurumu Müdürlüğüne onaylanmasına bağlı

tutulmuştur (Yücesoy, 2020: 69-72).

Ücretsiz izni düzenleyen İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinde ise, işverenin ücretsiz izne çıkartma kararının, kısa çalışmada olduğu gibi idare/ Çalışma ve İş-Kurumu Müdürlükleri tarafından onaylanması zorunluluğu bulunmamaktadır.

3.2. Pandemi Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Nakdi Ücret Desteği

17.04.2020 tarihli 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İş Kanununda geçici istihdam güvencesi ve ücretsiz izin düzenlemelerine paralel olarak bu dönemde işçilerin sosyal güvenliklerini sağlamak amacıyla da İşsizlik Sigortası Kanunu'na getirilen geçici düzenlemelerle nakdi ücret desteği sağlanması öngörülmüştür.

4857 sayılı Kanun'un Geçici 10. maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15/3/2020 tarihinden sonra 4447 sayılı Kanun'un 51. madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilip işsizlik ödeneğine hak kazanamayan işçilerin ve

ayrıca Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte işsizlik ödeneği alıp, kanunun yürürlük süresi sona ermeden ödenek süresi dolanların nakdi ücret desteğinden yararlandırılması öngörülmüştür⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinde iş sözleşmesinin fesih yasağı ve ücretsiz izinden yararlanacakların kapsamı, yukarıda açıkladığımız üzere İş Kanunu kapsamında olsun olmasın tüm iş ve hizmet sözleşmesiyle çalışanları içerecek şekilde genişletirken, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun kapsamıyla da paralellik sağlanmış olduğundan, ücretsiz izin verilen işçiler, aynı zamanda 4447 sayılı Kanun kapsamında sigortalı da olacağından, 4447 sayılı Kanunun Geçici 24. maddesi ile öngörülen nakdi ücret desteğinden de yararlanabileceklerdir.

Nakdi ücret desteğinden yararlanacak işçiler şu 3 grup altında toplanmıştır:

4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan işçiler: 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na geçici 24. maddesine göre; nakdi ücret desteğinden yararlanacak ilk grup işçi "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15/3/2020 tarihinden sonra 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylıklı aylığı almamak kaydıyla." nakdi ücret desteği verileceği düzenlenmiştir.

⁴ 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa Geçici 24'üncü maddesine göre; "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15/3/2020 tarihinden sonra 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylıklı aylığı almamak kaydıyla." nakdi ücret desteği verileceği düzenlenmiştir.

maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler" olacaktır.

15/3/2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi işsizlik ödeneğine hak kazanacak şekilde sona ermekle birlikte işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçiler: İş Kanunu Geçici 10. maddesine göre 17.04.2020 tarihinden itibaren iş sözleşmesinin işveren tarafından ahlak ve iyiniyete aykırı haller dışında nedenlerle ve işçi tarafından da ücretsiz izin gerekçesiyle feshedilmesi yasaklandığından, pandeminin başlamasından sonra ancak bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce iş sözleşmesi feshedilmiş olup, işsizlik ödeneğine hak kazanamayan işçiler de nakdi ücret desteğinin kapsamına alınmışlardır. Söz konusu maddenin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinin öncesinde 15.03.2020 tarihinden itibaren iş sözleşmeleri fesih olan işçilerden işsizlik ödeneğinden yararlanamayanlar, işsizlik ödeneğine hak kazanmaya uygun şekilde iş sözleşmeleri sona ermesi koşuluyla⁵, nakdi ücret desteğinden yararlanacaklardır.

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte işsizlik ödeneği alıp, Kanun'un yürürlük süresi sona er-

meden ödenek süresi dolanlar: 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Geçici 24. maddesi kapsamında yapılacak nakdi ücret desteği uygulamasına ilişkin usul ve esaslara ilişkin Tebliğ'de, daha önce hak ettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar işsizlik ödeneği tekrar başlatılanların, 4857 sayılı Kanun'un geçici 10. maddesine göre fesih yapılamayacak, ödemenin bittiği tarihten itibaren nakdi ücret desteğine hak kazanacaktır.

