

COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi*

Evaluation of the Labor Law Related Provisions of the Code Regarding to Reduce the Economic and Social Impacts of the COVID 19 Epidemic

Seçkin NAZLI**

ÖZ

Dünya çapında küresel salgın hastalık kabul edilen COVID 19 salgını ülkemizde de toplum sağlığı ve ekonomi üzerinde olumsuz etkiler yaratmıştır. Salgının olumsuz etkileri ile mücadele kapsamında 7244 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Çalışmamızda 7244 sayılı Kanunun iş hukukuna ilişkin hükümleri ele alınmıştır. Özellikle işverenin fesih hakkının sınırlandırılması, ücretsiz izin ve nakdi ücret desteğine yönelik yasa hükümleri değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İş hukuku, fesih hakkının sınırlandırılması, ücretsiz izin, nakdi ücret desteği, kısa çalışma ödeneği.

ABSTRACT

COVID 19 epidemic, which is accepted as a global epidemic, has had negative effects on public health and economy also in our country. Law No. 7244 was adopted within the scope of combating the negative effects of the epidemic. In our study, the effects of the provisions of Law No. 7244 regarding labor law were discussed. In particular, the provisions of the law regarding the limitation of the right of termination of the employer, unpaid leaves and the support of cash wage payments were evaluated.

Keywords: Labor law, limitation of the right of termination, unpaid leaves, support of cash wage payments, short-time working allowance.

* Makale gönderim tarihi: 11.05.2020. Makale kabul tarihi: 20.05.2020. Seçkin Nazlı, "COVID-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2020, s. 251-271; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.01.04>.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul. snazli@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5427-3053>.

Giriş

İnsanoğlu bugünlerde insanlık tarihi boyunca ender rastlanılan türden bir salgın hastalıkla baş etmek durumunda kalmıştır. Dünya çapında salgın yaratan yeni tip koronavirüs (COVID-19) hayatın pek çok alanını ilgilendirir biçimde etkilerini göstermiş ve herkesi alışkanlıklarının değişmesine neden olacak biçimde farklı davranışlar geliştirmeye zorunlu kılmıştır. Değişen koşullar doğal olarak hemen herkes gibi toplumsal hayata yön veren siyasi otoriteyi geçici bir süreliğine de olsa olağan rejim döneminde rastlamadığımız nitelikte yeni kararlar almaya zorlamıştır. Belirttiğimiz türden kararlara örnek olarak 4857 ve 4447 sayılı yasalarda 7244 sayılı Kanunla¹ yapılan değişikliklere yönelik yasal düzenlemeler sayılabilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde işverenlerin taraf oldukları iş sözleşmelerini fesih hakkını geçici bir süreliğine sınırlandırıcı anlam ve niteliğe sahiptir. Aynı düzenleme ücretsiz izinle ilgili olarak, işverenlere; işçisini tek taraflı olarak alacakları kararla ücretsiz izne çıkartma imkânı tanıyarak olağan dönemde içtihatlarla kısıtlanan bir durumu yasal temele sahip biçimde uygulama imkânı yaratmıştır. İş Kanunu'nda yapılan değişikliklerle bağlantılı olarak 4447 sayılı yasaya eklenen geçici 24 ve 25. maddeler ile kanunkoyucu özellikle işverene tanıdığı tek taraflı olarak işçisinin onayını almaksızın ücretsiz izne çıkartmaya yönelik işlemlerin olası olumsuz sonuçlarını önlemek adına bazı düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Bu kapsamda ücretsiz izne çıkartılan işçiye bu dönemde nakdi ücret desteği sağlanmasına imkân verir yasal düzenlemeler kanuna eklenmiştir. Çalışmamızda İş Kanunu'nda yapılan değişiklik ile işvereni ilgilendirir biçimde getirilen fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler ile tek taraflı işçi onayı alınmaksızın uygulanabilecek ücretsiz izin uygulamasına yönelik düzenlemenin özellikleri ve muhtemel hukuki sonuçları değerlendirilecektir. Düzenlemenin bir nevi tamamlayıcısı olarak kabul edilebilecek ve konu itibarıyla 4857 sayılı Kanun düzenlemesi ile yakın ilişkili olan 4447 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerden nakdi ücret desteğine yönelik düzenlemelere özellikle işverenlerce tek taraflı olarak işçi onayı olmaksızın uygulamasına geçilebilecek ücretsiz izin uygulaması ile bağlantısı dikkate alınarak çalışmamız içeriğinde özel olarak değinilmiştir.

1 RG., 17.04.2020, 31102.

I. Geçici Fesih Sınırlandırması ile Ücretsiz İzin Uygulamasına İmkan Taniyan Yasal Düzenlemenin Temel Özellikleri

A. Kapsam

İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde ile maddenin yürürlüğü girdiği tarihten itibaren üç ay süre ile Cumhurbaşkanının üç aylık süreyi altı aya kadar uzatma yetkisi saklı tutularak, hizmet ilişkilerini düzenleyen tüm kanunlara tabi çalışanlar bakımından işçilerin iş sözleşmelerinin işverence ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında feshedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Düzenleme her ne kadar İş Kanunu geçici maddesi olarak düzenlenmiş olsa da madde içeriğinde geçici fesih sınırlandırmasının İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesini kapsayacak biçimde düzenlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. İş Kanunu düzenlemesi içeriğinde, hizmet ilişkileri düzenlenen diğer kanunları kapsar biçimde düzenleme yapılmasının isabetliliği tartışmaya açıktır. Zira İş Kanunu dışında hizmet ilişkilerini düzenleyen hükümler Türk Borçlar Kanunu, Deniz-iş Kanunu ya da Basın-iş Kanununda da yer almaktadır. İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ya da İş Kanunu ile Deniz-iş ve Basın-iş Kanunu arasındaki ilişkiyi açıklamak üzere genel kanun - özel kanun nitelendirmesi yapılmaktadır. İş Kanunu'nun, Deniz-İş Kanunu ve Basın-İş Kanunu ile arasında genel kanun – özel kanun ilişkisi bulunmamaktadır². İş Kanunu içeriğinde yapılan yasal değişiklik ile diğer tüm kanunları kapsar biçimde düzenleme yapmak isabetli olmamıştır. Düzenleme ile ortaya çıkan durumun hukuki güvenlik ve belirliliği zedeleyici bir etki yarattığı da ileri sürülebilir. Zira öncelik emsal bir düzenlemenin tarafların tabi oldukları hizmet ilişkisini düzenleyen hukuk kurallarının bulunduğu yasal düzenlemede yapılmasıdır. Örneğin, Deniz-İş Kanunu'na tabi bir hukuki ilişkiyi ilgilendirir yasal düzenlemenin İş Kanunu'nda düzenlenmesi mevcut hukuki ilişkiye yönelik belirliliği zedeleyebilir. Bu nedenle geçici fesih sınırlandırılması ile ücretsiz izne yönelik kabul edilen yasal düzenlemenin arzu edildiği gibi ayrı ayrı ilgili kanunların tamamına ilişkin olacak biçimde değişikliğe konu edilmesi daha isabetli olurdu.

