

## İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASI VE ÜCRETSİZ İZİNLER

*Prof. Dr. Sarper SÜZEK\**

### I. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ AMACI

İşyerinin devri halinde iş akdinin yeni işverenle devamının sağlanması ve işverenin belirsiz süreli iş akdini fesih hakkının yasayla sınırlandırılması yanında işçilerin *iş güvencesinin* korunmasında iş hukukunun geliştirdiği hukuki kurumlardan biri de iş akdinin askıya alınmasıdır. Belirli koşulların ortaya çıkması halinde iş akdinin sona erdirilmeyip geçici bir süre askıda kalması günümüzde iş güvencesinin sağlanmasında en önemli hukuki tekniklerden biri olarak kabul edilmektedir.

İş ilişkilerinde ortaya çıkabilecek birçok neden, iş akdinin normal seyrini etkileyerek onu dayanıksız hale getirir. Gerçekten, iş kazası, hastalık, analık, askerlik, grev ve lokavt, zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gibi haller işçinin geçici ve kusursuz olarak iş görme borcunu yerine getirmesini olanaksız kılar. İşçi-işveren ilişkilerinde sık sık gerçekleşebilecek bu gibi olaylara iş akdinin feshi veya kendiliğinden sona ermesi gibi hukuki sonuçlar bağlanırsa işçilerin iş güvencesinden söz etmek mümkün olmaz. İşçinin iş görme edimini geçici olarak yerine getirmesini engelleyen bu gibi durumlarda iş akdi sona ermeyip askıya alınır, engellerin ortadan kalkmasıyla da iş ilişkisi tekrar normal hükümlerini doğurmaya devam eder. İş akdinin askıda kalması sonucunu doğuran nedenler işçinin işe *devamsızlığını meşru hale getirir*, askı süresi içinde işveren sözleşmeyi bu nedenlere dayanarak feshedemez.

---

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

## II. İŞ AKDİNİN ASKIYA ALINMASININ TEORİK ve HUKUKİ DAYANAĞI

### 1. Geçici İfa İmkânsızlığının Temerrüt Sonucunu Yaratması

İş mevzuatımızda iş akdinin askıya alınmasının tanımı ve koşulları düzenlenmemiş, hüküm ve sonuçları genel bir kural içinde hükme bağlanmamıştır. Buna karşılık iş akdinin askıya alındığı hallerin bir bölümü ve bu hallerle ilgili olarak askıya alınmanın bazı hukuki sonuçları yasalarımızda yer almıştır (BK 328, 344, İK 24/III, 25/I, 3, 25/III, 31, 40, 46/3, b, DİK 14/III, BİK 16, 17, TSGLK 43-44). Bu durumda her şeyden önce iş akdinin askıya alınmasının hukuki dayanağının ve koşullarının ortaya konulması gerekmektedir.

İş akdinin askıya alınması temelde işçinin iş görme edimini *kusursuz geçici ifa imkânsızlığı* içine düşmesi sonucunda doğar. Gerçekten, sözleşme kurulurken borcun *konusundaki imkânsızlık* sözleşmenin baştan itibaren hükümsüzlüğüne yol açar (BK 20/I). Sözleşme ilişkisinde borçlanılan edimin ifasının sonradan imkânsızlaşması mümkündür. Bu takdirde ifa imkânsızlığı borçlunun *kusurundan* ileri gelmişse (BK 96) aynen ifa edilmesi gereken alacak tazminat alacağına dönüşür. Buna karşılık, borçlunun *kusurlu olmadığı sonraki imkânsızlık* borç ilişkisini sona erdirir (BK 117). Ancak, BK 117 uyarınca borç ilişkisinin sona ermesi için imkânsızlığın kesin ve *devamlı* olması yani ifa imkânının tamamen ortadan kalkmış bulunması zorunludur. İfa süresi içinde ortaya çıkan engeller devamlı değilse ve bunlar ortadan kalktığı zaman (iş görme) edimin ifası mümkün hale geliyorsa *geçici imkânsızlık* söz konusu olur.

Fransız ve Alman hukuklarında kusursuz geçici ifa imkânsızlığının alacaklının ifa talebini imkânsızlık süresince ertelediği diğer deyişle borç ilişkisinin askıda kaldığı kabul edilmektedir. Bu hukuk sistemlerinde edimin borçlunun kusuruna yüklenemeyen geçici imkânsızlık nedeniyle ifa edilmemesi halinde borçlu temerrüde düşmez, borç imkânsızlığın kalkmasından sonra muaccel hale gelir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> J. - M. Béraud, La suspension du contrat de travail, Paris 1980, 45. J. Radouant, Du cas fortuit et de la force majeure, Paris 1920, 272, 275-276. J. Treillard, De la suspension des contrats, La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Paris 1960, 59 vd., 100-101. T. Yamaguchi, La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques

Buna karşılık, Türk-İsviçre hukukunda borçlunun temerrüde düşmesi için kusur aranmadığından (kusursuz-objektif temerrüt) ve ifanın sadece gecikmiş olması yeterli olduğundan, *kusursuz da olsa geçici ifa imkânsızlığına temerrüt sonucu* bağlanır. Geçici imkânsızlık borcun ifasını geciktirdiği için imkânsızlık borçlunun kusurundan doğmasa bile borçlu temerrüde düşer<sup>2</sup>.

Bu durumda, kusursuz geçici ifa imkânsızlığı borçlunun borcunu ifa yükümlülüğünü ertelemeyip onu temerrüde düşürdüğünden, karşılıklı sözleşmelerde BK 106-108 hükümlerinin ve temerrüde bağlanan hukuki sonuçların uygulanması gerekir. Hukukumuzda kusur, borçlunun temerrüde düşüp düşmemesinde değil, temerrüdün bazı sonuçlarının doğup doğmaması açısından önem taşır. Temerrüt yüzünden gecikme tazminatı (BK 102) veya karşılıklı sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat (BK 106) ya da sözleşmeden dönme halinde tazminat (BK 108) istenebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurunun bulunması gerekir. Buna karşılık, para borcunda borçludan temerrüt faizinin istenebilmesi veya karşılıklı sözleşmelerde dönme hakkının kullanılabilmesi için (BK 106) borçlunun kusurlu bulunması zorunlu değildir<sup>3</sup>.

Şu halde, borçlunun kusursuzluğu halinde temerrütte alacaklıya (para borçları dışında) sadece *sözleşmeden dönme* hakkı tanınmaktadır. Dönme, fesihden farklı olarak tek taraflı irade beyanıyla borç ilişkisini geriye etkili (ex tunc) olarak sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran haktır. Dönme borçlu ilişkisini geriye etkili biçimde sona erdirdiğinden bu ilişkiyi baştan itibaren ortadan kaldırır, diğer deyişle sözleşme hukuken hiç kurulmamış sayılır. Bu durumun sonucu olarak yerine getirilmiş edimlerin nedensiz sözleşme hükümlerine göre geri verilmesi gerekir. Buna karşılık, fesih dönmeden farklı olarak,

---

dans le droit des pays de la Communauté Européenne, Paris 1963, 13-16. M. **Dural**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, 106, 122 ve dn. 10.