Kanun'da ayrıca her gruptan işçinin nakdi ücret ödemesinden yararlanması için, işçinin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylıklı aylığı almaması şartı sayılmıştır.

3.3. İşveren Tarafından Ücretsiz İzin Kullanılabilecek Haller

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinin öngördüğü çerçevede ücretsiz izin, işyerinden kaynaklı nedenlerle işveren tarafından verilebileceği gibi işçiden kaynaklanan nedenlerle de işveren tarafından verilebilecektir.

3.3.1. İşyerinden Kaynaklanan Nedenlerle Ücretsiz İzin

Kanun düzenlemesinde kısa çalışma ödeneğine hak kazanıl-

⁵ İşsizlik Sigortası Kanunu 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesinin işsizlik ödeneğine hak kazanacak şekilde sona erdiği haller; haklı nedenlerle iş sözleşmesinin derhal feshi dışında iş sözleşmesinin işçi tarafından fesih edilmediği ve işveren tarafından da haklı nedenlerle iş sözleşmesini derhal feshi dışında iş sözleşmesinin fesh edildiği haller ile iş sözleşmesinin süre sonu vb. yasal nedenlerle sona ermesi hallerini kapsamaktadır. Bu hallerle iş sözleşmesi sona eren işçilerden, işsizlik ödeneğinden yararlanmak için diğer koşullar olan prim koşullarına sahip olmadığı için yararlanamayanlar, nakdi ücret desteği kapsamına alınmıştır.

maması halinde, ücretsiz izin verilebileceği vurgulanmakla birlikte, kısa çalışma uygulanmayan işyerlerinde de ücretsiz izin verilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Kısa çalışma uygulanan ve uygulanmayan işyerlerinde pandemiden etkilenmiş olmak koşuluyla aşağıda belirtilen durumlarda işçilere ücretsiz izin verilebilecektir (Yücesoy, 2020: 127-128).

3.3.1.1. Kısa çalışma uygulanan işyerlerinde çalışmakta olup, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmayan işçiler

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesinde, ücretsiz iznin kısa çalışma uygulanmayan işyerlerinde verileceğine yahut kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçilere verebileceği gibi sınırlayıcı düzenlemeler bulunmamaktadır. Kanun'un bu düzenlemesi, ücretsiz iznin işverenlerce kısa çalışma uygulaması yerine kullanılabilmesi yönünde eleştirilmiştir. İşyerinde faaliyetin durması yahut önemli ölçüde azalması halinde, koşulları olduğu halde, işverenlerin kısa çalışma uygulamasını tercih etmemeleri iyiniyetli bir davranış olarak açıklanamaz. Kısa çalışma ödeneği nakdi ücret desteğinden fazla olduğundan, işçi lehine yorum ilkesi ve işverence bir hakkın iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılması gereği, koşulları varsa işverenin öncelikle kısa çalışma uygulamasına başvurması ve kısa

çalışma ödeneğine hak kazanan işçilerin kısa çalışmadan yararlandırılması gerekir (İzmirlioğlu, 2020)

Diğer yandan İş Kanunu Geçici 10. maddesindeki bu eksiklik, yine 7244 sayılı Kanun ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 24. maddesinde "4857 sayılı Kanun'un geçici 10. maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler" e nakdi ücret desteği verileceğine ilişkin düzenlemeyle açıklığa kavuşturulmuştur. Ücretsiz iznin, kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçilere verilebileceği anlaşılmaktadır. Nitekim, Türkiye Çalışma ve İş-Kurumu'nun uygulaması da, işyerinin kısa çalışma yapılan bölümlerinde kısa çalışma ödeneğine hak kazanan işçilerin çalışması halinde, ücretsiz izin değil, kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılmaları yönündedir. Dolayısıyla Covid-19 salgın hastalığına bağlı zorlayıcı nedenlerle kısa çalışma yapılan işyerlerinde, kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayan işçilerin işveren tarafından çalıştırılmaması halinde, ücretsiz izin verilmesinin zorunlu olarak ortaya çıktığını görüyoruz.

