

İŞ KANUNU'NDA GEÇİCİ MADDE 10 DÜZENLEMESİ

Öğr. Gör. Melih ŞEKER*

ÖZ

İş hukukunun güncel sorunları arasında belki de en önemli olanı; Dünya Sağlık Örgütü tarafından da pandemi olarak nitelendirilen yeni tip koronavirüs salgını sonucunda hukukun çeşitli alanlarında olduğu üzere iş hukuku alanında da yapılan düzenlemelerle birlikte ortaya çıkan bazı tartışmalardır.

Konu kapsamında; özellikle 4857 sayılı İş Kanunu (İş Kanunu) ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda sürecin olumsuz etkilerini en aza indirmek amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere bakıldığında 7244 sayılı Kanun ile getirilen hükümlerden birisi; İş Kanunu geçici madde 10'da yer alan işverenler için fesih yasağı düzenlemesidir. İş Kanunu'nu haricinde, İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 23'te de kısa çalışma başvurusunda bulunan işverenler için bir fesih yasağı öngörülmüştür; ancak belirtmek gerekir ki bu yasak, daha dar kapsamlıdır. 7244 sayılı Kanun'un işverenin fesih yasağı haricinde düzenleme getirdiği bir diğer konu, yine geçici madde 10'da yer alan işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarma hakkıdır.

Yine konu ile ilgili bir başka düzenleme olarak; pandemi döneminde 7226 sayılı Kanun ile İşsizlik Sigortası Kanunu'na geçici 23. madde getirilmiş ve ek madde 2 ile m. 50 ve 51'de öngörülmüş olan gerekli şartlarda bazı değişiklikler yapılarak kısa çalışmadan yararlanma kolaylaştırılmıştır.

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Kurşunlu Adalet Meslek Yüksekokulu, e-posta: melihseker@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7596-9084

Çalışmamızda da incelendiği üzere; hukukumuzda pandeminin çalışma hayatına etkilerinin azaltılması amacıyla, Covid-19 salgınına özgü olarak kısa süre içerisinde birçok yeni düzenleme getirilmiştir. Covid-19'un hızlı bir şekilde pandemi halini alması göz önünde bulundurulduğunda geçici düzenlemeler getirilmesi anlaşılabilir olsa da benzer durumlar için iş gücünün sürekliliğini ve işçiyi koruyucu genel düzenlemeler yapılmasının daha yerinde olduğu kanaatimizce de haklı olarak öğretilerde ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Koronavirüs, Fesih Yasağı, Ücretsiz İzin, Kısa Çalışma.

REGULATION OF “PROVISIONAL ARTICLE 10” IN THE LABOUR ACT, NO. 4857

ABSTRACT

Perhaps the most important one among the current problems of labour law is, as a result of the new type of coronavirus pandemic which is also described as a pandemic, by the World Health Organization; there are some discussions that have emerged with the regulations made in the field of labour law as well as in various fields of law.

Within the scope of the subject; especially in the Labour Act (No. 4857) and the Unemployment Insurance Act (No. 4447), regulations were made in order to minimize the negative effects of the process. When look at these specific regulations, one of the provisions that brought by Act No. 7244 is the regulation of termination prohibition for employers included on Labour Act

provisional article 10. Apart from the Labour Act, the termination prohibition is predicted on the provisional article 23 of the Unemployment Insurance Act for employers who apply for short-time working practice; however, it should be noted that this prohibition is more specific than the other one that regulated in the Labour Act. Another issue regulated by the act numbered 7244, apart from the termination prohibition for the employer, is the employer's right to take the workers on unpaid leave, it is also included on the Labour Act provisional article 10.

As another regulation on the our subject; during the pandemic period, the temporary article 23 was brought by the Unemployment Insurance Law with the Act No. 7226 and changes were made in the necessary conditions predicted on the additional article 2 and articles 50 and 51, making it easier to benefit from short-time working.

As examined in our study; in order to reduce the negative effects of the pandemic on working life, many new regulations were introduced in a very short time of period, specific to the Covid-19 outbreak. Considering the rapid development of Covid-19 into a pandemic, it is understandable that provisional regulations are made; but in our opinion, it is rightly expressed in the doctrine that it is more appropriate to make general regulations to protect the continuity of the workforce and the workers for similar situations.

Key Words: Labour and Social Security Law, Coronavirus, Termination Prohibition, Unpaid Leave, Short-Time Working.

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak nitelendirilen yeni tip koronavirüs salgını, hukukun her alanında olduğu üzere iş hukuku alanında da düzenleme yapılmasını gerekli kılmış ve bir anlamda da hukukumuzdaki mevcut düzenlemelerin yetersizliğini ortaya çıkarmıştır. Getirilen düzenlemeler, genel anlamda hem iş sözleşmelerinin devamını sağlama hem de işverenlerin mali açıdan çöküntüye uğramalarını engelleme amacı taşımaktadır.

Konumuz kapsamında; 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹, 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ve 7252 sayılı Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³ başta olmak üzere çeşitli düzenleyici işlemlerle özellikle İş Kanunu⁴ ve İşsizlik Sigortası Kanunu⁵’nda sürecin olumsuz etkilerini en aza indirmek amacıyla düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, İş Kanunu geçici madde 10’da düzenlenmiş olan işverenin iş sözleşmesini fesih yasağı; düzenlenme yeri ve şekli ile yasağın kapsamı ve yasağa aykırılığın sonuçları yönünden incelenmiş ve fesih yasağına ilişkin çeşitli ihtimaller ele alınmıştır.

İkinci bölümde, İş Kanunu geçici madde 10 f. 2’de düzenlenmiş olan işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarma hakkı; koşulları, getirilmiş olan nakdi

¹ RG, 26.03.2020, 31080 (Mükerrer).

² RG, 17.04.2020, 31102.

³ RG, 28.07.2020, 31199.

⁴ RG, 10.06.2003, 25134.

⁵ RG, 08.09.1999, 23810.

ücret desteği, genel sağlık sigortalısı sayılma durumu, koşullara aykırılık halinde yaptırımlar ve ücretsiz izne çıkarmanın işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermemesi yönündeki düzenleme açısından değerlendirilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise kısa çalışmaya konumuz kapsamında kaldığı ölçüde yer verilmiş ve ücretsiz izne çıkarma ile arasındaki ilişki incelenerek çalışma sonlandırılmıştır.

II. FESİH YASAĞI

A. Kapsamı

7244 sayılı “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile getirilen düzenlemelerden birisi ve belki de en önemlisi; işverenler için fesih yasağı düzenlemesidir. İş Kanunu’nu haricinde, İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 23’te de kısa çalışma başvurusunda bulunan işverenler için bir fesih yasağı öngörülmüştür; ancak ilerleyen bölümlerde ilgili Kanun’a değinilecek olmakla birlikte bu bölümde sadece İş Kanunu’na getirilen düzenleme açısından bir değerlendirme yapılacağını belirtmek isteriz.

İş Kanunu’na eklenen geçici madde 10 f. 1’e baktığımızda; *“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, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona*

ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemez” hükmüyle karşılaşmaktayız. Maddenin ilk hali ise; “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” şeklinde olup, 23/7/2020 tarihli ve 7252 sayılı “Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un beşinci maddesiyle, birinci fıkraya “haller ve benzeri sebepler” ibaresinden sonra gelmek üzere “, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri” ibaresi eklenmiştir.

Fesih yasağına ilişkin düzenleme; İş Kanunu’nda düzenlenmiş olmakla birlikte, dikkat edileceği üzere “Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi” denilerek Deniz İş Kanunu⁶, Basın İş Kanunu⁷ ve TBK⁸’ya tabi olarak çalışanlar da yasak kapsamına alınmıştır. Bu durumda işveren; örneğin TBK kapsamından ev hizmetlerinde

⁶ RG, 29.04.1967, 12586.

⁷ RG, 20.06.1952, 8140.

⁸ RG, 04.02.2011, 27836.

çalışan bir işçiyi de Kanun'da belirtilmiş olan sebepler yokken işten çıkaramayacaktır⁹.