<sup>2</sup> H. **Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, 480. **Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.6, İstanbul 1988, 1217. V. **Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, 100. **Dural**, 107-109, 123-124. Karşı görüşte, K. **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, B.6, İstanbul 1976, 795. M. K. **Oğuzman**, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 78, dn. 152. R. **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, 254 vd.

<sup>3</sup> **Tandoğan**, 480. **Tunçomağ**, 912, **Dural**, 107, A. N. **İnan**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.3, Ankara 1984, 486.

sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde, akdi ilişkinin tek taraflı bir irade beyanı ile ileriye dönük (ex nunc) olarak sona erdirilmesidir<sup>4</sup>.

Görüldüğü gibi, işçinin kusuruna dayanmayan nedenlerle iş görme borcunu geçici olarak yerine getirememesine temerrüt sonucu bağlanmasına karşın işçiden temerrüde dayalı tazminatların istenmesi mümkün değildir. Çünkü geçici imkânsızlıkta işçinin kusuru yoktur. Buna karşılık, borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde kalırsa, işverenin bu durumda hem de geriye etkili biçimde sözleşmeden dönebileceği sonucu çıkacaktır. Diğer deyişle iş akdi askıya alınmamış olacaktır.

## 2. Geçici İfa İmkânsızlığının Belirli ve Belirsiz Süreli İş Akitlerinde Yarattığı Sonuçlar

### a. Belirli Süreli İş Akitlerinde

Belirli süreli iş akitlerinde “ifa süresi” belirli ve sınırlı bir süredir. Bu sözleşmelerde iş görme edimi ifa süresi için borçlanılmıştır ve ancak sınırlı olan bu süre içinde yerine getirilmesi mümkündür. Belirli süreli iş akitlerinde edim alacaklısının edim sonucuna menfaati belirlenen *sürenin tümünde edimin ifa edilmesiyle* gerçekleşebilir. Başka bir söyleyişle, edim sonucunun ifa süresi içinde süreli olarak gerçekleştirilmesi gereklidir. Belirli süreli iş akitlerinde iş görme ediminin kusursuz geçici imkânsızlık nedeniyle bir süre ifa edilmemesi halinde, bu döneme ilişkin edimin ifasının sonraya ertelenmesi, telafisi olanağı yoktur. Bu sözleşmelerde geçen zamanın artık geri getirilmesi mümkün değildir. Belirli sürenin bitiminden sonra işçinin çalışmaya devam etmesi ifa edilmeyen edimin telafisi değil, yeni ve öncekinden farklı bir iş akdinin kurulması anlamına gelir<sup>5</sup>.

O halde, belirli süreli iş akindinde iş görme borcunun kusursuz olarak bir süre yerine getirilememesi, bu edimin sonradan ifa edilerek telafi edilmesine olanak tanımadığından temerrüt sonucunu doğurmaz. Çünkü temerrüt, *ifası mümkün olan* muaccel bir borcun borçlu tarafından gereken zamanda yerine getirilememesidir. Bu durumda işçi kusurlu bulunmadığından BK 96, imkânsızlık devamlı olmadığından BK 117 uygulanmaz. İşçi bu süre için iş görme

<sup>4</sup> S. SÜZEK, İş Akinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 27 vd. Geniş bilgi için bkz. Buz, 80 vd.

<sup>5</sup> Radouant, 294. Béraud, 46. Tunçomağ, 693. Ö. Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 73, 92, 95-96.

borcundan kurtulur, karşı edimi talep hakkını da yitirir. İşveren de ifayı talep edemez. Bunun anlamı kusursuz geçici ifa imkânsızlığı süresince iş akdinin askıya alınmasıdır. İş akdinin belirli süresi içinde geçici kusursuz imkânsızlık ortadan kalkınca kalan kısım için borcun yerine getirilmesi gerekir<sup>6</sup>.

#### **b. Belirsiz Süreli İş Akitlerinde**

Belirli süreli iş akitlerinde vardığımız sonuca belirsiz süreli iş akitleri açısından ulaşmak mümkün değildir. Çünkü, bu tür sözleşmelerde alacaklının menfaatinin gerçekleşmesi kesin olarak saptanan, belirli ve zaman içinde sınırlı bir ifa süresine bağlanmamıştır. İşverenin arzusu uzayıp giden zaman içinde işçinin iş görme ediminden sürekli olarak yararlanmak, işçinin ise çalışması karşılığında ücret almaktadır.

Bu nedenle, işçi tarafından iş görme ediminin kusursuz ve geçici olarak ifa edilmemesinin kural olarak sonradan telafisi mümkündür. Bu itibarla belirsiz süreli iş akitlerinde işçinin iş görme edimini kusursuz olarak bir süre yerine getirememesi temerrüt sonucunu yaratır<sup>7</sup>.

Borçlar Kanununun temerrüdü düzenleyen 106-108. maddeleri hükümleri ani edimli borç ilişkileri göz önünde tutularak düzenlenmiştir. *Sürekli borç ilişkilerinde* edimini yerine getiremeyen borçluya karşı alacaklının yukarıda belirtildiği gibi geriye etkili bir biçimde dönme hakkını kullanabilmesi bu ilişkilerin niteliği ile bağdaşmaz. Dönme borç ilişkisini baştan itibaren ortadan kaldırdığından, dönme anına kadar ifa edilmiş edimlerin geri verilmesi gerekir (BK 108)<sup>8</sup>. Bu ise sürekli borç ilişkilerinde çözülmesi olanaksız bir tasfiye sistemi yaratır.

Gerçekten, işverenin, işçinin iş görme edimini iadesi olanaksızdır. İşçi ise o güne kadar elde ettiği tüm ücretleri geri vermek zorunda kalacaktır. Öte yandan, işçi ile işveren arasında doğmuş olan kişisel ilişkilerin, özellikle gözetme ve sadakat borçlarının geri verilmesi mümkün değildir.

Öğretide, ifa edilmiş edimlerin geri verilmesinin olanaksızlığı yanında, adalet duygusu, tarafların menfaatinin korunması ve uygulama kolaylığı gibi nedenlerle sürekli borç ilişkilerinde, bu arada iş akdinde *dönmenin yerini*

<sup>6</sup> **Süzek**, Askı, 32-34.

<sup>7</sup> **Süzek**, Askı, 34.

<sup>8</sup> İfa edilmiş edimlerin iadesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, 161 vd.

ileriye dönük hüküm ve sonuçlar yaratan *haklı nedenle feshin* alması gerektiği isabetli olarak savunulmaktadır<sup>9</sup>.

### 3. İş Akdinin Askıya Alınmasının Hukuken Ortaya Çıkması

Sürekli bir borç (iş) ilişkisi içine giren kişi, devam edip giden bu süreç içinde kaçınılmaz olarak ortaya çıkabilecek bazı aksaklıkları ilişkinin niteliği gereği göze almış olmalıdır. Buna karşılık, işçinin iş görme borcunu yerine getirmekte temerrüdü nedeniyle artık işverenden akdi ilişkiye devam etmesi dürüstlük kuralları gereği beklenemez yani akdi ilişki çekilmez (katlanılmaz) hale gelirse işveren lehine haklı nedenle fesih hakkı doğar.