Kısa çalışma uygulanan işyerlerinde kısa çalışma ödeneğine hak kazanmadığı için kısa çalışma kapsamına alınmayan ancak işverence iş verilemediği halde fesih yasağı nedeniyle de işten çıkarılmayan işçilere, ücretsiz izin

verilecektir. İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 24. maddesi ve maddenin uygulanmasına ilişkin Tebliğ dikkate alındığında, kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler, işverenleri tarafından verilen ücretsiz izinlerin İş Kanunu geçici 10'uncu maddesi kapsamında güncellenmesiyle, bu kapsamda ücretsiz iznine ayrılacaklarından nakdi ücret desteğinden yararlanabilmişlerdir.

Böylece kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayan ancak işverence iş verilememesi ve ücretsiz izin verilerek tamamen gelirden yoksun kalması yahut işten çıkartılması seçenekleri ile karşı karşıya kalan işçiler, pandemi nedeniyle ücretsiz izin ve nakdi ücret desteğinden yararlandırılacaklardır. Kısa çalışma ödeneğine göre daha düşük düzeydeki nakdi ücret desteği alacak olsalar da, tamamen gelirden yoksun bırakılmamışlardır.

3.3.1.2. Kısa çalışma koşullarını taşımamakla birlikte pandemi-den faaliyeti olumsuz etkilenen işyerlerinde çalışan işçiler

Covid-19 pandemisi nedeniyle üretimleri/hizmetleri olumsuz olarak etkilenmekle birlikte, kısa çalışma uygulamasının gerektirdiği koşulları tam olarak taşıyamayan işyerlerinde de, pandemiden olumsuz olarak etkilenmiş iseler, işçilere ücretsiz izin verilebilir.

Kısa çalışma uygulamasının

gerektirdiği koşulları tam olarak taşıyamayan ancak pandemi nedeniyle faaliyeti azalan işyerlerini şu gruplar altında toplamak mümkündür:

Faaliyetin durduğu veya azaldığı süre bakımından kısa çalışmanın koşullarına uymayan işyerlerinde çalışan işçiler: Pandemi nedeniyle işyerindeki iş kısmen/ tamamen durmuş yahut azalmış olmakla birlikte bu durumun aralıklı da olsa 4 haftadan daha kısa sürdüğü işyerleri, kısa çalışmanın asgari süre koşulunu taşımadığından, kısa çalışma uygulamasına geçemeyeceklerdir. Bu tür işyerlerinde faaliyetin durduğu sürede, ilk bir hafta için İş Kanunu 40. maddesi hükmüne göre yarım ücret ödenmesinden sonra, işveren İş Kanunu geçici 10. maddesine göre işçilere ücretsiz izin verebilecektir.

Çalışma sürelerindeki azalmanın kısa çalışma için gerekli koşulun altında gerçekleştiği işyerlerinde çalışan işçiler: Pandemi nedeniyle çalışma süreleri azalmakla birlikte, çalışma süreleri en az üçte bir oranında azalmayan işyerleri, kısa çalışma uygulamasının gerektirdiği koşulları taşımadıklarından, kısa çalışma uygulamasından yararlanamayacaklardır. Bu işyerlerinde bir miktar işgücü fazlalığı ortaya çıkacağından, işgücü fazlalığı, işverenin bir kısım işçiyi ücretsiz izne çıkartması ile azaltılabilecektir.

Bulaş riski, maliyetlerindeki

artış vb. nedenlerle faaliyeti olumsuz etkilenen işyerleri: İşyerinde salgın hastalığın bulaş riski, işçilerin kapalı alanlarda toplu olarak çalışmalarının yarattığı riskler, bu riskleri gidermek için işverenin işyerinde alması gerekli iş hijyeni ve diğer önlemlerin maliyeti gözetildiğinde, işverenler, işyerlerindeki faaliyetlerini tamamen veya kısmen durdurma yahut azaltma yoluna gitmeyi tercih edebilirler. Bu tür işyerlerinde de işverence bazı işçilere ücretsiz izin verilebilir.