7244 sayılı kanunda salgının etkilerinin azaltılmasından bahsedildiği ve dolayısıyla düzenlemenin getiriliş amacı bu olduğu için, fesih yasağının uygulanabilmesi için işverenin işyerinin yeni tip koronavirüsten etkilenip etkilenmemesinin bir öneminin bulunmadığı öğretilmektedir¹⁰. Ayrıca söz konusu hükmün öngörmüş olduğu fesih yasağı, iş sözleşmesinin türü bakımından herhangi bir ayırmda bulunmadığı için de iş sözleşmesinin türü de fesih yasağı bakımından önem arz etmemektedir¹¹. Eklememiz gerekir ki belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi ile kendiliğinden sona ermesi durumu zaten bu kapsamda değildir¹².

Her ne kadar sözleşme türü bakımından bir ayırım yapılmadığını belirtmiş olsak da, fesih yasağı bakımından işçinin deneme süresinde olması halinde konunun nasıl çözüme kavuşturulacağı hususu öğretilmektedir. Katıldığımız görüşe göre; kanunda bu konuda bir istisna getirilmiş olmadığı için, fesih yasağı bakımından işçinin deneme süresinde bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur¹³. Fesih yasağına ilişkin sürede deneme

⁹ Nurşen Caniklioğlu, “Yeni Koronavirüs (Covid 19) Pandemi Sürecine Özgü Bir Düzenleme: İş Sözleşmelerini Fesih Yasağı ve Kapsamı”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 202, Ekim 2020, 109.

¹⁰ Şahin Çil, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, 194.

¹¹ Seracettin Gökteş, “Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 43, Temmuz 2020, 287; Çil, 194-195.

¹² Caniklioğlu, Fesih Yasağı, 109-110.

¹³ Çil, 195; Caniklioğlu, Fesih Yasağı, 111; Ercüment Özkaraca ve Canan Ünal Adınır, “Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasağının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi”, Çimento İşveren Dergisi, C. 34,

süresinin akıbeti de ayrıca tartışma konusu olup yine katıldığımız görüş bu sürede deneme süresinin işlememesinin yerinde olacağını ifade etmektedir¹⁴.

Süre açısından bakıldığında ise maddenin dördüncü fıkrasının ilk haline göre; 7244 sayılı kanunun yayım tarihi olan 17/04/2020 tarihinden itibaren üç ay süreyle yasak geçerlidir, ancak Cumhurbaşkanı tarafından bu süre altı aya kadar uzatılabilecektir. İlerleyen dönemde ise salgının çalışma hayatı üzerindeki etkilerinin devamı nedeniyle dördüncü fıkrada yer alan ve Cumhurbaşkanı'na süreyi uzatma yetkisi tanıyan “*altı aya*” ibaresi, 7252 sayılı kanunun beşinci maddesiyle “*her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar*” şeklinde değiştirilmiştir ve nitekim Cumhurbaşkanı da kendisine verilmiş olan uzatma yetkisini hem değişiklik öncesi hem de değişiklik sonrası dönemde kullanmış ve son olarak da 09/03/2021 tarihli ve 31418 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 3592 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile geçici 10. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen sürelerin 17/03/2021 tarihinden itibaren iki ay süreyle uzatılmasına karar vermiştir.

Öngörülen sürede işveren iş sözleşmesini; İş Kanunu m. 25/II kapsamında ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık ile benzeri hallere dayanarak yahut belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatlarına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin

Temmuz 2020, 33. Aksî yöndeki görüş için bkz.: Levent Akın, “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, C. 34, Mayıs 2020, 64; Ömer Ekmekçi “Covid-19 Döneminde Fesih Yasağı, Kapsamı ve Yasağa Aykırılığın Sonuçları”, Muhammet Özekes (Ed.), COVID-19 Salgının Hukuki Boyutu: Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler içinde (695-712), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, 708.

¹⁴ Caniklioğlu, Fesih Yasağı, 111; Özkaraca/Ünal Adınır, 33; Göktaş, 287.

sona ermesi hallerinde feshedebilecektir. Belirtmek gerekir ki maddede belirli süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesi halinin sayılması kanun yapma tekniği açısından isabetsiz olarak değerlendirilmektedir¹⁵. Ayrıca madde metninde yer alan “*ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işleri...*” ifadesi, akla her ne kadar kamu kurum ve kuruluşlarınca ihale mevzuatına uygun şekilde yapılan hizmet alımları ile yapım işlerini getirmekteyse de bir istisnaya ilişkin bu düzenleme; özel sektörde de hizmet alımları ve yapım işleri söz konusu olduğu için yoruma muhtaç ve eksik durumdadır¹⁶.

Bunun dışında işveren; İş Kanunu geçici madde 10’da sadece ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık sebebiyle fesih hali yasaktan istisna tutulmuş olduğu için; iş sözleşmesini sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler, tutukluluk ve gözaltı hali ya da bildirimli fesih ile sona erdiremeyecektir¹⁷. Bunlara ek olarak; İş Kanunu m. 25/II kapsamında haklı nedenle fesih hakkının kullanımı konusunda m. 26’da öngörölmüş olan süreye uyulmaması ve yine toplu iş sözleşmesine aykırı şekilde disiplin kuruluna sevk edilmeden fesih yapılması gibi feshi haksız hale getirebilecek ve bu nedenle yasak kapsamında idari para cezası ve tazminat gibi etkiler doğurabilecek davranışlardan kaçınılması gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir¹⁸.

İşverene getirilen fesih yasağının asıl istisnası belirttiğimiz üzere İş Kanunu’nun m. 25/II hükmüdür. Konumuz çerçevesinde eklememiz gerekir ki

¹⁵ Caniklioğlu, Fesih Yasağı, 109.

¹⁶ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 33. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, 621-622; Caniklioğlu, Fesih Yasağı, 109-110.

¹⁷ Gülsevil Alpagut, “Pandemi’nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden”, Gülsevil Alpagut (Ed.), Pandemi Sürecinde İş Hukuku içinde (61-99), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, 91.

¹⁸ Ekmekçi, 711-712; Çil, 200; Caniklioğlu, Fesih Yasağı, 110-111.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre; çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatlarına uyma yükümlülüğü altındadırlar ve işçilerin bu yükümlülüğe aykırı davranmaları, işverene İş Kanunu m. 25/II-(1)¹⁹ hükmü çerçevesinde haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir. Çünkü bilindiği üzere, işin güvenliğini tehlikeye düşürmede zararın gerçekleşmesine gerek bulunmamaktadır²⁰. Bu bağlamda; işçinin salgına karşı işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uymaması hallerinde (maske takmama, sosyal mesafeye dikkat etmeme, diğer temizlik kuralları vs.) yapılan feshin, fesih yasağı kapsamında olmadığı kanaatimizce de isabetli olarak belirtilmektedir²¹.

İkale yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesi halinin ise işveren için öngörülen fesih yasağını ihlal etmeyeceği öğretide yine haklı olarak ifade edilmektedir; çünkü ikale halinde esasen bir fesih bulunmamaktadır ve ayrıca Yargıtay kararları ile ikalede işçiyi koruma yönlü olarak getirilen esaslar ve yine ikalede irade sakatlıklarının ileri sürülebilmesi olanağı da göz önünde bulundurulduğunda ikalenin fesih yasağı kapsamında değerlendirilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir²². Bununla birlikte eklememiz gerekir ki Bakanlıkça fesih yasağına ilişkin olarak hazırlandığı belirtilen bir tabloda SGK çıkış kodları esas alınarak bir kapsam belirlenmiştir ve ikale için de kullanılan “22 – Diğer

¹⁹ “1) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.”

²⁰ Sarper Süzek, İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku), 20. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, 704, 929; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 12. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, 500; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1, 3. Bs., Ankara, Lykeion Yayınları, 2019, 244.

²¹ Gökteş, 287; Caniklioglu, Fesih Yasağı, 111.

²² Alpagut, 91-92; Caniklioglu, Fesih Yasağı, 112.

Nedenler” kodu fesih yasağı kapsamında değerlendirildiği için şayet bu listeye göre hareket edilirse ikale yoluyla iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin mümkün olmayabileceği öğretide ifade edilmektedir²³.