İşçinin iş görme edimini kusursuz geçici ifa imkânsızlığı içine düşmesi halinde kural olarak taraflar arasında güven temelini çöktüğünden söz edilemez. Ancak bu durumda işçinin edimini ifa etmesini sürekli olarak beklemesi de işverenden istenemez. İşçinin kusursuz da olsa iş görme borcunu ifada gecikmesi objektif iyi niyet yani *dürüstlük kuralları gereği kabul edilemeyecek kadar uzarsa*, diğer deyişle gecikme *çekilmez* hale gelirse işveren fesih hakkını elde eder. O halde, bu durumda işverenin haklı nedenle fesih hakkı işçinin kusursuz temerrüde düştüğü anda (veya kendisine tanınan bir mehil sonunda) değil, ancak objektif iyi niyet ve dürüstlük kuralları gereği beklenilmesi gereken sürenin sonunda doğmuş olur<sup>10</sup>.

İşçi kusuruna yüklenemeyen nedenlerle iş görme borcunu ifa edemediğine ve sürekli borcunu ifa etmekten geçici olarak kurtulduğuna, işveren de buna karşılık belirli bir süre iş akdini feshedemediğine göre bu süre boyunca edimin ifası borcu, ifayı talep ve fesih hakkı *ertelenmiş* olacak, başka bir söyleyişle iş akdi askıya alınacaktır.

Belirli süreli iş akitlerinde kusursuz geçici ifa imkânsızlığının esasen bu sözleşmelerin niteliği gereği temerrüt sonucunu yaratmadığını, bu durumun ise askı haline yol açtığını yukarıda görmüştük. Aynı sonuca, belirsiz süreli iş akitlerinde, işçinin iş görme ediminde kusursuz temerrüde düşmesi halinde de açıklamaya çalıştığımız nedenlerle ulaşılmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Seliçi, 49 vd. Serozan, 172 vd. Oğuzman, 46, 48-49. Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp, 1290, dn.46. Aynı yönde, YİBK, 25.1.1984, 3/1, YKD, Nisan 1984, 501 vd.

<sup>10</sup> Süzek, Askı, 36-39.

<sup>11</sup> Süzek, Askı, 39-40.

Bazı durumlarda geçici kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle askı süresi yani işverenin işçinin iş görme edimini yerine getirmesini ne kadar süre beklemesi gerekeceği iş yasalarında açıkça belirtilmiştir. Yasada böyle bir süre öngörülmemişse, her ne kadar öğretilerde askı halinin ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar devam edeceği ileri sürülmüşse de<sup>12</sup> kanımızca işverenin her durumda ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar bekletilmesi hakkaniyete uygun düşmez. Askı döneminin sınırını iyi niyet ve dürüstlük kuralları oluşturur. Bu durumda iş ilişkisine devam işveren açısından dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale gelirse haklı nedenle fesih hakkı doğar<sup>13</sup>.

*İşverenler de ifayı geçici olarak kabul imkânsızlığı içine düşerlerse aynı şekilde iş akdinin askıya alınması durumu ortaya çıkar. Başka bir deyişle, işverenler işçi tarafından sunulan iş görme edimini kusursuz olarak geçici bir süre kabul edemezlerse iş akdi askıya alınmış olur.*

#### 4. Askıya Alınma Teorisinin Uygulama Alanına Geçirilmesi

Yukarıda iş akdinin askıya alınmasının teorik dayanağını, bunun temelinde yatan hukuki mekanizmayı belirlemeye çalıştık. İş akdinin askıya alındığı bazı haller, bunların hüküm ve sonuçları iş mevzuatında hükme bağlanmıştır. Bunun gibi, uygulamada bazı durumlarda iş akdinin askıya alınması toplu iş sözleşmeleriyle veya iş akitleriyle düzenlenmektedir. Gerçekten, yasada öngörülmemiş olan hallerde de iş akdinin askıya alındığı veya mevzuatta belirtilen askı süresinin uzatıldığı ya da askıya alınmaya yasal hükümlerden farklı hukuki sonuçların bağlandığı, emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla taraflar arasında geçerli olarak *sözleşmelerle* kararlaştırılabilir.

Öte yandan, iş akdinin askıya alınmasının hukuki temeli oluştuğunda ve koşulları bir araya geldiğinde askı hali *kendiliğinden* ortaya çıkar. İş akdinin askıya alınması, sadece yasa koyucunun veya tarafların sözleşme ile öngördükleri hallere münhasır bir hukuki durum değil, teorik bir temele dayalı, belirli koşulların gerçekleşmesiyle kendiliğinden oluşan bir hukuki kurumdur<sup>14</sup>. Yargıç, iş akdinin askıya alındığı iddiası ile karşı karşıya kaldığında,

<sup>12</sup> **Dural**, 107. **Seliçi**, 99. T. **Centel**, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 240.

<sup>13</sup> **Süzek**, Askı, 43. B. **Kar**, Mevsimlik İş, Sicil, Aralık 2006, 75.

<sup>14</sup> **Yamaguchi**, 83-85. **Radouant**, 274, 279. C. **Quisthoudt**, La suspension de l'exécution des contrats de travail et d'emploi, Droit du travail, II, 4, Bruxelles 1972, 6, II, 4. P. **Horion**, Suspension du travail et salaire garanti, Commentaire de la loi du 10 décembre

yasada veya sözleşmede bu yönde bir düzenleme yer almasa bile, koşulların varlığını saptarsa sözleşmenin askıya alındığına hükmetmelidir.

İş akdinin askıya alınması aralarında sürekli bir borç ilişkisi yaratan tarafların ortak iradesine uygun bir durumdur. Çünkü, taraflar sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşme yapmakla karşılıklarına çıkan ilk engelde onu ortadan kaldırmayı değil, kural olarak sürdürmeyi amaçlarlar. Sözleşmenin askıya alınmasının işlevi tarafların iradelerine uygun olarak mümkün olduğu kadar iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaktır. Bu nedenle ve askıya alınmanın iş güvencesinin korunması amacıyla uygun olarak uygulamada yargıcın şüphe halinde takdir hakkını iş akdinin askıya alındığı yönünde kullanması gerekir.

İş akdinin askıya alınması teorisi sadece yasada öngörülmeyen askı hallerinin uygulama alanına geçirilmesinde değil aynı zamanda mevzuatta hükme bağlanmasına karşın hüküm ve sonuçları eksik düzenlenmiş askı hallerinde boşlukların doldurulması işlevini de yerine getirir.