3.3.2. İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Ücretsiz İzin

İşçilerin ücretsiz izin kullanma hakları İş Kanununda öngörülen zorlayıcı haller dışında işverenin onayına bağlı olduğu gibi, Covid-19 salgını nedeniyle işçilerin ücretsiz izin talep etme hakları da, işverenin onayına bağlıdır. İşyerinde işçinin yaşama ve sağlık hakkını tehdit eden bir durum olduğunda işçinin "çalışmama hakkı"nın bir gereği olarak da, ücretsiz izin gündeme gelebilecektir. İşçi öncelikle ücretsiz izin talep edebilecek, kabul edilmemesi halinde ise işyerinde çalışması yaşamı ve sağlığı için tehdit oluşturuyorsa İş Kanunu 24. maddesi/I-a bendi gereğince iş sözleşmesini haklı nedenle fesih edebileceklerdir.

Ancak işçinin işyerinde çalışma-

mama hali, sokağa çıkma yasağı gibi idari kararlara bağlı olarak ortaya çıkıyorsa, işçinin çalışmaması açısından bu durumun zorlayıcı neden olduğu kabul edilerek, aşağıda açıklayacağımız üzere işverenin bu işçilere ücretsiz izin vermesi zorunluluğundan söz etmek gerekir.

3.3.3. Sokağa Çıkma Yasakları Halinde Ücretsiz İzin

3.3.3.1. Sokağa çıkma yasağının zorlayıcı neden niteliği

Sokağa çıkma yasağı, salgın hastalıklar karşısında alınabilecek idari bir karardır. Salgın hastalığa bağlı sokağa çıkma yasağının, işçi açısından mı işveren açısından mı zorlayıcı neden niteliği taşıdığı belirlemek önem taşır.

İşveren açısından zorlayıcı nedenin ortaya çıkması için diğer unsurlarının yanı sıra öncelikle işyerindeki faaliyeti etkilemesi yani durdurması yahut azaltması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca bir olayın işçi açısından zorlayıcı neden olması için aşağıdaki unsurları taşıması gerekir⁶:

- Zorlayıcı sebebin işyerinde değil işçinin şahsi yaşamı çerçevesinde meydana gelmesi,
- İşyerinde çalışmanın devam etmesi,

⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/7175 K. 2016/11446 T. 9.5.2016 sayılı kararına göre; "İşçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. Örneğin işyerinin kapatılması zorlayıcı neden sayılmaz."

- İşçinin kendi kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle işe devam edememesi

Ayrıca Yargıtay tarafından salgın hastalık sebebiyle karantina uygulamasının zorlayıcı neden olduğu da açık bir şekilde ifade edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 25.4.2008 gün 2007/16205 E, 2008/10253 K.).

Salgın hastalık nedeniyle işçinin işe gidememesi, karantinaya alınması, işçinin sokağa çıkma yasağı, işçinin işini yerine getirmesini engelleyici zorlayıcı nedendir ve kısa çalışma için aranan zorlayıcı nedenlerden olmayıp, işçi açısından zorlayıcı neden niteliğindedir.

Diğer yandan, sokağa çıkma yasağı, genel bir sokağa çıkma yasağı olduğunda, tüm işyerlerinin faaliyetlerini durduran işyeri açısından zorlayıcı neden niteliğini kazanacaktır. Nitekim Covid-19 salgınının ülkemizde görüldüğü 11.03.2020 tarihinden sonra 27 Mart tarihinden itibaren haftanın bazı günlerini kapsayıcı genel sokağa çıkma yasakları ilan edilmiştir. Hafta sonları ve genel tatil günleriyle birleştirilmek suretiyle 2-4 günlük sokağa çıkma yasakları uygulanmıştır. Sokağa çıkma yasağının uygulandığı tarihlerin, Covid-19 salgınına rağmen işyerinde faaliyetin devam ettiği işyerlerinde çalışan işçilerin çalışma günlerine denk geldiği günlerde, işyerindeki iş durmuştur. Bu sokağa çıkma yasakları, işveren açısından zorlayıcı neden niteliğindedir.