B. Süre

İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması ile işverence tek taraflı alacakları kararlar işçi onayı olmaksızın ücretsiz izne başvurabileceklerini düzenleyen yasa maddesi yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süre ile uygulanacaktır. Düzenlemeyi içerir 4857 sayılı Kanunun geçici 10. maddesi Cumhurbaşkanı'na işverenin fesih hakkını sınırlandıran ve ücretsiz izin uygulamasına başvurma

2 Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 38.

olanağı veren düzenlemeler için öngörülen üç aylık süreyi altı aya kadar uzatma yetkisini tanıyacak şekilde yasalaşmıştır. Bu durumda mevcut düzenlemelerin iş sözleşmesinin tarafları için bağlayıcı etkisinin düzenlemenin kabul tarihinden itibaren üç ay olarak öngörüldüğü ancak Cumhurbaşkanı kararı ile bu sürenin en fazla altı ayla sınırlı olarak arttırılmasına imkân tanındığı belirtilmelidir. Çalışma konumuzu oluşturan olağan dönemler için uygulaması pek düşünülemez nitelikte kabul edebileceğimiz yasal düzenlemelerin, istisnai olarak genel kural teşkil etmeyecek biçimde süre sınırlandırmasıyla geçici süreliğine uygulanmalarına imkân tanıyacak biçimde kabulü isabetli olmuştur. Salgın döneminin sona ermesi ile olağanüstü koşulların yarattığı ihtiyaçlara özgü düzenlemeler yerini olağan dönem kurallarına bırakacaktır. Salgın hastalık nedeniyle ekonomik hayatın olumsuz etkilenmiş olmasının istihdam üzerinde de olumsuz etkiler yarattığı bir gerçektir. İş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması ve keyfi nedenlerle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesini engelleme amacı da taşıyan iş hukuku düzenlemelerinin bugünlerde değişen koşulları da karşılayacak mahiyette gözden geçirilmesi bir gerekliliktir. Ancak bu gerekliliğin sadece salgın hastalığın istihdam piyasası üzerinde etkilerinin sürdüğü dönemle sınırlı olarak mevcut olduğu kabul edilebilir. Ayrıca bu dönemlere ilişkin yasal düzenlemelerle birlikte devletin başkaca tedbirler olarak yapılan değişiklikleri tamamlaması ve desteklemesi de ayrı bir zarurettir. Bu kapsamda işverenin fesih hakkının sınırlandırılması ve ücretsiz izin uygulamasına imkân tanıyan düzenlemelerle birlikte devlet tarafından nakdi ücret desteği sağlanmasına yönelik hükümler eşzamanlı olarak uygulanacak biçimde kabul edilmiştir. Bu durum salgın hastalık nedeniyle istihdam piyasasında ortaya çıkan külfetin sosyal taraflarca denkleştirilmeye çalışıldığı anlamına gelmektedir. Normalleşme ile birlikte bu tip düzenlemelere ihtiyacın ortadan kalkması, hem fesih hem de ücretsiz izin uygulaması bakımından iş hukukunun olağan rejim dönemi kurallarının uygulanması anlamına gelecektir.

C. Düzenlemenin Fesih Yasağı Değil Fesih Hakkının Sınırlandırılması Amacı Taşınması

Mevcut düzenleme ile ilgili olarak belirtmemiz gereken önemli husus yapılan düzenlemenin işverenin sahip olduğu iş sözleşmesini fesih hakkını yasaklamak, bir başka ifade ile fesih yasağı öngörmek mahiyetinde olmadığıdır. Bu düzenleme işverenin iş sözleşmesini feshine ilişkin sahip olduğu yetkinin yasaklanmasından çok fesih hakkının geçici süre ile sınırlandırılması anlamını taşımaktadır. Düzenlemenin fesih yasağı olarak değerlendirilmesini engelleyen en önemli husus işverenin sahip olduğu fesih hakkının işçinin İş Kanunu 25. maddesi ikinci bendi kapsamında ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan

haller ve benzerlerine ilişkin davranışları sergilemesi durumunda devam etmesidir. İşverenin fesih hakkının yasaklandığı ve hiçbir koşulda feshe başvuramayacağı türden bir düzenleme yapılmamıştır.

1. Fesih Hakkını Sınırlandırmaya Yönelik Düzenlemenin İşveren Bakımından Anlamı

Salgın döneminde işverenin sahip olduğu fesih hakkının yasaklanması yerine sınırlandırılmasına yönelik düzenleme isabetli olmuştur. Ancak bu durumun olası sonucu bu dönemde işverence İş Kanunu 25/II kapsamında fesihlere yoğun olarak başvurulması ihtimali olabilecektir. İşverenlerin fesih sınırlandırılmasına yönelik hukuki düzenlemeler nedeniyle gerçekleştirecekleri feshe yönelik işlemleri ilgili kuruma işten ayrılış bildirgelerinde İş Kanunu madde 25/II kapsamında beyan edecekleri kuvvetle muhtemeldir. Bu dönemde zorunlu arbuluculuk aşamaları tamamlandıktan sonra işçi tarafından açılacak işe iade talepli feshe itiraz davası ya da feshe bağlı işçilik alacaklarına yönelik bir davada mahkeme sadece iş sözleşmesinin işverence haklı nedene dayalı gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yönünde hukuka uygunluk denetimi yapmalıdır. Özellikle işe iade talepli davada mahkeme, feshin haklı nedene dayalı olup olmadığının yanı sıra geçerli nedenin varlığı konusunu değerlendirmeye almamalıdır. Zira feshin gerçekleştirildiği dönem itibarıyla işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih imkânı kendisine tanınmamıştır. Bu durum işe iade talepli davada sadece feshin m. 25/II kapsamında hukuka uygunluğunun denetlenmesini zaruri kılar. Ayrıca işverene İş K. 25. madde kapsamında tanıyan sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler ile işçinin gözetli ve tutukluluk haline özgü fesih sebepleri de bu dönem için başvurulamayacak türden fesihler olarak değerlendirilmelidir. İşverenin zorlayıcı nedene dayalı olarak iş sözleşmesini fesih hakkını da bu dönemde kullanamayacağı açıktır. Örneğin yasal düzenlemenin kabul edildiği döneme özgü olarak 65 yaş üstü için getirilen sokağa çıkma yasağı kapsamında işgörme borcunu yerine getiremeyen işçi bakımından işverenin bir haftalık bekleme süresi sonrasında ortaya çıkan askı döneminde kendisine tanınan iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını da kullanamayacağına kabulü gerekir. İşverenin madde 25/II dışında feshin hukuka uygunluğuna yönelik savunmasına mahkemece itibar edilmemesi bu durumlarda feshin haksız olduğu yönünde karar vermesi gerekecektir. Bu durumun talebin işe iade olduğu davalarda işe iade, talebin feshe bağlı işçilik alacaklarına yönelik olduğu davalarda da talep konusu işçilik alacaklarının hüküm altına alınması sonucunu doğuracağı belirtilmelidir. İşçinin bu dönemde aynı zamanda işsizlik sigortasından istifade edebilmek bakımından İşkur'a süresinde başvurmuş olması kaydıyla işsizlik ödeneği tahsisinin yapılacağı dönemde ödenekten is-

tifade etmesini engelleyecek bir durumun oluşmamış olması kaydıyla işsizlik ödeneğinden de yararlanabileceği açıktır.

2. Fesih Hakkını Sınırlandırmaya Yönelik Düzenlemenin İşçi Bakımından Anlamı

4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin fesih hakkını sınırlandıran geçici 10. maddesi maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işverenin işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne çıkartabileceğini düzenlemektedir. Olağan dönemde iş hukukunda işverence işçinin açık ve zımnî rızaları dışında yaptığı ücretsiz izne çıkarma uygulamasının yargı makamlarınca yerleşik olarak işveren feshi olarak değerlendirilerek hukuki sonuca gidildiği tespit edilmektedir³. Tek taraflı olarak işverence ücretsiz izne çıkartılan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi işleminin de hukuka uygun kabul edildiği kararlar mevcuttur⁴. Son yasal düzenlemeyle iş yargısının ücretsiz iznin olumsuz sonuçlarından işçiyi koruma maksatlı olarak geliştirdiği içtihadi birikimin tersi bir olgu geçici bir süreliğine de olsa hukuki temele sahip kılınmıştır. İşçinin onayına gerek olmaksızın işveren kararı ile tek taraflı olarak işçinin ücretsiz izne çıkartılmasının işçi tarafından haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermeyeceği geçici 10. madde düzenlemesi içerisinde yer almaktadır. İşçi onayı alınmaksızın salt işveren kararı ile ücretsiz izne çıkartılmış olmasını iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için hukuki sebep yapamayacaktır. Ancak işverenin ücretsiz izin uygulamasını herhangi bir objektif temele dayandırmaksızın iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcuna aykırı biçimde kullandığı durumlarda işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi için hukuki temel kabul edilmelidir. İşçinin bu durumda fesih gerekçesi işverenin tek taraflı ücretsiz izne çıkartan işlemi değil sahip olduğu yasal hakkı iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcuna aykırı olarak kullanmış olmasıdır.