Fesih yasağı döneminde işyerinin kapatılması hususuna baktığımızda; aslında İş Kanunu geçici madde 10 düzenlemesinin ilk halindeki f. 1 dikkate alındığında tartışılabilir görünen bu sorun, maddenin belirttiğimiz değişimi sonucunda Kanun’da da netliğe kavuşmuş görünmektedir. Esasen maddenin değişikliği öncesi dönemde de konu tartışılırken; işyerinin kapatılmasının işverenin girişim özgürlüğüne ilişkin olduğu ve işverenin kötüniyetli bir uygulaması olmadığı sürece bu hakkının kullanılmasının engellenmemesi gerektiği öğretide ifade edilmekteydi²⁴. Geçici madde 10 f. 1’in son halinde de anlatılmak istendiği üzere işverenin faaliyetini; projenin bitmesi, ihalenin sona ermesi gibi çeşitli nedenlerle sürdürmek istememesi pek tabii mümkündür. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki; yukarıda da bahsetmiş olduğumuz değişiklik öncesi dönemde T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü tarafından hazırlandığı belirtilen 11/05/2020 tarihli görüş yazısının eki tabloda “17-İşyerinin Kapanması” hali fesih yasağı kapsamı dışında tutularak benzer şekilde sonuca varılmaya çalışılmıştır, ancak yine aynı tabloda “15-Toplu İşçi Çıkarma” fesih yasağı kapsamında değerlendirilmiş ve bu nedenle kapatılan işyerinde çalışan kişi sayısının yirminin üzerinde olması halinde toplu işçi çıkarma ve dolayısıyla yasak kapsamına girme gündeme gelebilecek halde bir düzenleme yapılmıştır²⁵. İlgili dönemde; söz konusu olan işyerinin kapanması hali ile toplu işçi çıkarma

²³ Alpagut, 92.

²⁴ Çil, 197; Alpagut, 92.

²⁵ Çil, 198; Alpagut, 92.

halinin çakışması durumundaki problemi ortadan kaldırmak için işyerinin kapanması durumunun, geçici madde 10 f. 1’de bugün de yer aldığı üzere, toplu işçi çıkarmadan hariç tutulması gerektiği öğretide ifade edilmiştir²⁶.

Benzer şekilde bir husus; maddenin düzenlendiği ilk halinde tartışmaya sebep olabilecek durumdayken değişiklik sonrasında ilk fıkrada istisnalar arasına eklenmiş olan işin sona ermesi halidir. Özellikle ihaleli işlerde bir belirli süreli sözleşmenin bulunması halinde sürenin bitimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshi gündeme gelmektedir. İşin bitmesi bir süreli fesih olarak değerlendirilmektedir ve maddeye 7252 sayılı Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile gelen değişiklik öncesi kural olarak yasak kapsamında kalmaktadır²⁷. Ancak maddeye zikredilen Kanun ile eklenen “*belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri*” ifadesi ile sorun çözüme kavuşturulmuş olarak görünmektedir.

B. Yasağa Aykırılığın Sonucu

İş Kanunu geçici madde 10 f. 3, yasağa aykırı fesih hali için; sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verileceğini öngörmüştür. İlgili fıkra şu şekildedir; “*Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir*”. Maddede hukuki bir

²⁶ Alpagut, 92.

²⁷ Alpagut, 92; Çil, 198.

yaptırımdan bahsedilmemiştir ancak fesih yasağının bulunduğu bir yerde hukuki yaptırımın olmamasının düşünülemeyeceği öğretide belirtilmektedir²⁸. Maddeye ilişkin komisyonlara sevk edilen gerekçede de idari para cezasının yanı sıra yapılan feshin geçersiz olacağı da ifade edilmektedir²⁹. Bu bağlamda kanun koyucunun, maddede açıkça yer vermemekle birlikte, hukuki yaptırım olarak feshin geçersizliğini dikkate aldığı anlaşılmaktadır³⁰.

İdari para cezasını bir kenara bırakıp, benimsediğimiz görüşe göre “geçersizlik” olarak tespit etmiş olduğumuz hukuki yaptırım üzerine odaklanacak olursak; işverenin yasağa aykırı fesih durumu için farklı ihtimaller akla gelebilecektir. Öğretideki bir görüşe göre; metinde yer alan “*feshedilemez*” ibaresinin emredici niteliği nedeniyle geçersizlik sonucu fesih iradesine sonuç bağlanmayacaktır ve fesih kesin olarak hükümsüz olacaktır³¹.

Fesih yasağının ihlal edilmesi halinde yapılan fesih bildiriminin hüküm doğurup doğurmayacağı ve işçilerin sahip olacağı haklar konusunda öğretideki bir diğer görüş; yapılan feshin haksız feshe ilişkin hukuki sonuçlara tabi olduğunu ve bu durumda iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliğine karar verilmesini isteyebileceklerini, kapsam dışında kalan işçilerin ise TBK m. 438’de öngörülen haklarını ve diğer şartları da varsa kıdem tazminatlarını talep edebileceklerini belirtmektedir³².

²⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 623-624; Alpagut, 93, Çil, 206; aksi yönde: Ekmekçi, 714.

²⁹ Bkz.:<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2812.pdf> (10 Mart 2021).

³⁰ Alpagut, 93.

³¹ Göktaş, 289.

³² Alpagut, 93-94.

Geçersizliğin iş hukukundaki sonucu bakımından belirsiz süreli iş sözleşmesine bakıldığında; belirtmiş olduğumuz üzere iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler açısından farklı yaptırımlar getirildiği görülmektedir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin geçici fesih yasağı öngörölmüş olan süre içerisinde işveren tarafından feshinde işçiye ihbar tazminatı ve en az bir yıllık çalışma şartını sağlıyorsa kıdem tazminatı ödenmesi gerekecektir. Ancak bu noktada yasaktan istisna tutulan İş Kanunu m. 25/II haricinde; m. 25/I, III ve IV'e dayalı olarak yapılan fesihlerde işverenin kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olduğu ve idari para cezasıyla karşılaşacağı fakat ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı çünkü sadece fesih yasağı süresi içerisinde fesih yapılmış olmasının feshi tamamıyla haksız hale getirmeyeceği öğretide bir görüş tarafından ifade edilmektedir³³. Ayrıca iş güvencesine tabi işçiler açısından, işe iade ve uyulmaması durumunda boşta geçmiş olan süreye ilişkin olarak dört aya kadar ücret ve diğer haklar ile İş Kanunu m. 21'de düzenlenmiş olan iş güvencesi tazminatının ödenmesi işveren bakımından bir görüşe göre hukuki yaptırımı teşkil etmektedir; iş güvencesine tabi olmayan işçiler açısından ise İş Kanunu m. 17'de yer alan kötüniyet tazminatı da işveren bakımından bir yaptırım teşkil etmektedir³⁴.

Belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin sözleşmenin fesih yasağı öngörölen süre içerisinde ve haklı neden bulunmaksızın feshi halinde ise sözleşmenin haksız fesihle sona erdiği ve işçinin bakiye sözleşme süresine ilişkin ücret tutarında tazminat talep edebileceğinin kabul edilmesinin yerinde olduğu

³³ Çil, 207.

³⁴ Alpagut 94; Çil ise fesih bildirimine itiraz davasında feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı ve fesih bildirim usulüne uyulup uyulmadığının incelendiğini ve sadece fesih yasağı süresinde fesih yapılmış olmasının, yapılan feshi geçersiz hale getirmeyeceğini ifade etmektedir (Çil, 207).

öğretide ifade edilmektedir³⁵. Kıdem ve ihbar tazminatı hususlarında ise; ihbar tazminatı belirsiz süreli iş sözleşmelerinde söz konusu olduğundan burada gündeme gelmeyecektir, kıdem tazminatı açısından ise belirli süreli iş sözleşmesinin bir yıldan uzun sürmesinin aranacağı haklı olarak belirtilmektedir³⁶.