Belirli bir grup çalışana sokağa

çıkma yasağı getirilmesi halinde ise, bu işçinin işi ifa etmesine engel nitelikte olup, işçi açısından geçerli bir zorlayıcı nedendir.

Covid-19 salgını nedeniyle İşçileri Bakanlığının 21.03.2020 saat 24.00'den itibaren uygulamaya konan Genelgesi ile, İl İdaresi Kanununun 11/C maddesi, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 27 ve 72. maddeleri kapsamında, 65 yaş üzerindeki ile bağışıklık sistemi zayıf ve kronik hastalığı olanların (bağışıklık sistemi düşük ve kronik akciğer hastalığı, astım, koah, kalp/damar hastalığı, böbrek, hipertansiyon ve karaciğer hastalığı olanlar ile bağışıklık sistemini bozan ilaçları kullanan) evlerinden dışarı çıkmaları, Covid-19 salgın hastalığı nedeniyle risk grubu oluşturdukları gerekçesiyle yasaklanmıştır. Daha sonra Ek Genelge ile 20 yaş ve altı için sokağa çıkma yasağı getirilmiştir. Ancak bu yasaklara bazı istisnalar da sıralanmıştır: 18-20 yaş arasında olup kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar, özel sektörde düzenli çalıştığını sosyal güvenlik belgesiyle ortaya koyanlar ile mevsimlik tarım işçileri, sokağa çıkma yasğından muaf tutulmuştur.

Risk grubunda olup sokağa çıkma yasağı kapsamında olan işçiler için, sokağa çıkma yasağı işe gitmelerini engelleyici ve zorlayıcı neden niteliğindedir.

Kamu sektöründe çalışanlardan belirtilen risk grubunda ol-

duğu belgelenenler, idari izinli sayılmışlardır. Özel sektörde bu risk grubunda olanlara ilişkin ise özel bir düzenleme getirilmemiştir. Bununla birlikte, işverenin de, sokağa çıkma yasağı olan işçileri çalıştırmama yükümlülüğü bulunmaktadır.

İş Kanunu 24/III. maddesine göre, işyerinde zorlayıcı nedenle faaliyetin durduğu bir hafta boyunca iş sözleşmesi askıya alınmakta ancak işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. İş sözleşmesinin kanuni olarak askıya alınması halinde, taraflar haklı nedenle fesih hakkını kullanamazlar (Süzek: 2019: 506).

Her ne kadar sokağa çıkma yasağı İş Kanununda iş sözleşmesini askıya alan nedenler arasında sayılmasa da, sokağa çıkma yasağının idari kararlarla alınmasına bağlı olarak, sokağa çıkma yasağı getirilen yaş ve risk grubunda olan işçilerin iş sözleşmelerinin de askıya alındığı kabul edilmelidir. Kanuni bir haftalık sürenin dolmasından sonra, işçilerin sokağa çıkma yasakları devam ediyorsa, işverenin ücretsiz izin vermek zorunda olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü, " işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması" nedeniyle işveren iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesinin III. bendine göre tazminat-

sız olarak fesih edebilme hakkı ortadan kaldırıldığından, ücretsiz izin verme tek seçenek olarak ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, Covid-19 virüsü taşıdıklarının anlaşılması nedeniyle, karantinaya alınanlar açısından da bir nevi sokağa çıkma yasağının olduğu kabul edilebilecekse de, aynı zamanda geçici işgöremezlik hali olduğu için SGK'dan geçici işsizlik ödeneği almaya hak kazanacaklardır.

İşgücü ihtiyacı olduğu halde, sokağa çıkma yasakları kapsamındaki işçileri yahut sağlık sebepleri olan işçileri zorunlu olarak ücretsiz izne çıkartan işverenin geçici işgücü ihtiyacının karşılanması için ise, geçici işçi çalıştırabilme olanağı, yasal olarak bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 7. maddesine göre, üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde geçici iş ilişkisi kurulabileceğinden, iş sözleşmesinin askı hali olan ücretsiz iznin kullanıldığı dönem ile sınırlı olarak, ücretsiz izne çıkarttığı işçilerin yerine geçici işçi çalıştırabilecektir⁷.