İş Kanunu geçici 10. madde düzenlemesi ile işverene tanınan işçisini tek taraflı ücretsiz izne çıkartmaya dayalı düzenlemenin lafzı itibarıyla salt İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilecektir. Zira ücretsiz izne olanak tanıyan düzenleme lafzı itibarıyla fesih sınırlandırılmasına ilişkin hükümde olduğu gibi açık olarak hizmet ilişkilerini düzenler diğer kanunları da kapsayacak biçimde yasalaşmamıştır. Ancak düzenlemenin

3 Yarg. 9 HD, 18.04.2005, E. 2004/22912, K. 2005/13742.; Yarg. 9 HD, 19.01.2006, E.2005/16574, K. 2006/587.; Yarg. 9 HD, 04.12.2008, E. 2007/31333, K. 2008/33412.; Yarg. 7 HD, 20.02.2014, E. 2013/19177, K. 2014/4219.

4 Yarg. 9 HD, 17.04.2008, E. 2007/16061, K. 2008/9035.; Yarg. 7 HD, 12.02.2015, E. 2014/21469, K. 2015/1392.

işverenin fesih hakkını sınırlandıran düzenlemeyi dengeleyici amaçla fesih hakkını sınırlandıran hükümlerle bağlantılı olduğunun kabulü halindeyse farklı bir sonuca ulaşılabilir. Böyle bir durumda işverene tanınan işçi onayı aranmaksızın ücretsiz izne imkân tanıyan düzenlemenin İş Kanunu dışında her türlü iş veya hizmet sözleşmesini düzenleyen diğer kanunlara tabi iş sözleşmeleri bakımından da geçerli olabileceği ileri sürülebilecektir. Kanaatimizce her iki düzenlemenin birbiri ile yakın ilişki içerisinde ve bağlantılı olduğunun kabulüne bağlı olarak işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemenin hizmet ilişkilerini ilgilendirir tüm kanunları kapsar biçimde düzenlenmiş olması nedeniyle ücretsiz izne yönelik düzenlemenin de fesih yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik hüküm gibi tüm kanunları ilgilendirir biçimde aynı doğrultuda düzenlendiğinin kabulü düzenlemelerin amacına daha uygun düşmektedir.

D. Yasal Düzenleme Aykırılığın Hukuki Yaptırımını Olarak İdari Para Cezası

1. Genel Olarak

Fesih yasağına aykırı işveren davranışı idari para cezası ile yaptırımlandırılmıştır. İşverene fesih sınırlandırması getiren yasa maddesi ile iş sözleşmesi maddeye aykırı biçimde feshedilen her bir işçi için işverene aykırılık teşkil eden eylemin gerçekleştiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Bu dönemde işverence gerçekleştirilecek fesih işlemine yönelik olarak mahkemece fesih gerekçesinin sadece İş Kanunu m. 25/II düzenlemesi ekseninde hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Ancak yasal düzenlemeye aykırılık haline karşılık yasa maddesinde idari para cezasının öngörülmüş olması, işverence kanun maddesine aykırı biçimde gerçekleştirilen feshin hukukiliği tartışmalarında bu durumun olası etkisini de gözetenek değerlendirme yapmamızı ve bazı sonuçlara varmamızı gerekli kılar. Zira İş Kanunu'nda işverenin fesih hakkını sınırlandıran benzer düzenlemelere ilişkin ihtilaflara ilişkin olarak yargı makamlarının sonuç ve yorumlarından hareketle çalışma konumuzu oluşturan düzenlemeye ilişkin olarak da bazı tartışmaların doğacağını şimdiden belirtebiliriz.

2. Hukuka Aykırılığın Yaptırımının İdari Para Cezası Olarak Belirlenmiş Olmasına Bağlı Yaşanabilecek Hukuki Tartışmalar

İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. maddesi toplu işçi çıkarma durumunda işverenin bu durumu en az otuz günden önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna

bildirilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Yasal düzenlemeye göre fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğuracaktır. Kanunda belirtilen fesih bildiriminden hüküm doğurmasından otuz günlük sürenin bitiminden itibaren fesih bildirim süresinin işlemeye başlayacağı⁵ ya da bu tarih itibarıyla bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilebileceği sonucuna varılmalıdır⁶. İşveren otuz günlük süre dolmadan peşin ödeme yoluna gitmişse fesih otuz günün sonunda hüküm ve sonuç doğurur⁷. Fesih bildirimlerinin yasa ile belirlenen otuz günlük sürede hukuki sonuç doğurmaması, bu dönemin kanunkoyucu tarafından feshin olumsuz sonuçlarını bir süreliğine ortadan kaldırmaya yönelik, feshin hukuki sonuçlarını geciktirici ve fesih hakkını sınırlandırıcı bir süre olarak öngörüldüğünün kabulünü gerektirir. Tıpkı üç ay süre ile işverenin fesih hakkını sınırlandırmaya yönelik yasal düzenlemeye olduğu gibi toplu işçi çıkarmaya yönelik yasal düzenlemeye de benzer tutum kanunkoyucu tarafından sergilenmiştir. Toplu işçi çıkarmaya yönelik yasa ile belirlenen otuz günlük süreye uyulmamasının yaptırımı da 7244 sayılı Kanun düzenlemesine aykırılıkta olduğu gibi idari para cezasıdır (İş Kanunu m. 100). Yargıtay'ın 9, 22 ve 7. Hukuk Daireleri toplu işçi çıkarma prosedürünü geçerli sebeple ve feshin geçerliliği ile ilişkilendirmediği, prosedüre aykırılığın yaptırımının idari para cezası olduğundan bahisle süreye uyulmamasının feshi geçersiz kılmayacağı yönünde kararlar vermişlerdir⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin toplu işçi çıkarmaya yönelik yasadaki 29. maddede düzenlenen kurallara uyulmamış olmasının feshi geçersiz kılacağı yönünde içtihatları da mevcuttur⁹. Kanun koyucunun fesih sürecine ilişkin getirmiş olduğu sınırlamaları içerir düzenlemelere işverence uyulmamış olması kanaatimizce feshin geçersizliği-

5 Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu, Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 639.; Süzek, s. 590-591.; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 230.

6 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 639; Süzek, s. 590-591; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 230.; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 1094-1095.; Devrim Ulucan, *İş Güvencesi*, 2. Bası, İstanbul, 2005, s. 90.; Öner Eyrenci, "Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar", A. Can Tunca'ya Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 558-559.; Ufuk Aydın, "Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma", A. Can Tunca'ya Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 670 vd.

7 Süzek, s. 591.

8 Yarg. 9. HD, 24.11.2005, E. 2005/32730, K. 2005/37114.; Yarg. 9 HD, 20.03.2006, E. 2006/2990, K. 2006/6997.; Yarg. 22. HD, 08.04.2014, E. 2014/5846, K. 2014/7262.; Yarg. 22 HD, 09.09.2015, E. 2015/18989, K. 2015/24389.; Yarg. 22 HD, 19.01.2016, E. 2015/32531, K. 2016/1080; Yarg. 7 HD, 13.06.2016, E. 2016/17007, K. 2016/13158.