### III. İŞ İLİŞKİSİNİN ASKIYA ALINMASININ KOŞULLARI

#### 1. İfa (veya İfayı Kabul) İmkânsızlığı

##### a. İşçinin İş Görme Edimini İfa İmkânsızlığı

##### aa. Maddi İfa İmkânsızlığı

İş akdinin askıya alınması için her şeyden önce işçinin iş görme edimini ifa imkânsızlığının ortaya çıkmış bulunması gerekir. İşçinin iradesi dışında gelişen bazı ifa engelleri iş görme ediminin yerine getirilmesinde maddi imkânsızlık yaratabilirler. Gerçekten, işçinin hastalanması, iş kazasına uğraması, doğum yapması, yasadan doğan zorunlu herhangi bir askeri veya kamusal ödevi yerine getirmesi, bazı kurullara temsilci olarak katılma zorunluluğu, doğal afetler, tutuklanma gibi engeller maddi ifa imkânsızlığı meydana getirirler.

---

1962, Liège 1963, 16. **Süzek**, Askı, 41. Ö. **Eyrenci**, Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, 2001, S.5, 40. M. **Kılıçoğlu**, İş Kanunu Şerhi, B.2, Ankara 2002, 247.



**bb. İfanın Beklenilmez Olması veya Manevi İfa İmkânsızlığı**

Genel hükümlere göre sözleşmelerin askıya alınabilmesi için bir maddi ifa imkânsızlığının ortaya çıkmış bulunması gerekir. Ne var ki, işçi-işveren ilişkilerinin özellikleri iş akdinin askıya alınmasında sadece maddi ifa imkânsızlığı ölçütü ile yetinilmesine elverişli bulunmamaktadır<sup>15</sup>. Genel hükümlere göre bu ölçütle yetinilmesi halinde iş hukukunun amaçlarına aykırı olarak birçok durumun askıya alınma dışında tutulması gerekecektir. Örneğin bu ölçüte göre iş görme borcunu yerine getirmesi imkânsız olmayan ve iradesi ile yasal bir greve katılan işçinin iş akdini askıya almak teorik olarak mümkün olmaz. Öte yandan, evlilik, bir yakının ölümü, hastalığı gibi ailevi nedenlerle iş görme ediminin ifa edilmemesi de askı durumu yaratmayacaktır. Çünkü bu gibi durumlarda işçinin çalışması maddi açıdan imkânsız değildir.

Genel hükümlerdeki ilke ve kurallar iş hukukunun niteliğine uygun düşmezse, ortaya bir örtülü yasa boşluğu çıkar ve bir uyarılama yapılarak yasa boşluğu iş hukukunun amaçlarına ve ilkelerine uygun bir biçimde doldurulur<sup>16</sup>. Bu durumda, iş akdinin askıya alınmasında, bu hukuki kurumun temelinde yatan iş güvencesine ve sürekli borç ilişkilerinin mümkün olduğu kadar devamlılığının sağlanması düşüncesine uygun bir ölçütün tercih edilmesi gerekir. Kanımıza göre, içinde bulunduğu koşullarda işçiden iş görme edimini yerine getirmesinin *beklenemez* olması, askıya alınmanın ölçütünü oluşturmalıdır. Maddi anlamda bir imkânsızlık bulunmamasına karşın, iyi niyet ve dürüstlük kuralları gereği işçiden iş görme edimini ifa etmesi beklenemez ise askıya alınmanın ilk koşulu gerçekleşmiş sayılmalıdır<sup>17</sup>. Gerçekten, işçinin örneğin evlenmesi, çocuğunun doğumu, hastalığı, bir yakınının ölümü gibi hallerde maddi ifa imkânsızlığı içinde bulunduğu söylenemez, imkânsızlık *manevidir*<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Yamaguchi, 77.

<sup>16</sup> Bkz. S. Süzek, İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 132 vd.

<sup>17</sup> Süzek, Askı, 48 vd.

<sup>18</sup> Horion, 113 vd. Yamaguchi, 73-74, 270-272. Durand-Vitu, Traité de droit du travail, T.II, Paris 1950, 815-816. L. Mengoni, La stabilité de l'emploi en droit italien, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg 1958, 261. Süzek, Askı, 52 vd. Eyrenci, 41. S. Taşkent, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil, 3, 2006, 21. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, B.2, Ankara 2005, 451. S. Baştırzi, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007, 89, dn.196. Karşı görüşte, Béraud, 54.

Hukumumuzda bu husus evlenmeler ve yakınların ölümü açısından yasal düzenlemeye kavuşturulmuş ve İş Kanununun 45. maddesinin 3. fıkrasında bu gibi hallerde işçiye izin verileceği hükme bağlanmıştır. Bunun gibi, iş görme ediminin ifasının beklenemez olmasına ilişkin bir düzenleme İş Kanununun 25. maddesinin II. bendinin g fıkrasında yer almıştır. Adı geçen fıkraya göre “İşçinin...haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü...işine devam etmemesi” haklı fesih nedenidir. O halde, işçi *haklı bir nedene, mazerete dayanarak* işe gelememişse işveren lehine derhal fesih hakkı doğmaz. İşçinin devamsızlığını meşru hale getiren mazeretin devam süresiyle ve dürüstlük kurallarıyla sınırlı olmak koşuluyla, iş akdi askıya alınmış olur. İşçinin bu durumda kısa sürmesi gereken devamsızlığı işveren açısından dürüstlük kurallarına göre çekilmez hale gelirse haklı nedenle fesih hakkı doğar.

#### **b. İşverenin İfayı Kabul İmkansızlığı**

Genel hükümlerin iş hukukuna uyarlanması sonucunda işçiler bakımından ortaya çıkan beklenilmezlik ölçütü, işverenlerin ifayı kabul imkansızlığı açısından söz konusu değildir. Çünkü işçilerin iş görme edimleri bakımından geçerli olan beklenilmezlik veya manevi ifa imkansızlığı ölçütünün gerekçesi askıya alınma teorisine uygun olarak iş güvencesinin diğer deyişle iş ilişkisinin devamının sağlanması düşüncesidir. Buna karşılık, iş akdinin askıya alınması halinde kural olarak işçilere ücret ödenmediğinden, işverenlerin ifayı kabul edememelerinde askıya alınmanın kolaylaştırılmaması, diğer deyişle genel hükümlerden farklı bir ölçütün getirilmemesi gerekir. Bu nedenle, işverenlerin ifayı kabul edememelerinde iş akdinin askıya alınabilmesi için “beklenilmezlik” değil “maddi imkansızlık” ölçütüne başvurulmalıdır.

Doğal afetler, yangın, yasama ve yürütme organınca konulan ithalat ve ham madde yasakları vb. nedenler işverenin, işçinin iş görme edimini kabul etmesini imkansız hale getirirler. İş Kanununun 24. maddesinin III. bendinde iş akdinin askıya alınması *zorlayıcı nedenlerin* varlığına bağlanmıştır. Bu hükme göre işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde işverenin ifayı kabul imkansızlığı ve iş akdinin askıya alınması söz konusu olur.