İşyerinin bulunduğu bölge/şehir karantina altına alınan veya genel sokağa çıkma yasakları nedeniyle faaliyeti duran işyerleri açısından da, İş Kanunu 24/III'e göre bir haftalık sürenin dolması akabinde işçilere ücretsiz izin verilmesi gerekir.

⁷İş Kanunu'nun meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurulabilecek halleri düzenleyen md. 7/2 fıkrasının e bendinde, " ... veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde dört ay süreyle (sekiz ayı geçmemek koşuluyla iki kez yenilenebilmek üzere)" geçici işçi sağlama sözleşmesi kurulabileceği hüküm altına alınmıştır.

3.3.3.2. Sokağa çıkma yasağı halinde ücretli izin başlangıcı

Sokağa çıkma yasağı, işyerinin faaliyetinin durdurulmasını gerektiren zorlayıcı bir neden olduğundan, İş Kanunu 40. maddesi çerçevesinde bu sürenin ilk bir haftası boyunca işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü devreye girecektir. Bir haftalık süreye, hafta tatili günü de dâhil olup, haftanın yedi gününde işçiye her gün için yarımşar günlük ücret ödenecektir. Sokağa çıkma yasağının bir haftayı aşması halinde ise, zorlayıcı nedenin varlığına bağlı olarak işverenin işçiye iş verememesi halinde ise de işverenin ücret ödeme yükümlülüğü olmayacaktır.

İş Kanunu 40. maddesinde düzenlenen yarım ücret ödeme yükümlülüğünün, zorlayıcı nedeninin ortaya çıkışıyla işin her duruşu tekraren mi uygulanacağı yoksa sadece toplam bir hafta (yedi gün) ile mi sınırlı tutulduğu, açık değildir. Bununla birlikte, ücret ödeme yükümlülüğünün toplam bir hafta ile sınırlı tutulduğu ve aralıklarla işin durduğu sürenin toplam bir haftayı bulduğu durumda, yarım ücret yükümlülüğünün de sona ereceğinin kabulü, hükmün özüne daha uygun olacaktır.

3.4. İşverenin Ücretsiz İzin Verme Hakkının Sınırları

Ücretsiz iznin işverenin kendi inisiyatifinde yürürlüğe konulabilmesi, işverene hangi işçiye ücretsiz izin verileceğini belirleme

yetkisi de vermek anlamına gelmektedir. İşverenin aynı işte çalışanlar arasında, bir kısım işçiye ücretsiz izin verirken, performans vb. objektif kriterlere bakmaksızın eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde bazı işçilere ücretsiz izin vermesi de mümkündür. Dahası, işveren yüksek ücretli işçilere bu süreçte ücretsiz izin verirken, onların yerine daha düşük ücretli işçileri istihdam ederek, ekonomik yönden kazanç sağlayabilecektir.

Bu gibi durumların önüne geçmek için, işverenin ücretsiz izin teklifinin, işçi tarafından da kabulü şartının getirilmesi gerekir.

İşverenin İş Kanunu Geçici 10. maddesine göre tek taraflı olarak kullanabileceği işçiye/işçilere ücretsiz izin verme hakkını, Medeni Kanun'un 2. maddesi gereğince kötü niyetli olarak ve İş Kanunu'nun 5. maddesi gereğince de işçiler arasında ayrımcılığa yol açacak şekilde kullanamaz. Yani işveren, tıpkı kısa çalışma yapacak işçilerin belirlenmesinde olduğu gibi, ücretsiz izin kullandıracağı işçilerin belirlenmesinde de ayrımcılık yapamaz.

Kısa çalışma uygulanan işyerlerinde işverenin, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmakla birlikte bir kısım işçiye kısa çalıştırma yaptırması bir kısmına ise ücretsiz izin vermesi, İşsizlik Sigortası Kanunu Geçici 23. maddesi düzenlemesi ile önlenmiş olmaktadır.