9 Yarg. 9 HD, 19.10.2009, E. 2009/35548, K. 2009/27734.; Yarg. 9 HD, 12.11.2009, E. 2009/39805, K. 2009/29653.

nin kabulünü gerektirir¹⁰. Hükümlere aykırılık halinin açıkça feshi geçersiz kılacağıın düzenlenmemiş olması, idari para cezası yaptırımının varlığı aksi bir kanaate varabilmek için tek başına hukuki temel teşkil etmeyecektir. Düzenlemede yasaya aykırı davranışın feshi geçersiz kılacağına yönelik açık hükmün bulunmamasından hareketle aykırı eylemlerin idari para cezası ile yaptırımılandırılmasını hukuki yaptırım olarak yeterli bularak belirlenen prosedüre uymamanın feshin geçerliliğini etkilemeyeceğine yönelik görüşün işverenin fesih hakkını geçici bir süreliğine sınırladığı 7244 sayılı Kanunla getirilen yasal düzenleme bakımından da dikkate alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

II. Ücretsiz İzin Uygulaması ile Salgın Nedeniyle İşini Kaybedenlerden İşsizlik Sigortasından İstifade Edemeyenleri Destekleyici Mahiyette Nakdi Ücret Desteği Uygulaması

A. Genel Olarak

İşverene tanınan işçiyi tek taraflı ücretsiz izne çıkartmaya yönelik yetki ile bağlantılı kabul edebileceğimiz önemli bir düzenleme 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 24. madde'de yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesine taraf olarak çalışmaya devam edenlerden 4857 sayılı Kanunun geçici 10. maddesi kapsamında işverenleri tarafından ücretsiz izne çıkartılanlar ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi feshedilen ancak işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamaları koşuluyla, 4857 sayılı Kanun'da düzenlenen geçici fesih sınırlandırılmasına ilişkin süreyi aşmayacak biçimde, ücretsiz izin kullandıkları ya da işsiz kaldıkları süre kadar işsizlik sigortası fonundan günlük 39,24 Türk Lirası nakdi ücret desteği verilecektir. Pandeminin ortaya çıkmasıyla istihdam piyasasında yeralan işgücüne ilişkin taraf oldukları iş sözleşmelerinin feshi ile ortaya çıkan iş kaybı ya da ücretsiz izin gibi olumsuz sonuçların bertaraf edilmesine yönelik düzenleme ile istihdam piyasasının hem işçi hem de işveren tarafının kanunkoyucu tarafından desteklenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Özellikle iş sözleşmesi sona eren işçilerden işsizlik sigortası kapsamında işsizlik ödeneğine hak kazanamayanlar bakımından destek son derece anlamlıdır. İş sözleşmesi işsizlik ödeneğine hak kazanacak biçimde sona erenler ya da herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığı alan-

10 Stüzek, s. 591.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 643.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 232.; Eyrenci, s. 559-561; Aydın, s. 679-680.; Kübra Doğan-Yenisey, "Toplu İşçi Çıkarma Usulüne Aykırılık ve Yaptırım", *Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 203-204.; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", *III. Yılında İş Yasası*, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005, s. 235-236.

lar ödenek ya da aylık olarak yeniden iş bulacakları süreye kadar bu dönemin olumsuz etkilerini atlatmaya çalışacaklardır. İş sözleşmesi devam edenler bakımından işverenler seçimlik hakka sahip kılınmışlardır. İşverenler; pandemi döneminde yaşanan ekonomik sıkıntıları işçilik maliyetlerini düşürerek aşabilmek amacıyla kısa çalışma uygulamasına başvurmak ya da işçilerinin onay koşuluna bağlı olmaksızın tek taraflı alacakları kararla ücretsiz izne çıkartma konusunda seçimlik hakka sahiptir kılınmışlardır. Yasal düzenleme gereği işçilerin ücretsiz izin döneminde nakdi ücret desteğinden yararlanabilmeleri; işverenleri tarafından 17.04.2020 tarihi itibarıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, kısa çalışma ödeneğinden yararlanmamak, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylıklık aylığı almamaktır. Bu koşulların sağlanması ile birlikte işverenlerin SGK'ya işçilerinin durumuna göre usulüne uygun bildirimde bulunmuş olmaları ile nakdi ücret desteği İşkur tarafından işçinin kendisine ödenecektir.

B. Düzenlemenin Sosyal Taraflar Bakımından Olumlu Olumsuz Yönleri

İş Kanunu ve İşsizlik Sigortası Kanunu'na 7244 sayılı Kanun'la eklenen geçici maddelerle düzenleme konusu yapılan geçici mahiyetteki işverenin fesih hakkının sınırlandırılması, işverenin alacağı kararla işçisine tek taraflı olarak ücretsiz izin kullandırma imkânı ile ücretsiz izin dönemine özgü nakdi ücret desteğine yönelik hükümler işçiyi bu olağanüstü dönemde korumaya yönelik yönleri ile isabetlidir. Ancak birbirleri ile yakından bağlantılı bu düzenlemeleri değişen koşullara göre değerlendirdiğimizde farklı sonuçlara varma ihtimalimiz de vardır. Zira bu düzenlemelerden fayda görecek ve koruyucu niteliğini yaşayacak olan yegane grup iş sözleşmesi 15.03.2020 tarihinden sonra feshedilen ve işsizlik ödeneğinden yararlanamayacak olan gruptur. Bu gruba girenler bakımından yeni bir iş bulana kadar doğacak gelir kaybının nakdi ücret desteği ile telafisi, alternatifsiz bir çözüm olarak son derece isabetlidir. İş sözleşmesi devam eden işçiler bakımından mevcut düzenlemenin isabetliliğine yönelik değerlendirmemiz bu gruba giren işçiler adına işverenleri tarafından kısa çalışma ödeneğine¹¹ başvuru yapıp yapılmadığı sorusuna verilecek cevaba göre değişecektir. Zira iş sözleşmesi devam edenler bakımından işverenlerin kısa çalışma ödeneğine başvurmuş olması durumunda kısa çalışma

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 713 vd.; Süzek, s. 784 vd.; Saim Ocak, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 6 vd.; Nurşen Caniklioğlu, "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", A. Can TUNCAY'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 499 vd.; Ömer Ekmekçi, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", *Sicil*, Yıl:4, Sayı:14, Haziran 2009, s. 47 vd.