Buna karşılık, işverenin zorlayıcı neden sayılmayan ekonomik ve teknik nedenlerle işçilerin iş görme edimini geçici olarak kabul edememesi iş akdinin askıya alınması sonucunu doğurmaz. Örneğin, işletmenin karşı karşıya bulunduğu ekonomik güçlükler, mevsim gereği satışların durması, stok fazlalığının

ortaya çıkması, makinaların onarımı gibi nedenlerle işveren iş akdinin askıya alındığını ileri süremez<sup>19</sup>.

## 2. İfa Etmemenin Geçici Olması

İfa süresi içinde ortaya çıkan engeller iş görme ediminin sonradan ifa edilmesi olanağını tamamen ortadan kaldırıyorsa daha önce görüldüğü gibi borç ilişkisini sona erdiren devamlı imkânsızlık söz konusu olur. Buna karşılık, imkânsızlık geçici nitelikte olup, geçici bir süre işçinin iş görme edimini yerine getirmesine veya işverenin ifayı kabulüne engel oluyorsa geçici imkânsızlıktan söz edilir.

İş ilişkisi içinde ortaya çıkabilecek olayların pek çoğunda imkânsızlığın geçici olup olmadığını baştan saptamak mümkün olmaz. Örneğin işçinin ne kadar süreceği belli olmayan bir hastalık nedeniyle işe gelememesinde durum böyledir. Bu durumda, şüphe halinde tercihin iş akdinin askıya alınmış olduğu yönünde yapılması uygun olur. Çünkü, daha önce de belirtildiği gibi iş güvencesinin sağlanması ve sürekli borç ilişkisi kuran tarafların iradesinin ilk engelde onu ortadan kaldırmayı değil, sürdürmeyi amaçladıkları olgusu şüphe halinde sözleşmenin askıya alındığına hükmetmeyi gerekli kılar<sup>20</sup>.

Buna karşılık, işçinin edimini yerine getiremediği anda, ifa engelinin geçici sayılamayacak ölçüde uzun bir süre devam edeceği saptanabiliyorsa iş akdi askıya alınmış olmaz. Örneğin, işçinin uzun süreli muvazzaf askerlik görevine gitmesi, sendika yöneticisi veya milletvekili seçilmesi bu niteliktedir<sup>21</sup>.

Borçlar Kanununun 328. maddesinde işçinin “nisbeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği”nden söz edilmek suretiyle ifa imkânsızlığının geçici olması gerektiği koşuluna yer verilmiştir. Bunun gibi, iş mevzuatımızın

<sup>19</sup> **Béraud**, 52. N. **Catala**, La mise en chômage technique, Dr.soc., Novembre 1981, 682. G. **Couturier**, Les techniques civilistes et le droit du travail, Dalloz, 1975, 223-224. G. **Boldt**, Le contrat de travail dans le droit de la République Fédérale d'Allemagne, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., Paris 1965, 262-263. **Süzek**, Askı, 46-47. **Eyrenci**, 42. M. **Ekonomi**, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987, 202. N. **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, B.20, İstanbul 2007, 253. Kşz. **Yamaguchi**, 74-75.

<sup>20</sup> **Treillard**, 73. **Yamaguchi**, 81. **Radouant**, 279, **Süzek**, Askı, 67-68.

<sup>21</sup> **Süzek**, Askı, 55 vd., 67. Profesyonel sendika yöneticisi seçilen işçinin iş akdinin askıya alınmayacağı konusunda Yargıtayın isabetli kararı için bkz. Y9HD, 5.4.2007, 1324/9484 ve **Şen**'in incelemesi, Sicil, 9, 85-101.

değişik hükümlerinde askı süreleri belirtilmek suretiyle yasa koyucu tarafından bu hallere özgü olarak süreler öngörülmüş ve “geçicilik”ten ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur (İK 24/III, 25/I, 3, 25/III, 31/1-2, DİK 14/III, BİK 16, 17, TSGLK 42/2-3).

Yasada bir askı süresi öngörülmemişse, ifa engelinin süresinin geçici sayılıp sayılmayacağı belirlenmesinde bazı ölçütler kabul edilebilir. Her şeyden önce işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin toplam süresi ile çalışılmayan süre arasındaki *orantı* göz önünde tutulabilir. Öte yandan, ifa engelinin geçici sayılıp sayılmayacağı belirlenmesinde işçiyi çalışmaktan alıkoyan *olayın niteliği* de önem taşır. Örneğin bir haftalık devamsızlık, ağır sayılabilecek bir hastalıkta geçici nitelik taşıyabileceği halde evlenme veya bir yakının ölümünde bu niteliğini yitirebilir. Bundan başka, geçiciliğin saptanmasında, işyerinde çalışmayan işçinin yerine başka bir işçinin çalıştırılması zorunluluğunun doğup doğmadığı da diğer bir ölçütü oluşturabilir<sup>22</sup>.

### 3. İfa Etmemenin Kusursuz Olması

İş akdinin askıya alınmasından söz edilebilmesi için iş görme edimini geçici olarak yerine getirememekte kusursuz bulunması gerekir. İfa imkânsızlığı işçinin kusurundan ileri gelmişse sözleşme askıya alınmaz, işçinin iş görme borcunu ifa etmemesinden doğan hukuki yaptırımlar ortaya çıkar.

### 4. İfa Zamanının Esaslı Olmaması

İş akdinin askıya alınmasının bir diğer koşulu da taraflar arasında ifa zamanının esaslı olmamasıdır. Eğer tarafların iradelerine veya edimin niteliğine göre ifanın mutlaka belirli bir zamanda yapılması gerekiyor, sonradan yapılacak ifa alacaklıyı tatmin etmiyorsa ve geçici imkânsızlık nedeniyle edim belirlenen zamanda yerine getirilemiyorsa geçici değil devamlı bir imkânsızlığın bulunduğu kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

İş akdinde ifa zamanının esaslı olması bazen açık olarak sözleşmeden anlaşılabilir. Örneğin, iş akdine konulacak “en geç”, “kesin olarak”, “mutlaka” gibi edimin belirli bir zamanda yerine getirilmesi gerektiğini ifade

<sup>22</sup> Bu ölçütler için bkz. **Béraud**, 47. **Yamaguchi**, 81, 97. **Radouant**, 276-277. **Süzek**, Askı, 69-70. **Taşkent**, 21. S. **Reisoğlu**, Hizmet Akdi, Ankara 1968, 178. A. N. **Sözer**, Hasta İşçinin İş İlişkisi, İzmir 1981, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 51-53.

<sup>23</sup> **Mengoni**, 501. **Yamaguchi**, 71, 82. **Tunçomağ**, 795. **Serozan**, 258. **Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop**, 1217. **Dural**, 98, 102 vd. 123-124. **Süzek**, Askı, 85-86.

eden ibareler, ifa zamanının esaslı olduğunu gösterir. İş akdinin taraflarının bu yöndeki iradesi işin niteliğinden de çıkarılabilir<sup>24</sup>.