Ücretsiz iznin düzenlendiği iş

Kanunu'nun Geçici 10. maddesinde işverenin, ücretsiz izin vermesinin herhangi bir koşula bağlanmamış olması, işverenin bu hakkını amacına aykırı olarak kullanabileceği anlamına gelmez. Yani işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkartması tıpkı kısa çalışmada olduğu gibi işçiye iş verememesinden yahut işin azalmasından kaynaklanmalıdır. İşverenin iş verme koşulları olduğu halde iş vermeyerek işçiyi ücretsiz izne çıkartması halinde, işverenin ücretsiz izin hakkını amacına uygun kullanmadığı, kötüniyetli kullandığı sonucuna varılabilir. Yahut işveren, işten çıkartmak istediği işçiyi fesih yasağı nedeniyle ücretsiz izne çıkartıyorsa, bu durum, ücretsiz izin adı altında örtülü biçimde fesih yasağının delindiği anlamına gelmektedir.

3.5. İşverenin Ücretsiz İzin Verme Hakkını Amacına Aykırı Kullanması Halinin Sonuçları

3.5.1. İşçinin Ücretsiz İzin Amacına Uygun Verilmediğini/ Geçerli Olmadığını İleri Sürebilmesi

İşverenin amacına aykırı olarak ücretsiz izin kullandığı, işçi tarafından ileri sürülebilir. Her ne kadar ücretsiz iznin verilmesi, kısa çalışmada olduğu gibi idarenin/ Çalışma ve İş-Kurumu Müdürlüklerinin onayına tabi değilse de, hiçbir hak kötüniyetli olarak kullanılamayacağından, amacına

aykırı olarak verilen ücretsiz iznin geçersiz sayılması yolunun açık olması gerekir. Bu nedenle, ücretsiz iznin geçersizliği, işçi tarafından ileri sürülerek, şikâyet etme hakkı ve yargıya başvurma hakkından söz etmek gerekir. İşçinin başvurusu halinde, konu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından incelenecektir. Diğer yandan işçi, ücretsiz iznin geçersizliğini ileri sürerek yargı yoluna da başvurabilir. İşçinin başvurularında, işverenin ücretsiz izin verme koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılmalı ve işçinin yaptığı işin azalıp azalmadığı, işçinin yaptığı işte başka işçi çalışıp çalışmadığı, işverenin işçiye ücretsiz izin verme yerine başka bir bölümde çalıştırıp çalıştıramayacağı vb. hususlar irdelenmelidir.

3.5.2. İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İşçi ücretsiz izne ayrılması nedeniyle haklı nedenle iş sözleşmesini fesih edemeyecekse de, yukarıda açıkladığımız üzere işveren, işçiye ücretsiz izin verme hakkını amacına aykırı olarak kullanıyor ise, işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshetme hakkının olduğundan bahsetmek gerekir. İşçiye ücretsiz izin verilirken aynı iş için başka işçi çalıştırılması vb. durumlarla işverenin amacına aykırı olarak ücretsiz izin vererek, işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı

davrandığı gerekçesiyle işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II maddesine göre haklı nedenle derhal feshedebilmesi gerekir.

3.5.3. İşçinin Maddi Tazminat Talep Hakkı

İşverenin işçiye amacı dışında ücretsiz izin vererek ücretinden mahrum bıraktığı durumlarda, işçinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde maddi zararının tazmini için maddi tazminat davası açabilmesi de mümkündür.

SONUÇ

İşyerindeki kısa çalışma uygulamasından yararlanma hakkı olmayan işçilere getirilen ücretsiz izin ve nakdi ücret desteği gibi yeni sosyal araçlarla işçilere istihdam güvencesi ve belirli bir gelir güvencesi sağlanması öngörülürken, işçinin bu haklara sadece işverenin talebi ile ulaşabilmesi yeterli olmamıştır.

Pandemi döneminde bazı risk gruplarına uygulanan sokağa çıkma yasakları nedeniyle işçinin çalışmaması durumunun, işçi açısından zorlayıcı neden olduğu kabul edilerek, işverenin bu işçilere ücretsiz izin vermesi gerekir.