ödeneğine hak kazanamayanlar bakımından da nakdi ücret desteği son derece anlamlı ve önemlidir. İşverenin başvurusu sonrasında kendilerine kısa çalışma ödeneği tahsis edilecek olanlarda nakdi ücret desteğinden yararlanamayacak olsalar da kısa çalışma ödeneği miktarının nakdi ücret desteğinden daha yüksek olmasından dolayı nakdi ücret desteğinden istifade etmiyor olmaları herhangi bir olumsuzluk teşkil etmez. İşverenin kısa çalışma ödeneğine başvurmamış olması halinde de işyerinde işin durması durumunda işçilerin işverenleri tarafından SGK'ya usule uygun biçimde bildirilmiş olmaları koşuluyla işyerinde faaliyetin durduğu dönemlerde ücretsiz izinli olduklarının kabulüyle kendilerine nakdi ücret desteği yapılacağı açıktır. İşveren işyerinde zorlayıcı sebeplere dayalı olarak işin durduğu ve çalışılmayan dönemlerde işçilerinin oluşan gelir kaybını kısa çalışma ödeneğine başvurarak¹² hak kazanma koşullarını karşılayanlar bakımından giderebileceği gibi kısa çalışma ödeneğine hiç başvuru yapmayarak işçilerinin doğrudan ücretsiz izin dönemine özgülenen nakdi ücret desteğinden istifade ettirilebilmelerine olanak tanıyacak işlemleri de yapabilir. İşçilerin nakdi ücret desteğinden istifade etmelerine yönelik düzenleme nakdi ücret desteğinden sadece kısa çalışma ödeneğinden istifade edemeyecek olanların yararlanması şeklinde belirlenmemiştir. Bu nedenle işverenlerin kısa çalışma ödeneği ya da nakdi ücret desteğinden bir tanesine işçileri adına başvurma konusunda seçimlik hakları oluşmuştur. Nakdi ücret desteğinin işçinin kısa çalışma ödeneğinden istifade edememesi durumunda hak kazanabileceği bir yardım olarak düzenlenmemesi kanaatimizce isabetli olmamıştır. Zira kısa çalışma ödeneğinin işçi bakımından nakdi ücret desteğine nazaran pek çok açıdan olumlu yönleri mevcuttur. Kısa çalışma ödeneğinin nakdi ücret desteğinden miktar olarak fazlalığından başka¹³ kısa çalışma ödeneği tahsis edilen dönemin yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından çalışılarak geçirilen sürelerden sayılması (İş K. m. 55/j) ile bu sürenin kıdem ve ihbar tazminatına esas hizmet süresinden sayılacak olması¹⁴ gibi sebepler kısa

12 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden evvel işveren işletmenin ihtiyacı durumunda işçileri işten çıkarmak yerine ücretsiz izne çıkarmaktaydı ve işçiler ne zaman tekrar işe başlayacakları belli olmadan beklemek durumunda kalabilmekteydi. Kısa çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde uygulanan işçiyi mağdur edici benzer uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla getirilmiştir (Ocak, s. 30).

13 Kısa çalışma ödeneği miktarının düşüklüğü konusunda yapılan değerlendirme için bkz. Ocak, s. 456.

14 Kısa çalışmanın faaliyetin tamamen ya da kısmen durması şeklinde uygulandığında yasal bir askı hali oluşturması sebebiyle, kısa çalışmada geçen bu süreleri kıdem ve ihbar tazminatı hesaplamasına dâhil etmek gerektiği yönünde görüş için bkz. Ocak, s. 582.; Caniklioğlu, s. 519.; Bkz. Aksi görüş için Ekmekçi, s. 57. Ekmekçi, ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınacağı ile ilgili olarak kanunda açık bir hüküm bulunmadığından ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında kısa çalışma sürelerinin dikkate alınmaması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Yarg. 9 HD 14.07.2011, E. 2010/50993 K. 2011/27305 sayılı ilamında

çalışma ödeneğine hak kazanmanın işçi açısından nakdi ücret desteğine nazaran çok daha olumlu sonuçlar ortaya çıkarttığı kabulünü gerektirir. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanan döneme ilişkin olarak işçi açısından olumlu olarak belirttiğimiz tüm bu durumlar nakdi ücret desteğinden istifade edilen dönem için geçerli değildir. İşverenlerin kısa çalışma ödeneği tahsis edilen dönemle ilişkili olarak işçisinin kıdem ve ihbar tazminatına esas hizmet süresi ile yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından çalışılan sürenin artacak olmasındansa işçilerini nakdi ücret desteğinden yararlanabilecekleri şekilde ücretsiz izne yönlendirmeleri olasıdır. Bu durumun belirtilen nedenlerle işverenlerce tercih edilmesinin önlenmesi bakımından nakdi ücret desteğinden sadece kısa çalışma ödeneğine hak kazanamayanların yararlandırılmalarına yönelik yasal düzenleme yapılması daha isabetli olurdu. İşçilerin ücretsiz izinli kabul edilerek nakdi ücret desteğinden yararlandırılmalarından işverenler belirttiğimiz şekilde istifade edebilecekleri gibi İşkur işçiyeye kısa çalışma ödeneğine nazaran nakdi ücret desteği sağlayarak daha düşük miktarda ödeme yaparak fondan daha az harcama yapacaktır. Görüldüğü üzere nakdi ücret desteği kısa çalışma ödeneğinden faydalanma imkânı bulunan işçi bakımından avantajlı bir durum yaratmamaktadır. Nakdi ücret desteğinin kısa çalışma ödeneğine nazaran tek avantajı işçinin işsiz kalması durumunda sağlanan nakdi ücret desteğinin işsizlik ödeneğinden mahsup edilmeyecek olması olarak belirtilebilir. Ancak bu dönemi iş sözleşmesi devam ederek, sona ermeden geçiren ve sonrasında çalışmaya devam eden işçi bakımından belirttiğimiz faydanın herhangi bir önemi olmayacağını belirtebiliriz.

C. Nakdi Ücret Desteğine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi

Salgın nedeniyle ortaya çıkan durumun zorlayıcı sebep olarak kabulü sonucunda bu durumun yasa gereği bir haftalık bekleme süresi sonrası hem işçi hem işveren bakımından taraf oldukları iş sözleşmelerini askı haline sokacağı

“.... Somut olayda davacı işçinin 22.12.2008-18.6.2009 tarihleri arasında Yasa'ya uygun biçimde 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı ve kısa çalışma süresinin çalışılmış sayılan süre kapsamında kıdemine eklenmesi gerektiği tartışmasızdır. Dosyada sorun çalışılmış gibi sayılan ve bu sebeple kıdem süresine eklenecek kısa çalışma süresinin Yasa'da ilk olarak belirtilen azami 3 aya kadar ki süre mi, yoksa 5838 Sayılı yasanın 1. maddesiyle değiştirilen Geçici 8. maddesinde belirtilen ve 2008, 2009 ve 2010 yıllarında geçerli 6 aylık sürenin mi uygulanacağıdır. Yasa koyucu 5838 Sayılı yasanın 1. maddesiyle yapılan değişiklik ile 2008, 2009 ve 2010 yılları için azami kısa çalışma süresini 3 aydan 6 aya çıkarmıştır. Bu sebeple davacının kıdemine eklenen kısa çalışma yaptığı süre Yasanın Geçici 8. maddesinde 5838 Sayılı yasanın 1. maddesiyle yapılan değişiklik kapsamında kaldığından 5 ay 27 günlük fiili kısa çalışma süresinin kıdemine eklenmesine ilişkin Mahkeme kararının Yasa koyucunun iradesine ve Yasaya uygun olduğu açıktır....” tespitleri ile yasa ile belirlenen kısa çalışma sürelerinin davacının kıdemine eklenecek süre olarak kabulünün hukuka uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.; Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 7 HD, 23.02.2016, E. 2015/5639, K. 2016/4112; Yarg. 9 HD, 14.07.2011, E. 2010/50993, K. 2011/27305.