#### IV. İŞ AKDİNİN SÖZLEŞMEYLE ASKIYA ALINMASI ve ÜCRETSİZ İZİN UYGULAMALARI

##### 1. İş Akdinin Sözleşmeyle Askıya Alınmasının Koşulu

İş akdi kural olarak tarafların karşılıklı rızasıyla askıya alınabilir<sup>25</sup>. Ancak ücretsiz izinlerde işverene ait olması gereken işletme riski işçiye yüklenmiş olmaktadır. Çünkü işveren işçileri işten çıkarma maliyetlerine katlanmak zorunda kalmaksızın iş akitlerini askıya alma olanağını elde etmekte buna karşılık işçi hukuken işsiz kalmadan fiilen işsizliğin sonuçlarına katlanmakta, bu dönemde gelir güvencesinden ve sosyal haklarından yoksun kalmaktadır. Kısa süreli çalışma koşulları (4447 sayılı yasa, ek m.2) gerçekleşmediğinden kısa çalışma ödeneği ve işsiz sayılmadığı (4447 sayılı yasa, m.47/e, 51) için işsizlik ödeneği alamamaktadır. Yeni bir iş bulmanın güçlüğü düşünerek istihdamda kalmaya çalışan, bu nedenle ücretsiz izin önerisini kabul eden işçiler işletme riskini yüklenmiş olurlar<sup>26</sup>.

Bu nedenle ücretsiz izin uygulamaları kural olarak çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik oluşturur ve İş Kanununun değişiklik feshine ilişkin 22. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekir.

Bununla beraber, bazı durumlarda iş akdinin sözleşmeyle askıya alınması ve buna bağlanan sonuçlar işçi aleyhine değil *lehine* hukuki sonuçlar doğurabilir. Bu takdirde İK 22'nin uygulanması gerekmez. Örneğin, muvazaf (geçici değil) askerlik hizmetine giden işçinin iş akdi askıya alınmaz, sona erer ve bu dönemde işveren işçiye kural olarak herhangi bir ücret ödemek zorunda değildir. Ancak iş akdi veya toplu iş sözleşmesiyle söz konusu dönemde sözleşmenin askıya alınacağı ve işçiye belirli bir ücret ödeneceğinin karşılaştırılmasına bir engel yoktur<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Treillard, 68-69. Radouant, 283 vd.

<sup>25</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. B. Silhol, Le chômage partiel, Paris 1998, 115 vd.

<sup>26</sup> Baştırzi, 169. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003, 107. M. Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 228.

<sup>27</sup> Bu konuda bir Yargıtay kararı ve bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Y9HD, 29.4.1998, 5122/7920, Tekstil İşv., Nisan 1999, 18, Süzek, Değerlendirme 1998, 157.

## 2. Ücretsiz İzine Çıkarılma Önerisinin Kabul Edilmesi

### a. Kabul Usulü ve Ücretsiz İzin Süresi

İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işverence ücretsiz izine çıkarma önerisi yazılı olarak yapılmaktadır. İşçi(ler) bu öneriyi altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ederse iş akdi sözleşmeyle askıya alınmış olur. İşçi tarafından anılan süre içinde yazılı olarak kabul edilmeyen öneri reddedilmiş sayılır. Başka bir deyişle, sözlü veya örtülü bir anlaşma geçerli sayılmaz<sup>28</sup>. İşçilerin usulüne uygun olarak ücretsiz izin önerisini kabulü halinde başta iş görme ve ücret borçlarının yerine getirilmemesi olmak üzere askıya alınmanın hüküm ve sonuçları doğar. Belirtelim ki, tarafların anlaşmalarında bazı farklı koşulları öngörmeleri, örneğin askı süresince işçilere yarım ücret ödeneceğini kararlaştırmaları mümkündür.

İş hukuku öğretisinde kimi yazarlarca işverenin işçiye yapacağı öneride ücretsiz izin süresini açıkça belirtmesi gerektiği<sup>29</sup> ileri sürüldüğü gibi bazı yazarlarca da askı süresinin belirtilmesinin şart olmadığı ancak ücretsiz izine neden olan olayın niteliğinden bunun geçici olduğu sonucunun çıkarılabilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Her ne kadar işverenin bu konuda yapacağı öneride ücretsiz izin süresini belirtmesi uygun olursa da, kanımıza göre bu yönde yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. İş Kanununun 22. maddesinden de böyle bir sonucun çıkarılması mümkün değildir.

İşverence bir süre önerilirse, bu süre yukarıda açıklandığı şekilde askıya alınmanın teorisi ve tanımı gereği geçici nitelik taşıması gerektiğinden dürüstlük kurallarına uygun makul bir süre olmalıdır. Taraflar, zorunlu olmamakla beraber, geçicilik koşuluna uygun olarak makul bir süre üzerinde anlaşmış-

<sup>28</sup> S. Süzek, İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005, 384-387. Aktay-Arıcı-Kaplan, İş Hukuku, B.2, Ankara 2007, 167. Alp, 229. Engin, 107. Başterzi, 169-170. Aksi görüşte, M. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 436-437. Taşkent, 22. Kşz. F. Şahlanan, Ücretsiz İzin, Karar İncelemesi, Tekstil İşv., Hukuk 19, Aralık 2007, 3. Ücretsiz izine ilişkin anlaşmanın örtülü olarak yapılabileceği yönündeki şu Yargıtay kararlarına bkz. Y9HD, 30.3.2006, 28789/8012, ÇT, 10, 184-185. Y9HD, 20.12.2004, 32205/28466, Çankaya-Günay-Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 296-297. Y9HD, 10.10.2006, 24775/26831, Tekstil İşv., Aralık 2007, Hukuk 19, Şahlanan, 2-4.

<sup>29</sup> Alp, 229-230, Engin, 109.

<sup>30</sup> Taşkent, 229-230. Eyrenci, 42.

larsa, bu süre içinde iş akdi askıya alınır ve işçi lehine haklı nedenle fesih hakkı doğmaz. Askı süresi dolduğunda iş akdinden doğan tüm hak ve borçlar kendiliğinden yürürlüğe girer ve iş ilişkisi kaldığı yerden aynen devam eder<sup>31</sup>. Başlangıçta işveren tarafından askıya alınmanın geçicilik niteliği ile bağdaşmayan makul olmayan uzunlukta bir ücretsiz izin süresi önerilmiş ve işçi tarafından bu kabul edilmiş olsa bile, aşağıda ele alınacağı şekilde dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir süre sonunda işçi iş akdini haklı nedenle feshedebilecek veya sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır<sup>32</sup>.

#### **b. İşçinin Haklı Nedenle Fesih Hakkı**

İşverenin İK 22'ye uygun olarak yaptığı ücretsiz izin önerisini işçiler kabul etmiş ancak iş akdinin askıya alınması belirli bir *süreye bağlanmamışsa* bunun sınırsız bir süre devam edeceği düşünülemez. Bu durumda işçilerin olayın özelliğine göre dürüstlük ve iyi niyet kurallarının gerektirdiği geçici makul bir süre kadar bekleyecekleri, bundan sonra iş akitlerini haklı nedenle feshedebilecekleri ve kıdem tazminatı isteyebilecekleri (EİK 14) kabul edilmelidir<sup>33</sup>.