Fesih sınırlamaları kapsamında askı haline ilişkin düzenlemelere bakıldığında; İş Kanunu m. 18'de "*e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık*" hallerinin, konumuza bir bakımdan benzer şekilde fesih için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Askı hali olarak ifade edilen bu durumlarda; haklı nedenle fesih bakımından işverenin iş sözleşmesini maddede belirtilmiş olan nedenler haricinde haklı bir nedenle sona erdirebileceği, süreli fesih açısından ise kural olarak sözleşme askı halindeyken bildirim yapılabileceği ancak yapılan bildirim askı süresi boyunca işlemeyeceği ifade edilmektedir³⁷. İş Kanunu geçici madde 10'a gelindiğinde de hükmün getirilmesindeki amacın, bahsetmiş olduğumuz fesih sınırlamalarına paralel bir şekilde; işçilerin ve iş ilişkilerinin korunması olduğu rahatlıkla söylenebilecektir ve bu nedenle benzer bir sonuca varılması mümkün görünmektedir. Pandemiye ilişkin dönemin etkisiyle gelirin ne ifade ettiğine baktığımızda ise söz konusu dönemde gelir; işyerinde işgörme borcunu yerine getiren işçi için ücret, kısa çalışmaya tabi işçi için kısa çalışma ödeneği, ücretsiz izne çıkarılmış olan işçi açısından ise nakdi destektir.

³⁵ Çil, 206; Alpagut, 94.

³⁶ Çil, 206.

³⁷ Alpagut, 94.

Konuya daha yakından bakacak olursak; getirilmiş olan fesih yasağı süresi içerisinde işverence fesih yapılması halinde, fesih bildiriminin yasak süresinin sonunda hüküm doğurması ile sözleşmenin işverenin haksız feshi nedeniyle derhal sona ermesi şeklinde farklı ihtimaller söz konusu olabilecektir. İlk ihtimal benimsendiğinde işçinin gelir güvencesi fesih yasağı süresince korunmuş olacaktır ve bildirim süreleri yasağın sonunda işlemeye başlayacaktır. İkinci ihtimalde ise sözleşme haksız fesih ile derhal sona ereceği için yasak süresinin sonuna ilişkin herhangi bir bekleme olmaksızın iş güvencesine tabi olan işçi işe iade davası açabilecektir. Bununla birlikte fesih yasağı süresine ilişkin haklarını ilave olarak talep etmesinin mümkün olduğu öğretilmektedir. Nihayetinde hangi fikir benimsenirse benimsensin işçi yasak süresine ait haklarından mahrum bırakılmamaya çalışılmakta ve ilk ihtimalde ücret, ikinci ihtimalde ise tazminat olarak söz konusu haklarını elde etmektedir.

Fesih yasağı ile ilgili gündeme gelebilecek bir diğer soru da; iş sözleşmesinin fesih yasağı düzenlemesi öncesinde (17/04/2020 öncesi), işveren tarafından İş Kanunu m. 17'ye göre feshi ve yasak süresiden önce bildirim süresinin işlediği durumda ne olacaktır. Öğretilmektedir, konu 7226 sayılı Kanun'un sürelerle ilişkin düzenleme getiren geçici 1. maddesi ile birlikte değerlendirilerek; bildirim sürelerinin durmasını ya da uzamasını gerektiren bir neden bulunmadığı ve yenilik doğurucu irade beyanının yasağa ilişkin olmayan

³⁸ Alpagut, 95; Çil ise feshin haklı veya geçerli yahut da haksız şekilde yapılmış olmasına göre farklı tazminat miktarlarının söz konusu olabileceğini belirtmektedir (Çil, 208).

dönemde açıklanmış olması halinde sürelerin işleminin hak kaybına neden olmayacağı ifade edilmiştir³⁹.

III. ÜCRETSİZ İZİN

A. Genel Olarak

7244 sayılı Kanun'un işverenin fesih yasağı haricinde düzenleme getirdiği bir diğer konu, işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarma hakkıdır. İş Kanunu geçici madde 10 f. 2'de işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarma hakkı şu şekilde düzenlenmiştir; *“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiyeye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez”*. Fesih yasağında da belirtmiş olduğumuz üzere, maddenin yürürlüğe girdiği tarih 17/04/2020'dir; ancak yine fesih yasağı hususunda belirtmiş olduğumuz üzere Cumhurbaşkanı, 7252 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış olan dördüncü fıkraya dayanarak uzatım yetkisini birden fazla kez kullanmış ve son olarak 09/03/2021 tarihli ve 31418 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3592 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile geçici 10. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen sürelerin 17/03/2021 tarihinden itibaren iki ay uzatılmasına karar vermiştir.

Sözleşmesel ilişkide; işçi işgörmek işveren ise görülen iş karşılığında işçiyeye ücret ödemekle yükümlüdür. Bu borçların askıya alınması; iş sözleşmesinde esaslı değişiklik anlamına gelecektir ve bu doğrultuda normal şartlar altında işverenin işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarması mümkün

³⁹ Alpagut, 97-98.

değildir ve işveren ancak İş Kanunu m. 22’de düzenlendiği üzere işçinin yazılı onayını alarak veya bir anlaşma yaparak onu ücretsiz izne çıkarabilecektir⁴⁰. Genel kural bu olmakla birlikte; İş Kanunu geçici madde 10 f. 2 ifadesinden de anlaşıldığı üzere, işveren tek taraflı olarak işçiyi tamamen ücretsiz izne ayırabileceği gibi kısmi süreli olarak da ücretsiz izin uygulayabilecektir. Kanunda işverenin işçisini ücretsiz izne çıkarması için herhangi bir şart öngörülmemiştir ve fesih yasağı getirilmiş olması da dikkate alındığında amacın istihdamın devamını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Kanunda herhangi bir şart getirilmemiş olmakla birlikte genel olarak işverenlerin ücretsiz izin uygulamasına gitmelerinin; işyerinde hastalık bulaş riskinin önlenmesi, siparişlerde azalma olması, sokağa çıkma yasağına tabi olma gibi çeşitli nedenlere dayanabileceği öğretide ifade edilmektedir⁴¹. Yine öğretideki bir görüş; işçinin tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılmasının, nakdi ücret desteği-kısa çalışma ödeneği farkı dikkate alındığında işçi açısından gelir kaybına neden olduğunu ve bu nedenle de uygulamanın kötüniyetli davranışlara bir geçerlilik kazandırabileceğini ifade etmekte ve amaca uygun şekilde yorum yapılarak ücretsiz izne çıkarmanın sadece salgından etkilenen işverenlerce uygulanabileceğinin kabulünün gerektiğini belirtmektedir⁴².

⁴⁰Nurşen Caniklioğlu, “7244 Sayılı Kanunla İşverenlere Tanınan İşçiyi Tek Taraflı Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Uygulaması”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 204, Aralık 2020, https://3c9c2949af27069aacb8197511153e6267a3cf30.vetisonline.com/mevzuat/mevbank/dergi/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi_mdergi_/2020-aralik-sayi204_mdergi_8725a-00_/7244-sayili-kanunla-isverenlere-taninan-isci-yi-tek-taraflı-uccretsiz-izne-cikarma-yetkisi-ve-uygulamasi.html (11 Mart 2021), 1.

⁴¹ Alpagut, 82.

⁴² Tankut Centel, “Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 43, 2020, 22.

Öğretideki diğer bir görüş ise; 7244 sayılı Kanun ile işverenlere getirilen fesih yasağını da göz önünde bulundurarak işverence tek taraflı ücretsiz izin uygulanması için işverenin salgın hastalıktan etkilenmiş olması, zorlayıcı nedenlerin varlığı gibi koşulların gerektiği yönünde bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını ve düzenlemenin getiriliş amaçları arasında işverenlerin fesih yasağından olumsuz etkilenmesinin önlenmesinin de bulunduğunu belirtmektedir⁴³. Yine öğretilerde; ücretsiz izin uygulamasının, fesih yasağının tam bir alternatifi olmadığı ancak ikisi arasındaki ilişkinin görmezden gelinemeyeceği belirtilmekte ve işverenin işçi ile yapmış olduğu sözleşmede ilişkinin devamı işveren açısından beklenemez hale gelmişse veya m. 25/II boyutuna varmayan geçerli yahut da fesih yasağı kapsamında kalan haklı nedenler ortaya çıkmışsa normalde iş sözleşmesini feshedebilecek olan işveren fesih yasağı sebebiyle sözleşmeyi sona erdiremediği için ortaya çıkan bu ölçüsüz durumun tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma yoluyla aşılabileceği kanaatimizce de haklı olarak ifade edilmektedir⁴⁴.