yasal düzenleme gereğidir. Kanaatimizce İş Kanunu'na eklenen madde ile işverenin fesih hakkını geçici süre ile sınırlandırarak işçisini tek taraflı ücretsiz izne çıkartma hakkı tanımak taraflar arasında bulunması gereken dengenin işveren lehine bozulması sonucunu doğurmuştur. Zira işverene işçisinin onayını aramaksızın tek taraflı izne çıkartma hakkı tanımakla birlikte ücretsiz iznin işçi bakımından iş sözleşmesini haklı fesih sebebi olarak dayanılamayacağını kabul etmek işçi bakımından bu döneme özel mutlak fesih yasağı getirmektedir. Zira düzenleme bu hali ile yasalaşmamış olsaydı mevcut hukuki duruma göre işçi 4857 sayılı Kanununun 24. maddesi gereği salgın nedeniyle ortaya çıkan zorlayıcı nedene dayalı olarak işyerinde işin durması durumunda bir haftalık yarım ücrete hak kazanacağı bekleme süresi sonrasında ortaya çıkan askı döneminde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecekti. İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde, İş Kanunu içerisinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak zorlayıcı nedenle feshini düzenleyen 24. maddeye aykırı bir sonucu ortaya çıkartmıştır. Kanaatimizce İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde ile işverene ücretsiz izin hakkı tanımak yerine yapılması gereken hukuki düzenleme sorununun İş Kanunu'nda düzenlenen 24. ve 25. maddeleri ile uyumlu biçimde zorlayıcı neden ekseninde çözüm yoluna gidilmesiydi. Mevcut duruma ilişkin olarak işverenlerce salgın nedeniyle ortaya çıkan zorlayıcı sebebe dayalı olarak 4857 sayılı Kanununun 24 ve 25. madde kapsamında SGK'ya iş sözleşmelerinin askıda olduğuna ilişkin bildirimde bulunulması durumunda mevcut düzenlemede kabul edildiği üzere 17.04.2020 -17.07.2020 arası ile sınırlı olmak üzere bu üç aylık süre için kısa çalışma ödeneğinden istifade edemeyen işçilere geçici nakdi ücret desteği verileceğinin kabulü ile bu dönemde tarafların iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedemeyeceklerine yönelik hukuki düzenleme getirilmesi daha isabetli bir çözüm olurdu. Böylelikle askı döneminde işçinin ortaya çıkan gelir kaybı giderilmiş, işverenlerinde pandemi döneminde zorlayıcı nedene dayalı olarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı olan işçisinin bu hakkı kullanmasından doğacak kıdem tazminatı riski geçici süreliğine ortadan kaldırılmış olurdu. İki tarafı da gözeten pandemi kaynaklı çalışmama halinin ortaya çıkartması muhtemel sorunları çözmeye yönelik bir düzenleme yapılmış olurdu. Zira meselenin İş Kanunu'nda olağan döneme özgü düzenlenen kurullarla çözümü kolay değildir. Koşulların ortaya çıkarttığı somut durumlardan hareketle yeni, geçici düzenlemeler yapılması isabetlidir. Her ne kadar İş Kanunu m. 25'de düzenlenen zorlayıcı sebeplerin salgın hastalık gibi olguları dikkate alarak bu gibi durumları kapsayacak şekilde düzenlendiği ileri sürülebilecekse de içinde bulunduğumuz dönemde yaşanan salgın hastalık yüz yılda bir yaşanacak türden kabul edilmektedir. Salgın etkisi hem dünya çapında hem de tüm ülkeyi etkileyecek niteliktedir. İstihdam piyasası

sı aktörlerinden işçi ve işverenler ile düzenleyici makam olan devletin bu dönemde fedakarlık yapması gereklidir. Beklenen fedakarlığın işçiden daha çok maddi olarak daha kuvvetli olduğu kabul edilen işverence ve devlet tarafından üstlenilmesi isabetli olacaktır. İşçinin bu dönemde zorlayıcı nedene dayalı olarak İş Kanunu madde 24/III kapsamında iş sözleşmesini geçici süreliğine haklı nedenle feshedemeyeceğinin kabulü işçi bakımından yeterli kabul edilebilecek bir fedakarlıktır. Belirttiğimiz gerekçelerle bu dönem için geçici süreliğine hem işverenlerin hem de işçilerin zorlayıcı nedene dayalı olarak iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedemeyeceklerine ilişkin düzenlemenin kararlaştırılmış olması daha isabetli olurdu. Böylelikle iş hukukunun sistematığı içerisinde mevcut hukuki kurumları ile uyumlu yasalaşma sağlanır ve ücretsiz izne yönelik olarak işverence işçi onayı olmaksızın tek taraflı karar verilemeyeceğine yönelik geçmiş yıllara dayalı işçi kazanımı zedelenmemiş olurdu.

D. Nakdi Ücret Desteği Düzenlemesi ile İlişkili Olası Hukuki Sorunlar

İşçinin kısa çalışma ödeneğinden istifade etme imkânı varken işverenin kısa çalışma ödeneğine başvurmak yerine ücretsiz izin uygulamasına başvurarak işçisinin nakdi ücret desteğinden istifade etmesine olanak sağlamanın işçiye haklı nedenle fesih hakkı verip vermeyeceği ile hak kazandığı nakdi ücret desteği ile hak kazanabileceği kısa çalışma ödeneği arasındaki farkın zarar olarak tazmini meselesi gelecek dönemde hukuken tartışma yaratması olası durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli hukuki mesele işçinin bu gibi bir durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshinin hukuka uygun kabul edilip edilmeyeceği meselesidir. İşverenin farkı tazmin yükümlülüğünün varlığına ilişkin soruna işçi lehine verilecek cevap aynı zamanda iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedebileceğinin de kabulünü gerektirmesi nedeniyle iki sorunun birbiri ile yakın bağlantısı birlikte değerlendirilmelerinin daha isabetli olduğunu ortaya koymaktadır. Başlangıçta önemle belirtmemiz gerekir ki kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteği farklı hukuki düzenlemelere dayanan ve birbirinin alternatifi olmayan iki farklı hukuki müessesidir. Ancak nakdi ücret desteğine yasal düzenleme kısa çalışma ödeneğine alternatifmiş gibi yasalaştığından belirttiğimiz hukuki tartışmaların doğması olasıdır.

İşçinin kısa çalışma ödeneği yerine nakdi ücret desteğinden istifade ettirilmiş olmasına bağlı olarak işverenin farkı tazmin edip etmeyeceği tartışmasının ortaya çıkmasının ön koşulu işyerinin tamamen faaliyetin durması halidir. Zorlayıcı nedene dayalı olarak işyerinde işin durması yerine çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılarak kısa çalışma yapılması halinde işveren ücretsiz izne

başvuramayacağından işçisi adına nakdi ücret desteğine başvuru yapması da bu durumda hukuken mümkün olmayacaktır. Bu nedenle belirttiğimiz hukuki tartışma işyerinde çalışma saatlerinin azaltılarak çalışmaya devam ediliyor olması halinde nakdi ücret desteği söz konusu olmayacağından doğmayacaktır.

Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli mesele işverenin kısa çalışma ödeneğine ya da nakdi ücret desteğine başvurma zorunluluğu olup olmadığıdır. İşçisi ile karşılıklı anlaşarak salgın başlangıcında işyerinde ücretsiz izin uygulamasına giren ya da işyerini zorlayıcı nedene dayalı olarak ilk bir hafta yarım ücret ödeyerek sonrasında tatil eden işverenin kısa çalışma ödeneği ya da nakdi ücret desteğine yönelik gerekli başvuruları yapmaması halinde bu davranışından dolayı tazmin yükümlülüğünün doğup doğmayacağı meselesinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu konuda işverenin sorumluluğunun doğduğunun kabulü işverenin zorlayıcı nedenin varlığı halinde zorlayıcı nedene dayalı olarak uygulamaya giren askı süresinde mutlaka işçisinin kısa çalışma ödeneğinden ya da nakdi ücret desteğinden istifade edebilmesi için gerekli başvuruları yapma yükümlülüğünün kabulüne bağlıdır. İşverenin emsal bir durumda mutlak olarak kısa çalışma uygulamasına tabi olmak bakımından başvuru yükümlülüğünün varlığına ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Ancak özellikle iş güvencesi hükümleri kapsamında işverenlerin iş, işyeri ya da işletme gereklerine dayalı olarak feshe başvurduğu durumlarda feshe son çare olarak yaklaşımları bu kapsamda fesih öncesinde kısa çalışma uygulaması dahil bir dizi önlemi almış olmaları kendilerinden dürüstlük kuralları gereğince beklenmektedir. Aksi işveren tutum ve davranışının sonucu olarak Yargıtay işverenin bu gibi durumlarda gerçekleştirmiş olduğu fesih işlemini geçersiz olarak kabul etmektedir¹⁵. Bu durum işverenin ekonomik olarak güçlü yaşadığı durumlarda dahi işyerinde dürüstlük ilkelere uygun bir düzen sağlama yükümlülüğü kapsamında işçiyi koruma ve gözetme borcu gereği olarak mevcut iş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanabilmesi adına kısa çalışma uygulaması dahil bir dizi önlem alması zaruretini ortaya koyar. Yargıtay'ın kararları ile ortaya koymuş olduğu işverene yüklediği yükümlülüklerin gereği olarak beklenen işveren tutum ve davranışı işçi men-