Kanımıza göre, ücretsiz izin anlaşmayla belirli bir *süreye bağlanmış* olsa da sonuç değişmeyecek, taraflarca belirlenen süre geçici makul süreyi aşıyorsa yine işçi lehine derhal fesih hakkı doğacaktır. Çünkü iş akdinin askıya alınmasının teorisi ve tanımı gereği askı hali ancak geçici bir süre devam edebilir ve aksine bir tutum, makul bir süre geçmesine rağmen “ücretin ödenmemesi” ve/veya “çalışma şartlarının uygulanmaması” halinde işçiye derhal fesih hakkı tanıyan İK.nun 24/II, e ve f fıkralarında getirilmiş olan *emredici hükümlerin* özüne dokunulması sonucunu doğurur.<sup>34</sup>

Başka bir deyişle, askı süresi konusundaki anlaşma, İK 24/II'nin başlığında belirtildiği gibi “iyi niyet kurallarına” aykırı şekilde makul süreyi aşarak işçiyi ücretinden ve diğer haklarından yoksun bırakırsa, İş Kanununun işçinin derhal fesih hakkına ilişkin anılan emredici hükümlerinin uygulanmasına

<sup>31</sup> Bkz. Yamaguchi, 116 vd. Béraud, 233, Süzek, Askı, 116 vd. Taşkent, 27.

<sup>32</sup> Bkz. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 438. Taşkent, 25. Başterzi, 170. Aksi görüşte, N. Çelik, Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 434. Alp, 230.

<sup>33</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, Askı, 36 vd., 38-40.

<sup>34</sup> Başterzi, 170-171.

engel olamaz<sup>35</sup>. Yasa ancak iyi niyet kurallarının sınırları dahilinde böyle bir anlaşmaya olanak tanımakta, askı süresi bu sınırı (geçici makul süreyi) aştığı takdirde İK 24/II'de yer alan emredici hükümlere aykırı hale gelmektedir.

Yargıtay taraflarca askıya alınmanın kabul edildiği ve ücretsiz izin süresi konusunda bir anlaşma olmadığı hallerde makul sürenin aşılması halinde işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceğini kararlaştırmaktadır. Yüksek mahkemeye göre "Davacının...askı süresinin uzaması üzerine 28.5.2004 tarihli yazı ile hizmet akdini 4857 sayılı yasanın 24/II, e maddesi gereğince haklı olarak feshettiğini işverene bildirdiği, bu fesih yazısının 1.6.2004 tarihinde işverene tebliğ edildiği anlaşıldığından akdin 1.6.2004 tarihinde haklı nedenle davacı tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir"<sup>36</sup>. Kanımıza göre, taraflarca ücretsiz izin süresinin kararlaştırıldığı hallerde, askı hali geçici makul süreyi aşarsa yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle yüksek mahkemenin haklı nedenle fesih hakkının doğduğunu kabul etmesi uygun olur.

### c. İşverenin (Geçersiz) Feshi

İşçi ile işveren arasında ücretsiz izin süresi konusunda bir anlaşma olmuş, ancak askı süresinin sona ermesine rağmen işçi işe başlatılmamışsa, iş akdi işverence feshedilmiş sayılır. Yüksek mahkeme verdiği isabetli bir kararla bu durumda işçinin işe başlatılmamasını işverence yapılmış bir geçersiz fesih olarak kabul etmiştir. Anılan karara göre "Davalı işverenin karşılıklı anlaşma ile yapılan askı süresinin sonunda diğer işçileri işe başlattığı halde davacıyı işe başlatmamak suretiyle hizmet akdini 3.5.2004 tarihinde feshettiğinin kabulü gerekir...Davalı 4857 Sayılı Yasanın 19. maddesindeki koşullara uymayarak fesih yoluna gittiğinden davanın kabulüne karar verilmelidir"<sup>37</sup>.

Yukarıda taraflarca ücretsiz izin süresinin belirlenmediği veya dürüstlük kuralının gerektirdiği makul süreden uzun saptandığı hallerde, makul sürenin sonunda işçi lehine haklı nedenle fesih hakkının doğduğu görüldü. Ne var ki, böyle bir durumda işçi kıdem tazminatı alabilecek ancak sözleşmeyi kendisi

<sup>35</sup> Kşz. **Taşkent**, 26-27. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, 438-439.

<sup>36</sup> Y9HD, 30.3.2006, 29789/8012, ÇT, 10, 184-185. Y9HD, 20.12.2005, 28701/40137 ve **Şahlanan**'ın incelemesi, Tekstil İşv., Haziran 2006, Hukuk 2, 2-4.

<sup>37</sup> Y9HD, 13.1.2005, 30333/705, **Çankaya-Günay-Göktaş**, 355. Aynı yönde, 20.12.2005, 28701/40137 ve **Şahlanan**'ın incelemesi, Tekstil İşv., Haziran 2006 Hukuk 2, 2-4. Y9HD, 30.9.1998, 11114/13801, Tekstil İşv., Ocak 1999, 15.



feshettiği için ihbar tazminatı talep edemeyeceği gibi iş güvencesi hükümlerinden de yararlanamayacaktır.

Uygulamada görüldüğü gibi kimi işverenler gerçekte işçilerin iş akitlerini sona erdirmek ancak feshin onlara yükleyeceği ihbar ve kıdem tazminatlarını ödemekten ve iş güvencesi hükümlerinden kaçınmak istemektedirler. Bu işverenler aslında sözleşmeyi bir süre askıya alma niyeti olmaksızın, temelde var olan *fesih iradelerini* ücretsiz izine çıkarma görüntüsü altında *gizleme*, işçiyi iş akdini feshe zorlama yoluna gitmektedirler. Ücretsiz izin verdikleri işçiyi uzun bir süre tekrar işe çağırılmamakta ve ücretinden yoksun kalan işçi de zorunlu olarak başka bir işe girmek durumunda kalmaktadır. Söz konusu işverenler, bu durumda sözleşmenin kendileri tarafından değil de işçi tarafından sona erdirildiğini, bu nedenle de (kıdem tazminatı dışında) herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmadıklarını ileri sürmektedirler<sup>38</sup>.

İşçi her ne kadar İK 22 uyarınca işverenin yazılı olarak yaptığı süre belirtilmeksizin ücretsiz izine çıkarılma önerisi yazılı olarak kabul etmiş olsa da, sözleşmenin askıya alınması yukarıda da görüldüğü gibi niteliği gereği dürüstlük kuralının gerektirdiği geçici makul bir süre kadar devam etmelidir. Bu sürenin aşılmasına rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde işverenin ücretsiz izine çıkarma önerisinin altında *gizli bir fesih iradesinin* varlığı kabul edilebilir. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin işveren tarafından feshine bağlanan hukuki sonuçlar doğar, ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği gibi ayrıca koşulları varsa iş güvencesi hükümlerinin (İK 17-21) uygulanacağı sonucuna varılabilir<sup>39</sup>.