Diğer yandan işveren, kısa çalışma ve ücretsiz izne çıkartma hakkını, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak İş Kanunu 5. maddesi gereğince

de işçiler arasında ayrımcılığa yol açacak şekilde de kullanamaz.

İşverenin kısa çalışma ve ücretsiz izne çıkartma hakkını işçiler arasında eşitlik ilkesine ve objektif kriterlere uygun olarak kullanması gerekir. İşverenin bu hakkını kötüniyetli olarak kullanımının önüne geçebilecek en etkili yollardan biri de, işverenin ücretsiz izin teklifini işçinin kabul etmesiyle yürürlüğe girmesi koşulunun mevzuata getirilmesi olacaktır. Ücretsiz iznin işçinin onay koşulu ile yürürlüğe girebilecek olması, işçinin ücretinden düşük olan nakdi ücret desteğini almak yerine işten ayrılarak aynı ücret düzeyinde yahut daha yüksek ücretli bir işe girme hakkının da korunması anlamına gelecektir.

Diğer yandan, işverenin iş verme koşulları olduğu halde işçiye iş vermeyerek ücretsiz izin vermesi, işverenin ücretsiz izin verme hakkını amacına uygun kullanmadığı, kötüniyetli kullandığını gösterir. İşveren işten çıkartmak istediği işçiyi fesih yasağı nedeniyle ücretsiz izne çıkartması ise ücretsiz izin adı altında örtülü biçimde fesih yasağının delindiği anlamına gelir.

İşverene pandemi nedeniyle tek taraflı olarak ücretsiz izin verme hakkı tanınırken, işverenin bu hakkını amacına uygun kullanabilmesi için, ücretsiz izin verdiği işçinin yerine başka işçi çalıştırmaması koşulunun da getirilmesiyle, ücretsiz iznin amacına uygun

kullanımı sağlanabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun Geçici 10. maddesine göre işverene tanınan ücretsiz izin verme hakkı, amacına uygun kullanılmadığında geçersiz sayılması gerekir. Aksi halde, ücretsiz izne çıkarılan işçiye nakdi ücret desteği verileceğinden bu durum, kamu kaynaklarının zarara uğratılması anlamına gelecektir. İşçiye verilen ücretsiz izin desteğinin amacına uygun kullanılmadığının tespiti halinde, işçiye

ödenen destek tutarı SGK tarafından işverene rücu edilebilir.

Ayrıca işverenin işçiye ücretsiz izin verme hakkını amacına aykırı olarak kullanması durumunda, işçi, bu aykırılık gerekçesiyle haklı sebeple iş sözleşmesini feshetme hakkını kullanabilecektir. Diğer yandan maddi zararının tazmini için maddi tazminat davası açabilmesi de mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E. (2004), Kısa Çalışma, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ağustos-Kasım 2004/1-2, Ankara.
- Caniklioğlu, N. (2005), 4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A. Can. Tuncay'a Armağan, 499-547, İstanbul: Legal.
- Çetinkaya Kayalı, T. (2014), Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4.
- Erdağ, N. (2020), Corona Virüsün İş Hukukuna ve İşverenlere Etkisi, İstanbul: Aristo Yayınevi.
- İzmirlioğlu, A. (2020), Pandemi Sürecinin İş Hukukuna Yansımaları II, Esnek Çalışma Yöntemleri, 03 Mayıs 2020 İzmir Barosu Tele-Konferansı.
- Kayırhan, H. (2019), Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul: Onikilevha.
- Ocak, S. (2008), Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul.
- Seçkin, M. İ. (2015), Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Süzek, S. (2019), İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), İstanbul.
- Topgül, S. (2020), Covid19 Salgını ile İş Hukukundaki Kısa Çalışma Uygulaması ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Güncel Gelişmeler, Karatahta İş Yazıları Dergisi, Ağustos 2020, 1-16.
- Yücesoy, Y. (2020), Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma ile Salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar, Ankara: Adalet Yayınevi.