15 Yarg. 9 HD, 13.02.2014, E. 2013/10529, K. 2014/4498 “.....saptanan ekonomik veriler karşısında davalı işverenin işçi çıkarma yerine feshin son çare olması ilkesi kapsamında yukarıda anlatılanlarla birlikte başka tedbirlere başvurup vurmadığı, örneğin fazla çalışma yapılmaktaysa bunların kaldırılıp kaldırılmadığı, yıllık izin veya ücretsiz izin uygulamasına gidilip gidilmediği, kısa çalışmaya başvurup vurmadığı, kısaca feshin son çare olması ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı araştırılıp sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.; Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 9. HD, 17.04.2014, E. 2014/9846 K. 2014/13131.; Yarg.9. HD, 01.11.2012, E. 2012/16430, K. 2012/35688.

faatlerinin dürüstlük ilkelerine uygun biçimde işverence korunmasıdır. Bu kapsamda işverenden beklenen işçi menfaatine yarar çözümün gereğini yerine getirmek olmalıdır. Koruma borcunun kapsamına işverenin dürüstlük kuralları gereğince yapması gereken hususlar da dahil bulunmaktadır. İşverenin dürüstlük kurallarına uygun hareket ederek işçiyi koruması gerekir¹⁶.

İşverenin iş sözleşmesi devam eden işçisi ile ilgili olarak kısa çalışma ödeneğine başvurması için bir dizi prosedürü tamamlaması gerekir. Aynı şekilde ücretsiz izin uygulamasına geçilmesi halinde de nakdi ücret desteği için SGK'ya doğru kodlarla bildirim yapılması gereklidir. İşverenin işçileri arasında ayrımcılık teşkil edici biçimde davranması olasılığı dışında tüm çalışanları için işlem tesis etmemiş olmasının tazmin sorumluluğu doğurduğunun kabulü için TBK 417 ekseninde değerlendirme gereği mevcuttur. İşveren bir grup işçisi için kısa çalışma ödeneğine ya da nakdi ücret desteğine başvurarak ayrımı haklı kılan objektif nedene sahip olmayacak biçimde diğer bir işçisi adına işlem tesis etmemişse adına işlem tesis edilmeyen işçinin İş Kanunu madde 5 kapsamında ayrımcılık tazminatından, yoksun bırakıldığı hakların tazminine dayalı taleplerinin olabileceğinin kabulü gerekir. Böyle bir durum mevcut olmadığı takdirde Türk Borçlar Kanunu madde 417 hükmü gereğince değerlendirme yapılması gerekir. Türk Borçlar Kanunu madde 417 hükmü işçiyi koruma ve gözetme borcunun sınırlarını belirlemiştir. Düzenlemeye göre işveren işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlüdür. İşverenin belirtilen hükme aykırılık halinde ortaya çıkacak işçinin kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi kılınmıştır. İşyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla yükümlü işverenin işçisini daha az hak sağlayıcı bir davranış içerisinde girmiş olması kendisine hukuk düzeninin sağlamış olduğu seçimlik hakkın kullanımını olarak da değerlendirilebilir. Zira mevcut düzenlemelerin ortaya çıkarttığı hukuki sonuçlar bakımından iki farklı hakkın kullanımının işveren üzerinde farklı hukuki sonuçlar yarattığı açıktır. İşverenin kendi hakkını gözetici tavra uygun davranışı işçinin haklarını zedeleyici sonuçlar ortaya çıkartmaktadır. İşveren bakımından avantajlı olan ücretsiz izin uygulamasına başvurmadır. Aksinin kabulü işverenin yasalarca kendisine tanınan imkânlardan bir tanesini seçerek kullanırken işçi menfaati ile çatışacak biçimde kendisi için avantajlı hukuki sonuçlar doğuracak seçeneğe yönelmesi işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamak yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilmesi halinde mümkündür. Kanaatimizce işverenin işçisinin aleyhine sonuç doğura-

16 Ünal Narmanhoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Yeni mevzuata göre gözden geçirilmiş 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 324.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 171.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s. 350-351.; Süzek, s. 386.

cak şekilde kısa çalışma ödeneği yerine ücretsiz izin uygulamasını tercih ederek işçisi adına nakdi ücret desteğine başvurması işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. İşçi ile işverenin çatışan menfaatleri karşısında işçinin menfaatlerinin gözetilmesi ve işveren yararına üstün tutulması gerekir. İşverenin kendisine yasa ile tanınan bir hakkı kullandığına ilişkin savunmasına itibar edilmemesi gerekir. Zira her iki durumda da temel olarak işçiye sağlanan ücret desteği işveren tarafından sağlanmamaktadır. İşçinin kısa çalışma ödeneği tahsis edilen süreye ilişkin olarak bu sürenin yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından ya da kıdem ve ihbar tazminatı hesabına esas süre bakımından dikkate alınacak olması işçinin kısa çalışma ödeneği tahsisi yerine ücretsiz izin uygulamasına başvurarak nakdi ücret desteğine başvurmasını hukuka uygun hale getirmemelidir. Kaldı ki çalışma konumuzu oluşturan tüm bu yasal düzenlemeler yasanın başlığında “*Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınunun Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” şeklinde ifade edildiği üzere özel bir amaç gözetilerek kabul edilmiştir. Yasanın başlığında dahi özel olarak belirtilen salgının ekonomik ve sosyal etkilerinin azaltılması amacıyla kabul edildiği açık olan hukuki düzenlemelerin farklı bir sonucu ortaya çıkartmasına olanak sağlayacak yönde bir yorumla başka bir amaca hizmet etmesinin sağlanması isabetli olmayacaktır. Başka bir ifade ile işverenlerin kısa çalışma ödeneğine başvurarak işçilerin kısa çalışma ödeneğinden istifade etmelerini sağlayabileceği bir ortamda 7244 sayılı Kanun düzenlemesi sonrası kısa çalışma ödeneği yerine nakdi ücret desteğine başvurarak işçiler bakımından daha olumsuz sonucu yaratabileceklerinin kabulü düzenlemelerin amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecekken nakdi ücret desteğine başvuran işverenin aradaki farktan hukuken sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. İşverenin işçiler arasında ayırımı haklı kılacak objektif nedene sahip olmadan bir grup işçisi adına kısa çalışma ödeneğine başvurup diğer bir grup işçisi adına nakdi ücret desteğine başvurması halinde bu tutumu eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek olup işçi böyle bir durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi İş Kanunu madde 5 gereği dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatından başka hak edip alabileceği kısa çalışma ödeneğinden yarar sağladığı nakdi ücret desteği arasındaki farkı yoksun bırakıldığı hak olarak işvereninden talep edebilecektir.