Düzenlemenin kapsamına bakıldığında maddenin ilk fıkrasına atıf yapılmamakta ve oradaki “*Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi*” ifadesi de ikinci fıkrada geçmemektedir ancak öğretilerde kanımızca da isabetli olarak hükmün ilk fıkra ile bütünlüklü bir şekilde yorumlanması gerektiği ve bu imkândan tüm işverenlerin yararlanabileceği ifade edilmektedir⁴⁵.

⁴³ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 3; Çil, 210.

⁴⁴ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 3; Erhan Birben, “7244 Sayılı Kanun Uyarınca İşverenin İşçiyi Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sınırları”, İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni, Haziran 2020, 95.

⁴⁵ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 4.

Ücretsiz izne çıkarmanın işçiye bildirimine ilişkin olarak herhangi bir şekil şartı getirilmemiştir. Bu doğrultuda işveren, ücretsiz izne çıkarıldığı bildirimini işçiye elektronik posta veya duyuru şeklinde de yapabilecektir⁴⁶. Bildirimde işçiye ücretsiz izne çıkarıldığı ve bunun süresi gösterilmelidir.

Ücretsiz izin; kısa çalışmadan farklı olarak işin tamamen durması veya çalışma sürelerinde önemli ölçüde azalma olması gibi şartlara bağlı olmaması nedeniyle, faaliyetin sürdürüldüğü işyerlerinde eşitlik ilkesi gözetilmek suretiyle bir kısım işçi için uygulanabilecektir ancak bu durumda işverenin bazı işçileri çalıştırmaya devam ederken bazılarını ücretsiz izne çıkarmasını objektif bakımdan haklı gösterecek nedenleri ortaya koyması gerekmektedir⁴⁷.

Ücretsiz izin döneminde işçinin en temel borcu olan işgörmeye borcu askıya alınmakta ve işverenin de işçiye ücret ödeme borcu olmamaktadır. Bu dönemde tarafların bunların dışında kalan yan yükümlülükleri ise devam etmektedir. İşçinin sadakat borcu, işverenin ise işçiyi koruma ve gözetme borcu uygulanmaya devam etmektedir. İşçinin ücretsiz izin döneminde başka bir yerde çalışıp çalışamayacağı sorusuna işçinin bu dönemde işverene karşı işgörmeye borcu altında olmaması sebebiyle öğretide olumlu şekilde cevap verilmektedir ancak TBK m. 396 gereğince işçinin ücretsiz izinli olduğu dönemde de sadakat borcu devam ettiği için rakip firmalarda çalışmaması gerekmektedir⁴⁸. Ayrıca eklemek gerekir ki; işçinin bu dönemde çalışması, kendisine ödenen nakdi ücret desteğinin kesilmesini de sonuçlayacaktır.

İşverenin tek taraflı ücretsiz izne çıkarma yetkisinin 17/04/2020 tarihinden sonra işe giren işçiler için de mümkün olup olmadığı hususuna

⁴⁶ Çil, 210; Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 5.

⁴⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 625; Alpagut, 82; Çil, 212.

⁴⁸ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 5.

baktığımızda; öğretide işçinin tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılmasının temelinde fesih yasağının işveren üzerinde yarattığı olumsuz etkiyi giderme amacının yanı sıra işçiye sağlanan nakdi ücret desteği ile işçinin geçimini temin için bir destek elde ettiği düşüncesinin bulunduğu ve 17/04/2020 tarihinden sonra işe alınan işçilerin bu destekten yararlanmasının mümkün olmadığı ifade edilerek söz konusu tarihten sonra işe alınan işçiler açısından işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma yetkisinin bulunmadığı belirtilmektedir⁴⁹.

Belirli süreli iş sözleşmesi, işverence ücretsiz izne ayrılmak suretiyle askıya alınmışsa; askı süresinde sözleşme süresi işlemeyeceği ve benzer şekilde deneme süreli iş sözleşmesinde işçi ücretsiz izne çıkarılmış ise bu askıda geçen sürenin deneme süresi bakımından dikkate alınmamasının isabetli olacağı belirtilmektedir⁵⁰.

Öğretide; ücretsiz izinde geçen sürenin yıllık izne esas sürenin hesabında kural olarak dikkate alınmayacağı, ancak zorlayıcı sebeplere bağlı olarak işverenin ücretsiz izin uygulaması halinde çalışılmayan sürenin ücretsiz izinde geçen on beş günlük kısmının İş Kanunu m. 55/d gereğince yıllık izin hesabında dikkate alınacağı ve kıdem tazminatı hesabında da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁵¹. Yargıtay uygulamasında da ücretsiz izinde geçen sürelerin; ücret ve ikramiyeye hak kazandırmayacağı ve kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir⁵². Öğretide içinde

⁴⁹ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 5-6.

⁵⁰ Çil, 211; Caniklioğlu, Fesih Yasağı, 112.

⁵¹ Çil, 215.

⁵² “Öte yandan ücret çalışma karşılığı olup, işçinin fiilen çalışmadığı dönem için ücret alacağına hak kazanması mümkün değildir. Aynı nedenle ücretsiz izinde geçen dönem için ikramiye alacağına koşulları da oluşmamıştır. Dairemiz uygulamasına göre ücretsiz izinde geçen askı süresi için kıdem tazminatı hesabı da yapılamaz. Böyle olunca

bulduğumuz olağanüstü durumu da dikkate alan karşı yöndeki görüşe göre ise; ücretsiz izin süresi, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı ve iş ilişkisi bu süre zarfında devam ettiği için kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmalıdır⁵³. Öğretide savunulan ve hatta Roma Hukuku'nda dahi bazı durumlarda benimsenen fikre göre; işçinin kendi kusuruna dayanmayan nedenlerle iş görme borcunu yerine getiremediği durumlar için haklarından yoksun kılınması iş hukukunun izlediği amaçlar arasında yer almamaktadır⁵⁴.

Ücretsiz izne çıkarmada akla gelebilecek bir diğer konu, ücretsiz izin sırasında işyerine yeni işçi alınıp alınamayacağıdır. Ücretsiz izne çıkarılan işçilerin yerine yeni işçi alınamayacağı ve şayet alınırsa da ücretsiz izne çıkarılan işçinin ücret farkını, Kurum'un da vermiş olduğu nakdi ücret desteğini işverenden talep edebileceği; ancak ücretsiz izne çıkarılan işçilerinkinden farklı bir iş gücü ihtiyacı halinde yeni işçi alınabileceği öğretide belirtilmektedir⁵⁵. Ayrıca altmış beş yaş üzeri işçilerle kronik rahatsızlığı bulunan işçilerin yerine de ücretsiz izin süresince işçi alınabileceği ve bu yeni alınan işçilerle belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği de öğretide ifade edilmektedir⁵⁶.

Kanunda belirttiğimiz üzere herhangi bir koşula bağlanmamış olmakla birlikte, bütün haklar gibi işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarma hakkının da dürüstlük kuralına uygun ve amacıyla bağdaşır şekilde kullanılması gerektiğine

davacının fiilen çalışmasının kanatlanamadığı ücretsiz izin dönemi için ücret, ikramiye ve kıdem tazminatı hesabı yapılması hatalı olup kararın bu yönü ile bozulması gerekmektedir.” Yarg. 9. HD., 04.03.2020 T., 2016/15183 E., 2020/3692 K. (Çil, 215).

⁵³ Centel, 22; Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 6.

⁵⁴ Centel, 23; Hazal Urgan Çalışkan, “Bir Öteki Roma Müessesesi: Hizmet Akdi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan), C. 23, S. 3, 2017, 406-407.

⁵⁵ Alpagut, 87; Çil, 212.

⁵⁶ Alpagut, 87.