4857 sayılı İş Kanununun düzenlemesi karşısında, iş akdinin askıya alınması diğer deyişle *ücretsiz izin uygulamasının önerilmesi aşamasında* işletme gereklerinin veya makul nedenlerin bulunup bulunmaması ya da işverenin iyi niyetli olup olmaması herhangi bir önem taşımaz. Başka bir deyişle, işveren bu nedenlere dayanarak tek taraflı olarak iş akdini askıya alamaz<sup>40</sup>. İşçi(ler), ücretsiz izin uygulaması çalışma koşullarında aleyhe esaslı değişiklik yarattığından İK 22'deki usule uygun olarak ücretsiz izine çıkarılmayı kabul veya reddedecektir. İşçi ücretsiz izine çıkarılmayı kabul etse de

<sup>38</sup> **Süzek**, İş Hukuku, B.2, 385. **Ekonomi**, İşyerinin Kapatılması, 439. **Engin**, 107, **Alp**, 228, 231. **Baştzerzi**, 171-172.

<sup>39</sup> **Süzek**, İş Hukuku, B.2, 385. **Taşkent**, 426. **Ekonomi**, İşyerinin Kapatılması, 439. **Baştzerzi**, 171. **Alp**, 231.

<sup>40</sup> **Taşkent**, 23, 27. **Süzek**, İş Hukuku, B.2, 387. **Alp**, 229-231. **Baştzerzi**, 172.

askı süresi makul süreyi aştığı takdirde iş akdini feshedebilecek veya daha lehine olmak üzere sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılmasını ileri sürebilecektir.

İşletme gereklerinin veya işverenin iyi niyetinin varlığı işverence yapılan feshin geçerli veya iyi niyetle olup olmadığının belirlenmesi aşamasında önem taşıyabilir. Ne var ki, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerin iş akitlerinin kötü niyetle feshedildiği (İK 17/6) iddialarına karşı işveren iyi niyetli olduğunu kanıtlayamazsa de, iş güvencesine tabi olanların sözleşmeleri ancak fesih bildirimini yazılı olarak yapılması ve nedeninin açık olarak belirtilmesi (İK 19) koşuluyla geçerli olarak feshedilebileceğinden, askıya alınmanın makul süresinin sonunda yapılan ve yapılmış sayılan fesihlerde söz konusu koşullar yerine getirilmemiş olacağından, bu fesihler işletme gereklerinin var olup olmadığı (İK 18/1) araştırılmasına girilmeksizin belirtilen şekilde aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edileceklerdir.

Nitekim Yargıtay, askı halinin yaklaşık dört ay sürmesine rağmen işbaşı yaptırılmayan işçinin iş akdinin işveren tarafından feshedildiğine, yapılan feshin İK 19'daki şekil koşullarının yerine getirilmemesi nedeniyle geçersizliğine ve davacının işe iadesine hükmetmiştir<sup>41</sup>.

Bu konuda son olarak üzerinde durulması gereken husus, işverence yapılan ücretsiz izin önerisi işçi tarafından kabul edildiğinde makul geçici askı süresinin ne kadar olacağıdır. İş hukuku öğretisinde benimsenen bir görüşe göre, kısa çalışmayı düzenleyen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2. maddesinde yer alan üç aylık askı süresi, ücretsiz izinde geçiciliğin belirlenmesinde temel ölçü olarak esas alınmalıdır<sup>42</sup>. Üç aylık süre makul görünmekle birlikte, dürüstlük kuralı, olayın özelliğine göre askı süresinin daha kısa tutulmasını veya biraz daha uzun bir sürenin kabul edilmesini gerektirebilir. Kanımıza göre, bu konuda sabit bir ölçütün benimsenmesi yerine dürüstlük kuralının gerektirdiği makul geçici sürenin takdirinin olayın özelliğine göre yargı organına bırakılması daha uygun olacaktır.

<sup>41</sup> Y9HD, 13.1.2005, 282/1046, **Çankaya-Günay-Göktaş**, 294-295. Y9HD, 20.12.2004, 32205/28466, **Çankaya-Günay-Göktaş**, 296-297. Buna karşılık, yüksek mahkemenin ekonomik sıkıntı (işletme gereği) nedeniyle yapılan feshin geçerli olduğuna hükmettiği kararı için bkz. Y9HD, 29.12.2003, 22915/22947, İşv., Ocak 2004, 18-19.

<sup>42</sup> **Engin**, 109. **Taşkent**, 26.

### 3. Ücretsiz İzin Çıkarılma Önerisinin Kabul Edilmemesi

İşverenin İK 22 uyarınca yazılı olarak yapılması gereken ücretsiz izin önerisi işçi(ler) tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmezse işveren işçiyi ücretsiz izine çıkaramaz. Diğer deyişle, çalışma koşullarındaki bu esaslı değişiklik işçileri bağlamaz. Bu durumda işveren ya ücretsiz izin uygulamasından vazgeçecek ya da feshin geçerli bir nedene dayandığını açıklamak ve bildirim sürelerine uymak suretiyle iş akdini feshedecektir. İşçiler bu feshe karşı değişiklik feshi hükümlerine dayanarak İş Kanununun 17-21. maddelerine göre dava açabilirler (İK 22).

Yukarıda da belirtildiği gibi, İş Kanununun bu açık hükmü karşısında işverenin işçileri ücretsiz izine çıkarma konusunda geçerli veya makul nedenleri olması öneri aşamasında herhangi bir önem taşımaz. Bu nedenler bulunsa bile, işverenin İK 22'ye uygun olarak işçinin rızasını almaksızın tek yanlı işlemi ile ücretsiz izin uygulaması hukuka aykırıdır.

İşverenin işçilerin rızasını almaksızın ve İK 22'deki hükümleri işletmek-sizin veya öneriyi kabul etmemelerine karşın işçileri tek taraflı olarak ücretsiz izine çıkarması söz konusu işçilerin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmamasına göre kötü niyetli, geçersiz veya haksız fesih sayılır.

Nitekim bir Yargıtay kararında isabetli olarak şu görüşe yer verilmiştir: "Dairemizin kökleşmiş uygulamalarına göre, işverence işçiye verilen ücretsiz izin haksız fesih sayılmaktadır. İşçi haksız feshin sonuçlarına ilişkin tazminatla hak kazanır...Şu durumda davacı işçinin iş sözleşmesinin 6.11.2003 tarihinde haksız olarak feshedildiğinin kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır"<sup>43</sup>. Yüksek mahkeme diğer bir kararında bu durumda iş güvencesine tabi işçiler bakımından feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Y9HD, 9.5.2006, 34222/13100, ÇT, 12, 323-324. Ayrıca şu kararlara bkz. Y9HD, 21.3.2006, 4329/7138, İHSGHD, 11, 975-976. Y9HD, 20.12.2005, 28701/40137 ve Şahlanan'ın incelemesi, Tekstil İşv., Haziran 2006, Hukuk 2, 2-4. Y9HD, 8.11.2004, 7127/25124, İHSGHD, 5, 277.

<sup>44</sup> Y9HD, 30.4.2007, 16820/13551, ÇT, 15, 258-259.