E. Düzenlemelere İlişkin Yasa ile Tanınan Bakanlık Yetkisinin Mahiyeti

7244 sayılı Kanunla birlikte 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 24. madde kapsamında nakdi ücret desteğine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Aynı madde içerisinde ayrıca son fıkrada *"Bakanlık, nakdi ücret desteğine ilişkin ödeme usul ve esaslarını belirlemeye ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye yetkilidir"* düzenlemesine yer verilmiştir. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 22.04.2020 tarihinde "4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Geçici 24 üncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar" hakkında kanun ile yetkilendirilmiş olduğu konuda gerekli işlemi tesis etmiştir. Ancak kanunun geçici 24. maddesinde düzenlenen Bakanlık nakdi ücret desteğine ilişkin ödeme usul ve esasları belirlemeye yetkili kılan düzenlemesinden başka maddenin son fıkrasında yer alan Bakanlığın maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermekle yetkilendirildiğine yönelik yasal düzenlemenin bazı hukuki tartışmaları yaratması olasıdır. Zira kanunla hak kazanma koşulları belirlenmiş nakdi ücret desteğinin uygulama esaslarının yönetmelik vb. hukuk kaynakları yoluyla belirlenmesi mümkündür. Bu durumda yapılacak olan düzenleme mevcut düzenlemeyi açıklayıcı mahiyette hakkın kullanımını daraltmayan ya da kanunda yer almayan yeni bir koşulu dayatmayan nitelikte olabilir. Maddenin uygulanmasına yönelik ortaya çıkabilecek tereddütler konusunda ihtilafın yargı makamlarına taşınması ihtimalinde nihai kararın bağımsız mahkemelerce verilmesi esastır. Düzenleme Bakanlığa yargı makamlarının sahip olduğu yetkinin tanındığı anlamına gelebilecek niteliktedir. Bir başka yönüyle düzenlemeye ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus hak kazandırıcı mahiyetteki bu tip düzenlemelerin yasalaşması sürecinde temel esasların yasa ile düzenlemesine yönelik kurala riayet edilmesi gerekliliğidir. Yasanın hak kazandırıcı düzenlemelerin koşullarını belirlemesi, sınırlarını açıkça belirtmesi esastır. Bu konuda ortaya çıkması muhtemel tereddütler konusunda Bakanlığın tereddütleri giderme yetkisinin tanınması yasama yetkisinin devri anlamına da gelmemelidir. Zira kanaatimizce düzenlemenin maddenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye yetkili kılan kısmı belirttiğimiz gerekçeler dikkate alındığında yetki devri zannı yaratan lafzı nedeniyle başvuru olması durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından iptal yaptırımına tabi tutulma riskini ihtiva etmektedir.

Sonuç

Çalışma konumuzu oluşturan işverenin fesih hakkının sınırlandırılması, işçi onayı aranmaksızın ücretsiz izin uygulamasına imkân tanıyan düzenlemelerle birlikte devlet tarafından nakdi ücret desteği sağlanmasına yönelik hükümler COVID-19 salgınının ekonomik ve sosyal etkilerinin giderilmesi maksadıyla geçici süreliğine uygulanacak biçimde kabul edilmiştir. Düzenlemelerdeki temel amaç salgının ekonomik ve sosyal etkilerinin azaltılmasıdır. Bu amaç doğrultusunda salgın hastalık nedeniyle istihdam piyasasında ortaya çıkan külfetin sosyal taraflarca denkleştirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Salgının etkisini yitirmesi ile sosyal ve ekonomik hayatta normalleşmenin başlaması bu türden yasal düzenlemelere ihtiyacın ortadan kalkmasına neden olacak, belirli süre için uygulaması öngörülen işverenin fesih yetkisinin sınırlandırılması ile ücretsiz izin uygulamasına yönelik hükümler yerini iş hukukunun olağan rejim dönemi kurallarına bırakacaktır.

İşverenin iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik yasal düzenlemeler fesih yasağı öngörmek mahiyetinde değerlendirilmemelidir. Zira bu konuda getirilen düzenleme işverenin fesih yetkisinin geçici süre ile sınırlandırılması anlamını taşımaktadır. İşverenin fesih hakkı geçici süreliğine İş Kanunu 25/II maddesine hasredilmiştir. İşverenin fesih yetkisinin sınırlandırıldığı bu dönemde mahkeme itiraz halinde sadece iş sözleşmesinin işverence haklı nedene dayalı gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yönünde hukuka uygunluk denetimi yapılmalıdır. Bu dönem itibarıyla işverenin iş sözleşmesini ne geçerli nedene ne de İş K. 25/II dışındaki diğer haklı nedenlerine dayalı olarak feshedemeyecek olması feshin sadece m. 25/II kapsamında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususunda hukuka uygunluğunun denetlenmesini zaruri kılar. Bu konuda İş Kanunu'na eklenen geçici 10. maddede yasaya aykırı işveren feshinin yaptırımının idari para cezası olarak düzenlenmiş olması, hukuki yaptırımın idari para cezası olarak belirlendiğinden bahisle farklı bir sonuca ulaşmamızı gerektirmeyecektir.

İşçinin işverence tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkartılması halinde ücretsiz iznin ortaya çıkartması muhtemel olumsuz sonuçlarını azaltabilmek maksadıyla bu dönem için koşulların sağlanması halinde işçiye nakdi ücret desteği sağlanması yasanın getirdiği bir başka yeni düzenlemedir. Düzenleme sonrası ortaya çıkan mevcut durum işverenin işçisi adına kısa çalışma ödeneği ya da nakdi ücret desteğinden herhangi birisine başvuru konusunda seçimlik hakka sahip olduğu yönündedir. Ancak işçinin kısa çalışma ödeneği yerine nakdi ücret desteğinden yararlandırılması işçi bakımından daha olumsuz sonuçların ve bu durumla ilgili bağlantılı bir dizi hukuki ihtilafın doğmasına neden olacak-

tır. Tüm bu olumsuzlukların ortaya çıkmaması, nakdi ücret desteğinin işçinin kısa çalışma ödeneğinden istifade edememesi durumunda hak kazanabileceği bir yardım olarak düzenlenmiş olması ile mümkün olabilirdi. Ancak mevcut düzenleme bu konuda açıklık taşımadığından belirttiğimiz olumsuzlukların ortaya çıkması olasıdır. Bu konuda kanaatimiz işverenin işçisinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde kısa çalışma ödeneği yerine ücretsiz izin uygulamasını tercih ederek işçisi adına nakdi ücret desteğine başvurmasının işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlama yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği ve aradaki farkın işverence tazmin edilmesi gerektiği yönündedir. İşçi ile işverenin çatışan menfaatleri dikkate alındığında işçinin menfaatlerinin gözetilmesi ve işveren yararına üstün tutulması iş hukukunun temel felsefesine, işçiyi koruyucu niteliğine daha uygun düşecektir.

KAYNAKLAR

- Alpagut, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, *III. Yılında İş Yasası*, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2005.
- Aydın, Ufuk, “Avrupa Birliği, ILO ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma”, *A. Can Tuncay’a Armağan*, Legal Yayıncılık İstanbul, 2005.
- Caniklioğlu, Nurşen, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, *A. Can TUNCAY’a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Çelik, Nuri; Caniklioğlu, Nurşen; Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Ekmekçi, Ömer, “Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar”, *Sicil*, Yıl:4, Sayı:14, Haziran 2009.
- Eyrenci, Öner, “Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, *A. Can Tuncay’a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Eyrenci, Öner; Taşkent, Savaş; Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin; Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Yeni mevzuata göre gözden geçirilmiş 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Ocak, Saim, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Ulucan, Devrim, *İş Güvencesi*, 2. Bası, İstanbul, 2005.
- Yenisey-Doğan, Kübra, “Toplu İşçi Çıkarma Usulüne Aykırılık ve Yaptırım”, *Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.