şüphe yoktur⁵⁷. Pandeminin söz konusu işyeri bakımından bir etkisinin olmadığı hallerde ya da etkisinin ortadan kalkmasına rağmen, işverenin ücretsiz izne çıkarma hakkına başvurması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır. İş Kanunu m. 22'deki esaslı değişiklik hükümlerinin bir tarafa bırakılarak işverence verilecek bir kararla ücretsiz izin uygulamasının kabulü ve bu durum için fesih yasağı hali öngörülerek, işçiye 47,70 TL'lik düşük bir nakdi destek sağlanması karşısında TMK⁵⁸ m. 2 kapsamındaki denetim önem arz etmektedir. Aykırılığın tespiti halinde; işverenden ücret farkının talep edilebileceği ve ayrıca Kurum'un da işverenden işçi için ödediği nakdi desteğini talep edebileceği belirtilmektedir⁵⁹.

Son olarak eklememiz gerekir ki; tek taraflı ücretsiz izne çıkarma hakkının işçiler arasında eşitlik ilkesine uygun bir şekilde uygulanması gerekmektedir, aksi takdirde işveren eşit davranma borcuna aykırı davranmış olur⁶⁰. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde işçinin, çalışmaya devam eden aynı durumdaki işçinin ücreti ile nakdi ücret desteği arasındaki farkı işverenden talep edilebileceği ve hatta iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği çünkü feshin bu durumda ücretsiz izne çıkarılmaya değil de işverenin eşit davranma borcuna aykırı eylemine dayandığı ve bunun da İş Kanunu geçici madde 10 f. 2'deki yasağa aykırılık oluşturmayacağı kanaatimizce de haklı olarak ifade edilmektedir⁶¹.

⁵⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 625; Alpagut, 83.

⁵⁸ RG, 08.12.2001, 24607.

⁵⁹ Alpagut, 83; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 626.

⁶⁰ Alpagut, 82; Çil, 212.

⁶¹ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 7; Çil, 213.

B. Nakdi Ücret Desteği

İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 24 ile getirilmiş olan düzenlemeler uyarınca 17/04/2020 tarihinden itibaren işçilerini ücretsiz izne çıkarabilecek olan işverenin ücretsiz izne çıkarmış olduğu işçilerine işsizlik sigortası fonundan günlük 39,24 (47,70) TL ücret desteği ödenecektir⁶².

Destek, İş Kanunu geçici madde 10'da getirilmiş olan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, söz konusu süre içerisinde işçilerin ücretsiz izinde buldukları süre için verilecektir. Eklememiz gerekir ki; nakdi ücret desteğinden süreye ilişkin aynı şartlarla, maddede belirtildiği üzere 15/03/2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi feshedilen ancak çalışma süresi ve prim ödeme gün sayısı nedeniyle işsizlik sigortası kapsamına giremeyen işçiler de yararlanacaklardır.

İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 24'ün son fıkrasında Bakanlık, nakdi ücret desteğine ilişkin ödeme usul ve esaslarını belirleme ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme konusunda yetkilendirilmiş ve bu kapsamda "4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Geçici 24'üncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar"⁶³ hazırlanarak başvuru esasları, ödeme

⁶² 13/01/2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 3423 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile destek miktarında 2021 Ocak döneminden itibaren geçerli olmak üzere %21,56 oranında bir artış yapılmıştır.

⁶³ 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Geçici 24'üncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar, http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812/duyuru_22042020_01.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CA_CHEID=aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812 (10 Mart 2021).

süresi, ödeme tutarı, prim ödemeleri, hak düşürücü sebepler, yaptırımlar gibi hususlar burada düzenlenmiştir.

C. Yaptırımlar ve Hak Düşürücü Sebepler

İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 24’te nakdi ücret desteği düzenlenirken, nakdi ücret desteğinden faydalanma süresinde işçinin fiilen çalıştırıldığına tespiti halinde uygulanacak yaptırım da hemen ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre; *“Birinci fıkra kapsamında ücretsiz izne ayrılarak nakdi ücret desteğinden yararlanan işçinin fiilen çalıştırıldığına tespiti halinde işverene, bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırıldığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihteki 4857 sayılı Kanununun 39 uncu maddesinde belirlenen aylık brüt asgari ücret tutarında çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince idari para cezası uygulanır ve ödenen nakdi ücret desteği ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir”*.

Ayrıca amacına aykırı bir biçimde işçinin işverence tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılması sonucunda da işçinin TBK m. 408⁶⁴ uyarınca işverenden ücretinin tamamını isteyebilecektir ancak işçi bu dönemde nakdi ücret desteği almışsa işverenden ücreti ile nakdi ücret desteği arasındaki farkı talep edebileceği öğretide belirtilmektedir⁶⁵. Bu noktada Türkiye İş Kurumu’nun işverenden işçiye ödenen nakdi ücret desteğini geri isteyip isteyemeyeceğinin de ayrıca değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

⁶⁴ “İşveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”

⁶⁵ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 7-8.

İşçinin, kanuna aykırı bir biçimde ücretsiz izne çıkarılması halinde başvurma ihtimali bulunan diğer imkânlar ise; işverenin amaca ya da eşitliğe aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan ücretsiz izin uygulaması halinde işçi açısından çalışma koşullarının uygulanmamış olması nedeniyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi ve işçinin yazılı onayı yokken ve kanuna aykırı şekilde işçinin tamamen ücretsiz izne çıkarılmasının işverence yapılan bir haksız fesih olarak değerlendirilmesi ihtimalleridir⁶⁶.

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 24'üncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar m. 9 f. 2'de ise hak düşürücü bir sebep olarak şu düzenleme getirilmiştir; “*Nakdi ücret desteğinden yararlanan dönemde, aynı veya başka bir işyerinde işe başlanması ve/veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı alınmaya başlanması halinde nakdi ücret desteği kesilir*”.

D. Genel Sağlık Sigortalısı Olma

Yine İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 24'e baktığımızda, maddenin üçüncü fıkrasında; madde kapsamında nakdi ücret desteğinden yararlananlardan 5510 sayılı Kanun⁶⁷'a göre genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına girmeyenlerin, aynı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacağı ve genel sağlık sigortasına ilişkin primlerinin fondan karşılanacağı düzenlenmiştir.

⁶⁶ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 8.

⁶⁷ RG, 16.06.2006, 26200.

E. Ücretsiz İzin Uygulamasının İşçiye Haklı Nedenle Fesih Hakkı Vermemesi

İş Kanunu geçici madde 10 f. 2’de, işçinin ücretsiz izne ayrılma gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceği düzenlenmiştir. Düzenlemenin iş gücünün korunması yanında, ücret yükünü hafifletmek isteyen işvereni ücretsiz izin nedeniyle kıdem tazminatı gibi büyük bir yükün altına sokamamak amacıyla getirilmiş olduğu da ifade edilmektedir⁶⁸.

Kanunda sadece işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceği ibaresinin bulunması karşısında, işçinin süreli feshe başvurup başvuramayacağı hususu değerlendirilebilir görünmektedir. Süreli fesihte, işçinin herhangi bir nedene dayanma zorunluluğu bulunmadığı için bu hususun fesih sınırlandırmasını dolanma amacı taşıdığı akla gelebilirse de; sınırlandırmanın amacı dikkate alındığında, iş gücünün korunması yanında, işçinin feshi haklı nedenle olmadığı için kıdem tazminatı alma ve nakdi ücret desteğine göre daha yüksek tutarda olan işsizlik sigortasına başvuru imkânlarının olmadığı görülmektedir ve ayrıca ilgili maddenin komisyonlara sevk edilen gerekçe metninde “*geçerli sebebe dayanarak sözleşmeyi feshedememesi amaçlanmaktadır*” ifadesi yer almaktayken, kanunlaşan metinde sadece haklı nedenle fesihten bahsedilmesi süreli feshi mümkün göstermektedir⁶⁹. İşçinin iş sözleşmesini gerekçenin komisyonlara sevk edilen metninde ismi “geçerli nedenle fesih” olarak hatalı belirtilmiş olan, süreli feshe başvurarak sona erdirmesi halinde kıdem tazminatı doğmamakta ve bu sona erme hali işçiye 4447 sayılı kanun madde 51 uyarınca işsizlik sigortasından yararlanma

⁶⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 625; Alpagut, 88.

⁶⁹ Alpagut, 88.

imkânında sağlamamaktadır. Bu nedenlerle, düzenlemelerle getirilmek istenen amaç gözetildiğinde işçinin iş sözleşmesini süreli fesih ile sona erdirme imkânı olduğu ifade edilmektedir⁷⁰.

Ücretsiz izin süresince işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu m. 24/I uyarınca haklı nedenle feshi mümkün olduğu gibi m. 24/II kapsamında da feshi, sadece 24/II-(e) haricinde, mümkündür. İş Kanunu m. 24/III'e gelindiğinde ise; İş Kanunu m. 40 uyarınca ilk bir haftalık sürede işçi yarım ücrete hak kazanmakta, sonrasında ise işverenin ücret ödeme borcu söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda, zorlayıcı sebebin ilk haftasından sonraki süre adeta ücretsiz izin tarzı bir etkide bulunmaktadır ve bu nedenle öğretide bir görüş tarafından ücretsiz iznin haklı nedenle fesih imkânı vermemesine paralel olarak İş Kanunu m. 24/III uyarınca zorlayıcı sebeple de haklı nedenle fesih imkanının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁷¹.

İş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesinin ise mümkün olduğu, ikalenin geçerlilik şartlarına uyulmasının her zamanki gibi önem arz ettiği ve dolayısıyla teklifin işverenden gelmesi halinde makul yararın aranacağı öğretide ifade edilmektedir⁷².

İş Kanunu'na geçici madde 10'u getiren 7244 sayılı Kanun'da, işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarma hakkı 17/04/2020 tarihi ve sonrası için tanınmıştır. Anılan tarihten önce işverenin işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma imkânı bulunmamaktadır. Şayet işçinin onayı alınarak ücretsiz izin uygulanmışsa da nakdi ücret desteği 17/04/2020 tarihi itibarıyla uygulanacaktır.

⁷⁰ Alpagut, 88.

⁷¹ Alpagut, 89.

⁷² Alpagut, 89.

Son olarak eklememiz gerekir ki öğretide; yukarıda da ifade etmiş olduğumuz şekilde işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde, işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedebileceği çünkü feshin işçinin ücretsiz izne çıkarılmasına değil de işverenin eşit davranma borcuna aykırı eylemine dayandığı ve bunun da İş Kanunu geçici madde 10 f. 2'deki yasağa aykırılık oluşturmayacağı vurgulanmaktadır⁷³. Öğretide bir diğer görüş ise; işverenin ayrımcılık yasağına aykırı olarak işçiyi ücretsiz izne çıkarmasının işveren feshi olarak kabul edilebileceğini, işçinin ücretsiz izne çıkarılma nedeni ile iş sözleşmesini feshedememesinin geçerli bir ücretsiz izin uygulaması için söz konusu olduğunu ve geçerli bir ücretsiz izin uygulamasının olmaması halinde işçinin iş sözleşmesini iş şartlarının uygulanmaması nedeni ile yine haklı nedenle feshedebileceğini belirtmektedir⁷⁴.

IV. KISA ÇALIŞMA

A. Genel Olarak

İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 2⁷⁵'de kısa çalışma düzenlenmiştir. Hukuk sistemimizde kısa çalışma; öngörülmuş olan hallerin ortaya çıkması ve

⁷³ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 7; Çil, 213.

⁷⁴ Birben, 98-99.

⁷⁵ Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği

Ek Madde 2 – (Ek: 15/5/2008-5763/18 md.; Değişik: 13/2/2011-6111/73 md.)

Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir.

Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların da görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

şartların yerine getirilmesiyle, sigortalının prim ödeyerek katkıda bulunduğu sigorta kolundan gelirini kaybetme riskine karşı korunmasını amaçlamaktadır⁷⁶. Ayrıca kısa çalışma uygulaması sadece işçiler açısından değil; işverenler ve devlet açısından da işsizlik oranının artmaması, ekonominin canlı tutulması gibi önemli işlevler görmektedir. Kısa çalışmanın aynı zamanda feshin son çare olması kapsamında başvurulabilecek esnek bir vasıta olduğu da belirtilmektedir⁷⁷. Nitekim pandemi döneminde 7226 sayılı Kanun ile İşsizlik Sigortası Kanunu'na geçici 23. madde⁷⁸ getirilmiş ve ek madde 2 yollamasıyla

Kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir.

Günlük kısa çalışma ödeneği; sigortalının son oniki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 sayılı Kanunun 39 uncu maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 5510 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür.

Zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma yapılması halinde, kısa çalışma ödeneği ödemeleri 4857 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin (III) numaralı bendinde ve aynı Kanunun 40 ncı maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar.

Bu maddede yer alan kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir.

İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir.

⁷⁶ Yasemin Yücesoy, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma ile Salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, 27 vd.

⁷⁷ Alpagut, 83; Yücesoy, 27 vd.

⁷⁸ Geçici Madde 23- (Ek:25/3/2020-7226/41 md.)

30/6/2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvuruları için, ek 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi

İşsizlik Sigortası Kanunu m. 50 ve 51’de öngörülmüş olan gerekli şartlarda bazı değişiklikler yapılarak kısa çalışmadan yararlanma kolaylaştırılmıştır. Eklememiz gerekir ki; önceleri İş Kanunu m. 65’te yer alan kısa çalışma ve kısa çalışmadan yararlanma koşulları, pandemiden çok daha öncesinde İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 2’deki yerini almış ve ek madde 2’de de yapılan bazı değişikliklerle kısa çalışmadan yararlanma çeşitli açılardan kolaylaştırılmıştır⁷⁹.

İlk bölümde İş Kanunu’nu haricinde, İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 23’te de kısa çalışma başvurusunda bulunan işverenler için bir fesih yasağı öngörüldüğünden bahsetmiştik⁸⁰. İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 23’te yer alan fesih yasağı, sadece kısa çalışma yapan işverenlere yönelik olduğu için; İş Kanunu geçici madde 10’da düzenlenmiş olan fesih yasağına kıyasla çok daha dar kapsamlıdır⁸¹. Ayrıca İş Kanunu geçici madde 10’da feshe aykırılığın hukuki yaptırımını doğrudan düzenlenmemişken; İşsizlik Sigortası

olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olması şeklinde uygulanır. Bu koşulu taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam eder.

Bu madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Bu madde kapsamında yapılan başvurular, uygunluk tespitleri hariç olmak üzere başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılır.

Bu madde kapsamında yapılan başvuru tarihini ve/veya kısa çalışma ödeneğinin süresini sektörel olarak ayrı ayrı veya bir bütün olarak 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya ve birinci fıkrada belirlenen günleri farklılaştırmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir.

⁷⁹ A. Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, 694 vd.; Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, 736.

⁸⁰ Yukarıda; Bölüm I, A.

⁸¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 620.

Kanunu geçici madde 23'te yer alan fesih yasağına aykırılığın hukuki yaptırımının kısa çalışmanın geçersiz sayılması olduğu ve aykırılık halinde işverenin, işçilerine ödenen kısa çalışma ödeneklerini Kurum'a faizi ile birlikte ödemek durumunda kalacağı anılan düzenlemeden anlaşılmaktadır⁸².

B. Kısa Çalışma – Ücretsiz İzne Çıkarma İlişkisi

İş Kanunu geçici madde 10 hükmü getirilirken aynı zamanda İşsizlik Sigortası Kanunu'na da geçici 24. madde⁸³ getirilmiş ve nakdi ücret desteği kabul edilmiştir. Maddede “...işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler...” ifadesiyle, madde lafzı

⁸² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 624; Göktaş, 288.

⁸³ Geçici Madde 24 – (Ek:16/4/2020-7244/7 md.)

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 yaşlılık aylığı almamak kaydıyla ve 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde buldukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, Fondan günlük 39,24 Türk lirası nakdi ücret desteği verilir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılamaz.

Birinci fıkra kapsamında ücretsiz izne ayrılarak nakdi ücret desteğinden yararlanan işçinin fiilen çalıştırıldığı tespit edildiğinde işverene, bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırıldığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihteki 4857 sayılı Kanunun 39 uncu maddesince belirlenen aylık brüt asgari ücret tutarında çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince idari para cezası uygulanır ve ödenen nakdi ücret desteği ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir.

Bu madde kapsamında nakdi ücret desteğinden yararlananlardan 5510 sayılı Kanuna göre genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına girmeyenler, aynı Kanunun 60 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve genel sağlık sigortasına ilişkin primleri Fondan karşılanır.

Bakanlık, nakdi ücret desteğine ilişkin ödeme usul ve esaslarını belirlemeye ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye yetkilidir.

bakımından sorunlu olsa da, nakdi ücret desteğinden yararlananların belirtilmek istendiği açıktır.

Kısa çalışma ücretinin 2146,50-5366,25 TL arasında bir tutar olmasına karşılık, nakdi ücret desteğinin 1431,00 TL olması nedeniyle arada ciddi bir fark bulunmaktadır. Bu nedenle; işverenin kısa çalışmadan yararlanma şartlarını sağlayan işçiler açısından kısa çalışmaya başvurmayarak direkt olarak ücretsiz izin yoluna gitmesi halinde işçinin, kısa çalışma ücreti ile nakdi ücret desteği arasındaki farkı talep etmesinin mümkün olduğu öğretide ifade edilmektedir⁸⁴. Aynı yöndeki bir başka görüşe göre ise işçi böyle bir durumda işverenin kötüniyetle hareket etmiş olduğunu kanıtlamalıdır⁸⁵. Getirilen düzenlemeler dikkate alındığında, kısa çalışmadan yararlanma imkânı olmasına rağmen işverenin kısa çalışmaya başvurmaksızın işçiyi doğrudan doğruya ücretsiz izne çıkarmasının TBK m. 417’de dürüstlük kuralıyla bağlantılı olarak düzenlenmiş olan işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturacağı belirtilmektedir⁸⁶.

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise; her ne kadar işverenin koşulların varlığı halinde öncelikle kısa çalışmaya başvurması isabetli ise de kısa çalışma uygulamasının uygunluk tespitinin sonradan yapılacak olması nedeniyle uygulamanın Kurum tarafından kabul edilmemesi ve işçiye yapılmış olan ödemelerin tümünün işverenden tahsil edilmesi riski göz önünde bulundurulduğunda ücretsiz iznin işveren açısından daha güvenli bir yol olarak değerlendirilebileceği ve bu nedenle de kısa çalışmaya başvurmayan işverenin kötüniyetli olduğu yönünde peşin bir yargıya varılamayacağı ifade edilmektedir⁸⁷. Aynı yöndeki bir başka görüşe göre de; kısa çalışma için

⁸⁴ Alpagut, 84.

⁸⁵ Centel, 22.

⁸⁶ Alpagut, 83.

⁸⁷ Çil, 213-214.

koşullar mevcut olsa da işverenin bu yola başvurmak yerine daha güvenli gördüğü ücretsiz izin seçeneğini kullanması, işçiye işverenden kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteği arasındaki farkı talep hakkı vermez ancak eşitlik ilkesine aykırılık halleri saklıdır⁸⁸.

V. SONUÇ

Hukukumuzda pandeminin çalışma yaşamına etkilerinin azaltılması amacıyla, kısa süre içerisinde birçok yeni düzenleme yapılmıştır. Salgının zorlayıcı sebep olarak kabul edilmesi ve işverenin beyanının esas alınması suretiyle kısa çalışma uygulaması kolaylaştırılmış, ahlak ve iyiniyete aykırılık halleri dışında işverenlerin fesih hakkı sınırlandırılmıştır. Aykırılık halinde, kısa çalışma geçersiz sayılacak ve işverenin işçilerine ödenen kısa çalışma ödenekleri işverence Kurum'a faizi ile birlikte geri ödenecektir.

İş Kanunu geçici madde 10 düzenlemesiyle de işverenler için getirilmiş olan fesih yasağının kapsamı genişletilmiş, bunun karşılığında da işverenlere işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma hakkı verilerek işçinin söz konusu ücretsiz izni haklı fesih nedeni yapamayacağı kaleme alınmıştır. Yine İş Kanunu geçici madde 10'da fesih yasağına aykırı davranan işveren veya işveren vekili için idari para cezası öngörülmüştür, hukuki yaptırım hususu ise tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce feshin geçersizliğidir.

Bir başka düzenleme de İşsizlik Sigortası Kanunu geçici 24. madde ile getirilen; kısa çalışmadan yararlanamayan işçiler ve ücretsiz izne ayrılan işçiler için öngörülmüş olan nakdi ücret desteğidir.

⁸⁸ Caniklioğlu, Ücretsiz İzin, 7.

Son olarak, Covid-19'un ortaya çıkış ve yayılma hızı dikkate alındığında bazı geçici düzenlemeler yapılması anlaşılabilirse de benzer muhtemel bir salgın ya da afet halini de kapsayacak şekilde iş gücünün sürekliliğini, ekonomik istikrarı ve işçiyi koruyucu genel düzenlemeler yapılmasının gerekli olduğu kanısında olduğumuzu belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, **Çimento İşveren Dergisi**, C. 34, Mayıs 2020, 16-71.
- Akyiğit, Ercan: **İş Hukuku**, 12. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Alpagut, Gülsevil: “Pandemi’nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden”, Gülsevil Alpagut (Ed.), **Pandemi Sürecinde İş Hukuku** içinde (61-99), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Birben, Erhan: “7244 Sayılı Kanun Uyarınca İşverenin İşçiyi Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sınırları”, **İzmir Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Pandemi Özel Bülteni**, Haziran 2020, 87-99.
- Caniklioğlu, Nurşen: “7244 Sayılı Kanunla İşverenlere Tanınan İşçiyi Tek Taraflı Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Uygulaması”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S. 204, Aralık 2020, https://3c9c2949af27069aacb8197511153e6267a3cf30.vetisonline.com/mevzuat/mevbank/dergi/lebib-yalkin-mevzuat-dergisi_mdergi_/2020-aralik-sayi204_mdergi_8725a-00_/7244-sayili-kanunla-isverenlere-taninan-isci-yi-tek-tarafl-i-uc-retsiz-iz-ne-cik-ar-ma-yet-kisi-ve-uy-gu-la-ma-s-i.html (11 Mart 2021), 1-12, (Ücretsiz İzin).
- Caniklioğlu, Nurşen: “Yeni Koronavirüs (Covid 19) Pandemi Sürecine Özgü Bir Düzenleme: İş Sözleşmelerini Fesih Yasağı ve Kapsamı”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, S. 202, Ekim 2020, 107-112, (Fesih Yasağı).
- Centel, Tankut: “Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 43, Temmuz 2020, 11-29.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu, Nurşen ve Canbolat Talat: **İş Hukuku Dersleri**, 33. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.
- Çil, Şahin: **Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ekmekçi, Ömer: “Covid-19 Döneminde Fesih Yasağı, Kapsamı ve Yasağa Aykırılığın Sonuçları”, Muhammet Özeker (Ed.), **COVID-19 Salgınının Hukuki Boyutu: Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler** içinde (695-712), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- Göktaş, Seracettin: “Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 43, Temmuz 2020, 274-299.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza ve Caniklioğlu, Nurşen: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 18. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş: **İş Hukuku Ders Kitabı**, C. 1, 3. Bs., Ankara, Lykeion Yayınları, 2019.
- Özkaraca Ercüment ve Ünal Adınır, Canan: “Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgını Kapsamında Kısa Çalışma, Ücretsiz İzin ve Fesih Yasasının İşçinin Hizmet Süresine Etkisi”, **Çimento İşveren Dergisi**, C. 34, Temmuz 2020, 20-37.
- Süzek Sarper: **İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku)**, 20. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.
- Tuncay, A. Can ve Ekmekçi, Ömer: **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, 20. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.
- Ungan Çalışkan, Hazal: “Bir Öteki Roma Müessesesi: Hizmet Akdi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan)**, C. 23, S. 3, 2017, 395-415.
- Yücesoy, Yasemin: **Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma ile Salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Elektronik Kaynaklar

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2812.pdf>

http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812/duyuru_22042020_01.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812